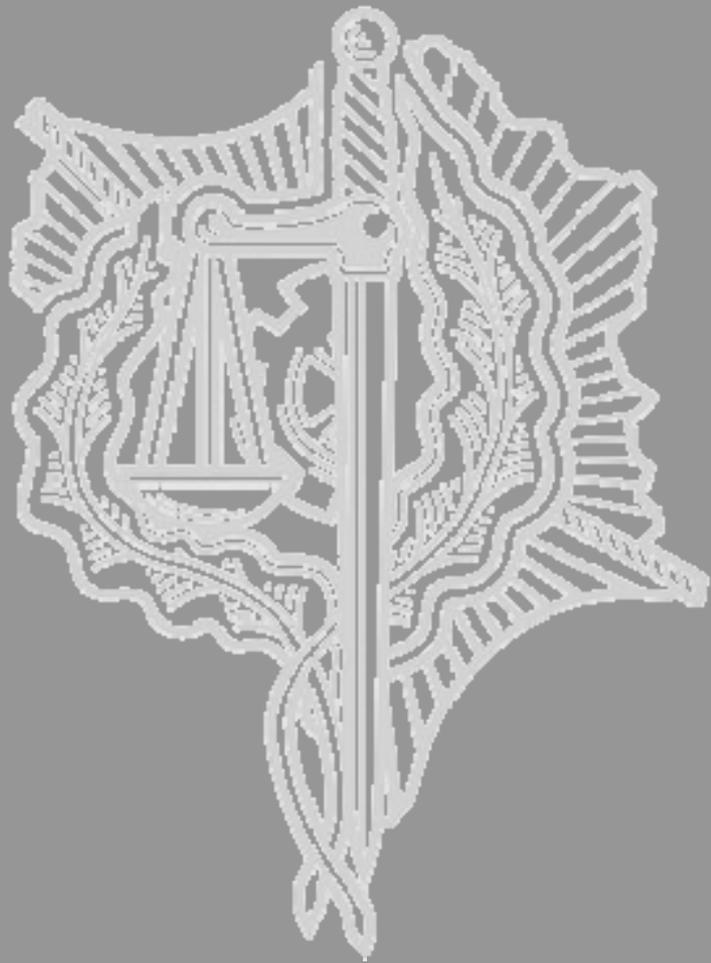




In memoriam del Abogado General,
Excmo Sr. D. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer

**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Sentencia de 12 de noviembre de 2009. C-192/08**

Papel de la Administración y su reglamentación sobre el acceso de los operadores a las redes de comunicaciones electrónicas y su interconexión (interpretando con ocasión de una cuestión prejudicial finlandesa la famosa Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, de Acceso).



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 09/07/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià**Síntesis**

FOGASA. RESPONDE DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y DE LA LIQUIDACIÓN DE PARTES PROPORCIONALES PACTADAS GLOBALMENTE EN CONCILIACIÓN JUDICIAL, SIN NECESIDAD DE DESGLOSE, EN APLICACIÓN DEL NUEVO REDACTADO DADO AL ARTÍCULO 33.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LA LEY 43/2006, SIEMPRE QUE NO SE SUPEREN LOS MÓDULOS Y LÍMITES FIJADOS EN EL PROPIO PRECEPTO LEGAL.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1.- En fecha 26 de junio de 2007, el trabajador Don Brahim formuló demanda contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) alegando : a) que habiendo prestado servicios para la empresa PEDRO R., desde el 10 de diciembre de 2007, con la categoría profesional de Oficial de 1ª Albañil y percibiendo un salario de 1.160,67 euros mensuales, con inclusión de pagas extraordinarias, en fecha 17 de agosto de 2004, al personarse en la obra a prestar servicios, fue despedido; b) que interpuesta demanda por despido, y turnada al Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Madrid, en fecha 24 de noviembre de 2004 se celebró el acto de conciliación judicial, en el cual la citada empresa reconoció la improcedencia del despido, ofreciendo por los conceptos indemnización, liquidación saldo y finiquito la cantidad de 2000 euros; c) que al no haber procedido la empresa al abono de dicha cantidad, se instó la ejecución del fallo despachando ejecución mediante Auto de fecha 31 de enero de 2005, y declarando la insolvencia provisional mediante Auto de fecha 10 de octubre de 2005; y , c) que en fecha 30 de enero de 2006, se presentó solicitud al FOGASA, interesando el importe de la indemnización y liquidación reconocidas en la citada acta de conciliación judicial, dictándose resolución en fecha 26 de junio de 2006, por la que se deniega el abono de cantidad alguna, constando en el fundamento jurídico tercero de dicha resolución que : “El título ejecutivo aprobado es insuficiente a efectos de prestaciones de Garantía Salarial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del ET.....que excluye los supuestos de despido o extinción contractual que contempla la conciliación (STS en interés de Ley 4127/90), por lo que procede su denegación.

2.- En la demanda, se hacía constar que el importe de 2000 euros netos en concepto de indemnización y liquidación, correspondía a 1.125,82 euros en concepto de indemnización por despido, y 2.742,33 euros en concepto de salarios del 1 al 17 de agosto, parte proporcional de la paga de Navidad y Vacaciones, reclamando, en función de los importes máximos pactada en el acto del conciliación judicial, la cantidad de 1550,95 euros.

3.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Madrid, en fecha 28 de noviembre de 2007, desestimó la demanda, por estimar que las indemnizaciones por despido no tienen la condición de salario a los efectos prevenidos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, y por la falta de desglose de la cantidad neta pactada globalmente, “en concepto de indemnización, liquidación, saldo y finiquito”, e interpuesto recurso de suplicación contra dicha resolución judicial, fue desestimada por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17 de junio de 2008. En esta sentencia, la Sala de suplicación, aunque advierte que conforme a la jurisprudencia comunitaria, se debe incluir en el ámbito de la garantía que de discute las indemnizaciones reconocidas en acto de conciliación judicial, desestima la demanda del trabajador por la falta de desglose de los conceptos incluidos en la conciliación judicial, porque dicho título no especifica en modo alguno lo que pudiera tener naturaleza indemnizatoria o salarial, razonando, además, que la responsabilidad prestacional del Fondo de Garantía Salarial se calcula en función de los topes o límites máximos previstos, respectivamente, para las indemnizaciones y los salarios en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores; y estos cálculos son de imposible realización sin no han quedado perfectamente especificados en sus cuantías reales.

SEGUNDO.- 1.- Frente a esa sentencia de la Sala de Madrid recurre ahora el demandante en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 3 de marzo de 2.005 (rec. 2454/2004).

2.- En dicha Sentencia se resolvió un problema similar, 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.

3.- También en este caso reconoció la empresa en conciliación judicial la improcedencia del despido, y se comprometió a abonar al trabajador demandante “la cantidad de 675.000 pesetas en concepto de indemnización por despido y liquidación final de partes proporcionales, pagaderas en tres plazos.....”. Abonado el primer plazo por la empresa, el actor solicitó la ejecución del

acuerdo alcanzado en la conciliación, habiéndose declarado posteriormente la insolvencia de la demanda y solicitándose del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones por indemnización y salarios, que fue denegado por dicho Organismo.

4.- La sentencia aportada para la confrontación doctrinal llega a conclusión contraria a la de la sentencia recurrida, sosteniendo, que aunque no se efectuó el deslinde entre la cantidad derivada de indemnización por despido y la devengada como liquidación final de partes proporcionales, a la luz de la doctrina comunitaria –cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002. num. C-442/2000- los salarios y las indemnizaciones reciben la misma protección, no siendo ya necesaria la distinción y separación de ambos conceptos retributivos pactados en conciliación judicial, porque los dos se incluyen dentro de la garantía a la protección del trabajador asalariado en caso de insolvencia del empresario, todo lo cual hace que no se considere requisito imprescindible la concreción del importe de uno y otro de forma separada para generar la prestación solicitada, cuando de un cálculo aritmético, al ser la indemnización por despido una cuantía tasada, se puede deducir el importe de la misma siendo la cuantía restante la devengada como liquidación de salarios.

TERCERO.- 1.- Como se ha podido ver, en ambos casos se había pactado una cantidad global en conciliación judicial, y mientras la sentencia recurrida sostiene que no es posible en tales condiciones exigir responsabilidad al Fondo, la de contraste mantiene lo contrario. En definitiva, las sentencias comparadas vienen a resolver sobre el mismo problema jurídico, el alcance de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA (artículo 33.ET) en caso de insolvencia de la empresa cuando se trata del impago de las indemnizaciones por despido y liquidación de partes proporcionales reconocidas de forma global en conciliación judicial, por lo que procede 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.

CUARTO.- 1.- Con carácter previo, conviene precisar, que la doctrina de esta Sala iniciada en la sentencia de fecha 4 de julio de 1990, dictada en recurso en interés de Ley, y seguida por las sentencias -dictadas ya en unificación de doctrina- entre otras las de 18 de diciembre de 1991 (rec. 681/1991), 17 de enero de 2000 (rec. 574/1999), 17 de marzo de 2003 (rec. 907/2002), 23 de abril de 2004 (rec. 1216/2003), 23 de noviembre de 2005 (rec. 3429/2004), y 22 de enero de 2008 (rec. 490/2007), venía señalando, en interpretación del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, que para que el Fondo de Garantía Salarial abonase, en sustitución de obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, salarios e indemnizaciones por cese, era necesario disponer un título habilitante que la norma exige, y que si bien para los salarios era suficiente con una conciliación, previa o judicial, para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, era precisa una sentencia o resolución administrativa. Y esta doctrina, traía como consecuencia, que el Fondo de Garantía Salarial no se hiciese cargo de las cantidades por indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, reconocidas en concepto de saldo y finiquito en acto de conciliación judicial; y así se dijo expresamente en las sentencias ya citadas de 17 de enero de 2000, 17 de marzo de 2003 y 22 de enero de 2008.

2.- Ahora bien, estima la Sala que esta doctrina debe ser modificada en razón a la reforma legal operada por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre de Mejora del crecimiento y del empleo, uno de cuyos objetivos lo constituía la mejora de la protección de los trabajadores dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial. Para ello, se modificaron los límites y topes de cálculo que se venían aplicando (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados), y se incluyeron entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuraban en la redacción del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (indemnizaciones por determinadas extinciones de contratos por causas objetivas o en el marco de un procedimiento concursal, así como las debidas por finalización de contratos temporales).

En concreto, y en lo que aquí ahora interesa, el artículo 33.2. del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por dicha Ley, 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..."*.

3.- Es claro pues -a tenor del actual redactado del precepto legal- que entre los créditos garantizados por el FOGASA se reconocen las indemnizaciones conciliadas judicialmente. Pues bien, si ello es así, ya no tiene razón de ser la señalada doctrina de la Sala que establecía que al pactarse una cantidad global sin especificarse los conceptos que pudieran tener naturaleza retributiva, a efectos del reconocimiento de prestaciones por parte del Fondo de Garantía Salarial, el mismo no debía responder. Ello tenía significado cuando, a efectos de prestaciones cargo del FOGASA, se convalidaba la distinción prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, entre salarios reconocidos en acto de conciliación o en resolución judicial, e indemnizaciones por despido, en las que se exigía una sentencia o resolución administrativa, pero como con la modificación legal referenciada ambos conceptos retributivos pactados en conciliación a presencia judicial entran de lleno a cubrirse por el FOGASA, y se incluyen, por consiguiente, dentro de la garantía de la protección del trabajador en caso de insolvencia de la empresa, debe entenderse, que también la suma devengada en concepto de indemnización por despido, así como el importe de la liquidación de partes proporcionales pactado todo ello globalmente en conciliación judicial, entra dentro de la protección a dispensar por parte del

FOGASA para el pago de los créditos impagados, sin que sea requisito imprescindible la concreción de uno y otro concepto de forma separada para generar la prestación solicitada, cuando de un cálculo aritmético, al ser la indemnización por despido una cantidad tasada, se puede deducir el importe de la misma, siendo la cuantía restante la devengada como liquidación de partes proporcionales, evitando así la superación del tope de 120 días, así como la aplicación de los módulos y límites fijados en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, que no pueden superarse, tal como acontece en el presente caso, en que ello no se ha cuestionado, limitándose la oposición del Organismo demandado a señalar la insuficiencia del título ejecutivo, sin que en momento alguno hayan sido objeto de discusión los cálculos efectuados en el escrito de demanda.

QUINTO.- En su consecuencia, por las razones expuestas y visto el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso, reconociendo el derecho del trabajador demandante a percibir a cargo del FOGASA la cantidad reconocida en conciliación judicial en concepto de indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, que debe circunscribirse a la allí fijada de 2.000 euros netos, 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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrado Doña Rosalía Rainero Holgado, en nombre y representación de Don **BRAHIM**, contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 1785/2008, interpuesto frente a la sentencia de 28 de noviembre de 2007 dictada en autos 583/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, en reclamación por Cantidad. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por Don **BRAHIM**, reconociendo su derecho al percibo de la cantidad de 2.000 euros netos, a cuyo pago condenamos al **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL** demandado. Sin costas”.

2109/08**002**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 13/07/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Síntesis

Despido improcedente. Contratación temporal, art 15.1 b) ET. El contrato temporal por "acumulación de tareas" exige que se identifique en él con claridad y precisión la causa o circunstancia que lo justifique desde el momento en que se firma; de lo contrario, operará la presunción iuris tantum de que el contrato es por tiempo indefinido, al haberse llevado a cabo en fraude de ley, aunque sea la Administración la que suscribió tal contrato.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si un contrato de trabajo temporal suscrito bajo la modalidad de acumulación de tareas por la Administración, sin especificar en absoluto en qué consistan tales tareas, puede subsanarse o novarse en la prórroga del mismo, en la que aparece por primera vez la referencia a esa actividad extraordinaria.

La demandante prestó servicios presta servicios por cuenta de la Xunta de Galicia, Vicepresidencia de Igualdad y de Bienestar con categoría profesional de educadora, en virtud de contrato de trabajo suscrito el 20 de octubre de 2006, en la modalidad prevista en el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, eventual por acumulación de tareas. En el apartado correspondiente al objeto del contrato se decía literalmente que éste sería *acumulación de tareas*, sin otras especificaciones, para llevar a cabo las funciones de su categoría en el centro de menores "Santo Anxo de Guarda" en Rábade-Lugo, con una duración inicialmente prevista hasta el 31 de diciembre de 2006.

Unos días antes de su vencimiento, el 22 de diciembre de 2006, se decidió redactar lo que se denominó "*Cláusula adicional 1ª*" del referido contrato de trabajo en una prórroga del mismo, expresándose en su justificación que dicho contrato tenía su causa en el "*traslado de menores extranjeros no acompañados llegados desde la Comunidad de Canarias ...*" y que al persistir las

circunstancias que lo motivaron, *"se hace necesario ampliar el periodo de contratación, motivo por el que la cláusula sexta queda modificada ..."* extendiéndose entonces la duración desde el 20 de diciembre de 2.006 hasta el 19 de julio de 2.007. Llegada esta fecha, la Administración contratante decidió extinguir el contrato por finalización del tiempo pactado. Disconforme la trabajadora con esa medida, planteó demanda por despido que fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Lugo de fecha 23 de octubre de 2.007, declarándose la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Recurrida en suplicación por la Xunta de Galicia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 25 de abril de 2.008, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia.

Para ello la Sala de Galicia parte de la necesidad de que en el contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas (artículo 15.1 b. ET y artículo 3.2 del R.D. 2720/1998) conste en su articulado desde el momento de su suscripción con suficiente precisión y claridad el objeto que lo motiva, las causas que lo justifican. De esta forma, se dice en la sentencia recurrida, es claro que el contrato no reunía esos requisitos en su redacción inicial, lo que determinaba que la cláusula temporal viniera viciada en origen, de lo se desprendía la presunción de que la relación laboral era indefinida al haberse celebrado en fraude de ley (artículo 15.3 ET y 6.4 Código Civil) al no haber desvirtuado la demandada mediante la prueba correspondiente que *-se dice literalmente en ella- "... desde el momento inicial de la relación laboral concurrían las circunstancias justificativas de la modalidad contractual y que, precisamente, eran ellas las que motivaron celebrarlo. Sin embargo, aquí el Organismo demandado no ha acreditado que en el momento de contratar a la actora concurrieran circunstancias que implicasen un aumento de la actividad, a través de la aportación -que seguro está en sus manos- de la relación de alumnos antes de la contratación y la existente con posterioridad, número de acogidos a lo largo de toda la relación y el existente al cese. Es decir, se pretende que por la mera declaración apodíctica incorporada al contrato lleguemos a la convicción de que la causa existía en Octubre/06 y ha persistido a lo largo de la vida del contrato; esto es inaceptable, siquiera pueda ser un hecho conocido que se ha producido un traslado de menores, desconoce esta Sala si concretamente se ha hecho a ese Centro y en qué medida, si a la vez otros ya internados fueron trasladados a otros lugares, etc. ..."*.

De esta forma, al no quedar desvirtuada la presunción referida, *"... a pesar de esa nueva cláusula introducida posteriormente en el contrato, lo cierto es que tampoco ahora consta acreditada fehacientemente, ya que, aunque la Administración cuenta con todos los medios a su alcance para poder acreditar la temporalidad de la relación laboral, ciertamente existe una orfandad probatoria absoluta ... sobre el número de alumnos que había en el Centro Santo Anxo de Rábade, sobre el número de los que han venido de Canarias y sobre la fecha de llegada e ingreso en el Centro; desconociéndose si su llegada se produjo en Octubre, cuando se suscribe el contrato, o en Diciembre, cuando se introduce la prórroga"*.

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia se interpone ahora por la Xunta de Galicia recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción de los artículo 15.1 b) y 49.1 c) ET, artículo 3 del R.D. 2720/1998 y el artículo 7.6.2 del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, así como los artículos 218 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social en fecha 17 de marzo de 2.008, firme al tiempo de publicarse la recurrida.

En esta sentencia referencial se aborda un supuesto que guarda 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. Se trata en ella también de una trabajadora de la misma Administración que suscribió un contrato de trabajo temporal idéntico -acumulación de tareas- para prestar servicios como educadora y en el mismo Centro, coincidiendo incluso las fechas de duración inicial, salvo la de la prórroga, que lo fue desde el día 14 de diciembre de 2.006, así como la introducción en ese segundo momento de la misma cláusula adicional antes descrita en la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia declaró el despido improcedente porque no se había especificado en el momento en que se suscribió el contrato con suficiente claridad y precisión las causas o circunstancias que lo justificasen. Por el contrario, la Sala de Galicia en la sentencia de contraste revocó aquélla al entender que el contrato de trabajo, aunque inicialmente no expresaba con suficiente claridad la causa de la acumulación de tareas, no es menos cierto *-se dice en ella-* que antes de su finalización ambas partes suscribieron una cláusula adicional en la que se hacía referencia concreta al objeto del mismo, el traslado desde Canarias al Centro de menores no acompañados. Sobre este punto se afirma literalmente en la sentencia de contraste que *"se ha producido una novación que contempla una mayor duración del contrato, extendiéndose el mismo hasta la duración máxima permitida de nueve meses (artículo 7.6.2 del Convenio ...)"* de lo que extrae la conclusión de que el contrato sí reunía los requisitos legales para su validez y por ello el cese de la actora, al llegar el vencimiento del tiempo pactado, no constituyó un despido sino la extinción del contrato por causa lícitamente pactada (artículo 49.1 b) ET).

A la vista de la indicada contradicción entre las sentencias comparadas, procede que esta Sala entre a unificar doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe.

TERCERO.- Tal y como se has explicado antes con detalle, la Administración autonómica ahora recurrente achaca a la infracción de los artículo 15.1 b) y 49.1 c) ET, artículo 3 del R.D. 2720/1998. Además, afirma en su recurso que la sentencia recurrida es incongruente porque en su motivación resuelve el problema de la acreditación de la causa como elemento de neutralización de la presunción de contratación indefinida, afirmando que no consta en las actuaciones el momento en que los menores no acompañados llegaron a Galicia desde la Comunidad Canaria.

No niega la recurrente (tanto la sentencia recurrida como la de contraste parten de este hecho) que en el contrato original, el que determinó el inicio de la actividad de la trabajadora contratada no se especificaba en absoluto la causa o las circunstancias que lo justificasen. Se decía en él simplemente que el contrato se suscribía *por acumulación de tareas*. Es evidente entonces que el contrato no cumplía las exigencias formales que se contienen en el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores que regula esa modalidad contractual estrictamente causal y en el artículo 3.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, en el que se dice con claridad que en estos contratos se habrá de expresar con *precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique*. Requisito que está vinculado a la propia vigencia del contrato, desde el momento en que el referido artículo 15.1 b) ET establece una duración máxima de estos contratos en -que puede ser ampliada en convenio colectivo como en este caso sucede- pero que siempre ha de medirse en su momento inicial *"a partir del momento en que se produzcan dichas causas"*. Por esa razón la sentencia de contraste no se muestra acorde con ese precepto cuando admite la posibilidad de que en un momento posterior a la firma del contrato, en el que nada se dijo al respecto, se concreten los motivos, sin otras exigencias. Hubiese sido correcta esa afirmación si fuese acompañada de un hecho -que no existe- en el sentido de que esas necesidades que determinaron la causa surgieron en el momento de la contratación inicial, aunque no se especificasen. Pero ello no fue así, como explica ampliamente y con acierto la sentencia recurrida, en la que tras un primer paso o razonamiento jurídico en el sentido ya expresado, se extrajo la consecuencia de que ante la falta de causa del contrato en el origen, éste había de presumirse celebrado con carácter indefinido (artículo 15.3 ET).

Hasta aquí se extendía la discrepancia en las sentencias comparadas, y hasta este punto ya hemos razonado que la doctrina ajustada a derecho es la de la recurrida que vinculó la presunción de contrato indefinido al hecho del quebrantamiento de las formalidades descritas. A partir de ese momento, la referida sentencia tiene que avanzar en su razonamiento, puesto que esa presunción es de naturaleza *iuris tantum* que admite por tanto prueba en contrario y que se ha de analizar para conocer si a pesar de aquellos incumplimientos, la relación de trabajo podría calificarse de temporal eventual y por tanto concluirse con la inexistencia de despido al finalizar el contrato en el plazo previsto. Y en esa tarea la sentencia recurrida parte del hecho de que no se acreditó por la demandada que en el momento inicial concurrían las circunstancias que permitirían la contratación, a través de un incremento de la actividad en el Centro en el que prestaba servicios la demandante, para lo que le hubiese bastado con la aportación del número de alumnos antes de la contratación y la existente con posterioridad o con establecer el momento de la llegada al mismo de los menores a los que se refiere la prórroga; no cabe entonces, se dice con acierto en la sentencia recurrida, pretender que *a posteriori*, en el momento de la prórroga, por el mero hecho de la suscripción de la misma y sin más elementos probatorios se llegue a la conclusión de que la causa de temporalidad utilizada y que aparece por primera vez en la prórroga existía realmente desde el principio.

Por eso la sentencia recurrida no incurrió en incongruencia alguna, pues el pronunciamiento de inexistencia de causa en el contrato y de presunción de que se trataba de una relación indefinida llevaba inexorablemente a los razonamientos relativos a la destrucción o no de esa presunción, y finalmente a la determinación de la existencia de un despido, tal y como se postulaba en la demanda. En todo caso, esa denuncia procesal, tal y como se ha planteado, en ningún caso sería viable en este recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que la parte recurrente tendría que haber construido un motivo específico sobre este punto, en el que también se invocara una sentencia de contradicción.

CUARTO.- La consecuencia de lo que antecede no puede ser otra que la consideración del contrato de trabajo que suscribió la demandante como indefinido, tal y como se desprende del número 3 del artículo 15 ET, pues el contrato ha de entenderse suscrito en fraude de ley. Como se dice en nuestra sentencia de 6 de mayo de 2.003 (recurso 2941/2002) *"... este fraus legis no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud de la Administración empleadora estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus) sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil: el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir"*. Sigue siendo entonces, como es sabido, nuestro sistema de contratación temporal de carácter casi exclusivamente causal (con la pervivencia de algún contrato de trabajo temporal no causal, como es el de fomento del empleo para personas con discapacidad a que se refiere la Disposición Adicional 1ª de la Ley 43/2006) de manera que si se vulnera a través de la contratación irregular el principio de no temporalidad, esa es la norma -en este caso el artículo 15 ET- cuya virtualidad ha resultado de hecho eludida por la Administración, de forma que el artículo 6.4 del Código Civil se aplicó correcta y

adecuadamente por la sentencia recurrida al admitir el fraude de ley que conduce a la declaración de relación laboral de carácter indefinido y por ello a la propia existencia del despido postulado.

QUINTO.- En conclusión, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el recurso de casación para la unificación de doctrina ha de ser desestimado y confirmada la sentencia recurrida en todos sus puntos, sin que haya 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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la JUNTA DE GALICIA, contra la sentencia de 25 de abril de 2.008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 3/2008, interpuesto frente a la sentencia de 23 de octubre de 2.007 dictada en autos 636/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo seguidos a instancia de D^a M^a José contra la Vicepresidencia de Igualdad y de Bienestar de la Junta de Galicia sobre despido. Sin que haya lugar a la imposición de costas”.

C-75/08

003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 14/07/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO.- Descanso semanal: interpretación art. 32.10 Convenio colectivo de grandes almacenes.- Falta de interés real y actual: discrepancias de la recurrente en abstracto con la doctrina reiterada de esta Sala IV: inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo: temas ya no litigiosos jurídicamente aunque la parte demandante en abstracto no comparta las conclusiones dadas en resoluciones judiciales firmes, por lo que no deben interpretarse de nuevo normas cuyo contenido ya está delimitado jurisprudencialmente y cuya aplicación no ha originado ningún conflicto real o actual ajeno a la abstracta discrepancia de la parte recurrente.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1.- La organización empresarial demandante (ANGED), -- ahora recurrente en casación ordinaria --, afirma que agrupa a la practica totalidad de las empresas que en el ámbito estatal se dedican al comercio al por menor en régimen de gran distribución y que están reguladas las relaciones laborales de aquéllas con sus trabajadores por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (hecho primero), señalando también en su demanda (hecho segundo) que en materia de distribución de la jornada debe seguir aplicándose el criterio histórico de interpretación del art. 34.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y que *“ello no obstante este criterio sobre la interpretación del art. 34.3.pf. 1º ET, ha sido puesto en discusión por las organizaciones sindicales demandadas habida cuenta de los últimos pronunciamientos de esta Sala acerca del descanso entre jornadas y el descanso semanal han roto lo que tradicionalmente ha sido entendido por ambos conceptos, errando, dicho sea con el debido respeto, en el nuevo sentido que se les ha dado ...”* y que *“a la vista de estas posiciones contradictorias entre el criterio que históricamente siguen las empresas del sector y el que se deduce de esta doctrina judicial, es necesaria un interpretación por parte de los Tribunales sobre el correcto alcance de los descansos entre jornadas para hacer una adecuada distribución de la jornada anual y semanal”*; concluyendo, suplicando que *“... se dicte sentencia por la que, estimando esta demanda se declare que la interpretación del art. 34.3. párrafo 1º ET en orden a la confección de calendarios y turnos de trabajo en el sector de Grandes Almacenes debe hacerse considerando que el descanso entre jornadas se cumple por el mero hecho de que entre el final de una jornada y el principio de la siguiente medie un lapso de doce horas, independientemente de si ese lapso coincide o no con períodos de descanso legalmente devengado como vacaciones o descanso semanal, o festivos, o cualquier otro período de interrupción de prestación de trabajo, sin que haya que sumar 12 horas más a estos períodos de descanso o de cesación de la prestación laboral”*.

2.- La sentencia ahora recurrida, -- dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 14-abril-2008 (autos 224/2007) --, desestimó la demanda por falta de acción, declarando la incompetencia de dicha Sala para resolver la pretensión de la demanda por tratarse de la solicitud de un informe sin que exista un conflicto real y actual, argumentando, en esencia, que *“... esta Sala ha examinado en primer lugar el suplico de la demanda y del mismo se desprende que la pretensión se concreta en la solicitud de que se considere adecuada la interpretación expuesta ‘en orden a la confección de los calendarios y turnos de trabajo en el sector de Grandes Almacenes’. La Asociación demandante pide una interpretación de la norma para, de acuerdo con ella*

confeccionar la distribución de la jornada, obligación que le es impuesta legal y convencionalmente. No resulta acreditado el conflicto por la oposición de las demandadas a su interpretación en el acto del juicio, ni es suficiente la alegación por la demandante ´de un rosario de demandas individuales en niveles inferiores´ sobre el tema controvertido. Este extremo debió ser acreditado documentalmente y no se practicó ningún tipo de prueba en ese sentido. La referencia a conflictos anteriores que fueron objeto de litigio y tramitados por el procedimiento adecuado, es ineficaz puesto que ya se les dio solución mediante las correlativas sentencias, firmes o no. En consecuencia, la Sala estima la falta de acción y se declara, por ello incompetente para entrar en el fondo del asunto, sin perjuicio del derecho de la asociación demandante de acudir a los medios que considere adecuados en busca de asesoramiento para la confección del calendario laboral que en el momento de presentarse la demanda no había confeccionado”.

SEGUNDO.- 1.- En su primer motivo del recurso la organización empresarial demandante, por el cauce procesal del art. 205.a) LPL (*“incompetencia o inadecuación de procedimiento”*), alega que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente el art. 151.1 LPL y argumenta, en esencia, que las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en asuntos procedentes de la Audiencia Nacional, en especial en fechas 10-octubre-2005 y 12-mayo-2008, las de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pendientes de recurso de casación y los diversos incidentes que se han suscitado en ejecución de sentencias firmes, comporta que *“esta disparidad de pronunciamientos genera cierta inseguridad jurídica puesto que al afectar a la interpretación de los artículos que aquí se traen a colación no solo a las empresas citadas sino a todas las incluidas dentro del ámbito del convenio, resulta necesario unificar el criterio interpretativo en relación con esta materia”*, concluyendo que existe un conflicto vigente por el carácter actual y real del mismo.

2.- En el precepto cuestionado, se regula el objeto del procedimiento de conflicto colectivo, disponiéndose que *“Se tramitarán a través del presente proceso 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”*.

3.- Entre los codemandados personados, los únicos impugnantes del recurso de casación se ha manifestado en contra de la estimación de este primer motivo, al igual que se ha instado por el Ministerio Fiscal en su informe. En este sentido: **a)** Por parte de la *“FECOHT-CC.OO.”* se argumenta que ya existen al menos tres sentencias firmes y coincidentes de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre el tema de fondo – las SSTS/IV 10-octubre-2005 (recurso 155/2004, Lerroy Merlin), 25-septiembre-2008 (recurso 109/2007, Carrefour) y 23-octubre-2008 (recurso 151/2006, Makro) --, por lo que *“no es cierto como señala la recurrente – de forma errática y rozando la temeridad – que exista una disparidad de pronunciamientos que generen cierta inseguridad jurídica y que por ello sea necesario ´unificar el criterio interpretativo en relación con esta materia´”,* queriéndose utilizar el procedimiento de conflicto colectivo como medio de consulta a los órganos de la jurisdicción social sobre unas hipótesis interpretativas; **b)** En análogo sentido se pronuncia el sindicato *“UGT”* y su *“CHTJ-UGT”*, destacando, además, para remarcar el carácter de mera consulta o informe judicial del conflicto planteado, que ni siquiera la confección de los calendarios y turnos de trabajo en el sector de Grandes Almacenes corresponde a la *“ANGED”*, sino a las correspondientes empresas, en interpretación de los arts. 36.4 ET y 32 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes; **c)** Igualmente en contra de la estimación del motivo se pronuncia la *“FASGA”*, señalando que no existe controversia real y actual; y **d)** finalmente *“FETICO”* insistiendo en la falta de conflicto real y destacando la existencia de las sentencias firmes concordantes dictadas sobre el tema de fondo por este Tribunal Supremo.

TERCERO.- 1.- Entrando ya en la resolución del referido primero motivo del recurso de casación, debe tenerse en cuenta que como recuerda la STS/IV 7-abril-2009 (recurso 56/2008), *“entre las numerosas ocasiones en las que esta Sala se ha ocupado del tema relativo a la adecuación o inadecuación del proceso de conflicto colectivo, regulado en los arts. 151 y siguientes de la LPL, podemos citar –como una de las más recientes- nuestra Sentencia de 5-noviembre-2008 (rec. 178/07), en cuyo fundamento jurídico 2º se razona en los siguientes términos: <<Aunque coincidentes en la doctrina que sientan, son diversas las fórmulas empleadas por la Sala para caracterizar el procedimiento de Conflicto Colectivo. Así, en ocasiones se ha dicho que tal proceso especial implica: (1º) la existencia de un conflicto actual; (2º) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses; y (3º) su índole colectiva, entendiéndose por tal no la mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto dotado de homogeneidad que representa de un interés general (en este sentido, las SSTS 25/06/92 –rcó 1706/91–; 17/06/97 –rcó 4333/96–; 24/04/02 –rcó 1166/01–; 05/07/02 –rcó 1277/01–; 17/07/02 –rcó 1299/01–; y 12/06/07 –rcud 5234/04–). Con expresión más reiterada, también se afirma que el Conflicto Colectivo se define por la conjunción de dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, «entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad». 2) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros», o 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» (recientemente, SSTS 16/05/07 –rcud 36/06–; 21/06/07 –rcó 126/06–; 12/07/07 –rcó 150/06–; 07/11/07 –rcó 32/07–; 19/02/08 –rcó 46/07–; 10/06/08 –rcó 139/05–; 27/06/08 –rcó 107/06–; y 17/07/08 –rcó 152/07–). Y con definición menos usual, pero no*

menos expresiva, se indica que es «generalmente admitida, por la doctrina y la jurisprudencia, la exigencia, en el proceso de conflicto colectivo, de tres elementos: interés debatido –de carácter colectivo, general e indivisible–; subjetivo –afección indiferenciada de trabajadores–; y finalístico –admisión de los conflictos jurídico o de interpretación y exclusión de los de intereses o de innovación–» (SSTS 24/02/92 –rco 1074/91–; y 07/02/06 –rco 23/05–).- Asimismo, esta Sala es constante al afirmar que 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 o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Y ello es así porque «al igual que en los conflictos individuales puede haber un momento colectivo [inicial] que se identifica con la interpretación de una regla general, en los conflictos colectivos divisibles hay también un momento [posterior] individual o plural en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el art. 158.3 LPL» (reproduciendo la STS 25/06/92 –rco 1706/91–, prescindiendo de muchas otras, las recientes sentencias de 22/03/07 –rco 114/05–; 21/06/07 –rco 126/06–; 12/07/07 –rco 150/06–; 27/06/08 –rco 107/06–; y 17/07/08 –rco 152/07–)>>».

2.- A la vista de lo anteriormente expuesto y de los razonados argumentos de la sentencia de instancia apoyados por los ahora impugnantes del recurso de casación ordinario, unido a las propias argumentaciones de la recurrente en su demanda, en el suplico y en el propio escrito de recurso, se llega a la conclusión de que la acción carece de interés a los efectos del planteamiento del conflicto colectivo por tratarse de una mera consulta. Dado que no existe una verdadera y real controversia entre la organización empresarial y los sindicatos demandados, pretendiendo aquella una declaración abstracta sobre determinadas situaciones que podrían platearse en el futuro, como lo pone de manifiesto, por una parte el hecho de que la propia recurrente afirme que las discrepancias se deben a que los sindicatos o trabajadores afectados intentan obtener el cumplimiento de sentencias firmes concordantes dictadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo en litigios en los que interpretan la propia norma convencional ahora cuestionada; por otro el hecho de que intenta revestir su interés en base a una posible “confección de calendarios y turnos de trabajo en el sector de Grandes Almacenes” cuya elaboración, salvo con relación a sus propios trabajadores, no le incumbe, o bajo el pretexto de que se le marquen unas pautas para futuras negociaciones en orden a la confección del referido calendario laboral o los turnos de trabajo, para intentar lograr a su amparo una modificación de una doctrina interpretativa consolidada de esta Sala en la materia de fondo cuestionada (contenida, entre otras, en las SSTS/IV 10-octubre-2005 -recurso 155/2004 Lerroy Merlín, 25-septiembre-2008 -recurso 109/2007 Carrefour, 23-octubre-2008 -recurso 151/2006 Makro, 27-noviembre-2008 -recurso 99/2007 Alcampo), lo que no constituye el medio adecuado para ello.

3.- En definitiva, faltan los presupuestos de existencia de un conflicto actual, pues si bien, en su día y entre los concretos litigantes de otros procesos existió un conflicto jurídico o de interpretación, ahora se trataría de una mera consulta, formulada para cuestionar temas ya no litigiosos jurídicamente aunque la parte demandante en abstracto no comparta las conclusiones dadas en resoluciones judiciales firmes, por lo que la Sala “a quo” ninguna interpretación tenía que llevar a cabo respecto de unas normas cuyo contenido ya está delimitado jurisprudencialmente y cuya aplicación no ha originado ningún conflicto real o actual ajeno a la abstracta discrepancia de la parte ahora recurrente, por lo que el objeto de la cuestión planteada escapa del ámbito propio del proceso de conflicto colectivo.

4.- Por consiguiente, desestimado el primer motivo resulta improcedente entrar en el examen de los restantes, lo que comporta entender que la sentencia impugnada no ha infringido el art. 151.1 LPL denunciado por la recurrente; por lo que procede, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, aunque sin imposición de costas (art. 233.2 LPL), por tratarse de proceso de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en la conducta procesal de la recurrente lo que no se ha pedido tampoco por los impugnantes, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir (art. 215 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 casación interpuesto por la “ASOCIACIÓN NACIONAL DE GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN (ANGED)” contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 14-abril-2008 (autos 224/2007), en proceso de conflicto colectivo instado por la ahora recurrente contra la “FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE COMISIONES OBRERAS (FECOHT-CC.OO.)”, “CONFEDERACIÓN ESTATAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.)”, “FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES (FASGA)”, “FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO)”, “FEDERACIÓN ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERÍA-TURISMO Y JUEGO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (CHTJ-UGT)”, “UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT)”, “CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES (CEOE)”, “CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (CEPYME)”. Confirmamos la Sentencia recurrida, sin imposición de costas y con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir”.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 14/07/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto**Síntesis**

GENERALITAT DE CATALUNYA. SUCESIVOS CONTRATOS TEMPORALES DE OBRA O SERVICIO PARA MONITORES EN PROGRAMAS DE FORMACIÓN OCUPACIONAL CASAS D'OFICIS, EN EL PROGRAMA "TREBALLEM PER A LA FORMACIÓ". ES UN PGS (PROGRAMA DE GARANTIA SOCIAL) QUE SE VIENE REALIZANDO DESDE EL CURSO 93/94. RECLAMAN EL CARACTER DE INDEFINIDOS. Se desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Es objeto del actual recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de mayo de 2008 (rec. 2054/08), confirmatoria de la de instancia que calificó el cese del demandante como despido improcedente. El actor ha venido prestando servicios para la demandada -Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña-, con la categoría profesional de Monitor de Formación Ocupacional, suscribiendo al efecto contratos de trabajo en la modalidad de servicio determinado, para prestar servicios de Monitor de Formación Ocupacional en varios proyectos del Programa Casas de Oficis, durante los períodos y realizando las funciones que se detallan en las certificaciones de servicios prestados que obran en la prueba documental a la que se remite la narración histórica. Por carta de 5 de junio de 2007, la demandada comunicó a los demandantes la finalización de su contrato laboral el siguiente 11 de julio. La sentencia de instancia tras una minuciosa tarea argumental, califica el cese como despido improcedente remitiéndose a un pronunciamiento anterior que declaró el carácter fijo discontinuo de unos coordinadores monitores de programas de Casas de Oficis -STS Cataluña 4-5-07 (rec. 273/07), sentencia en la que el tribunal razona a propósito de la inaplicabilidad del criterio de la anterior sentencia de 21-4-06. Como hemos dicho, la Sala de suplicación comparte el parecer del Juez a quo. Para alcanzar tal solución, se remite básicamente a su STS Cataluña 4-2-08 (rec. 1889/07), reproduciendo parcialmente su argumentación y en la que se declaró que la relación que une a las partes tiene el carácter de indefinida -discontinua, al venirse produciendo una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, en intervalos temporales, separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad, que responde a una necesidad estructural, concluyendo con que la extinción de la relación laboral por causa de finalización del contrato constituye despido improcedente.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 21 de abril de 2006, recurso 80/06, firme en el momento de publicación de la recurrida. La referencial desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona el 30 de septiembre de 2005, en el procedimiento 821-822/04, en reclamación por despido. Consta en dicha sentencia que los actores venían prestando servicios para el Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya desde el año 1999, con la categoría profesional de monitores de formación ocupacional, del grupo B-1, en virtud de sucesivos contratos de carácter temporal, para obra o servicio determinado, prestando sus servicios en una casa d'oficis del proyecto "TreballeM per a la formació". La contratación de los actores estaba vinculada al convenio de colaboración entre el Departament d'Educació y el de Treball de la Generalitat, destinado a facilitar la inserción de los jóvenes en el mundo laboral, a través del programa cases d'oficis "TreballeM per a la formació". Se acordaba para el desarrollo de este programa que el Departament de Treball efectuara una transferencia interdepartamental, condicionándolo a la aprobación de los presupuestos de la Generalitat y a la existencia de disponibilidad presupuestaria. La sentencia entendió que es ajustada a derecho la calificación de los contratos como contratos de obra o servicio determinado, habida cuenta que tal autonomía o sustantividad, con relación a la actividad normal del Departament, viene dada por la peculiaridad de cada uno de los convenios de colaboración entre los Departamentos de Educación y de Trabajo -a los que se vinculan los contratos de los actores-, dependiente de su condicionante presupuestario y del específico convenio a que atienden. Señala la sentencia que en virtud del citado convenio de colaboración, destinado a facilitar la inserción de los jóvenes en el mundo laboral, el Departament de Treball efectúa una aportación económica al d'Ensenyament, con cargo a una determinada partida presupuestaria, en cuantía variable, con vigencia de un año en algunos casos y de dos en otros, financiándose la actividad de las casas de oficis con subvenciones públicas.

SEGUNDO.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues como señaló la Sala en la sentencia de 21 de enero de 2009 (rec. 1627/08), resolviendo un caso sustancialmente idéntico:

"En ambos supuestos se trata de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional -monitor de formación ocupacional, del grupo B-1-, que vienen prestando sus servicios desde 1999, en cases d'oficis, en el programa "treballem per a la formació", en virtud de sucesivos contratos para obra o servicio determinado, estando vinculados dichos contratos al convenio, que habitualmente se suscribe cada año, entre el Departament de Treball y el d'Ensenyament, siendo la empleadora la Generalitat de Catalunya. Es irrelevante que en la sentencia recurrida se reclame el derecho a ostentar la condición de trabajador indefinido y en la de contraste se accione por despido, pues ambas sentencias examinan si es ajustada a derecho la contratación por obra o servicio determinado suscrita por los actores, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto, mientras la recurrida entiende que tal modalidad contractual no es la adecuada a la relación existente entre las partes, concluyendo que la relación tiene carácter indefinido, de carácter discontinuo, la de contraste considera que los contratos suscritos entre las partes corresponden a la modalidad contractual a la que formalmente se han acogido.

No desconoce la Sala que invocando la recurrente la misma sentencia de contraste se ha entendido que no existía contradicción en los recursos 2365/07 y 2811/07, inadmitidos por sendos autos de 14 de mayo de 2008 y 7 de febrero de 2008, pero en ambos supuestos no existía identidad entre las sentencias recurridas y la contradictoria. En efecto, en el primero de los supuestos examinados las diferencias entre la sentencia recurrida y la de contraste radican en lo siguiente: a) Son diferentes las categorías de los trabajadores -coordinadores en la sentencia recurrida y monitores en la referencial- poniéndose de relieve en la recurrida que los citados coordinadores "siempre serán necesarios y su vinculación a la Administración.... debería ser de carácter indefinido. Y ello a diferencia de los monitores de formación ocupacional que, excepto los dedicados a la formación de profesiones con mayor demanda, pudieran ser contratados en régimen laboral temporal por obra o servicio determinado en función de los contenidos en cada concreto programa". b) La sentencia recurrida argumenta con apoyo en el artículo 26 del Convenio Único para el Personal Laboral de la Generalitat, en tanto la de contraste resuelve en base a la diferenciación entre contratación temporal para obra o servicio determinado y los fijos-discontinuos.

En el segundo de los supuestos las diferencias entre la sentencia recurrida y la de contraste radican en lo siguiente: a) En la sentencia recurrida la actividad -que se desarrollaba en el Departament de Justicia de la Generalitat, a diferencia de la de contraste que se prestaba en el Departament d'Educació de la Generalitat- consistía en impartir cursos como monitores para la población reclusa, que es considerada como una necesidad permanente de la política penitenciaria, y se desarrolla en virtud de convenios de colaboración entre el Departament de Justicia y el de Treball, en tanto en la de contraste la actividad es la profesionalización de jóvenes en paro y su integración laboral, con apoyo en los convenios de colaboración entre el Departament de Treball y el d'Educació."

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 aplicación indebida del artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

El recurrente aduce, en esencia, que la contratación temporal ha estado siempre vinculada al Convenio de colaboración entre los Departamentos de Trabajo y de Educación de la Generalitat de Catalunya, efectuando el Departamento de Trabajo una aportación económica al de Educación, con cargo a una determinada partida presupuestaria, en cuantía variable, con vigencia de un año en algunos casos y de dos en otros, financiándose la actividad de las casas de oficios con subvenciones públicas, lo que supone que en cada uno de los contratos suscritos se dan conjunta y simultáneamente los requisitos de validez exigibles para la modalidad contractual que se examina. Así el servicio contratado presenta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad de la empresa por la peculiaridad de cada uno de los convenios dependiente de su condicionante presupuestario y del específico convenio a que atiende. Su ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta, como se demuestra por el hecho de que el Departamento de Trabajo efectúa una aportación económica al de Educación con cargo a una determinada partida presupuestaria, en cuantía variable y con vigencia de un año en algunos casos y de dos años en otros. Por último en el desarrollo de su actividad laboral los trabajadores han sido ocupados en la ejecución de las tareas para las que fueron contratados. Invoca en apoyo de su razonamiento la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1995 que consideró la posibilidad de establecer contratos de obra o servicio determinado para atender necesidades derivadas del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

Pero la cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la citada sentencia de 21/1/08 del siguiente modo:

"Los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados han sido examinados por esta Sala, entre otras, en la sentencia de 10 de octubre de 2005, recurso 2775/04, en la que con cita de la sentencia de 11 de mayo de 2005, recurso 4162/03, se razona señalando que es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, lo siguiente: *"son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo*

desarrolla (BOE de 8 de enero de 1.999) --vigente desde el 9 de enero siguiente de acuerdo con lo previsto por su Disposición Final Segunda y, por ende, en la fecha en que el actor fue contratado--, los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.- Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Son repetidas las sentencias que así lo afirman aunque, por lógica razón de congruencia, cada una debiera profundizar sobre el requisito concreto, de entre los citados, cuya existencia era objeto entonces de discusión. Corroboran lo dicho, las de 21-9-93 (rec. 129/1993), 26-3-96 (rec. 2634/1995), 20-2-97 (rec. 2580/96), 21-2-97 (rec. 1400/96), 14-3-97 (rec. 1571/1996), 17-3-98 (rec. 2484/1997), 30-3-99 (rec. 2594/1998), 16-4-99 (rec. 2779/1998), 29-9-99 (rec. 4936/1998), 15-2-00 (rec. 2554/1999), 31-3-00 (rec. 2908/1999), 15-11-00 (rec. 663/2000), 18-9-01 (rec. 4007/2000) y las que en ellas se citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998.- Todas ellas ponen de manifiesto, en la parte que aquí interesa, que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

La recurrente entiende justificada la causa de temporalidad del contrato en que el servicio contratado presenta autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa por la peculiaridad de cada uno de los convenios, dependiente de su condicionante presupuestario y del específico convenio a que atienda, siendo su duración incierta, ya que la aportación económica que efectúa el Departamento de Trabajo al de Educación, con cargo a una determinada partida presupuestaria es en cuantía variable y con vigencia de un año en algunos casos y de dos en otros.

La Sala viene manteniendo una reiterada doctrina en relación con la validez de la contratación temporal vinculada a la percepción de una subvención, habiendo establecido, entre otras, en la sentencia de 8 de febrero de 2007, recurso 2501/05, lo siguiente: "La doctrina de la Sentencia de esta Sala de 19 de Febrero de 2002 (Recurso 1151/01), que la parte recurrente invoca en apoyo de sus tesis, en el pasaje en que se dice que <<hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado>>, ha sido matizada y complementada por otras posteriores, como la de 10 de Abril de 2002 (Recurso 2806/01), en la que se argumenta que <<por su parte, la sentencia de 22 de marzo de 2002 (Recurso 1701/01) aclara que esta Sala "no ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal", precisando que "del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian". Y en el mismo sentido se pronuncia el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación>>. Y más adelante añade que <<de lo que se trata no es de determinar lo que se ha pactado, sino de establecer si lo pactado se ajusta al tipo legal del contrato de obra o servicio determinado y en este punto es claro que, aun partiendo de la hipótesis no discutida en este recurso de que estamos ante un contrato de obra o servicio, lo que constituiría el objeto del contrato sería la actividad de educación permanente desarrollada, que es a la que queda referida la contratación como servicio susceptible de una determinación temporal, que opera de manera cierta en cuanto a su terminación cuando finalice su financiación no permanente a través de las correspondientes aportaciones ("certus an"), pero incierta en cuanto al momento en que esa terminación ha de producirse ("incertus quando"). Si se aceptara la tesis del recurso no estaríamos ante un contrato de obra o servicio determinado, que es, en principio, un contrato de duración incierta (sentencias de 26 de septiembre de 1992 y 4 de mayo de 1995), sino ante un contrato a término cierto que no se ajusta a ninguno de los tipos del artículo 15.1 del Estatuto de los trabajadores, pues no cumple las funciones propias de la interinidad, ni puede considerarse de eventualidad, dado que no responde a una necesidad extraordinaria de trabajo, ni se han respetado los límites temporales del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, al no ser válido el término invocado, el cese de las actoras ha sido calificado correctamente como despido improcedente>>".

En la misma línea se halla la Sentencia de esta Sala de 25 de Noviembre de 2002 (Recurso 1038/02) que, a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, señala (F. J. 2º) que << en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas. "En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de

carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate">>, razonando asimismo que <<del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian".

En el supuesto ahora examinado estamos ante contratos concertados por una Administración Pública -la Generalitat de Catalunya- para la ejecución de un plan o programa público determinado -Programa de Formación Ocupacional de Cases d'Ofici de Formació e Inserció "Treballeu per a la formació" financiado con fondos europeos, estando condicionada la oferta del Departament d'Educació al convenio que firma, normalmente, cada año con el Departament de Treball en el que se establece la financiación, condicionada a la disponibilidad de fondos de la Unión Europea, no pudiéndose deducir la temporalidad de la obra o servicio, que la Unión subvenciona, del carácter anual o bianual del Plan, ya que tal concreción temporal afecta a las subvenciones, no a los servicios que los mismos financian. En efecto, los servicios tienen carácter permanente ya que el objetivo del Programa de Formación Ocupacional de Cases d'Ofici de Formació e Inserció "Treballeu per a la Formació", es facilitar el aprendizaje de diversos oficios y dar cualificación a jóvenes en situación de paro, así como su integración social por hallarse en situación de riesgo de exclusión social, teniendo carácter estructural la formación profesional ocupacional. Dicha conclusión se refuerza con el hecho incontrovertido que desde el año 1999 el Departament d'Educació viene realizando el Programa de Formación Ocupacional de Cases d'Oficis de Formació e Inserció "Treballeu per a la Formació", contratando a los hoy actores para las mismas funciones, que consisten en desarrollar los contenidos prácticos de la especialidad establecidos en las programaciones, organizar y dirigir el trabajo de los alumnos trabajadores en la segunda fase del proyecto, colaboración de los jóvenes y en el desarrollo transversal de los contenidos de formación básica de manera aplicada en la profesión. Por todo lo razonado, se ha de concluir que el contrato temporal para obra o servicio determinado suscrito entre las partes no es la modalidad contractual adecuada por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 15. 1a) del Estatuto de los trabajadores y 2º del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre.

Para determinar la verdadera naturaleza del contrato suscrito entre las partes hay que tener en cuenta, como hechos relevantes, que los actores han venido prestando servicios para la demandada en virtud de sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinado, sucediéndose periodos de trabajo con periodos de percepción de prestación de desempleo, habiendo mantenido entre 5 y 7 relaciones contractuales, constando en su contrato que el servicio específico que se contrata consistirá, entre otras cuestiones, en dar clases de tecnología y práctica de la profesión..... (pintura, jardinería, mantenimiento, cada trabajador, según el caso) a los alumnos del programa.

La sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2007, recurso 5315/05, siguiendo una consolidada doctrina ha establecido: *"La sentencia de 5 de julio de 1999 (R.C.U.D. núm. 2958/1998) al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos: "2. Los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La sentencia de 26-5-97, entre otras, señala que "cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados". Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir "cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular". Por el contrario "existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Y la de 25-3-98 ha recordado que "la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1.995 – responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa – de ahí la condición de fijeza – que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de lo jornada anual"."*

CUARTO.- En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala se constata la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que la necesidad de formación ocupacional para jóvenes con riesgo de exclusión social es estructural, los programas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos, las áreas de enseñanza para las que se contrata a los demandantes se reproducen en todos los ciclos, por lo que la contratación adecuada es la de contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Procede por lo expuesto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de costas a la Administración 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 para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado de la Generalitat de Catalunya, en nombre y representación de LA GENERALITAT DE CATALUNYA-DEPARTAMENTOD E EDUCACIÓN, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de mayo de 2008, dictada en el recurso de suplicación nº 2054/2008 formulado por el Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona de fecha 23 de noviembre de 2007, dictada en virtud de demanda formulada por D. Ramón, D. Josep-Manuel, D. Pascual, frente al Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña, sobre despido. Se imponen las costas a la Administración recurrente”.

3787/08

005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/07/2009

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

Síntesis

DESPIDO IMPROCEDENTE. CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO. CONTRATO TEMPORAL EN FRAUDE DE LEY QUE SE TRANSFORMA EN INDEFINIDO: TRABAJOS CON FALTA DE AUTONOMIA Y SUSTANTIVIDAD PROPIA DENTRO DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1.- Tal y como consta en el inalterado relato de hechos probados que sirvieron de base al pronunciamiento que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, el trabajador celebró un primer contrato de obra o servicio determinado con la empresa demandada Cerrajería Simón, SL., el 15-11-2006, con la categoría profesional de especialista, siendo el objeto del contrato la realización de la especialidad en la obra de 40 viviendas unifamiliares en Valdemoro (Madrid). El actor firmó su baja voluntaria en la empresa el 22-12-2006, con finiquito de la misma fecha. El 2-1-2007, el actor suscribió un segundo contrato de obra o servicio con la misma demandada y categoría profesional, siendo en este caso su objeto la realización de la especialidad en la obra de 52 viviendas de Parla Este, de Corsán Corvina. La demandada finalizó los trabajos de cerrajería contratados el 31-10-2007, fecha en que comunicó al actor la finalización del contrato, con efectos de 7 de noviembre siguiente.

2.- Contra la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido, recurrió la empresa demandada en suplicación, siendo estimado su recurso por la sentencia ahora impugnada. En dicha sentencia, la Sala Social del TSJ de Madrid llega a la conclusión de que el segundo contrato celebrado tiene autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, dedicada a la cerrajería, y que cumple las exigencias legales de causa y forma, habiendo sido acreditada la finalización de la obra, lo que determina la inexistencia de despido y la válida extinción del contrato con arreglo al art. 49.1.c) ET.

3.- Recurre el actor en casación para la unificación de doctrina para insistir en su pretensión, designando como sentencia de contraste la de la Sala Social del TSJ de Madrid de 20 de octubre de 2003 (rec. 3843/2003), que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de instancia que había suscrito contrato de obra o servicio determinado el 10-10-2001, con la empresa demandada, dedicada a la fabricación de rótulos luminosos. El trabajador fue contratado con la categoría profesional de Oficial 2ª cerrajero y el contrato tenía por objeto “trabajos de cerrajería en rótulos luminosos para las imágenes corporativas McDonalds, Hipersol y Banco Santander Central Hispano”. Los trabajos finalizaron el 14-11-2002 y en esa misma fecha la empresa dio por finalizado el contrato de trabajo.

La Sala del TSJ de Madrid considera que el contrato no es válido, porque la obra o servicio carece de autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues no lo es tal la mera referencia a uno o varios clientes, pues la total actividad de la empresa está sujeta a pedidos o encargos, y no se ha demostrado razón alguna que explique por qué en este caso la fabricación de rótulos luminosos de estos clientes debe diferenciarse de la fabricación de los rótulos luminosos que continuamente lleva a cabo la empresa.

SEGUNDO.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una

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

Del análisis comparativo de la sentencia recurrida y la designada de contraste resulta que en ambos casos un trabajador es contratado por una empresa para atender un pedido o cliente de ésta, y cuando el trabajo se termina se comunica la extinción de la relación laboral. En ninguno de los dos casos se acredita que se trate de un trabajo que se diferencie de la actividad habitual de la empresa, y en el caso de autos resulta más claro porque el actor ya había sido contratado con anterioridad por la misma demandada para realizar un trabajo parecido. Por otra parte, la sentencia recurrida no justifica en su fundamento jurídico único pfo. 5º por qué llega a la conclusión de que la obra o servicio objeto del contrato tiene autonomía o sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, pues sólo dice que la cerrajería es un servicio muy concreto en el ámbito de la construcción. Si se trataba de una contrata, no resulta de forma clara del inalterado relato fáctico, ni tampoco resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada. Igual sucede en la sentencia de contraste, con la única diferencia de que, en ese caso, en lugar de un solo cliente, eran tres. Datos que llevan a determinar que concurren las identidades requeridas en el art. 217 LPL. para apreciar la existencia de contradicción, en tanto que no obstante las identidades, las sentencias resuelven de forma dispar.

TERCERO.- Superado el requisito de contradicción, procede examinar el motivo único de censura jurídica, en el que se denuncia la infracción de los artículos 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 8.1.a) y 9.3 del Real Decreto 2720/1998, en relación con el artículo 55.4 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Al efecto, para que por la Sala se lleve a cabo la función unificadora de la doctrina que sea ajustada a derecho, habrá de decidir en primer lugar sobre la naturaleza de la relación que une a las partes, y después y como consecuencia de ella si nos encontramos ante una extinción válida del contrato o ante un despido.

Esta Sala, en su sentencia de 26 de octubre de 1.999, (recurso 818/1999), recordada por la de 27 de marzo de 2002 (recurso 2267/2001) tuvo ocasión de resolver sobre una situación semejante a la que ahora se aborda y allí se decía que *"el contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores regula, tanto en las previsiones del Real Decreto 2546/1994 como en las del Real Decreto Ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta"*.

Poniendo en relación las exigencias legales descritas con la actividad que el trabajador desarrollaba en la empresa demandada en el caso de la sentencia recurrida de especialista, siendo el objeto del contrato "la realización de la especialidad", primero "en la obra de 40 viviendas unifamiliares de Valdemoro", y después "en la obra de 52 viviendas de Parla Este", se ha de extraer la conclusión de que en modo alguno se puede atribuir a esas funciones una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa. Las tareas que realiza un especialista en una cerrajería, constituyen la actividad natural y ordinaria en la misma y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la actividad del trabajador sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo, pues la actividad de "cerrajería" es en definitiva el único objeto de la empresa.

De lo dicho se desprende que no concurre en el supuesto examinado, el requisito esencial que esa modalidad contractual causal exige (art. 2.1 del RD. 2720/1998 de 18 de diciembre) de que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; en consecuencia han de entenderse realizados en fraude de ley los contratos suscritos por la empresa con el demandante (artículo 6.4 del Código Civil), al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con el efecto de entenderse en este caso concreto celebrados por tiempo indefinido.

Analizando la validez de las cláusulas de temporalidad de los contratos de duración determinada, esta Sala del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 6 de marzo de 2009 (rec. 3839/2007) la resume como hizo nuestra sentencia de 21 de marzo de 2002 (rec. 2456/01 de la siguiente manera:

A/. La validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de esta, exige en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas. Lo decisivo es, por consiguiente, que concurra tal causa. Pero la temporalidad no se supone. Antes al contrario, los artículos art. 8.2 y 15.3 del ET, y 9.1 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí que en el apartado 2.a) de los artículos 2, 3 y 4 del R.D. citado, se imponga la obligación, en garantía y certeza de la contratación temporal causal, de que en el contrato se expresen, con toda claridad y precisión, los datos objetivos que justifican la temporalidad: la obra o servicio determinado, las circunstancias de la producción, o el nombre del trabajador sustituido y la razón de la sustitución. Es cierto, no obstante, que la forma escrita y el cumplimiento de los citados requisitos no constituye una exigencia "ad solemnitatem", y la presunción señalada no es "iuris et de iure", sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido".

B/. Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, tampoco rompe la continuidad de esa relación de trabajo, la suscripción de un recibo de finiquito -- que por otro lado no refleja, normalmente, mas que la liquidación de cantidades adeudadas -- cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado. Además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior al tiempo de caducidad, 20 días hábiles, de la acción de despido que podía ejercitarse tras aquella extinción".

C/. La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otro u otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos, en si mismo y al margen de la cadena contractual, pudiera considerarse válido. De modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los artículos 3.5 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores. Conviene advertir que el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (dolus malus), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial".

Así mismo hemos venido proclamando con reiteración "que la contratación temporal en nuestro sistema es causal, es decir, si la temporalidad no trae su origen de alguna de las modalidades contractuales prevista en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, la relación es indefinida. Para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por esa razón los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio, las circunstancias de la producción o el nombre del trabajador sustituido en el contrato de interinidad, y si bien la omisión de tales datos no es motivo de nulidad del contrato, la presunción de indefinición de la relación opera con todas sus consecuencias, si no queda desvirtuada con la prueba que en contrario se practique" (FJ4º STS 5-5-2004, R. 4063/03).

De igual forma hemos reconocido que "cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el art. 6.4 del Código civil: el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir" (STS 6-5-2003, R. 2941/02). En la actualidad, la norma que se trata de eludir sigue siendo el art. 15.1 del ET ("El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"), precepto del que hemos de continuar entendiendo que mantiene la tradicional presunción en favor del contrato por tiempo indefinido porque esa sigue siendo la regla mientras que la duración determinada se contempla como excepción para los supuestos concretos que la propia disposición regula. Sigue siendo válida, pues, nuestra doctrina cuando afirmaba que "como observó y sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita, la cual ha mantenido parecidas conversiones en tiempo indefinido, si el trabajador no es alta en seguridad social, si se ha cometido fraude de ley o se ha prescindido de la forma escrita legalmente pedida". (FJ 3º.3. STS 6-5-2003, R. 2941/02).

Asimismo, esta Sala en sus Sentencias de 26 de octubre de 1999 (Rec. 818/1999) y 27 de marzo de 2002 (Rec. 2267/2001), ha tenido ya ocasión de resolver sobre situaciones semejantes a la aquí planteada. Decíamos en dichas sentencias, que el contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores regula, tanto en las previsiones del Real Decreto 2546/1994 como en las del Real Decreto Ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

CUARTO.- En consecuencia, siendo que las funciones para las que fue contratado el actor constituyen las actividades naturales y ordinarias de la empresa, como se deduce incluso de la genérica referencia en los contratos a “los trabajos de su especialidad” exclusivamente, no se aprecia la causa o circunstancia concreta legitimadora de la contratación temporal (art. 2.1 del RD. 2720/1998 de 18 de diciembre) al no constatarse que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; datos estos de los que esta Sala debe partir para valorar y calificar el contrato supuestamente temporal para obra o servicio determinado. El fraude en la contratación, que conduce a la fijeza de la relación resulta de la ausencia de causa en la contratación temporal.

Por ello, el reconocimiento de la relación laboral como indefinida, comporta, contrariamente a lo sostenido en la sentencia recurrida, que el cese de la relación laboral notificado al demandante revista los caracteres del despido improcedente.

De conformidad con lo argumentado hasta ahora y con el dictamen del Ministerio Fiscal, cabe concluir que el contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, pese a la literalidad de sus cláusulas, por tiempo indefinido, al no constar que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, ni consta que los trabajos contratados estén vinculados a una concreta contrata, ni se ha desvirtuado por la empresa la presunción que deriva de tal incumplimiento, por lo que la solución acertada es la contenida en la sentencia de contraste. Así, de conformidad con lo que establece el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la empresa demandada, confirmando el fallo del Juzgado de lo Social en todos sus pronunciamientos, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento alguno sobre las 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 Don MANUEL G., frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 13 de octubre de 2008, por la que se resolvió el recurso de suplicación número 3303/2008 interpuesto por la empresa CERRAJERÍA SIMÓN S.L., frente a la sentencia de fecha 19 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Madrid, en los autos nº 1133/2007, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a dicha empresa, sobre despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso interpuesto por la empresa Cerrajería Simón S.L., y confirmamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos. Sin costas”.

1078/08**006**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/07/2009

Ponente: Excm. Sra. Dña. M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

INCAPACIDAD TEMPORAL. COMPLEMENTO A CARGO DE LA EMPRESA HASTA ALCANZAR EL SALARIO REAL. INCLUYE LA RETRIBUCION CORRESPONDIENTE A PAGAS EXTRAS.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid dictó sentencia el 7 de mayo de 2007, autos 899/06, estimando la demanda interpuesta por Doña Purificación contra la empresa Entidad Religiosa Franciscanas Misioneras de María, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 2214'15 euros. Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora venía prestando servicios para la demandada desde el 3 de mayo de 1989, con la categoría de costurera, percibiendo un salario mensual de 1245'67 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, habiendo estado en situación de incapacidad temporal del 6-6-05 al 31-7-06 y de 18-1-07 al 10-4-07, con una base de cotización por este concepto, correspondiente al segundo periodo de 1245'67 euros. La empresa ha completado la prestación de incapacidad temporal abonando los meses de junio a diciembre la

cantidad bruta de 971'53 euros, los meses de enero y febrero de 2006 la cantidad bruta de 995'82 euros y de marzo a agosto de 2006 la cantidad bruta mensual de 1057'52 euros. La sentencia entendió que si bien durante la situación de incapacidad temporal, la relación laboral queda en suspenso, no existiendo las obligaciones recíprocas de trabajar y de abonar salario, en virtud de lo dispuesto en el Convenio Colectivo la empresa ha de abonar un complemento equivalente al 100% del salario real por lo que durante la baja el trabajador tiene derecho a percibir las pagas extraordinaria, no sólo el 25% del complemento mensual que le ha abonado la empresa.

Recurrida en suplicación por la demandada Franciscanas Misioneras de María, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 14 de febrero de 2008, recurso 3937/07, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que la resolución impugnada no ha vulnerado el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 19 del Convenio Colectivo aplicable, ya que este último establece que durante al periodo de incapacidad temporal las empresas efectuarán a sus expensas el pago de la diferencia económica entre las cantidades que en cada caso perciba el trabajador del seguro de enfermedad o accidente hasta el total del salario real, por lo que la cantidad en que éste se haya fijado es la que debe servir para establecer las diferencias económicas que la empresa está obligada a pagar a sus trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada 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 Madrid el 31 de enero de 2003, recurso 5771/02, firme en el momento de publicación de la recurrida, pues en la certificación obrante en autos consta que la misma es firme desde el año 2004.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo es improcedente.

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

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 31 de enero de 2003, recurso 5771/02, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato Regional de Sanidad de CC.OO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de los de Madrid, en fecha 9 de septiembre de 2002, autos 544/02, sobre conflicto colectivo, confirmando la sentencia de instancia. Consta en dicha sentencia que los trabajadores afectados por el conflicto, los que prestan sus servicios en la Residencia Parque los Frailes y Residencia Parque Coslada, pertenecientes a la empresa Quavitae S.A., se rigen por el Convenio de Residencias Privadas de la Tercera Edad, cuyo artículo 38 dispone que en los casos de incapacidad temporal por accidente de trabajo, la empresa abonará como mejora económica, la diferencia entre lo que percibe el trabajador por subsidio de incapacidad temporal, garantizando el 100% del salario real durante los diecisiete primeros días de baja, no habiendo procedido la empresa a incluir la parte proporcional de pagas extraordinarias en el complemento por incapacidad temporal en accidente de trabajo. La sentencia entendió que, al tratarse de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, requiere la existencia de un pacto expreso donde se haga referencia a la inclusión en dicha mejora de las pagas extraordinarias y, al no existir tal compromiso expreso, no cabe incluir las pagas extraordinarias.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurre las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral ya que en ambos supuestos se examina si el trabajador en situación de incapacidad temporal tiene derecho a percibir, en concepto de mejora voluntaria fijada en convenio colectivo, cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, un complemento a cargo de la empresa que, para alcanzar el salario real, incluya la parte de pagas extras correspondientes al citado periodo de incapacidad temporal, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, pues mientras la recurrida entiende que sí debiera incluirse, la de contraste considera que no procede tal inclusión.

No empece tal conclusión el que la sentencia recurrida resuelva un conflicto individual en que se reclaman determinadas cantidades, en concepto de mejora voluntaria de incapacidad temporal, y la de contraste se pronuncie en un conflicto colectivo acerca de la interpretación que ha de darse al artículo 38 del Convenio Colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad, pues la sentencia recurrida, para decidir si procede o no la condena al abono de la cantidad reclamada, ha de interpretar un artículo del Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos, de contenido similar, como luego se verá, al de la sentencia de contraste. Tampoco impide la apreciación de la identidad sustancial de las sentencias comparadas el que la recurrida aplique el Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos de la Comunidad de Madrid y la de contraste el de Residencias Privadas de la Tercera Edad, pues el contenido de los preceptos aplicables es similar. En efecto el primero de los convenio citados, en su artículo 19, dispone: *"En los casos de baja por incapacidad temporal las empresas se comprometen a efectuar a sus expensas el pago de la diferencia económica entre las cantidades que en cada caso percibe el trabajador del seguro de enfermedad o accidente, hasta el total el salario real en los siguientes casos:*

1. *En caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, durante los primeros treinta días, en caso de intervención quirúrgica u hospitalización.*

2. *En incapacidad temporal por accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, durante todo el tiempo que dura la misma".*

Por su parte el Convenio de Residencias Privadas de la Tercera Edad, en su artículo 38 establece: "*Compensación por incapacidad temporal en accidente de trabajo.- En los casos de incapacidad temporal por accidente de trabajo, la empresa abonará como mejora económica la diferencia entre lo que percibe el trabajador por subsidio de incapacidad temporal, garantizando el 100% del salario real, durante los diecisiete primeros días de la baja*".

Ambos preceptos, en definitiva, disponen que la empresa, en situaciones de incapacidad temporal, abonará a los trabajadores las diferencias entre lo percibido por incapacidad temporal y el "salario real".

Por último, tampoco se opone a la apreciación de la existencia de identidad entre las sentencias comparadas, el dato de que en la sentencia recurrida el trabajador reclame diferencias correspondientes a las pagas extras -la empresa al calcular dichas pagas descuenta la parte proporcional del periodo de la incapacidad temporal- y en la de contraste reclame el derecho a percibir, durante el periodo de incapacidad temporal, el importe correspondiente al salario con inclusión de la prorrata de pagas extras, pues es irrelevante que reclame la parte de las mismas correspondiente al periodo de incapacidad temporal en la fecha de abono de dichas pagas o que se reclame la parte correspondiente de las pagas extras durante el periodo de incapacidad temporal.

En el supuesto examinado se han cumplido, además del presupuesto de la contradicción, las exigencias del artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, el recurrente, tanto en el escrito de preparación del recurso como en el de impugnación del mismo cita como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2003, recurso de suplicación 5771/02, la que seleccionó mediante escrito de 21 de julio de 2008, aportando, junto con el escrito de interposición del recurso certificación de la citada sentencia. El escrito de interposición del recurso contiene una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, respecto a la sentencia de contraste, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de febrero de 2003, recurso 5771/02.

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 45 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 19 del Convenio Colectivo del Sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos, en relación asimismo con lo dispuesto en el artículo 1286 del Código civil y la doctrina sentada en las sentencias que cita, todas ellas de Sañas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia.

Procede señalar, en primer lugar, que las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia no constituyen doctrina ya que, a tenor del artículo 1.6 del Código Civil, esta se establece por el Tribunal Supremo cuando procede, de modo reiterado, a interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Aduce, en esencia, el recurrente que el complemento de incapacidad temporal a cargo de la empresa, establecido en el Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos va referido al 100% del salario real, pero en el mismo no ha de incluirse las pagas extraordinarias ya que estas se devengan en proporción al tiempo de trabajo efectivo y no durante la situación de incapacidad temporal, pues en el indicado periodo el contrato está en suspenso, al no existir prestación de servicios y, por otro lado, en las bases de cotización se computan las pagas extras, lo que significa que al percibir el trabajador en tal situación el importe de las prestaciones de incapacidad temporal el complemento que establece el convenio, se compensan los salarios dejados de percibir incluyendo las gratificaciones extraordinarias que forman parte de la base reguladora de la prestación, por lo que el abono íntegro y separado de las pagas extraordinarias constituiría una duplicidad de pago que no encuentra amparo en el Convenio Colectivo aplicable.

La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que, tal como alega el recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.1 letra c y 2 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo quedará suspendido por incapacidad temporal de los trabajadores, exonerando la suspensión de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, lo que significa que durante dicho periodo el trabajador no sólo no percibe retribución alguna, sino que tampoco genera la parte proporcional de pagas extras que, en su día pudiera corresponderle. Ocurre, sin embargo, que el convenio colectivo de aplicación -Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos- dispone en el artículo 19 que en los casos de baja por incapacidad temporal las empresas se comprometen a efectuar, a sus expensas, el pago de la diferencia económica en las cantidades que en

cada caso percibe el trabajador del seguro de enfermedad o accidente, hasta el total del salario real, procediendo a continuación a establecer dos periodos diferentes de duración del complemento a cargo de la empresa, dependiendo de que la incapacidad temporal derive de enfermedad común o accidente no laboral con intervención quirúrgica u hospitalización -los primeros treinta días- o accidente de trabajo o enfermedad profesional -durante todo el tiempo que dure la misma-. Resta por examinar el alcance que ha de darse a la expresión "salario real", para determinar qué conceptos han de incluirse en el mismo y, en concreto, si las pagas extraordinarias integran o no dicho concepto.

A este respecto hay que señalar que el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena". Por su parte el artículo 31 de dicha norma -incluido en la sección 4ª, salarios y garantías salariales- dispone que "El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por Convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones. No obstante podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades". En consecuencia, el salario real, al que se refiere el precepto del convenio, anteriormente citado, es el salario que corresponde percibir al trabajador por la prestación de sus servicios, que en todo caso comprenderá el salario base y las pagas extras, incluyéndose complementos salariales si han sido fijados mediante la negociación colectiva, o en su defecto el contrato individual -artículo 26.3 E.T.-. En el Convenio Colectivo de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos de la Comunidad de Madrid, expresamente se establece el derecho a la percepción de las pagas extraordinarias de Navidad y de vacaciones, disponiendo en su artículo 21 que no procederá el prorrateo de dichas pagas durante las mensualidades ordinarias, abonándose las mismas en las fechas del 1 al 30 de junio y del 1 al 20 de diciembre, respectivamente. Por lo tanto, la previsión de que el trabajador en situación de incapacidad temporal perciba el salario real, significa que en el año en el que ha permanecido durante un cierto tiempo en situación de incapacidad temporal ha de percibir el salario y las pagas extraordinarias en la misma cuantía que si no hubiera estado en dicha situación, es decir, al importe de lo percibido en concepto de incapacidad temporal -en el que hay que tener en cuenta que se incluye el 75% de las prorratas de las pagas extras- más los salarios y pagas extras del periodo en que no estuvo en dicha situación, la empresa ha de añadir la cantidad necesaria para completar el importe que hubiera percibido por dichos conceptos salariales en el supuesto de que no se hubiera producido la situación de incapacidad temporal.

De seguirse tal interpretación no se produciría una duplicidad en el pago, como alega el recurrente, ya que se ha de computar lo percibido en concepto de subsidio de incapacidad temporal y lo que hubiera debido percibir anualmente el trabajador en el supuesto de que no se encontrase en dicha situación y la diferencia es lo que ha de ser abonado por la empresa para alcanzar el importe total del salario real.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado con imposición de costas al recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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 letrado D. Ricardo, en nombre y representación de Franciscanas Misioneras de María -Sanatorio San Francisco de Asís- contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 3937/07, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid en fecha 7 de mayo de 2007, autos 899/06, seguidos a instancia de Doña Purificación contra la entidad religiosa Franciscanas Misioneras de María, en reclamación de cantidad. Se condena en costas a la recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado e la recurrida que impugnó el recurso".

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/07/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Síntesis

Despido. Intereses aplicables a los salarios de tramitación reconocidos primero por la sentencia que declara el despido improcedente y luego por el auto dictado en el incidente de readmisión. Los salarios fijados en el auto para el periodo comprendido entre la notificación de la sentencia que declara la improcedencia y la fecha del auto devengan los intereses por mora procesal del art. 576.1 LEC desde la fecha del auto y no desde la fecha de sentencia que no contiene esta condena. No cabe confundir los intereses procesales con los eventuales intereses moratorios sustantivos por no haber abonado los salarios de tramitación en el periodo temporal a que dichos salarios corresponden.

Se formulan Votos particulares.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- Recoge en sus antecedentes la resolución recurrida que el 15.9.2003 se dictó sentencia por la que se declaró improcedente el despido de la actora. Esta sentencia adquirió firmeza al ser confirmada en suplicación y se siguió incidente de no readmisión, dictándose, el 15.12. 2005, auto que declaraba extinguida la relación laboral, fijando una indemnización 5.162,41y unos salarios de tramitación de 33.516,04 euros. Despachada la ejecución y tras las incidencias que se describen en los antecedentes segundo, tercero y cuarto, entre ellas, la consignación y el pago del principal, se procedió a la tasación de costas, que fue impugnada por la empresa y resuelta por auto de 1 de diciembre de 2006, que fija unos intereses de 5.873 euros. Este auto fue recurrido en reposición y luego suplicación. La sentencia impugnada estima parcialmente este último recurso y fija los intereses por mora procesal en 1504,20 euros. El criterio aplicado por la sentencia recurrida consiste en entender que: 1º) la indemnización sólo devenga intereses de mora procesal desde que se dictó el auto que declaró extinguida la relación laboral, y 2º) en cuanto a los salarios de tramitación, los que se fijan en el auto del incidente -que corresponden al periodo comprendido entre la sentencia y el propio auto- devengan intereses desde la fecha de esta última resolución, mientras que los que van desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declara el despido improcedente se devengan desde esta resolución. La demandante solicitó aclaración, alegando que la sentencia que declaró improcedente el despido reconocía un salario diario de 48,74 euros y una indemnización de 1096,65 euros, por lo que procedía un nuevo cálculo de intereses. Por auto de 23 de enero de 2008 se rechazó la aclaración, razonando por un lado, que la solicitante se basa en "una alteración de los antecedentes de hecho que constan en la sentencia y, por otro, porque no se ve que el error sea manifiesto puesto que en el escrito no se nos dice cuál sea la cantidad correcta, sino que sólo se pide que se efectúe un nuevo cálculo, ni, por tanto, de ese salario e indemnización de que pretende que se parta, resulte una cantidad distinta a la que se ha fijado en la sentencia".

Contra este pronunciamiento se interpone el presente recurso por la trabajadora, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social de Cataluña el 19.3.2002. En esta sentencia se decide sobre una liquidación de intereses de un proceso de despido en el que se dictó sentencia declarando la improcedencia del despido, sin que conste que se hubiera tramitado incidente de no readmisión. La empresa recurrió la liquidación, alegando que sólo devengan intereses los salarios correspondientes al periodo que va desde el despido hasta la notificación de la sentencia. La sentencia de contraste estima parcialmente el recurso y señala que los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia devengan intereses desde la fecha de la notificación de ésta, mientras que los salarios posteriores devengan intereses mensualmente en tanto perviva la relación laboral desde que surja para cada mensualidad la obligación de pago, sin necesidad de que se totalice su cuantía en una posterior resolución judicial, citando a este respecto el auto de 10 de enero de 2001, que realizó esa determinación en el caso decidido por la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la parte recurrida cuestionan la existencia de la contradicción alegada. Dice la parte recurrida que en el supuesto de la sentencia de contraste no se enjuicia el tema del interés aplicable a los salarios de tramitación devengados desde la notificación de la sentencia hasta el auto del incidente de no readmisión, porque en esta resolución no se contempla incidente alguno de readmisión, sino un caso de salarios devengados durante la tramitación del recurso de suplicación, es decir, durante la ejecución provisional, que se rige no por el artículo 279.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino por el artículo 295 de esa ley. Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que existe una diferencia sustancial, pues mientras que la sentencia recurrida contempla la ejecución de una sentencia que declara la improcedencia del despido "sin que se produjera la readmisión de la trabajadora", por lo que las cantidades controvertidas se fijan en el auto de extinción de la relación laboral, en la sentencia de contraste hay readmisión y se discute sobre los intereses de los salarios de tramitación devengados entre fecha de la sentencia y el momento de la readmisión.

En realidad, el supuesto de la sentencia de contraste no resulta claro en sus antecedentes. El examen de la sentencia de contraste no permite concluir que en la misma se siguiese el trámite del incidente de no readmisión regulado en los artículos 276 a 279 de la Ley de Procedimiento Laboral y que se dictase el auto previsto en este último precepto, fijando la indemnización y los salarios de tramitación. Lo que se produce, según el párrafo primero del fundamento jurídico segundo de la sentencia, es un supuesto en el que "elegida la readmisión" y "una vez que el trabajador se reinstala en su puesto de trabajo" hay que calcular y abonar "los salarios devengados desde la fecha de la sentencia que por primera vez declara la improcedencia y aquella otra en que tenga lugar la readmisión". Luego, añade la sentencia de contraste que, de conformidad con lo establece el artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral, "la empresa al recurrir en suplicación está obligada a satisfacer al trabajador los salarios devengados durante la tramitación del recurso" y más adelante se refiere al devengo de intereses mientras pervive la relación laboral, lo que lleva a concluir que en la sentencia de contraste o bien se resuelve, como dice la parte recurrida, un problema de ejecución provisional (aplicación de intereses a los salarios devengados en la tramitación del recurso de suplicación, artículo 296 de la Ley de Procedimiento Laboral) o más problemáticamente un problema de retraso en la readmisión con respecto a los salarios que proceden desde la fecha de la sentencia a la fecha en la que dicha readmisión se produce (artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral) -supuesto en el que no habría propiamente ejecución del artículo 277 y siguientes de la mencionada ley-, pero no un problema relativo al incidente de no readmisión. Ahora bien, las diferencias no pueden considerarse relevantes, en especial si se tiene en cuenta que, de no ser el auto de 10.1.2001, que menciona la sentencia de contraste, un auto dictado en incidente de no readmisión, la contradicción operaría igualmente, en la medida en que se establecen intereses procesales para un periodo en el que la obligación no ha sido declarada judicialmente. La sentencia recurrida niega que este efecto en el cálculo de intereses pueda establecerse al amparo del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la sentencia de contraste los reconoce en virtud de la norma equivalente del 921.4 de LEC/1881.

En este punto la contradicción debe admitirse, pero sólo en este punto y es preciso aclararlo, porque el escrito de interposición del recurso plantea varias denuncias de infracción: del artículo 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los intereses procesales; del principio de seguridad jurídica, por limitar el devengo de intereses, por negar la aclaración ignorando en el cálculo de intereses las cantidades fijadas en el auto de aclaración del juzgado de lo social de instancia y por realizar directamente la liquidación; del artículo 24 Constitución Española por no aclarar el fallo de la sentencia; del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación desde la notificación de la sentencia de instancia y, por último, sin determinar el precepto infringido, por incongruencia omisiva, por no explicar cómo se ha obtenido la cantidad que fija como intereses por mora procesal.

Es obvio que en la sentencia de contraste no se examina ningún problema relativo al alcance de la aclaración de sentencias, la vulneración de la tutela judicial efectiva por el motivo indicado, ni sobre la incongruencia. Por tanto, se acepta la contradicción sólo en relación con las denuncias de infracción que se refieren al cálculo de intereses procesales en relación con los artículos 921.4º LEC/1881 y 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la invocación del principio de seguridad jurídica en este punto. Podría pensarse que hay contradicción también en relación con la denuncia relativa a que la sentencia recurrida ha decidido directamente sobre el interés aplicable, mientras que la sentencia de contraste remite la liquidación al juzgado. Pero no hay constancia de que los datos que constaban a la Sala de suplicación fueran los mismos en ambos casos, por lo que en esta materia no puede aceptarse la existencia de contradicción entre las sentencias que se comparan. La denuncia es además meramente retórica y carece de fundamentación, pues la parte recurrente se limita a indicar que la sentencia recurrida vulnera el principio de seguridad jurídica, -aparte de otros dos motivos a los que ya se ha hecho mención (cómputo de intereses por importes inferiores a los reconocidos al no acceder a la aclaración y exclusión de los intereses devengados entre la fecha de la sentencia de instancia y la del auto)- porque dicha sentencia "debería haber ordenado al Juzgado que practicara la liquidación correspondiente y no realizar dicha liquidación careciendo de la totalidad de los datos para el cómputo de los mismos". No determina la parte recurrente ni cuál es, a su juicio, el alcance normativo del principio de seguridad jurídica, ni por qué razón el realizar la liquidación en la sentencia, como prevé el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha podido infringir dicho principio, que, según la doctrina constitucional, debe ser entendido como la garantía de la certeza sobre el ordenamiento jurídico y de "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho» (STC 84/2008 y las que en ella se citan).

TERCERO.- El Ministerio Fiscal señala también en su informe que el escrito de interposición del recurso incurre en una defectuosa exposición de la contradicción, como exige el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. Es cierto que hay errores en esa exposición, como el centrarse en la comparación de los fundamentos de Derecho de las sentencias, en lugar de analizar los fundamentos de las pretensiones, y recurrir a la reproducción literal de pasajes de las sentencias en vez de abordar un análisis comparativo a partir de la constatación de los elementos de identidad y de la divergencia de los pronunciamientos. Pero lo cierto es que, pese a esas deficiencias, el escrito da razón suficiente de los términos en que considera que se produce la contradicción y ello permite entender cumplida, aunque de forma mínima, esa exigencia en la medida que el alcance de la contradicción alegada ha podido ser establecido por la parte recurrida y por la Sala.

CUARTO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo por infracción de ley, lo que exige no sólo determinar de forma clara el precepto que se estima infringido, sino establecer también, con la necesaria precisión en el desarrollo del correspondiente motivo, los fundamentos que muestren la existencia de la infracción que se denuncia, como exige el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyendo el incumplimiento de esta exigencia causa de inadmisión, como ha señalado reiteradamente esta Sala, entre otras en sus sentencias de 19 de junio de 2007, 13 de julio de 2007, 19 de diciembre de 2008 y en las resoluciones que en ellas se citan.

Esta exigencia sólo se cumple de forma limitada en el presente recurso. En el fundamento segundo ya se ha indicado que la parte recurrente formula hasta cinco denuncias de infracción en relación con las cuales sólo cabe apreciar la contradicción en el punto que se refiere a la aplicación de los intereses procesales, con las denuncias de vulneración de los artículos 921.4 LEC/1881 y 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del principio de seguridad jurídica en este punto. Respecto a la denuncia del artículo 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basta indicar para rechazarla que este precepto fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la disposición final 21ª de la misma ley, como el propio recurrente viene a reconocer al citar también como infringido el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el precepto que ha sustituido la anterior regulación de la LEC/1881 en esta materia.

En relación con la denuncia de infracción del principio de seguridad jurídica por no conceder la sentencia recurrida “los intereses devengados desde la notificación de sentencia hasta la fecha del auto que declara extinguida la relación laboral”, es suficiente reiterar aquí lo dicho sobre la alegación de la infracción del mismo principio por haber liquidado la sentencia recurrida directamente los intereses: hay que rechazar la denuncia porque carece de fundamentación.

La denuncia de la infracción del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también es defectuosa, pero lo expuesto en la misma en el contexto general del recurso permite entender su sentido y éste no es otro que el sostener que los salarios de tramitación correspondientes al periodo que va de la fecha de la sentencia de instancia a la fecha del auto dictado en el incidente de readmisión deben devengar los intereses procesales del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no desde el auto, sino desde la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido. La recurrente dice que la infracción denunciada se produce “por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación que transcurren desde la sentencia de instancia hasta la fecha de notificación del auto que extingue la relación laboral”. La afirmación es inexacta: la sentencia recurrida sí ha tenido en cuenta los salarios de tramitación devengados desde la sentencia de instancia al auto. Lo que ocurre es que establece que esos salarios, que son los que se fijan en el auto del incidente de readmisión por imperativo del artículo 279.2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, devengan intereses “desde el auto”, y esto es precisamente lo que dice el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el devengo del interés de la cantidad líquida fijada como condena por una resolución judicial se produce desde que fue dictada en primera instancia. La resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución. La sentencia de instancia condenó al abono de otros salarios: los comprendidos en el periodo que va desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dictó esa sentencia (art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral). Se trata de dos resoluciones distintas que contienen dos condenas de cantidad líquida también diferentes y con respecto a las dos condenas ha decidido la sentencia recurrida, respetando estrictamente lo que dispone el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, estableciendo el devengo de intereses desde la fecha de cada una de las resoluciones que realizó la correspondiente condena, pues la sentencia recurrida también señaló que el devengo de los intereses de los salarios fijados por la sentencia que declaró la improcedencia del despido se produciría “desde esa resolución”.

Esta es además la función de los denominados intereses procesales -o de mora procesal- que, con el recargo de dos puntos sobre el interés legal del dinero, penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que, por tanto, no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena. En el razonamiento de la parte hay una confusión entre *intereses procesales -o de mora procesal-* del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los *intereses moratorios* sustantivos del artículo 1108 del Código Civil o del artículo 29.3 de la Ley de los Trabajadores, que se producen no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente. Pero estos intereses, de ser aplicables a los salarios de tramitación y en lo que afecta a periodos no comprendidos en los intereses procesales -el periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión-, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y de ejecución y tendrían que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia y el auto del incidente. No cabe, por tanto, entrar en esta cuestión que queda al margen de la denuncia formulada.

Es preciso introducir, sin embargo, una aclaración. En la sentencia de instancia que declaró el despido improcedente se condena al abono de los salarios de tramitación no sólo desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, sino también desde aquella fecha hasta la readmisión, si se optare por ésta. Esta circunstancia, a la que no alude la recurrente en la fundamentación de la denuncia, plantea un problema adicional. En efecto, podría sostenerse que estamos aquí ante una condena a los efectos del artículo 576 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil para el periodo indicado -de la sentencia al auto-. Pero no es así. En primer lugar, porque esta condena no es la que establece el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, porque no se trata de una condena líquida, sino de una condena hipotética y de futuro que se limita a anticipar, sin cuantificarlo ni establecer los factores de determinación, el efecto que prevé el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral: sólo si se opta por la readmisión y el demandante no desarrolla un trabajo en otra empresa o si el retraso en la readmisión no es imputable al trabajador, se convertirá esa condena hipotética en actual y líquida, pero tendrá que declararse judicialmente -en el auto del incidente de no readmisión o en otra resolución- para que puedan aplicarse los intereses procesales.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocida la parte recurrente el 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 para la unificación de doctrina interpuesto por D^a MARIA DEL CARMEN, representada y defendida por el Letrado Sr. Espada Guerrero, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de diciembre de 2.007, en el recurso de suplicación nº 638/07, interpuesto frente al auto dictado el 1 de diciembre de 2.006 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Badajoz, en los autos nº 425/03, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la CLINICA DIANA, S.A, sobre incidente de ejecución. Sin imposición de costas”.

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO Don FERNANDO SALINAS MOLINA A LA SENTENCIA DE SALA GENERAL DE FECHA 21-JULIO-2009 (RECURSO 1767/2008), AL QUE SE ADHIEREN, FORMULÁNDOLO CONJUNTAMENTE, LOS/AS EXCMOS/AS SRS/SRAS MAGISTRADOS/AS Don JORDI AGUSTÍ JULÍA, Doña MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA 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 21-julio-2009 (recurso 1767/2008), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la estimación del recurso de la trabajadora despedida y a revocar la sentencia de suplicación impugnada. En esta sentencia se denegaba el derecho al percibo de los intereses procesales ex art. 576 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre las cantidades adeudadas por la empresa en concepto de salarios de tramitación correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de la sentencia condenatoria de instancia y la del posterior auto extinguiendo la relación laboral ante la falta de readmisión, por entender la sentencia impugnada que hasta esta última fecha no existía cantidad líquida objeto de condena y que solamente a partir del referido auto, en el que liquidaba la cantidad adeudada, surgía, en su caso, la obligación de abono de intereses ex art. 576 LEC.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones:

1.- Con carácter previo, y como circunstancias concretas del litigio objeto de análisis, cabe destacar las siguientes:

a) La sentencia de instancia (15-9-2003) (posteriormente aclarada por auto 25-9-2003) declara la improcedencia del despido de la trabajadora efectuado por la empleadora (13-5-2003), condenando a esta última “a que, a su opción readmita a la trabajadora despedida en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido o le indemnice en la suma de 850,95 euros, y abono de los salarios de tramitación desde el día 14-5-2003 a la readmisión, si optare por ésta, y a la esta resolución, si optare por indemnizar, a razón del salario declarado probado y con compensación de las rentas obtenidas a partir del 1-8-2003 en la cuantía establecida en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia”, en posterior auto de aclaración la indemnización se fija en 1.096,65 euros y el salario diario en 48,74 euros;

b) La empresa no ejercita la opción en tiempo y forma por la indemnización, y judicialmente (en especial auto resolutorio recurso reposición en incidente no readmisión de fecha 15-12-2005) se interpreta que optó por la readmisión (art. 56.3 ET: “en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera”);

c) La empresa recurre la sentencia de instancia, primero en suplicación siendo su recurso desestimado íntegramente (STSJ/Extremadura 4-12-2003 –rollo 722/2003) y luego en casación unificadora, siendo inadmitido su recurso por falta de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción y por falta de contradicción (Auto 24-2-2005 recurso 130/2004);

d) Mientras tanto, ni durante el periodo de ejecución provisional o de tramitación de los sucesivos recursos ni en ejecución definitiva hasta con posterioridad al auto en el que se extingue la relación laboral (15-12-2005), a la trabajadora no se le abonan cantidades en concepto de salarios de tramitación, ni tampoco ésta los pide hasta la firmeza de la sentencia; y

e) Por último, como se ha indicado, la sentencia ahora recurrida (STSJ/Extremadura 28-12-2007) derivada de un incidente en ejecución definitiva de sentencia, revocando el auto de instancia, no da lugar al devengo de intereses ex art. 576 LEC/2000 sobre los referidos salarios de tramitación, afirmándose que, aunque la empresa estaba obligada a abonar dichos salarios, lo cierto es que no hay condena líquida al abono de los mismos hasta el auto, añadiéndose que esto no se altera porque la sentencia que declaró la improcedencia del despido condenara también al abono de los salarios hasta que se produzca la readmisión y que tal condena no es líquida sino una “condena hipotética de futuro”, por entender que la cantidad derivada de tales salarios no era líquida hasta dicho momento.

2.- La cuestión debatida queda exclusivamente reducida a fijar el momento en que se inicia el posible abono de los indiscutidos intereses procesales ex art. 576 LEC/2000 (antes art. 921 LEC) (interés legal del dinero más dos puntos) en caso de opción tácita del empleador por la readmisión en un despido improcedente y en concreto sobre los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia estimatoria de la demanda hasta el día que, en ejecución definitiva de sentencia (tras desestimarse los recursos de suplicación y de casación unificadora formulados por la empresa) y ante el incumplimiento empresarial de la readmisión en su forma, se dicta auto en el denominado incidente de no readmisión, fijando la nueva indemnización y determinado los salarios de tramitación no abonados.

3.- Entendemos que la doctrina correcta era la contenida en la sentencia de contraste (STSJ/Cataluña 19-marzo-2002 –rollo 8927/2001), por lo que el recurso de casación unificadora interpuesto por la trabajadora debería haber sido estimado. En la sentencia referencial parte de la “liquidez” de los ahora discutidos salarios, afirmado, en esencia, que “los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, devengarán intereses desde la fecha de notificación; y en cuanto a los salarios posteriores, devengarán intereses mensualmente en tanto en cuanto perviva la relación laboral, de modo que si dichos salarios de tramitación hubieran sido abonados por el empresario condenado en la mensualidad de su vencimiento, habiendo utilizado o no los servicios del trabajador, los mismos no devengarían interés alguno, pero si por el contrario, no fueran abonados en el momento de su respectivo vencimiento, devengan los intereses previstos en el art. 921.4 de la LEC, desde que surja para cada mensualidad la obligación de pago, sin necesidad de esperar a que se totalice su cuantía en posterior resolución judicial”.

4.- Como regla, para determinar el contenido y alcance de la ejecución provisional y/o definitiva de las sentencia de despido , debe partirse de que en el fallo de las sentencias declarativas de la improcedencia del despido figura, como en esencia (dejando aparte los supuestos en que la opción corresponda al trabajador), la condena empresarial a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria del Juzgado de lo Social, proceda: **a)** a la readmisión de la parte trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar (o en otra interpretación, hasta que se notifique a la empresa la sentencia); **b)** o bien a abonarle una indemnización por importe ascendente a una concreta cantidad en ella fijada, 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 hasta que se notifique a la empresa la 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 (arg. ex arts. 56 y 57 ET y 110 LPL).

5.- La opción contenida en el fallo se tiene que ejercitar, en su caso, expresa o tácitamente, por el empresario condenado en instancia (dejando aparte los supuestos en que la opción corresponda al trabajador) (art. 56 ET). Ejercitada la opción en uno u otro sentido, el “título ejecutivo”, “provisional” si la sentencia es impugnada o “definitivo” si la sentencia deviene firme, queda integrado por el contenido del fallo completado por el sentido de la opción ejercitada . No se trata, por tanto, como afirma la sentencia aprobada ahora mayoritariamente “de una condena hipotética y de futuro que se limita a anticipar, sin cuantificarlo ni establecer los factores de determinación, el efecto que prevé el art. 276 LPL”. En concreto, se tendrá que ejecutar (provisional o definitivamente) o bien una obligación dineraria (si se ha optado por la no readmisión, lo que se deben son cantidades concretas objeto de condena en concepto de indemnización más salarios de tramitación) o bien una obligación de hacer (consistente en readmitir si se optó por la readmisión) más una obligación dineraria (abono de los salarios de tramitación).

6.- Las cantidades objeto de condena (provisional o definitiva) que figuren en una sentencia de despido improcedente en concepto de indemnización o de salarios de tramitación cabe considerarlas siempre como líquidas . Las relativas a indemnización por deber figurar concretamente fijada su cuantía en la sentencia (para el supuesto de opción por la extinción contractual indemnizada). Las relativas a salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la readmisión o hasta la notificación de la sentencia, según el sentido de la opción, puesto que su liquidación depende de una simple operación aritmética (salario día por

número de días transcurridos), siendo reiterada jurisprudencia la que afirma que la liquidez existe cuando la fijación del "quantum" dependa exclusivamente de unas operaciones matemáticas. Si durante ese período incluido en los salarios de tramitación se alega que el trabajador ha prestado servicios para una tercera empresa o que estaba en situación de suspensión de contrato por IT en unos días concretos o que concurre alguna otra circunstancia nueva que podría impedir el devengo de tales salarios en un periodo concreto, la cuestión debe resolverse en el correspondiente incidente, pero cabe entender que no priva de liquidez a la condena o a la obligación legal de abonar salarios de tramitación hasta la readmisión. En el caso enjuiciado no concurrían estas últimas circunstancias ni se alegan por ninguna de las partes. Por lo que rechazamos, la conclusión contenida en la sentencia aprobada mayoritariamente en el sentido de que "sólo si se opta por la readmisión y el demandante no desarrolla un trabajo en otra empresa o si el retraso en la readmisión no es imputable al trabajador, se convertirá esa condena hipotética en actual y líquida, pero tendrá que declararse judicialmente -en el auto del incidente de no readmisión o en otra resolución- para que puedan aplicarse los intereses procesales".

7.- Partiendo del supuesto de una sentencia de despido improcedente en que la opción haya sido por la readmisión y la sentencia sea recurrida (supuesto coincidente con el ahora enjuiciado). En este caso, en cuanto a la obligación de abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga efecto, -- bien se contenga en todo o en parte, acertadamente o no, en la sentencia que constituya el título ejecutivo o bien derive de la obligación legal ex art. 295 LPL --, de pretenderse la ejecución provisional de esta obligación dineraria el trabajador respecto de los salarios devengados antes de la sentencia podría pedir los denominados anticipos reintegrables ex arts. 287 a 291 LPL (ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades) o bien de no efectuarlo, en todo o en parte, así como sobre los salarios de tramitación posteriores a la sentencia de no abonarse puntualmente se devengarían sobre tales cantidades, que cabe considerar como líquidas, los estrictos intereses procesales contemplados en el art. 576 LEC, desde la propia fecha en que fue dictada en primera instancia la sentencia al pago de dicha cantidad líquida y a partir del mes en que debieron abonarse los salarios de tramitación posteriores a la sentencia (no desde el hipotético auto que ya en ejecución definitiva declarara extinguida la relación laboral por readmisión irregular ex art. 279.2.b LPL) y sin necesidad de que se pidan por el trabajador ejecutante.

8.- Es una obligación legal que surge desde el momento en que es dictada la sentencia de instancia que condena al pago de una cantidad líquida al deberse ejecutar provisionalmente por haber sido recurrida y recordemos que dispone el citado art. 576 LEC (intereses de la mora procesal), que "1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.- 2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.- 3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas".

9.- Siguiendo en el mismo supuesto de sentencia de despido improcedente en que la opción haya sido por la readmisión y la sentencia haya sido recurrida, en cuanto ahora afecta a la ejecución provisional de la obligación de readmisión (ejecución de una obligación de hacer), han de aplicarse las reglas generales a la ejecución de este tipo de obligaciones que comporta la obligación de readmitir en sus propios términos durante la tramitación del recurso y el abono al trabajador de los correspondientes salarios. Dispone específicamente en este mismo sentido la LPL (arts. 111.1.a y 112.1.a en relación con art. 295) que de haberse optado por la readmisión el empresario "vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios", pero sería una obligación puramente dineraria si el empresario en tal trámite de ejecución provisional "prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna", es decir, abonar los salarios sin recibir la contraprestación del trabajo por parte del ejecutante. La obligación a abono de cantidades en uno u otro caso surge de las normas legales procesales sobre la forma de ejecución provisional de sentencias de despido (obligación legal y con nuevo título), -- sin perjuicio, de los casos, en los que como en el de la sentencia de instancia ahora firme que se ejecute se contuviera expresamente la condena a abono de salarios de tramitación hasta la readmisión --, por lo que tratándose además de cantidades líquidas, los intereses procedentes caso de demora en el abono de las cantidades objeto de condena durante la ejecución provisional, sin necesidad de pedirlos el trabajador, entendemos que deben ser igualmente los intereses procesales regulados en el citado art. 576 LEC.

10.- El que se trata de una obligación legal (y, que por tanto, los intereses debidos, en su caso, serían los procesales), el que se trata de cantidades líquidas (no hace falta esperar a posteriores autos para liquidarlos) y el que existe obligación a su abono puntual cuando se van devengando, entendemos, lo corrobora la norma específica que en la ejecución provisional de sentencias de despido establece expresamente que "Si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia" (art. 298 LPL). Legalmente, la obligación de abono de salarios de tramitación de haberse optado en el despido improcedente por la readmisión surgiría durante la tramitación del recurso (ejecución provisional) de los arts. 111.1.a y 112.1.a en

relación con art. 295 LPL y una vez firme la sentencia y hasta la readmisión o extinción de la relación laboral (ejecución definitiva) del art. 279.2.c) LPL (pues en el auto de extinción se “condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución”)

11.- En suma, la condena a los salarios de tramitación después de la sentencia, no nace propiamente de ésta, como regla, sino que es una obligación legal y se trataría de un título nuevo. Ahora bien, en el presente caso, surgirían además de la sentencia que constituye el título ejecutivo, y que no puede ser modificado en ejecución ni siquiera por vía de recurso sin vulneración de los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 9.3 y 24 CE). En la sentencia que se ejecuta se contiene expresamente la condena empresarial, en el supuesto de optar por la readmisión al abono de salarios de tramitación hasta que esta obligación de hacer se lleve a efecto, por lo que no compartimos la afirmación básica de la sentencia aprobada mayoritariamente conforme a la cual “La resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución” ni el que ahora se cuestione si la condena a tal abono de salarios de tramitación contenida en el referido título ejecutivo se ajustaba o no al art. 56.1.b ET (“En la sentencia de instancia que declaró el despido improcedente se condena al abono de los salarios de tramitación no sólo desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, sino también desde aquella fecha hasta la readmisión, si se optare por ésta. Esta circunstancia ... plantea un problema adicional. En efecto, podría sostenerse que estamos aquí ante una condena a los efectos del art. 576 LEC para el periodo indicado -de la sentencia al auto-. Pero no es así. En primer lugar, porque esta condena no es la que establece el art. 56.1 b) ET ...”).

12.- La sentencia aprobada mayoritariamente fomenta el incumplimiento empresarial de la obligación de pago de salarios de tramitación durante la ejecución provisional y/o definitiva al no sancionar con el abono de los intereses procesales al empresario moroso, vulnerando la finalidad general de los mismos (cumplimiento puntual de las obligaciones dinerarias) y la de las específicas reglas de ejecución provisional laborales (citados arts. 111.1.a y 112.1.a en relación 295 y 298 LPL), salvo que mensualmente se instara en ejecución el abono de tales salarios para su pretendida liquidación (en posible interpretación de la no compartida sentencia).

13.- Igualmente la sentencia cuestionada estaría en contradicción con las reglas de exigibilidad y liquidez que con respecto a la análoga obligación de abono puntual de las prestaciones periódicas de la seguridad social impone la norma procesal a las entidades gestoras durante la tramitación de los recursos, con la sanción incluso de poner fin a su trámite (argumento ex arts. 192.4 y 292.LPL); sin que, entendamos, quepa ponerse en duda la exigibilidad y la liquidez de tales obligaciones por el mero hecho de que pudiera plantearse en algún caso un posible incidente para que, por circunstancias sobrevenidas (p.ej., trabajo incompatible del declarado incapaz) se pretendiera su no abono en un determinado período temporal. Recordemos que en el art. 192.4 LPL se dispone que “Si en la sentencia se condenara a la Entidad gestora, ésta quedará exenta del ingreso prevenido en el número 2, pero deberá presentar ante el Juzgado, al anunciar su recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso. De no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso” y que en el art. 292 LPL se preceptúa que “1. Las sentencias recurridas, condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social, serán ejecutivas, quedando el condenado obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso” y “2. Si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 192.3 de esta Ley”.

14.- No compartimos, por tanto, la afirmación contenida en la sentencia aprobada mayoritariamente en el sentido de que “la función de los denominados intereses procesales -o de mora procesal- que, con el recargo de dos puntos sobre el interés legal del dinero, penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que, por tanto, no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena”, pues, además de entender que la condena u obligación de abono de tales salarios nace con anterioridad al auto de extinción y es líquida, en el presente caso, la demora que “castigan” los intereses procesales unida a la finalidad desmotivada de los recursos está justificada, pues la empresa recurre en suplicación y luego en casación unificadora, sin ver reconocidos ninguno de sus planteamientos.

15.- Aunque se trata de un mero “obiter dicta” y se reconoce en la sentencia aprobada mayoritariamente que “esta cuestión queda al margen de la denuncia formulada”, rechazamos, por la confusión que pudiera generar las disquisiciones que se efectúan en orden a que “En el razonamiento de la parte hay una confusión entre intereses procesales -o de mora procesal - del art. 576 LEC y los intereses moratorios sustantivos del art. 1108 del Código Civil o del art. 29.3 ET, que se producen no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente. Pero estos intereses, de ser aplicables a los salarios de tramitación y en lo que afecta a periodos no comprendidos en los intereses procesales -el periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del

incidente de no readmisión-, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y de ejecución y tendrían que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia y el auto del incidente”, pues parecería que está interpretando que los posibles intereses sobre los salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión” serían intereses sustantivos y no procesales y, además, que deberían solicitarse expresamente por el trabajador despedido e incluso que en la sentencia de despido se debería resolver sobre unos intereses futuros e hipotéticos no devengados (los derivados de la posible demora futura en el pago).

16.- Por una parte, cabría entender que la cantidad fijada en la sentencia de despido improcedente en concepto de salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia” no generarían intereses sustantivos por tratarse de una cantidad indemnizatoria tasada legalmente (“una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir ...”) fijada por primera vez en la sentencia a cargo del empresario o, en su caso, del Estado (arg. ex arts. 56.1.b y 57 ET) y exigible solo a partir de la sentencia que declarara improcedente el despido, pero no con anterioridad. Con posterioridad a la fecha de la sentencia, cuando procediera, devengaría en su caso intereses no sustantivos sino intereses procesales ex art. 576 LEC y no deben ser pedidos expresamente por el trabajador despedido ni resolverse sobre ellos en la sentencia.

17.- Tampoco compartimos los argumentos que a modo de “obiter dicta” se efectúan en la sentencia aprobada mayoritariamente con respecto a los salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión” y la modalidad de intereses aplicables. Centrándonos en los posibles intereses sobre los salarios de tramitación objeto de condena o derivados de obligación legal devengados tras la sentencia de instancia condenatoria y no abonados oportunamente, en el caso de que procedan, entendemos que las demoras originadas en ejecución provisional o definitiva en el abono de cantidades devengadas durante las mismas de generar derecho a intereses estos deben ser los intereses procesales ex art. 576 LEC y no los sustantivos.

18.- La demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias puede comportar una obligación de abonar los daños y perjuicios causados, pero debe distinguirse la situación previa y la situación posterior a la posible existencia de una condena judicial al abono de cantidades líquidas. Así: **a)** con anterioridad a tal condena los intereses por mora serán los que podríamos denominar sustantivos, regulados en las distintas normas jurídicas reguladoras de los distintos tipos de obligaciones dinerarias o por pacto entre las partes; y **b)** después de la existencia de una condena judicial, una vez puesta en marcha la potestad jurisdiccional de ejecución o de hacer ejecutar lo juzgado, los intereses por la demora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias deben ser los intereses procesales ex art. 576 LEC.

19.- Destaca la doctrina procesal civil que la Ley no establece, como parece obvio, una duplicidad de intereses, o dicho de otra manera, el actual art. 576 LEC no permite una duplicidad de intereses; simplemente aumenta en dos puntos los intereses debidos desde que el deudor incurrió en mora en el período que va desde la sentencia definitiva (o provisional) que declara la obligación hasta el momento de total cumplimiento, en su caso; para el tiempo anterior a esa declaración los intereses serán los legales o, en su caso, los pactados o los impuestos por regulación especial.

20.- Es decir, que el principio general consistente en que el deudor de obligaciones pecuniarias líquidas que incurra en mora está obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados, lo cuales, como regla, consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, - reflejado con diversos matices, fundamentalmente, en el ámbito civil en el art. 1108 CC, en el laboral en el art. 29.3 ET o en la esfera del derecho público, entre otros, en el art. 45 de la Ley General Presupuestaria -, tiene, sin que ello implique duplicidad, su continuación temporal, a partir del momento en que exista una declaración judicial de la obligación de pago de la cantidad líquida adeudada, en la norma de contenido sustancial que establecía el art. 921 LEC/1881, ahora reproducida esencialmente en el art. 576 LEC, bajo el epígrafe de "intereses de la mora procesal", en el que, como regla, se impone la obligación legal de pagar intereses mayores desde entonces.

21.- Los intereses procesales ex art. 576 LEC tienen, en consecuencia y primordialmente, un fundamento indemnizatorio tendiendo a resarcir al deudor por los daños y perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento de la obligación del acreedor al pago de cantidades líquidas cuando ya exista una condena judicial a su abono. En los supuestos en que la obligación legal de pago de intereses pueda iniciarse, total o parcialmente, desde la fecha de la sentencia de instancia, coexiste aquél fundamento con una pretendida finalidad desmotivadora de la interposición de recursos. Más tal concurrencia de finalidades sólo se producirá si con tal actuación procesal impugnatoria se impide efectivamente que el que tenga a su favor una resolución favorable recurrida pueda obtener la entrega, en todo o en parte, con cargo al condenado, de la cantidad reconocida a su favor. Destaca la jurisprudencia social que “no cabe duda de que estos intereses agravados tienen su razón de ser no solo en la necesidad de indemnizar a quien ya le fue reconocido el derecho a percibir una cantidad líquida por una sentencia judicial, sino en la necesidad de disuadir a las partes de interponer recursos dilatorios como viene reconocido en reiterada doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo – por todas ver STS (1ª) de 18-2-2005 (rec.- 3722/98) – y por esta Sala – por todas SSTs de 7-2-1994 (rec.- 1398/93) y 11-2-1997 (rec.- 3099/96) -; coincidiendo en ello con una de las finalidades perseguidas por la exigencia de

consignación para recurrir que con carácter general se recoge en el art. 228 de la LPL, conforme viene reconociéndose a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero (reiterada por otras posteriores) cuando entendió que tal exigencia, además de constituir una medida cautelar que garantiza la ejecución, tiene por objeto reducir los recursos dilatorios; habiendo ya dicho sobre este particular nuestra STS 7-2-1994 (rec.- 1398/93) con cita de otra sentencia anterior en el mismo sentido que ‘la obligación de consignar el importe de la condena que establecen las normas procesales laborales tiene función garantizadora que no excluye la aplicación del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil’ (ahora el art. 576 LEC 2000)” (STS/IV 11-marzo-2009 –recurso 886/2008).

22.- A diferencia de lo que cabe entender acontece con respecto a los intereses ex arts. 1108 y 1109 CC o 29.3 ET, - que han de ser pedidos oportunamente el proceso declarativo y han de ser fijados en la sentencia condenatoria -, en el art. 576 LEC se establece una obligación legal de abono de intereses, por lo que de dicha naturaleza deriva la innecesariedad tanto de que el presunto acreedor deba solicitarlos expresamente ni en el proceso declarativo ni en el de ejecución como la de que exista una condena declarativa expresa a su abono. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 227/85 de 10-diciembre) y, con reiteración, los restantes Tribunales de las diversas jurisdicciones (entre las primeras, STS/I 22-abril-1982, SSTS/Social 9-julio-1984, 2-diciembre-1988 y 5-marzo-1990, así como en la dictada en unificación de doctrina de fecha 10-abril-1992).

23.- Destaca la jurisprudencia que la cuantía de los intereses devengados desde la fecha de la resolución judicial que condena al pago de una cantidad líquida, habrán de ser fijados en contemplación de lo previsto en el art. 921 LEC, porque resulta imperativa la aplicación del art. 1109 CC, ya que cualquiera que fuese la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria de éste constituye un nuevo título, con efectos propios y determinantes de una acción personal para su cumplimiento, distinto del que fuera invocado en el proceso y que sirviera de base a la decisión que se ejecuta (en ámbito laboral, entre otras, SSTS/Social 28-diciembre-1982, 4-febrero y 14-abril-1986, 5-julio-1985).

24.- Por último, la Sala Civil de este Tribunal Supremo también rechaza la posibilidad de conceder intereses sustantivos una vez dictada la sentencia de instancia condenatoria y durante la tramitación del recurso. Así, entre otras, la STS/I 16-diciembre-2004 (recurso 3328/1998), aun tratándose de un supuesto de deuda de valor, con posible intereses sustantivos más altos en la fecha anterior a dictarse la sentencia de instancia, señala que “no resulta dudoso que el art. 1.108 CC ... se refiere a la indemnización de daños y perjuicios por mora en las deudas de suma, de modo que los intereses (convenidos, y a falta de convenio el legal), cuando no haya pacto en contrario, operan como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista. Como señala la doctrina, la falta de pago de una cantidad de dinero -deuda de cantidad-, siempre produce un daño mínimo que no hace falta ni probar, dado el carácter naturalmente productivo del dinero. En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC ..., aunque desde la fecha en que ocurrió el evento (S. 25 mayo 1.998), pero nada obsta en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1.108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto”, concluyendo, en lo que ahora más directamente nos afecta, que “Y ello máxime si se tiene en cuenta que -en el caso-, la operatividad se limita al periodo del pleito en primera instancia pues claramente se establecen desde la interpelación judicial; produciéndose a partir de la sentencia de primera instancia la absorción por los procesales (SS., 23 abril 1.982, 5 abril 1.994, y 16 mayo 2.002, entre otras), que ya se aplican respecto de una deuda de suma”.

Madrid 21 de julio de 2009



1067/08

008

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/07/2009

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

Síntesis

DESPIDO. EL RECONOCIMIENTO DE SU IMPROCEDENCIA POR EL EMPRESARIO NO IMPIDE EL DEVENGO DE SALARIOS DE TRÁMITE SI NO ACOMPAÑADA DE LA CONSIGNACIÓN QUE PROCEDE, SINO OTRA MUY INFERIOR. Y ELLO AUNQUE EL TRABAJADOR HUBIESE SUSCRITO SIMULTÁNEO FINIQUITO, SI SE HALLABA A TRATAMIENTO MÉDICO POR ANSIEDAD GENERALIZADA, SI ESTA CIRCUNSTANCIA ERA CONOCIDA POR LA EMPRESA Y SI NO SE APRECIA ATISBO ALGUNO DE TRANSACCIÓN.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1.- En el presente supuesto, los hechos que configuran la litis son los que siguen: a) el trabajador es despedido por causas disciplinarias por carta de 19/01/07 y simultáneamente se entrega documento por el que se reconoce la improcedencia del despido y se ponen a su disposición 25.000 euros por indemnización y 1.374,13 por liquidación, con indicación de que «el trabajador con la firma de este documento, acepta estas condiciones considerándose saldado y finiquitado»; b) el referido trabajador firmó tal documento y otro «en formato normalizado de saldo y finiquito», en el que reconoce «hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos ... comprometiéndose a no reclamar por concepto alguno que pudiera derivarse de la relación laboral»; c) la firma se produce bajo un trastorno de ansiedad generalizada conocido por la empresa y tras realizar el actor una llamada telefónica a su esposa; d) el 29/01/07 el trabajador comunica a la empresa que la indemnización percibida era inferior a la que correspondía y que concedía a la empresa el plazo de 24 horas para que procediese a consignar judicialmente la diferencia; y e) no habiéndole hecho así, el actor reclamó judicialmente por despido.

2.- Por sentencia de 13/06/07, dictada en los autos 207/07, el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Madrid estimó la demanda interpuesta, reconociendo la improcedencia del despido, fijando la indemnización en 55.741,21 euros y condenando a la demandada a abonar la diferencia y los salarios de trámite, a razón de 87,87 euros/día. Decisión revocada por la STSJ Madrid 11/02/08 [rec. 5447/07], que desestima la demanda por atribuir eficacia liberatoria al finiquito firmado.

3.- En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, el trabajador invoca como sentencia de contraste la STSJ Cataluña 15/02/05 [rec. 8776/04] y denuncia la infracción de los arts. 3.5, 49.1.a) y 56.2 ET, así como la de los arts. 6.4, 1256, 1261, 1281, 1289, 1809 y 1815 CC. Decisión aquélla que cumple la exigencia de contradicción que para la viabilidad del RCUD impone el art. 217 LPL (entre las más recientes, SSTS 27/02/09 –rcud 955/08–; 03/03/09 –rcud 4424/07–; y 24/03/09 –rcud 1028/07–), en tanto que en ambos procesos se trata de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, y pese a ello las decisiones contrastadas han llegado a opuesta conclusión. En efecto, en la decisión referencial el trabajador es cesado por decisión empresarial y firma un recibo de finiquito con expresiones casi idénticas a las del caso sometido a debate, pese a lo cual la decisión de contraste no le atribuye valor liberatorio. La única diferencia sustancial existente es la de que en el presente supuesto el trabajador padecía un proceso psíquico [ansiedad generalizada] del que no hay constancia en la referencial; pero esta diferencia, lejos de excluir la contradicción la refuerza *a fortiori* (por todas, SSTS 20/02/07 –rcud 3654/05–; 04/07/07 –rcud 2215/06–; 14/05/08 –rcud 884/07–; 10/07/08 –rcud 437/07–; y 29/01/09 –rcud 326/08–).

SEGUNDO.- Partiendo de los hechos que se han transcrito en el primero de nuestros fundamentos [apartado 1], la decisión recurrida argumentó –para desestimar la demanda– que no «puede negarse ... naturaleza transaccional, y desconocer la eficacia liberatoria del finiquito, si, como ha acontecido en el caso de autos, el trabajador accionante aceptó, inicialmente y a través de dos sendos recibos de finiquito... la extinción de su contrato, así como el abono, no sólo de cuantos conceptos salariales se le adeudaban o a los que pudiera tener derecho, sino además el de una indemnización, por despido»; y que «no es óbice a tal conclusión ... [el] estado de ansiedad del actor en la fecha de la firma ... tampoco se concreta, en la instancia, la forma en que dicho estado pudo haber influido en el consentimiento prestado, hasta invalidarlo».

No compartimos las afirmaciones de la decisión recurrida, porque no se ajustan a la doctrina unificada sobre el concepto y efectos del finiquito, ni a sus reglas interpretativas, sobre todo atendiendo a las circunstancias concurrentes, que nos llevan a excluir la voluntad liberatoria y extintiva que el Tribunal Superior de Justicia le atribuye. Y en justificación de ello reproduciremos en gran medida –limitando algunas citas– la exhaustiva doctrina sentada por la STS 18/11/04 [–rec. 6438/03–] y sustancialmente reiterada –entre otras– por la de 13/05/08 [–rcud 1157/07–]; esta última en un supuesto –similar al de autos– de descripción de finiquito tras la comunicación del cese por razones objetivas, decidimos negar los efectos que la decisión recurrida aprecia.

TERCERO.- 1.- Sobre el concepto del llamado «recibo de saldo y finiquito» se ha señalado por esta Sala que el finiquito es – conforme al DRAE– «remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas». Y que es «documento que, normalmente, contiene una declaración de voluntad del trabajador, a la que, generalmente, se ha concedido eficacia liberatoria, y cuyo contenido, de carácter variable –aunque suele traer origen en la extinción contractual– puede hacer referencia al percibo de una determinada cantidad salarial; a la liquidación de las obligaciones, principalmente de carácter patrimonial, que se realiza con motivo de la extinción de la relación laboral o a la declaración de extinción de la relación contractual, a la que, usualmente, se une una manifestación de las partes de no deberse nada entre sí y de renuncia a toda acción de reclamación. Si bien, desde un prisma estrictamente laboral, se ha venido conceptualizando, como finiquito, aquel documento, no sujeto a “forma ad solemnitatem”, que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad a la extinción de la relación laboral y de que mediante el percibo de la «cantidad saldada» no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador». Y por lo que se refiere a la liquidación de obligaciones, se conceptúa el finiquito como aquel documento que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad de que mediante el percibo de la «cantidad saldada» no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador (SSTS SG 28/02/00 –rcud 4977/98–; 18/11/04 –rcud 6438/03–; y 26/06/07 –rcud 3314/06–).

2.- Acerca de su eficacia liberatoria y extintiva se ha mantenido que «1) Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. 2) Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral. 3) En el momento en que suele procederse a esta declaración –coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo– existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario. 4) La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes –normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos– coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. 5) La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo» (SSTS 24/06/98 –rcud 3463/97–; y 22/11/04 –rcud 642/04–).

Y que por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan. Y que esa eficacia jurídica no supone en modo alguno que la formula de «saldo y finiquito» tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción (STS 18/11/04 –rcud 6438/03–, con cita de muchas otras anteriores).

3.- Más en concreto se ha dicho sobre la necesaria voluntad extintiva, que para que el documento denominado finiquito produzca el efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo se derive una voluntad clara e inequívoca del trabajador de dar por concluida la relación laboral, puesto que «para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario» (SSTS 28/10/91 –rcud 1093/90–; 31/03/92 –rcud 1009/91–; 24/06/98 –rcud 3464/97–; 26/11/01 –rcud 4625/00–; y 07/12/04 –rcud 320/04–). Aunque, ciertamente, la expresión del consentimiento, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado –por lo tanto sin vicios que lo invaliden– y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según quiere el art. 1262 CC (STS 18/11/04 –rcud 6438/03–).

4.- En relación con la irrenunciabilidad de derechos se ha dicho que «una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por Convenio Colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza –entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias económicas derivadas–. Una limitación, al efecto, violaría el derecho, concedido por el artículo 49.1 a) y d) ET, a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador, y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil (CC) que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes» (SSTS SG 28/02/00 –rcud 4977/98–; y 28/04/04 –rec. 4247/02). Es más, la prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales (aparte de las que en ellas se citan, SSTS 24/06/98 –rcud 3464/97–; 28/02/00 –rcud 4977/98–; 11/11/03 –rcud 3842/02–; 18/11/04 –rcud 6438/03–; y 27/04/06 –rcd 50/05–). Pero en el bien entendido de que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio, al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros [STS 28/02/00 –rcud 4977/98–] o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los arts. 3.5 ET y 3 LGSS; y que para evitar, en lo posible, que se

produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía que instrumentan los arts. 49.1 y 64.1.6º ET (STS 18/11/04 –rcud 6438/03–, que cita numerosos precedentes sobre cada uno de los extremos).

5.- Porque –y esto es decisivo– «los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción [art. 1809 CC, en relación con los arts. 63, 67 y 84 LPL] [...]. Desde esta perspectiva, parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen [...] de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia [...], sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia» (SSTS 28/04/04 –rcud 4247/02–; y 18/11/04 –rcud 6438/03–).

6.- Sobre su control judicial la doctrina de la Sala mantiene que «El finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (SSTS 28/02/00 SG –rcud 49778–; 24/07/00 –rcud 2520/99–; y 11/06/08 –rcud 1954/07–).

7.- Finalmente, respecto de sus reglas interpretativas, la doctrina de la Sala afirma que por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan (próximas en el tiempo, SSTS 18/11/04 –rcud 6438/03–; y 26/06/07 –rcud 3314/06–). Y que es posible que el documento no exteriorice, inequívocamente, una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el art. 1815.1 del CC. De ahí que las diversas fórmulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el art. 1.281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del art. 1289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados (con cita de resoluciones anteriores, SSTS SG 28/02/00 –rcud 4977/98–; 26/11/01 –rcud 4625/00–; 18/11/04 –rcud 6438/03–; y 26/06/07 –rcud 3314/06–).

CUARTO.- 1.- Tal doctrina nos lleva a estimar el recurso, sin apreciar –contrariamente a lo resuelto por la decisión recurrida– voluntad alguna o liberatoria en la suscripción simultánea de los finiquitos. En efecto: a) ninguna virtualidad extintiva puede atribuirse al trabajador por la firma de los citados documentos, siendo así que fue la empresa y no el recurrente quien extinguió unilateralmente, acompañando a la decisión extintiva –en «en formato normalizado»– el saldo y finiquito; b) nula eficacia liberatoria puede atribuirse a un documento cuya fiabilidad no solamente pudiera considerarse mermada por estar en impreso «formalizado» y por haberse suscrito sin la garantía de los representantes de los trabajadores [cuya presencia no es necesaria, aunque sí conveniente], sino que a mayor abundamiento comporta la parcial renuncia a un derecho [la drástica reducción a la mitad de la indemnización debida], que por fuerza habría de calificarse –en este caso– contraria al art. 3.5 ET, siendo así que el aparente «finiquito» no cumplía función transaccional alguna y que –como hemos señalado antes– los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción, de manera que la eficacia del acuerdo requiere que se produzca para evitar o poner fin a una controversia (SSTS, ya citadas, de 28/04/04 –rcud 4247/02–; y 18/11/04 –rcud 6438/03–); c) todo ello en un contexto de trastorno de ansiedad generalizada sufrido por el trabajador y conocido por la empresa, cuya presumible incidencia en el proceso volitivo no puede desconocerse –como argumenta la recurrida– por el hecho de que no conste declarado probado una distorsión en la formación de la voluntad [que la sentencia de instancia admite en el fundamento segundo *in fine*, con valor de hecho probados] o que «antes de la firma de estos documentos se permitió [sic] al actor hacer una llamada telefónica a su mujer»; y d) avala esta conclusión la dificultad de determinar el importe exacto del salario que correspondía al trabajador, dada la complejidad del mismo [salario fijo, variable y bonus], hasta el punto de que justifica plenamente –sobre todo en el contexto de la enfermedad psíquica– que el trabajador despedido inicialmente hubiese aceptado una cantidad que en principio le pareció correcta y que pocos días después –comprobada la deficiencia de aquélla– pide que sea subsanada, por no corresponderse a un salario real que efectivamente aceptó el Juez de instancia y que rechazó corregir la Sala de Suplicación.

2.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –oído el Ministerio Fiscal– que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que –en consecuencia– la recurrida ha de ser casada y anulada, confirmando la de instancia, que confirmó la improcedencia del despido y condenó a la demandada al pago de la indemnización que legalmente correspondía en función de la antigüedad y del salario real y al abono de los también debidos salarios de trámite [pues aquella

deficiencia obstaba la operatividad –de «congelación» de los salarios– de las previsiones del art. 56.2 ET. Con 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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don LÁZARO y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 11/Febrero/2008 [recurso de Suplicación nº 5447/07], que a su vez había revocado la resolución –estimatoria de la demanda– que en 13/Junio/2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 19 de los de Madrid [autos 207/07], y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por la trabajadora frente a «REMICA, S.A.» y confirmamos la resolución dictada por el Juzgado.

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente en ambos trámites, de Suplicación y casación para la unificación de la doctrina”.

C-48/08**009**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 21/07/2009

Ponente: Excma Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO PLANTEADO POR LA FEDERACIÓN ESTATAL DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTES DE COMISIONES OBRERAS (FCT-CCOO). EL ARTÍCULO 20 DEL I CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO DE TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS DE SPANAIR, SA., PERMITE LA REDUCCIÓN PROPORCIONAL DE LOS DÍAS LIBRES FIJADOS PARA CADA MES, EN LOS SUPUESTOS DE DISFRUTE FRACCIONADO DEL PERIODO VACACIONAL.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.**- En la demanda que dió origen a las presentes actuaciones la demandante, Federación Estatal de Comunicación y Transportes de Comisiones Obreras (FCT-CCOO), a la que se adhirió en el acto de juicio STAVILA y STICPLA, se postula que se declare el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto al disfrute íntegro de sus días libres al mes, con independencia de que se trate de un mes en el que disfrute asimismo parte de su periodo vacacional; que, en consecuencia, el trabajador tenga derecho al disfrute de los 10 ó 9 días libres al mes –en los meses de referencia vacacional- aunque en el mes de que se trate disfrute de parte de sus vacaciones, y que se declare nula la práctica empresarial, unilateral y discrecional en relación con el disfrute de los días libres mensuales, por vulnerar los artículos 20 y 46 del Convenio de aplicación (I Convenio Colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de SPANAIR, S.A.).

La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 30 de junio de 2008, en el procedimiento 19/08, estimó la demanda formulada, “declarando el derecho de los trabajadores Tripulantes de Cabina de Pasajeros (TCP’s) afectados por este conflicto al disfrute de los 10 ó 9 días libres al mes –en los meses de referencia vacacional- aunque en el mes de que se trate disfruten de parte de sus vacaciones, hasta un número de días, que pueda ser compatible con los referidos días libres mensuales, y declarando nula la práctica que la empresa viene realizando en relación con el disfrute de los días libres mensuales”.

Contra la citada sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la procuradora Doña Almudena Vázquez Juárez, en representación de la Compañía SPANAIR S.A., articulándolo en un motivo único formulado al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la infracción del artículo 20, en relación con los artículos 33 y 46 del Convenio Colectivo suscrito entre Spanair S.A. y sus Tripulantes de Cabina de Pasajeros, publicado en el BOE de fecha 27 de septiembre de 2007.

SEGUNDO.- Los preceptos denunciados, hay que ponerlos en relación con el art. 3 b) del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a que el Convenio Colectivo es fuente de la relación laboral y su incumplimiento puede dar lugar a recurso de casación por infracción del ordenamiento o de la jurisprudencia.

Frente al criterio de la parte demandante, la empresa demandada entiende que de la regulación del propio Convenio se deduce que el total de días atribuidos a cada mes del año, se ha fijado atendiendo a meses de actividad completa, ya que en aquellos en que se disfrute un periodo vacacional, los días libres deberán acompañarse con los días de actividad laboral. La empresa recurrente parte del hecho de que al constituir la actividad de Spanair S.A. el transporte aéreo, tanto regular como chárter, para sus tripulantes auxiliares de vuelo no existe una fijación constante e inamovible de los días de descanso semanal, como ocurre en la mayoría de las actividades laborales. Es por ello, que surge el concepto de “día libre” como día de descanso semanal, aún cuando puede corresponder a periodos más amplios de actividad. En los días libres –señala-, el trabajador descansa de su cometido laboral y su fijación numérica mensual comporta un parámetro de disfrute que toma en cuenta obviamente, un periodo mensual. Argumenta que cuando un trabajador descansa habitualmente en sábado y domingo, y disfruta su periodo vacacional durante 30 días, no se le trasladan a los otros meses de actividad los sábados y domingos de descanso semanal no disfrutados por coincidir con su inactividad vacacional, convirtiendo los días de inactividad por descanso en 30 días de vacaciones más 8 días por descanso semanal no disfrutado. Alega el recurrente, que pese a la claridad de la exposición, la sentencia de instancia desatiende dicho argumento a favor de la tesis actora, concediendo a los “días libres” contemplados en el Convenio Colectivo de Spanair una naturaleza jurídica “sui generis” distinta a la del descanso semanal/mensual.

TERCERO.- Para una recta comprensión de la cuestión suscitada, procede el examen de la regulación que de la misma contiene el I Convenio Colectivo Estatutario de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de SPANAIR, SA (BOE de 27.09.2007), cuyo registro y publicación se efectuó por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 13 de septiembre de 2007.

El art. 20 de la norma convencional, regula los “Días Libres”, señalando que:

“1. El disfrute de días libres, por parte de los TCP, se adecuará a las normas siguientes:

1.1 Los TCP disfrutarán en su base de los siguientes días libres cada mes:

1. Diez (10) días libres los meses de Enero, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre.

2. Nueve (9) días libres los meses de Febrero y Agosto.

1.2 La programación de días libres aislados se realizará de forma que el TCP disfrute de 34 horas consecutivas, como mínimo, computadas desde media hora después de la finalización del último servicio, hasta la presentación para el servicio siguiente, que en ningún caso será antes de las 08:00 LT del día siguiente. Para poder tener la consideración de día libre, el servicio anterior, programada su finalización antes de las 23,30 LT, no deberá haber terminado más tarde de las 00,00 (calzos) L.T., siempre que posteriormente tenga lugar el disfrute de las 34 horas a que hace referencia el presente apartado.

En los casos de días libres agrupados, se computarán 32 horas por el ultimo día que se añadirán a las 24 horas por cada día libre adicional, no pudiéndose producir en este supuesto la presentación para el servicio siguiente antes de las 06,00 LT. El último día de un periodo de vacaciones tendrá el mismo tratamiento que un día libre agrupado, a efectos de determinar para el día siguiente la hora de presentación a firma.

2. La mitad de los días libres de cada mes serán inamovibles excepto en los meses de nueve días libres en los cuales cinco serán inamovibles; de éstos, cuatro estarán programados al menos en grupos de dos; estos días aparecerán en la programación con la clave «LL». El resto de días libres podrán ser cambiados con un preaviso mínimo de 48 horas.

3. Todo día libre «no disfrutado» en los veinte días siguientes al cambio se compensará con dos días libres adicionales a disfrutar en los tres meses siguientes o uno acumulado a las vacaciones anuales, a elección del TCP.

En el supuesto que no se haya procedido a la devolución del día por día en el periodo señalado, si en el plazo de veinte días el TCP no manifiesta su deseo de optar por la primera solución (dos días libres adicionales), se entiende que elige la acumulación a las vacaciones anuales.

En el caso de que el TCP, en el plazo máximo de las 48 horas posteriores al momento en que tenga conocimiento de la pérdida del día libre, manifieste su deseo de recuperar dicho día sumado a la petición de días libres pedidos (LP’s) a presentar el mes siguiente, se compensará (uno por uno) tanto si es posible asignar el «LP» en la fecha solicitado como si ello no resulta posible y debe serle asignado en otra fecha del mes.

4. En circunstancias excepcionales, y cuando causas de fuerza mayor lo requieran, un TCP podrá ser requerido para efectuar un servicio de vuelo en un día libre sin el preaviso establecido en el apartado segundo, (dando por supuesto que se dispondrá de un número lógico de imaginarias en función al número de vuelos diarios) y contando con la aceptación del TCP. En este supuesto

especial, el día libre no disfrutado se compensará, a elección del TCP, con dos días libres adicionales a disfrutar en los tres meses siguientes o uno acumulado a las vacaciones anuales, con la misma preferencia indicada en el penúltimo párrafo del apartado 3.

No podrá ser considerado en este apartado el día libre que pueda perderse por un retraso en los vuelos programados que haga no poder cumplir lo dispuesto en punto 1.2. En este último caso, el día libre perdido originará exclusivamente un día libre adicional.

5. Los TCP que deban incorporarse a un destacamento, residencia o destino, tal como se definen estos conceptos en el II Convenio Colectivo Supraempresarial aplicable a esta empresa, podrán disponer de cuatro, seis y diez días libres respectivamente; asimismo dispondrán de la mitad de estos días, al reincorporarse a su base. En otros casos especiales (matrimonio, enfermedad o muerte de parientes, deber inexcusable de carácter público o personal, etc.) se remitirán a la normativa laboral vigente así como a lo dispuesto en el art. 34 del presente Convenio Colectivo.

6. La programación de días libres se acomodará a las solicitudes de TCP recibidas, siempre y cuando la programación de vuelos lo permita.

7. Al regreso a base, después de un vuelo transoceánico, se programarán 36 horas de descanso como mínimo antes de la siguiente actividad aérea programada.

8. No se programará un servicio de imaginaria el día antes de un día libre inamovible (día libre «LL»)

9. La Compañía facilitará quincenalmente a la RLTC´s información sobre los días libres cambiados a los TCP. Dicha información incluirá: nombre del TCP, fecha, motivo del cambio y fecha de devolución del día o días libres que se conceden sobre la base del citado cambio.

El artículo 28, se refiere al “**Equilibrio en la programación**”, señalando que:

“La Compañía creará los procedimientos necesarios, implantando los programas informáticos adecuados y destinando los necesarios recursos materiales y humanos, para que los TCP´s sean programados mensualmente, en cada base, de forma equitativa, facilitando información a la RLTCP´S, los siguientes parámetros relativos a la programación de vuelos, de acuerdo con la siguiente prioridad:

Horas de vuelo.

Pernoctas fuera de base nacional e internacional.

Nº de etapas.

Horas de actividad en período nocturno.

Coficiente horas actividad/ horas vuelo, con el fin de que se reduzcan de esta forma en la medida de lo posible las diferencias laborales o económicas entre los TCP's de una misma base y circunstancias (jefes de cabina, TCP´s, interpretes, etc.).

(...) Cuando en un mes se disfrute un período de vacaciones, la programación de los restantes días de actividad tenderá a estar proporcionada en cuanto al número de horas de vuelo, días libres, etc., a los correspondientes niveles de actividades y descansos establecidos con carácter mensual.

Las programaciones mensuales de los TCP's serán publicadas, con carácter general, 5 días antes del inicio del mes siguiente y reflejarán los servicios asignados, el numero máximo de horas de actividad aérea que éstos puedan realizar en dichas jornadas laborales de acuerdo a los límites máximos legalmente establecidos y las horas de actividad aérea programadas en cada día. Asimismo se reflejará el número total de horas de actividad aérea programadas mensualmente.

Este artículo no será de aplicación a aquellos TCP's que voluntariamente hayan accedido a superar los límites de Horas Block de acuerdo a lo estipulado en el art. 22 de este Convenio.”.

El artículo 33, en relación a las “**Licencias no retribuidas por asuntos personales**”, señala que :

“(…) Respecto a los días libres, se aplicará el mismo sistema de reducción proporcional que se aplica en el mes en el que se disfruta de un período vacacional y se prorratean los bloques de variables.

Para ambos casos A y B, los meses de Julio y Agosto, días 24, 25 y 31 de diciembre, 01 y 06 de enero, Jueves Santo y Viernes Santo estarán excluidos de la posibilidad de su solicitud y concesión.”.

Por último, el artículo 46 al regular las “**Vacaciones**”, señala que:

*“(…) El período de vacaciones anuales retribuidas tendrá una duración de treinta días naturales, **pudiendo fraccionarse su disfrute en dos o más períodos.***

Las solicitudes de vacaciones se presentarán, por escrito, a la Jefatura de TCP´s con un mínimo de tres meses de antelación al día primero del mes en que esté previsto se inicien, debiendo ser confirmadas o denegadas con una antelación mínima de dos meses al día antes referido”.

Con base esencialmente en el art. 20 de la norma convencional que acabamos de transcribir, entiende la parte demandante que el total de los días libres que corresponden a cada mes (9 ó 10), no puede verse aminorado o alterado porque durante el mismo se haya disfrutado de una parte del periodo vacacional. Contrariamente la empresa, considera que el número de días fijado para cada mes, se refiere al caso de meses en los que haya existido actividad completa de modo que cuando no sea así, se fijarán los días libres en proporción a los días de actividad real.

Hay conformidad entre las partes al centrar la cuestión litigiosa, respecto a que la misma se rige por lo dispuesto en el art. 20 del Convenio de 2007, así como por su art. 46, Anexo VI y el Acuerdo de 2008 sobre distribución y reparto del cupo de vacaciones, conforme al cual en el periodo de junio a septiembre solo pueden solicitarse un máximo de 10 días de vacaciones con posibilidad de ampliar a 15 si sobrara cupo.

La discrepancia, pues, queda centrada y limitada al hecho de que la empresa demandada, ahora recurrente, entiende que la proporcionalidad de los días libres con los periodos de actividad efectiva, se deduce con claridad del art. 28 y concordantes del Convenio aplicable, mientras que el Sindicato demandante entiende que si el art. 20 fija, mes a mes, un total de 9 o 10 días libres sin hacer matiz alguno para el caso del disfrute de las vacaciones, dicha cifra no puede verse alterada por el disfrute durante ese mes de una parte de los 30 días de vacaciones que le corresponden anualmente a cada trabajador; lo cual significa que si un trabajador disfruta de 20 días de vacaciones en el mes de febrero al que corresponden 9 días libres, conforme a la tesis de la demandante en dicho mes disfrutaría de 20 días naturales de vacaciones más 9 (ú 8) en concepto de días libres, mientras que conforme a la tesis empresarial, los días libres se verían reducidos a 3.

No se cuestiona que, los llamados días libres, equivalen a los domingos y festivos de la relación de trabajo ordinario, por cuanto atendiendo a las peculiaridades de la actividad que desarrolla el personal de vuelo no pueden disfrutar de tales días de descanso con la misma periodicidad que la generalidad de los trabajadores.

La sentencia recurrida estima la demanda en base a dos argumentos: el tenor literal de las normas que regulan los días libres y el disfrute de las vacaciones de modo fraccionado, en las que a diferencia de otras como las relativas a la reducción de jornada, no se prevé la aminoración proporcional de los días libres, y lo dispuesto en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas de trabajo especiales, respecto al que la Sala de instancia entiende que la reducción de días libres que practica SPANAIR vulnera lo dispuesto en su art. 14.4 de la referida norma.

Como señala el Ministerio Fiscal en su elaborado informe, si bien es cierto que el art. 20 no establece reducción alguna en los días libres para el caso de coincidencia con las vacaciones anuales; no puede obviarse que tampoco se establece la prohibición de reducción proporcional, y además, el art. 28 del Convenio, regula el “Equilibrio en la programación”, previendo expresamente para el mes en el que se ha disfrutado un periodo de vacaciones que “la programación de los restantes días de actividad tenderá a estar proporcionada en cuanto al número de horas de vuelo, días libres, etc., a los correspondientes niveles de actividades y descansos establecidos con carácter mensual”. De este precepto (art. 28 de la norma convencional), se desprende que el Convenio vincula el concepto de días libres a periodo de actividad y no a periodo vacacional fijado en días naturales, a la vez que establece para el periodo que reste en el mes a considerar, la reducción proporcional, tanto de las horas de vuelo como de días libres respecto de los establecidos con carácter mensual. Así, para el mes en cuestión, **es el art. 28 el que dispone expresamente la reducción proporcional tanto de la actividad como de los días libres**, y dicho precepto podría resultar vulnerado si tras el disfrute de un periodo vacacional de 20 días, se acumularan los 10 días libres establecidos en el artículo 20 para ese mes sin reducción proporcional, ya que entonces no existiría periodo alguno de actividad en los términos previstos en el precepto, pese a que se refiere al “periodo que reste en ese mes”, al que aplicar la reducción proporcional, y no la supresión como pretende el demandante.

A dicha conclusión no obsta el contenido del art. 14 del Real Decreto citado, conforme al cual y del mismo modo, establece el mínimo de 7 días libres al mes para los meses de actividad sin que tales días puedan considerarse de vacaciones y con un límite

máximo anual de 96 días, límite que no es infringido por SPANAIR pues aunque redujera proporcionalmente 10 días libres al año, aún restarían 108, del mismo modo que sucede cuando el periodo vacaciones no se fracciona.

CUARTO.- A este respecto hay que señalar que los criterios hermenéuticos sentados por la doctrina jurisprudencial para los convenios colectivos subrayan, en primer lugar, el doble carácter de norma jurídica constitutiva de fuente directa de la relación laboral y de pacto entre empresarios y trabajadores, lo que supone que para su interpretación ha de acudirse tanto a las reglas que contemplan las normas jurídicas como las que se refieren a los contratos (STS de 13 de junio de 2000, CUD 3839/99), en segundo lugar que el primer canon hermenéutico en la interpretación de los contratos ha de ser “según el sentido propio de sus palabras” (artículo 3º del Código Civil), “sentido literal de sus cláusulas” (artículo 1281 del Código Civil) (STS de 25 de enero de 2005, recurso de casación 24/03). Por último que el artículo 1281 del Código Civil “consta de dos párrafos previstos para supuestos distintos y el artículo 1282 es supletorio del párrafo segundo del 1281, no del párrafo primero” (STS Sala Primera 17-3-1983). “La finalidad de este artículo radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes (STS, Sala Primera de 20 de febrero de 1984).

Conforme a tales criterios hermenéuticos ha de aplicarse el tenor literal de la norma, que supone estimar que la práctica empresarial deriva de lo dispuesto en el Convenio, y especialmente en su art. 28, que por lo expuesto, no contradice lo dispuesto en el Real Decreto 1561/1995. Ciertamente, como refiere el informe del Ministerio Fiscal, de las normas señaladas que regulan con carácter general y cómputo mensual, resulta que los tiempos tanto de actividad laboral como de descanso se ven afectados en dicho cómputo mensual cuando en el mes de que se trata se disfruta de un periodo vacacional; y es para esos meses que el art. 28 citado dispone expresamente la reducción proporcional tanto de la actividad como de los días libres, precepto que se vulneraría si tras el disfrute de un periodo vacacional de 20 días se acumularan los 10 días libres establecidos en el art. 20 para ese mes sin reducción proporcional, ya que entonces no existiría ningún periodo de actividad en los términos previstos en el art. 28, al que aplicar la reducción proporcional.

Por todo ello, la sentencia recurrida se estima que infringe los preceptos denunciados.

QUINTO.- La conclusión que se deriva de las precedentes consideraciones conduce, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso de casación y a la revocación de la sentencia recurrida, con todos los efectos, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas por no concurrir a las condiciones que lo hacen posible en un proceso de conflicto colectivo, de conformidad con lo previsto al efecto por el artículo 233 de la 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 la letrada Dña. Almudena Vázquez Juárez, en nombre y representación de la Compañía SPANAIR S.A., contra la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de fecha 30 de junio de 2008, en el procedimiento número 19/2008, seguido a instancia de Federación Estatal de Comunicación y Transportes de Comisiones Obreras (FCT-CCOO), a la que se adhirió en el acto de juicio STAVILA y STICPLA, frente a SPANAIR, SA, sobre Conflicto Colectivo; y en su consecuencia, revocamos dicha resolución, y desestimando la demanda, absolvemos a la recurrente de las pretensiones de la demanda. Sin costas. Devuélvanse al recurrente el depósito efectuado para recurrir”.



1202/08

010

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/07/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López

Síntesis

Cesión ilegal de trabajadores que han sido declarados con contrato indefinido con la empresa Televisión Gallega S.A. Recurso de los actores: falta de contradicción al ser absolutoria la sentencia invocada. Recurso de la demandada: Falta de relación precisa y de contradicción.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social de Galicia de fecha 4 de marzo de 2008, (R- 5439/07) desestimó los recursos de suplicación que en nombre de TV SIETE PRODUCTORA DE VÍDEO S.L, Entidad Mercantil Compañía de RADIO TELEVISION DE GALICIA SA., TELEVISIÓN GALLEGA S.A., y de los actores D. SERGIO y Dña. MARIA JESUS se había interpuesto frente a la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social Nº 1 de Ferrol. Esta última había declarado la existencia de cesión ilegal de trabajadores a favor de Televisión de Galicia S.A., por lo que los actores tenían la condición de trabajadores por tiempo indefinido en tal empresa, a la que, al propio tiempo se condenaba al pago con responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria a D. Sergio de la cantidad de 14.039,51 euros por diferencias retributivas del periodo comprendido entre el 01/07/2005 al 30/06/2006, así como las cantidades que se devenguen por diferencias retributivas a partir del 01/07/2006, y que hasta el 31/12/2006 ascienden a 8721,55 euros, y a Dña. María Jesús la cantidad de 15.916,67 euros por diferencias retributivas del periodo comprendido entre el 01/07/2005 al 30/06/2006, así como las cantidades que se devenguen por diferencias retributivas a partir del 01/07/2006, y que hasta el 31/12/2006 ascienden a 9781,58 euros.”

Todas las partes han formalizado sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. Si bien la Compañía de Radio Televisión de Galicia, que había preparado el recurso de casación, no lo formalizó poniéndose fin al trámite de su recurso por Auto de 9-05-2008. Los demandante pretenden, al igual que lo hicieron en suplicación, que se les declare fijos de plantilla, en lugar de trabajadores por tiempo indefinido. Televisión de Galicia, a través de cuatro motivos, postula la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores. TV Siete Productora de Vídeo S.A. pretende se declare concurre una válida descentralización productiva y no una cesión ilegal.

Procederemos al análisis y resolución de cada uno de dichos recursos.

SEGUNDO.- Recurso de los demandantes. Articulan su recurso en único motivo en el que denuncian la violación de los art. 15 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, entendiendo que no cabe aplicar a la Televisión Gallega las específicas previsiones que regulan la incorporación de trabajadores a la Administración Pública, solicitando se declare su situación de trabajadores fijos. Invocan, como sentencia de contraste, la del propio Tribunal de Galicia de 15-10-2003 (R-4623/03). Esta sentencia desestimó el recurso de suplicación que la demandante había interpuesto frente a la sentencia de instancia que, a su vez, había desestimado la demanda de despido. Y, si bien es cierto que en esa sentencia se contiene doctrina acerca de la naturaleza de la relación entre las partes, lo cierto es que desestimó la demanda. El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral establece, como presupuesto necesario para la admisión a trámite de este excepcional recurso, que en las dos sentencias comparadas, ante hechos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. No es relevante la diferencia de procedimientos -cesión ilegal la recurrida, despido la invocada de contradicción- pero impide la existencia de la contradicción el hecho de que, cualquiera que fuera la doctrina que contiene la sentencia recurrida, su pronunciamiento absolutorio, no ratifica argumento alguno en orden a la readmisión, como trabajador sujeto a contrato indeterminado o como fijo. En consecuencia este pronunciamiento no es contradictorio con el de la recurrida.

Concurre por tanto causa de inadmisión del recurso que, en el actual momento procesal, supone la desestimación del recurso.

TERCERO.- Recurso de Televisión de Galicia.

1. El primer motivo denuncia la infracción de los art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y 218.2 de la de Enjuiciamiento Civil. Alega que "la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina sobre motivación de las sentencias, al pronunciarse en el fallo sobre unos hechos que no han sido analizados en sede jurídica causando grave indefensión a la parte al desconocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión". Para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción invoca la sentencia de esta Sala de 3-06-2003 (R-151/02). En su análisis hemos de destacar los siguientes puntos:

2. a) La recurrente no realiza el análisis que exige el art. 222 de la Ley procesal, debiendo recordar que, con arreglo a la doctrina de esta Sala el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral exige que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Para cumplir este requisito la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una argumentación mínima sobre la concurrencia de las identidades del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la propia Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos (sentencias 27 de mayo de 1.992, 18 de julio de 1997, 22 de septiembre de 1998, 9 de diciembre de 1999, 17 de julio de 2000 y 26 de enero de 2001). En el supuesto que hoy resolvemos, tal actividad no se ha realizado ni siquiera de una forma mínima.

b) No existe entre las sentencias comparadas la identidad de situaciones de hecho y pretensiones que el art. 217 de la Ley procesal exige para la admisión a trámite del recurso.

Es también doctrina uniforme de la Sala la que establece que, cuando la contradicción alegada verse sobre una cuestión de naturaleza procesal, no sólo es necesario que las irregularidades invocadas sean homogéneas, siendo además preciso que los hechos, los fundamentos y las pretensiones sobre el fondo del asunto sean sustancialmente iguales, pues con carácter general, el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la configuración sustantiva de la controversia, aparte de que admitir lo contrario supondría desvirtuar la finalidad de este recurso, convirtiéndolo en un recurso de casación por quebrantamiento de forma (por todas, sentencias de 21 de noviembre 2000, R. 234/2000, dictada en Sala General; de 15 de diciembre de 2000, R. 2298/2000; y 28 febrero de 2001, R. 1902/2000). Y en el caso que hoy resolvemos, no coinciden los supuestos de hecho planteados ya que en la sentencia recurrida resuelve sobre una cesión ilegal de trabajadores y la invocada como contradictoria resuelve sobre la impugnación de un acuerdo de eficacia limitada sobre acumulación de horas sindicales, por considerarlo contrario a lo acordado en convenio colectivo. Obviamente no existe entre las sentencias impugnada y ofrecida de contraste la triple igualdad exigida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Concorre causa de inadmisión que en este trámite deviene de desestimación del motivo.

3. El segundo motivo denuncia la infracción de los art. 97.2 y 191.b de la Ley de Procedimiento Laboral. La recurrente impugna la decisión de la Sala de suplicación que se negó a modificar el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, solicitando la nulidad de la sentencia. Para el juicio de contradicción invoca la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1995 (R-1854/95) Dicha resolución, resolviendo recurso en causa por despido, en el que se discutía la aplicación de la prescripción denominada corta y la Sala se pronunció por la inexistencia de esta devolviendo las actuaciones al Tribunal de suplicación para que se pronunciara sobre la existencia de la infracción. Resalta la falta de identidad entre los supuestos enjuiciados en las sentencias comparadas, por los razonamientos ya expuestos en el motivo primero. Se impone la desestimación del motivo.

4. Los motivos tercero y cuarto combaten la declaración de cesión ilegal de trabajadores pretendiendo la existencia de una descentralización, seleccionando en el tercero como sentencia contraria la de la Sala de Galicia de 15-06-2007 (R-1753/06), y en el cuarto seleccionando como contraria la de la Sala de Canarias con sede en Las Palmas de 29-06-2005 (R-814/04).

a) En realidad, el recurrente ha llevado a cabo una descomposición artificial de la controversia, y a tal efecto, esta Sala ha señalado que este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario [sentencias de 5 de marzo de 1998 (R. 2407/1997), 21 de abril de 1998 (R. 3288/1997), 20 de julio de 2001 (R. 4207/1999), 25 de octubre de 2002 (R. 2096/2000), 20 de julio de 2004 (R. 540/2003), 31 de enero de 2005 (R. 4715/2003), 15 de marzo de 2005 (R. 5793/2003)]. Es por ello que únicamente resolveremos sobre la más moderna de las sentencias invocadas de contradicción: la de la Sala de Galicia de 15 de junio de 2007.

b) Adolece el motivo del mismo defecto insubsanable que el primero de los formulados por esta recurrente: falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, remitiéndonos al razonamiento expuesto al desestimar el motivo primero. Es patente la falta de este requisito, cuando la recurrente, admitiendo que los hechos enjuiciados en ambas resoluciones son diferentes, no realiza análisis comparativo que justifique los fallos contradictorios, sin hacer alusión alguna al hecho básico de la controversia.

c) Tampoco existe contradicción entre la sentencia impugnada en el recurso y la invocada de contradicción, pues los hechos que sirven de fundamento a la decisión judicial en ambos casos son diferentes en aspectos esenciales. La invocada de contradicción

resuelve la inexistencia de cesión ilegal en un supuesto en el que la empresa contratista servía a diferentes empresas -a diferencia de la recurrida en la que todos los servicios se prestaban para TV Gallega-, los medios materiales (uniformes y equipos de protección individual) eran de la contratista en la referencial, mientras que en la recurrida las cámaras eran de TVG, así como los ordenadores precisos, decorado del plató, vestuario etc. eran de TVG. Las diferencias en los hechos de ambas sentencias tienen entidad bastante para justificar los diferentes pronunciamientos efectuados. Se impone por ello la desestimación del motivo y del recurso, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir e imposición de costas.

CUARTO.- Recurso de TV 7 Productora de Vídeo S.L.

Articula el recurso en un único motivo en el que denuncia la infracción de los art. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. Postula, al igual que la anterior recurrente, la válida existencia de un contrato de descentralización y no una cesión ilegal. Para cumplimentar el presupuesto de la contradicción ha seleccionado la Sentencia de la Sala de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15-01-2002 (R-4945/01).

La sentencia invocada resuelve un procedimiento por despido incoado por un trabajador frente a Bernal Montajes Eléctricos y Climatización S.L. y RTVE, S.A. El demandante prestaba servicios para la primera de dichas entidades como electricistas; entidad que tenía suscrito contrato administrativo con el Ente Público RTVE para la "conservación y mantenimiento de instalaciones eléctricas en los edificios de RTVE en Madrid". Adoptada la decisión de despedir al actor por motivos disciplinarios, a raíz de los hechos que se detallan en los antecedentes de ésta sentencia, se interpuso la demanda que da origen a las actuaciones, y en la que también se suscita la posible existencia de cesión ilegal. Los hechos que la Sala de Madrid toma en consideración para descartar que haya habido un fenómeno de suministro de mano de obra en ese caso son los siguientes: que las herramientas necesarias para hacer el trabajo pertenecían a la empresa contratista, que era quien también determinaba el trabajo a realizar a través de los oportunos partes de trabajo; esa misma empresa era la competente en materia de sustituciones y sanciones, conocía las fechas de vacaciones -aunque el disfrute de las mismas se llevaba a cabo por acuerdo entre todos los electricistas y el encargado de la empresa principal-; que en esta última prestan servicios trabajadores de dos distintas contratistas; y que también era la contratista la encargada de establecer el plan de prevención.

Todas estas circunstancias chocan frontalmente con las descritas en el relato fáctico de la sentencia que ahora se impugna, y que han determinado a la Sala a calificar el fenómeno como una cesión ilegal de trabajadores. En el caso de la sentencia de contraste la empresa contratista determinaba el trabajo a realizar a través de los oportunos partes, circunstancia que no consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida, donde, por el contrario, se reflejan numerosas circunstancias que apoyan solución discrepante y que no aparecen en los hechos probados de la sentencia de contraste.

Se impone, en consecuencia la desestimación del recurso con imposición de costas a la recurrente y 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 los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las representaciones representación de TELEVISION DE GALICIA SA; D. SERGIO y Dña. MARIA JESUS ; TV SIETE PRODUCTORA VIDEO S.L, contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 5439/07, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, en autos núm. 793 y 794/06 acumulados, seguidos a instancias de D. SERGIO y Dña. MARIA JESUS contra COMPAÑIA DE RADIO TELEVISION DE GALICIA, TELEVISION DE GALICIA S.A., y TV SIETE PRODUCTORA VIDEO S.L. sobre cesión ilegal trabajadores. Con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir por parte de TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. y TV SIETE PRODUCTORA VIDEO, S.L.”.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/07/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià

Síntesis

ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. CALCULO DE LA INDEMNIZACIÓN: ALCANCE DEL DESCUENTO DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. SE REITERA DOCTRINA, a partir de las SSTs (2) dictadas en Sala General el 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006).

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** 1.- Constan acreditados en la resolución de instancia, los siguientes hechos: a) El trabajador demandante prestaba servicios como conductor de primera para la mercantil “Gonzálvez e Hijos, S.L.”. La empresa “Nure Agrícola S.L.” es propietaria de la finca Los Verdiales y contrató el abono de dicha finca con la empresa Viaguado, la cual a su vez contrató con “Herogra Fertilizantes, S.A.”, entidad dedicada a la fabricación y venta de abonos líquidos, y ésta a su vez contrató con la mercantil Rafael Calvo, S.L. la aplicación del producto contratado, y dicha empresa contrató el transporte del mismo hasta la finca con la mercantil “Gonzálvez e Hijos, S.L.”. El día 5 de diciembre de 2000, el demandante cuando estaba efectuando el servicio de transporte del abono, encontrándose a 6 o 7 metros de la motobomba propiedad de la empresa “Rafael Calvo, S.L.”, con la que se descargaba y trasvasaba el abono, y tras realizar algunas operaciones de descarga, la cadena de metal de la motobomba se partió alcanzado uno de sus fragmentos al demandante, provocándole lesiones en la cara y en el ojo. El período de curación fue de 122 días, 8 de ellos con estancia hospitalaria, quedándole como secuelas: ablación de globo ocular, con posibilidad de prótesis, cicatrices en mejilla y nariz de aspecto queiloideo, siendo declarado por estas lesiones mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 19 de julio de 2001, en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo.

b) El demandante recibió de la Mutua la cantidad de 4.232,69 euros en concepto de prestación por incapacidad temporal, ingresando aquella en concepto de capital coste de la incapacidad permanente 69.352,02 euros (70%) y 1.311,02 euros en concepto de intereses de capitalización, habiendo asumido la Tesorería el 30% restante del señalado capital coste en aplicación del reaseguro obligatorio.

c) La motobomba usada en el trasvase había sido adquirida por la empresa Rafael Calvo, S.L. a Don Manuel. Compuesta de un motor y una bomba, su acoplamiento por el citado Sr. N se realiza originariamente mediante la unión de unas estrellas o piezas de material sintético fijadas a los ejes respectivos del motor y de la bomba. Sin embargo, la motobomba había sido modificada por la empresa Rafael Calvo al apreciar el desgaste de las piezas de material sintético, sustituyéndolas por la cadena que se rompió el día del accidente; y,

d) Por la omisión de medidas de seguridad, se impuso a la empresa Rafael Calvo una sanción de 1.502,54 euros, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a raíz del acta levantada por la Inspección de Trabajo, le declaró responsable de un recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran devengarse a favor del demandante.

2.- El trabajador formuló demanda contra todas las empresas implicadas y las entidades aseguradoras “La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros” y “Allianz, S.A.”, en reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, que cifró en un total de 230.364,71 euros, que siguiendo el Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidente de circulación, incluido en la Ley 30/1995, actualizado por la resolución de 30 de enero de 2003 de la Dirección General de Seguros, desglosó así :

- a) por incapacidad temporal 218 días improductivos, 8 días con estancia hospitalaria + 10% de factor de corrección: 11.191,29 euros.
- b) por secuelas: 30 puntos (por ablación del globo ocular) + 15 puntos (grave perjuicio estético = 41 puntos +10% factor de corrección: 62.565,13 euros.
- c) por disminución de ingresos durante el período de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante): 60.608,29 euros; y,
- d) por daños morales propios y de familiares: 96.000 euros.

3.- El Juzgador de instancia, en su sentencia de fecha 7 de noviembre de 2005, tras apreciar la existencia por parte de la empresa “Rafael Calvo, S.L.” de un incumplimiento en materia de seguridad, y la responsabilidad de dicha empresa por los daños padecidos por el trabajador accidentado, estimando no acreditada la existencia de concurrencia de culpa en ninguno de las

restantes demandadas, ni menos en la propia conducta del demandante, con mención expresa de que se estiman acreditadas como secuelas las indicadas en el dictamen forense obrante en las previas actuaciones penales, y de que principalmente se va a hacer uso, siquiera como orientador del ya citado Baremo de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, analiza uno a uno los distintos conceptos señalados en la demanda, señalando que : a) con respecto al concepto de incapacidad temporal entiende que la cantidad resultante sería de 9.905,99 euros (220 días, dada la fecha de efectos de la Incapacidad Permanente Total, de los cuales 8 son de hospitalización, multiplicados por las cuantías del Baremo, sin que proceda la aplicación del factor de corrección); b) por secuelas, a tenor de los 41 puntos reclamados en la demanda, teniendo en cuenta el valor del punto para la edad del demandante y sumado el 10% del factor de corrección, establece como cantidad resultante la de 62.565,13 euros; c) por disminución de ingresos, evaluando el lucro cesante, argumenta, que si bien el trabajador dejó de percibir el salario, percibe la prestación por incapacidad permanente total, que compatibiliza con un nuevo trabajo para otra empresa como peón, no constando de modo claro cuales son los ingresos que percibe por el nuevo empleo, lo que implica no se conceda la suma solicitada; y d) por daños morales propios y familiares, tampoco se accede a lo solicitado en la demanda, porque de un lado se reclaman sin la debida separación, el demandante no esta legitimado para pedir daños morales de familiares, y porque habiendo decidido hacer uso del repetido Baremo, en éste, la valoración de las secuelas incluye ya los daños morales. Todo ello conduce a estimar un total indemnizatorio de 72.471,12 euros.

Cuantificada la indemnización, procede el Juzgador de instancia a descontar el importe de lo percibido en concepto de prestaciones de Seguridad Social –incluido el capital coste de la pensión por Incapacidad Permanente Total, con cita de la sentencia de esta Sala de fecha 9 de febrero de 2005- excepto el recargo por falta de medidas de seguridad, y al superar el total de dicho importe la cuantificación indemnizatoria señalada, estima no se adeuda cantidad alguna que deba ser satisfecha por la empresa “Rafael Calvo, S.L.”, desestimando la demanda y eximiendo con ello de la determinación de la responsabilidad a la aseguradora dicha empresa.

4.- Contra la sentencia de instancia interpusieron sendos recursos de suplicación, de una parte, la empresa “Rafael Calvo, S.L.”, interesando la exoneración de la responsabilidad o, en su caso, la declaración de responsabilidad solidaria de las otras entidades codemandadas, y de otra parte, el trabajador demandante, disconforme con la decisión del Juzgado de no conceder indemnización alguna en concepto de daños y perjuicios por las consecuencias del accidente de trabajo sufrido. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla mediante sentencia de fecha 5 de octubre de 2007 (rec. 3955/20006) desestimó ambos recursos, confirmando íntegramente la resolución de instancia. En lo que aquí interesa y con respecto al recurso del trabajador, confirma el criterio de la instancia en aplicación de doctrina unificada de esta Sala –sentencias entre otras de 9 de febrero de 2005 y 24 de julio de 2006- sobre deducción de lo previamente percibido en concepto de prestaciones del sistema de la Seguridad Social de la indemnización adicional por daños y perjuicios.

5.- La mencionada sentencia de suplicación, únicamente es objeto del recurso de casación para la unificación por el trabajador demandante que lo articula sobre tres motivos. En el primero, denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, por haberse desconocido el derecho a la reparación íntegra, afirmándose con respecto a la exigible contradicción, que las sentencias “llegan a pronunciamientos contrarios en relación a la necesidad de incluir en la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente laboral, la valoración de la declaración de incapacidad permanente del trabajador.” En el segundo motivo, denunciando la infracción de los mismos preceptos, especifica la contradicción “en relación a la necesidad de incluir en la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente laboral el concepto de daños morales, con carácter autónomo a la indemnización concedida por días de incapacidad y secuelas en base al Baremo previsto por Ley 30/1995”. Y en el tercero y último de los motivos, se invoca la diversidad –de los pronunciamientos de las sentencias a comparar- en relación “a la posibilidad prevista en el artículo 1103 del Código Civil en orden a la correcta valoración de los daños y perjuicios sufridos, y a la necesidad de indemnizar en base al citado precepto, en relación con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, los daños morales sufridos por el trabajador accidentado”.

Para el primer motivo, se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de abril de 2005 (rec. 4441/200), en supuesto igualmente de reclamación de indemnización derivada de accidente de trabajo, en aplicación analógica del Baremo indemnizatorio anexo a la Ley 30/1995, concurriendo la contradicción exigible, pues mientras en la sentencia recurrida se excluye el abono de una indemnización por la incapacidad permanente, dado que se han indemnizado las secuelas determinantes de dicha incapacidad, en la sentencia referencial se admite el cómputo de la indemnización prevista por la declaración de invalidez permanente absoluta, aparte de las secuelas y la prestación por incapacidad permanente, en un cálculo indemnizatorio, ciertamente confuso, que parte de una reclamación de 263.406 euros, que bien pudiera incluir la capitalización del lucro cesante, permitiendo ello la deducción –que la sentencia lleva a cabo- de la capitalización de las prestaciones por incapacidad permanente absoluta (121.881,04 euros). Cuestión ésta –la compatibilidad entre prestaciones por incapacidad permanente e indemnización por incapacidad permanente prevista en el Baremo- que aparece clara en nuestra sentencia de 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005).

La sentencia invocada para el contraste en el segundo motivo es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de fecha 6 de abril de 2006 (rec. 3269/2005). En esta resolución se discute si aceptando la existencia de responsabilidad empresarial, del total reclamado en la demanda, que ascendía a la cantidad de 133.804,72 euros, debía deducirse, no solo la cuantía de la prestación derivada de incapacidad temporal, sino también el importe del capital coste renta de la pensión de incapacidad permanente total devengada por el trabajador, y cuya cifra aparece cuantificada en la suma de 188.878,93 euros, aplicándose, también, el Baremo anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. La Sala llega a la conclusión de que si bien de la indemnización de los daños y perjuicios deben detraerse las prestaciones de Seguridad Social, y entre ellas, el importe del capital coste renta de la pensión, con lo que se alcanza un resultado negativo en lo que atañe a la indemnización interesada, ello dejaría a salvo la compensación por daños y perjuicios morales al afectar a un ámbito diferente del estrictamente laboral del afectado, apreciándose en su consecuencia la necesaria contradicción entre las sentencias, si –como ya se ha visto- la recurrida excluye la consideración autónoma de los daños morales, pues “están incluidos en las indemnizaciones del Baremo que la comprenden”.

Por el contrario, la contradicción exigible no concurre con respecto a la sentencia de contraste seleccionada para el tercero y último de los motivos, que es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 27 de febrero de 2003 (rec. 2543/2002). Y no concurre dicha contradicción, por cuanto –contrariamente a lo que se alega en el recurso- ni la resolución recurrida ni la de contraste efectúan referencia alguna a la facultad moderadora de los Tribunales. Si bien en el supuesto de la sentencia impugnada se desestima la pretensión y en el de la referencial se reconoce una determinada cantidad en concepto de daño moral, lo cierto es que tal importe viene dado por unas circunstancias personales, profesionales y familiares concretas que también deberían concurrir –con plena identidad- en el caso de autos para que pudiera mantenerse la existencia de fallos contradictorios. En el motivo, la parte recurrente se limita a decir que “existe una igualdad esencial de hechos entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, ya que ambas se refieren a un trabajador que sufre accidente laboral, sufriendo a raíz de las mismas una serie de secuelas y quedando afecto por ello a una incapacidad permanente”. Ello, si bien sería suficiente para los dos motivos precedentes, en cuanto la cuestión que se suscita es estrictamente jurídica, es del todo insatisfactorio para una cuestión en la que necesariamente la narración fáctica es componente esencial para la determinación de la contradicción.

SEGUNDO.- 1.- Dada la existencia de las contradicciones reseñadas con respecto a los motivos primero y segundo del recurso, procede entrar en el análisis de las infracciones denunciadas, si bien conviene precisar, con carácter previo, que la decisión de la Sala queda limitada en este recurso por los términos en que se formula la denuncia de las infracciones y por el alcance de las contradicciones alegadas. No puede entrar en el marco de un recurso extraordinario –como reiteradamente viene señalando la Sala- en el examen de otros temas, entre ellos, los relativos a las valoraciones realizadas y las cuantías del baremo aplicables. Con el mismo carácter previo, también conviene señalar, que la decisión adoptada por la sentencia recurrida era acorde con la que venía siendo doctrina tradicional de esta Sala en materia de fijación de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Sin embargo, la Sala, a partir de dos sentencias dictadas en Sala General el 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006), a las que han seguido las de 2 y 3 de octubre de 2007 (rec. 394572006 y 245/2006), 21 de enero de 2008 (rec. 4017/2006), 30 de enero de 2008 (rec. 414/2007), 22 de septiembre de 2008 (rec. 1141/2007), 20 de octubre de 2008 (rec. 672/2007) y 14 de julio de 2009 (rec. 3576/2008), ha cambiado su doctrina, lo que va a implicar –adelantamos ya- la revocación de sentencia recurrida. En la última y más reciente de dichas sentencias, es decir, la de 14 de julio de 2009, esta nueva doctrina se enuncia y resume así :

“En síntesis, esta doctrina establece que la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo se realiza en nuestro sistema a través de la responsabilidad del empresario como deudor de seguridad frente a sus trabajadores y como garante del riesgo profesional producido por el desarrollo de su actividad profesional. En nuestro ordenamiento esa reparación se instrumenta a través de tres vías: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización civil adicional. Las prestaciones de la Seguridad Social responden históricamente a un aseguramiento público de la responsabilidad objetiva del empresario. Se aplican, por tanto, estas prestaciones con independencia de la culpa del empresario, pero ofrecen una reparación limitada, que, por su delimitación legal, no alcanza a cubrir la totalidad del daño, pues se centran en la compensación del exceso de gastos por asistencia sanitaria y del defecto de ingresos por la pérdida o reducción de salarios, aparte de algunas indemnizaciones por baremo o a tanto alzado que cubren muy limitadamente los daños no patrimoniales. El recargo se aplica cuando el accidente se produce con una infracción de las normas de prevención imputable al empresario, pero como mecanismo de reparación actúa sólo como un incremento de las prestaciones de Seguridad Social y tiene las mismas limitaciones que éstas en cuanto al alcance de la reparación. Por último, la indemnización adicional se funda también en la culpa (sentencias de 30 de septiembre de 1997 y 7 de febrero de 2003) y establece una reparación adicional que debe permitir una cobertura completa del daño.

La existencia de estas tres vías de reparación determina la necesidad de su coordinación dentro del principio general de compatibilidad y la doctrina se ha inclinado por el criterio de la complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total (sentencias de 2 de febrero de 1998, 10 de diciembre de 1998, 17 de

febrero de 1999, 3 de junio de 2003, 24 de abril de 2006 y 17 de julio de 2007). Este criterio de complementariedad determina que, a efectos de fijar la indemnización adicional, deban descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma (sentencia del Pleno 2 de octubre de 2000).

Pero, como señala la sentencia de contraste, "la coordinación de las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad, teniendo en cuenta que el daño tiene distintos componentes -las lesiones físicas y las psíquicas, los daños morales, el daño económico emergente y el lucro cesante- y, en consecuencia, la compensación de las diversas indemnizaciones debe efectuarse entre conceptos también homogéneos para lograr una justa y equitativa reparación. De ahí que no sea posible compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en una vía por lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, en otra. Esta regla de homogeneidad determina que "tratándose de prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente", estas prestaciones sólo puedan compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante: igualmente las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa.

En concreto, para las prestaciones de incapacidad temporal se dice que "la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral".

En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que "quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)".

TERCERO.- 1.- La aplicación de estos criterios lleva a la estimación del recurso en lo que se refiere a las deducciones practicadas en razón del capital coste de las prestaciones de Seguridad Social y ello en atención a las siguientes razones:

1ª) En primer lugar –como ya decíamos en la reseñada sentencia de 14 de julio de 2009- no cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante. Se mantienen las cantidades de 439,64 euros por los 8 días de hospitalización y de 9.466,34 euros por los 212 días restantes de baja, fijadas ya en la sentencia de instancia, La suma de estos dos conceptos da un total de 9.905,98 euros por incapacidad temporal.

2ª) Tampoco cabe –a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta- deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica por secuelas de 62.565,13 euros, reclamada por el demandante en función de los 41 puntos, y aceptada también por la sentencia de instancia.

3ª) Lo que el demandante denomina disminución de ingresos durante el período de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante) y que cifra en 60.608,29 euros, teniendo en cuenta como referencia el factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes con incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la Tabla IV del Baremo se estima razonable. Ahora bien ha de efectuarse el desglose dentro de este concepto entre la parte que corresponde de la indemnización de la

discapacidad laboral y la que puede atribuirse a la discapacidad vital, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada. En el presente caso, a la vista de las lesiones del actor, las características especiales de las mismas, su edad, su categoría profesional de chofer que ya no puede desarrollar, habiendo encontrado un trabajo de inferior categoría (peón), se considera que una proporción adecuada sería un 60% para la discapacidad laboral (36.364,97 euros) y un 40% para la vital (24.243,31 euros). La indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral será absorbida de forma completa por el capital coste de la incapacidad permanente (133.859,6 euros), lo que da una indemnización final por este factor de 24.243,31 euros.

4ª) Por Daños Morales propios y de familiares, reclama el demandante la cantidad de 96.000 euros lo que le es negado por la sentencia de instancia y la de suplicación en base a tres tipos de argumentación: a) porque se reclaman sin la debida separación los daños morales y de los de su familia; b) porque carece de legitimación activa para ello, al tratarse de daños sufridos por terceros a él ajenos; y, c) “porque habiendo decidido el demandante hacer uso del Baremo establecido por la Ley 30/1995, olvida que en la valoración de las secuelas que el mismo solicita –y así se ha estimado en esta resolución- se encuentran ya comprendidos los daños morales, por lo que la concesión de lo que ahora interesa implicaría una duplicidad en los conceptos indemnizatorios que no viene permitida por la ley”.

Las dos primeras argumentaciones carecen de consistencia en cuanto que, como se advierte de su escrito de demanda, el trabajador, aunque lo denomine como “daños propios y familiares”, no reclama una indemnización para él y otra, distinta, para sus familiares, sino que se cuantifique el grave daño moral sufrido por el y su familia, a raíz del accidente sufrido al tener que “convivir” el resto de su vida con las terribles secuelas estéticas, su edad (29 años), el sufrimiento padecido, las continuas operaciones, etc. Es decir, y en definitiva, las consecuencias y repercusiones que estima el demandante ha tenido el accidente en su esfera personal, familiar y social.

Por el contrario, a juicio de la Sala, si que resulta acertada la tercera de las argumentaciones señaladas. En efecto, ha sido el propio demandante el que ha elegido para la cuantificación de la indemnización que reclama en concepto de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido, el sistema de Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que se estableció ya en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en las cuantías fijadas por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 20 de enero de 2003. Y el acogimiento a dicho Baremo y su aplicación, concretamente, en el presente caso la Tabla V (indemnizaciones por incapacidad temporal) y la Tabla III (indemnizaciones básicas por lesiones permanentes), conlleva que no puedan reclamarse “daños morales” como concepto autónomo, en cuanto en las cuantías indemnizatorias previstas en dichas Tablas están incluidos ya los daños morales como expresamente se señala en las mismas.

CUARTO.- 1.- La responsabilidad del abono de la indemnización resultante de 96.714,42 euros, ha de ser atribuida en exclusiva a la empresa “Rafael Calvo, S.L”, en cuanto la sentencia de instancia estableció ya que dicha empresa era la única responsable -por su conducta negligente e infracción de las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de la equipos de trabajo (artículo 3 del Real Decreto 1215/1997)- de la producción del accidente sufrido por el trabajador demandante, no habiéndose acreditado la existencia de culpa en ninguno de los otros demandados, ni menos en la propia conducta del trabajador. Ciertamente, que en el recurso de suplicación se planteó por el demandante la cuestión de la responsabilidad solidaria concretamente con la también demandada “Gonzálvez e Hijos, S.L.”, lo que fue rechazado por la sentencia recurrida, y como sea que en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el recurrente, aun cuando en el “suplico” de su escrito de recurso pide la condena solidaria no formula motivo alguno al respecto, ni tampoco la sentencia ha sido recurrida por la empresa “Rafael Calvo, S.L”, es lo por esta Sala no puede entrar a analizar y resolver este cuestión.

2.- Tampoco puede acogerse la petición del demandante, ahora recurrente, de que se condene a la entidad aseguradora codemandada “La Estrella, S.A. de Seguros y Reaseguros” solidariamente con la empresa “Rafael Calvo, S.L”, al pago de la indemnización reclamada. En efecto, en el hecho probado decimotercero de la sentencia de instancia se dan por reproducidas las condiciones tanto generales como las particulares del Seguro denominado de Protección Integral de Industrias suscrito el 21 de junio de 2000 entre “Rafael Calvo, S.L” y la Cia. de Seguros La Estrella, obrante en autos, así como los recibos del pago del seguro. Ahora bien, del examen de dichas condiciones, y en concreto de las particulares, se desprende que son dos las actividades cubiertas por la póliza : una, la de “Almacén de abonos químicos inorgánicos, excluidos nitratos. Se incluye el almacenamiento y manipulación de abonos líquidos nitrogenados; y otra, la de “Almacén de materias plásticas no espumosas, plásticos para invernaderos y riegos, así como productos fitosanitarios”. Pues bien, mientras en esta segunda actividad está cubierto el riesgo de daños a terceros, responsabilidad civil hasta 15.000.000 pesetas; en la primera actividad, que es la que se corresponde –manipulación de abonos- con la que desarrollaba el trabajador en el momento de sufrir el accidente –descarga y trasvase del abono (hecho probado tercero de la sentencia de instancia- el riesgo de daños a terceros está expresamente excluido por “no contratado”. Esta falta de cobertura impide, en su consecuencia, la extensión de la responsabilidad a la entidad aseguradora.

3.- Con respecto a los intereses solicitados en la demanda y en el recurso, habrá que distinguir entre los moratorios y los procesales. La más reciente doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de Sala General de 30 de enero de 2008 (recurso

414/2007) -a la que sigue la 14 de julio de 2009 (recurso 3576/2008)- en orden al adecuado resarcimiento de los daños y perjuicios causados al trabajador por el accidente de trabajo y ante los sistemas intereses/actualización, en el bien entendido de que ambos son de imposible utilización simultánea, propugna una interpretación “pro operario”, contraria al tradicional “*favor debitoris*” que informa la práctica civil, y con apoyo en la jurisprudencia también reciente de la Sala I de este Tribunal Supremo concluye que los intereses moratorios ex artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil *se devengan automáticamente, por imponerlos así la defensa de los legítimos intereses del acreedor*. En orden a los intereses moratorios, la misma sentencia de 30 de enero de 2008, matiza -con apoyo en la jurisprudencia civil que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo “*in illiquidis non fit mora*”-, que esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional efectuada por la jurisprudencia civil “*todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil ... , sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil*” y que “*estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda -incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser -supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial*”.

Todo ello implica que, en el presente caso, a la indemnización señalada de 96.714,42 euros, habrá que adicionar el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda de conciliación el 30 de diciembre de 2002 y hasta la fecha de esta sentencia. Respecto a los intereses procesales, se devengará -artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- el interés legal del dinero más dos puntos a partir de la fecha de esta sentencia.

QUINTO.- 1.- Los razonamientos precedentes conllevan, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación parcial del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando también en parte el recurso de esta clase interpuesto por el demandante y revocando la sentencia de instancia para establecer la condena de la empresa demandada “Rafael Calvo, S.L.” en los términos que se derivan de las consideraciones precedentes. Todo ello sin imposición de costas, ni en este recurso, ni en el de suplicación.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez, en nombre y representación de Don **JUAN MANUEL** contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 5 de octubre de 2.007, en el recurso de suplicación nº 3955/2006, interpuesto por dicho recurrente y la empresa “**RAFAEL CALVO, S.L.**” frente a la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Sevilla, en los autos nº 840/2003, seguidos a instancia del citado recurrente contra las empresas **GONZALVEZ E HIJOS, S.L., RAFAEL CALVO, S.L., NURE AGRÍCOLA, S.L., HEROGRA FERTILIZANTES, S.A., D. MANUEL**, y las entidades aseguradoras **ALLIANZ CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y la ESTRELLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS**”, sobre accidente de trabajo. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida de la Sala de lo Social de Andalucía, con sede en Sevilla y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el demandante y, con revocación parcial de la sentencia de instancia condenamos a la empresa “**RAFAEL CALVO, S.L.**” a abonar al demandante la cantidad de 96.714,42 euros, manteniendo la excepción de incompetencia de Jurisdicción con respecto Don **MANUEL** y la absolución de los demás codemandados. Esta cantidad devengara los intereses que se establecen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, a cuyo abono se condena también a la empresa “**RAFAEL CALVO, S.L.**” con el detalle allí establecido”.



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 14/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

INCOMPETENCIA de la Jurisdicción social: Trabajadores que prestan servicios en una Embajada de España en el extranjero y sujetos a legislación laboral del país en el que se encuentra ubicado el centro de trabajo. Determinación procedencia o improcedencia retención empresarial cantidades sobre salarios en concepto de impuesto sobre la Renta de no residentes (IRNR).

Fundamentos de Derecho

“PRIMERO.- 1.- La cuestión que se debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la procedencia o improcedencia de las retenciones que practica la Administración Pública empleadora demandada sobre unos de los conceptos salariales (las denominadas pagas de “*aguinaldo*”) que perciben los demandantes, trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en una Embajada de España en el extranjero y sujetos a la legislación laboral del país en que está ubicado su centro de trabajo, en alegada aplicación de una retención del 8% en concepto de impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), contemplada en el art. 25.1.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes.

2.- La sentencia de suplicación ahora recurrida (STSJ/Madrid 1-julio-2008 -rollo 1503/2008), revocando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada (SJS nº 12 Madrid 28-enero-2008 -autos 644/2007), proclama la competencia del orden social, argumentando, en esencia, que “*la cuestión objeto del litigio versa sobre una cuestión laboral, como es la determinación del salario, que está incardinada en una concreta e individualizada relación contractual del trabajo*”, añade que “*resulta competente materialmente este orden jurisdiccional para conocer y resolver la demanda que ha dado origen al procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 a) LPL*”, pues “*nos encontramos ... ante un proceder o actuar de la Administración Pública en su condición de empresario frente a sus trabajadores en una materia típicamente laboral como es el abono del salario, lo que determina la competencia de esta jurisdicción del orden social*”.

3.- La sentencia invocada por la parte empresarial recurrente como de contraste (STSJ/Madrid 12-mayo-2008 –rollo 153/2008), en un supuesto en el que se cuestionaba la procedencia o no de la retención fiscal sobre salarios de tramitación, al igual que el momento en que la misma debió de hacerse y su cuantía, concluye que las cuestiones relacionadas con retenciones a cuenta del IRPF constituyen problemática sujeta a normativa fiscal cuya interpretación y aplicación corresponden en exclusiva a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.- Concorre el presupuesto o requisito de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante hechos sustancialmente idénticos, la interpretación jurídica que de los mismos se efectúa en las sentencias objeto de comparación es divergente con las derivadas consecuencias en la decisión final.

SEGUNDO.- 1.- Invoca la empresa recurrente que la sentencia impugnada infringe lo dispuesto en los arts. 9.4 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 1, 2 y 3.1.c) de la LPL, 25.1.c) y 50 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004 de 5-marzo – LIRNR), 108 de la Ley 35/2006 de 28-noviembre (del impuesto sobre la renta de las personas físicas –LIRPF) y 2.a) de la Ley 29/1998 de 13-julio (reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –LJCA).

2.- En el invocado art. 25.1.c) LIRNR, relativo a la cuota tributaria, se dispone que “*Los rendimientos del trabajo de personas físicas no residentes en territorio español, siempre que no sean contribuyentes por el IRPF, que presten sus servicios en misiones diplomáticas y representaciones consulares de España en el extranjero, cuando no proceda la aplicación de normas específicas derivadas de los tratados internacionales en los que España sea parte, se gravarán al 8 por 100*”; preceptuando, en cuanto al orden jurisdiccional competente, el art. 50 LIRNR que “*La jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía económico-administrativa, será la única competente para dirimir las controversias de hecho y de derecho que se susciten entre la Administración y los contribuyentes, retenedores y demás obligados tributarios en relación con cualquiera de las cuestiones a que se refiere esta Ley*”.

TERCERO.- 1.- Es doctrina consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para la determinación de la procedencia o no de los descuentos o para la fijación de las cantidades a retener por el empresario en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) sobre indemnizaciones o salarios.

2.- Esta doctrina ha recaído tanto en sentencias dictadas en recursos de casación unificadora (entre otras, SSTS/IV 25-mayo-1992 –recurso 855/1991, 20-junio-1992 –recurso 2134/1991, 17-octubre-1994 –recurso 898/1994, 16-marzo-1995 –recurso 2969/1994, 9-octubre-1995 –recurso 814/1994 Sala General, 24-noviembre-1995 –recurso 394/1995, 23-enero-1996 –recurso 2799/1994, 4-junio-1996 –recurso 2926/1995, 4-febrero-1998 –recurso 1479/1997, 6-julio-1998 –recurso 5093/1997, 18-noviembre-1998 –recurso 4879/1997, 8-julio-1999 –recurso 3896/1998, 4-abril-2002 –recurso 2649/2001, 2-octubre-2007 –recurso 2635/2008) como en recursos de casación ordinaria (entre otras, SSTS/IV 3-diciembre-1993 –recurso 2947/1992, 25-noviembre-1994 –recurso 3461/1993, 5-marzo-2003 –recurso 59/2002 Sala general, 23-julio-2008 –recurso 110/2007, 16-marzo-2009 –recurso 170/2007); y tanto cuando el problema se ha suscitado en el ámbito de un proceso declarativo con relación a salarios ordinarios, a salarios de tramitación o incluso a salarios en especie o con respecto a las liquidaciones o indemnizaciones por extinción contractual (entre otras, las citadas SSTS/IV 3-diciembre-1993, 25-noviembre-1994, 23-julio-2008 y 16-marzo-2009), -- cual acontece en el supuesto ahora enjuiciado afectante a salarios ordinarios --, como también cuando se plantea en el ámbito de un proceso de ejecución con respecto a las cantidades retenidas en alegado cumplimiento de la obligación empresarial de abono del IRPF (entre otras, las citadas SSTS/IV 25-mayo-1992, 20-junio-1992, 17-octubre-1994, 16-marzo-1995, 9-octubre-1995, 24-noviembre-1995, 23-enero-1996, 4-junio-1996, 4-febrero-1998, 6-julio-1998, 18-noviembre-1998, 8-julio-1999, 4-abril-2002, 2-octubre-2007). Incompetencia del orden jurisdiccional social que en esta última fase procesal podría ser más discutible en determinados casos en los que deberá estarse a la necesaria interpretación del contenido y alcance del concreto título ejecutivo que constituya la base delimitadora de todo proceso de ejecución, como cabe deducir, entre otras, de las SSTS/IV 16-marzo-1995 (recurso 2969/1994) y 4-abril-2002 (recurso 2649/2001), en las que se suscitaba la interpretación de títulos ejecutivos constituidos, respectivamente, por una conciliación extrajudicial y otra judicial.

3.- En las citadas sentencias casacionales, como recuerda la STS/IV 9-octubre-1995, dictada en Sala General, se declara que *“la determinación de si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y en su caso por qué importe, es tema que está sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”*; o, como se refleja en la STS/IV 25-noviembre-1994 (recurso 3461/1993), que *“el art. 26.3 ET dispone que el trabajador debe soportar a su cargo las cargas fiscales y que el pacto contrario es nulo” pero que “la cuestión que versa sobre la determinación de la procedencia o no de las retenciones a cuenta del IRPF y el importe de las mismas es materia sujeta a leyes fiscales y no laborales, cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo”*.

4.- En esta misma línea interpretativa, se matizaba acertadamente en la STS/IV 3-diciembre-1993 (recurso 2947/1992), en un supuesto en el que las retenciones cuestionadas afectaban al salario en especie, con fundamento en el carácter de la actuación del empresario en su condición de *“retenedor del impuesto”*, indicándose que *“el fundamento de la pretensión que se ejercita, aunque tenga causa remota en el contrato de trabajo, pues se trata de impugnar una actuación del empresario en orden al pago de la retribución, tiene su origen inmediato en la retención de haberes que practica este para ingresarlos en la Hacienda Pública a cuenta del IRPF del trabajador, actuando en esta materia no como empleador, sino en la condición que le viene atribuida de retenedor del impuesto, como sujeto pasivo sustituto del contribuyente, colaborando en la gestión recaudatoria de la Administración Tributaria según le impone el art. 32 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28-diciembre y 98 de la Ley 18/91, de 6-junio y, por tanto, la esencia de este proceso es una relación jurídica tributaria pues consiste en saber si se debe repercutir sobre el trabajador la retención sobre los salarios en especie, para lo cual se deben estudiar los artículos correspondientes de la Ley 18/1991 y del Reglamento de 30-diciembre-1991, lo que constituye el objeto de un pleito contencioso administrativo y no laboral”*. Precisándose en otras resoluciones que el empresario efectúa por obligación legal la retención de unas cantidades que son *“a cargo del trabajador”* y *“respecto de las cuales el empresario actúa tan solo como intermediario obligado a retener sin ser el deudor de las mismas”* (STS/IV 5-diciembre-2007 –recurso 4066/2006).

CUARTO.- 1.- Solución distinta aceptando la competencia del orden jurisdiccional social se ha sustentado cuando en el litigio no se cuestiona la procedencia o la cuantía de la exacción del impuesto de IRPF sino una resolución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los afirmados errores experimentados por ella en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios precedentes, razonándose, como elemento diferenciador en la solución jurídica adoptada, que tal concreta cuestión *“reviste, sin la menor duda ..., un claro carácter laboral, por cuanto se orienta a la anulación de una decisión empresarial con la que no están de acuerdo los trabajadores de la empresa demandada sin poner en tela de juicio la obligación del trabajador de abonar las cargas tributarias respecto de las que, ciertamente, se constituye en sujeto pasivo directamente obligado al pago de las mismas”* y que *“aunque tenga relación con la exacción de un impuesto público, no discute para nada la procedencia o cuantía de la expresa carga tributaria”* (STS/IV 23-julio-2008 –recurso 110/2007 con cita de las SSTS/IV 20-marzo-2002 –recurso 2203/2002 y 27-enero-2005 –recurso 755/2004; STS/IV 16-marzo-2009 –recurso 170/2007). Destacándose específicamente que *“igual que dijimos en nuestra sentencia de 27-enero-2005 (R. 755/2004), con cita de la dicta en Sala General el 20-marzo-2002 (R. 2203/2002), “no cabe duda de que estamos en presencia de una cuestión de naturaleza laboral, puesto que se trata de decidir únicamente si el empleador está legitimado por su propia decisión para efectuar descuentos, en los términos expresados, de la*

nómina de sus trabajadores, lo cual configura el problema como una cuestión entre trabajadores y empresarios, derivada del contrato de trabajo e incardinable en las previsiones del art. 2 [a) y l)] de la LPL” (STS/IV 16-marzo-2009 –recurso 170/2007).

2.- La competencia del orden social también se ha proclamado cuando, sin discutirse entre las partes la cuantía de lo descontado, entre otros, por el concepto de IRPF, se debatía estrictamente si la empresa tenía derecho a descontar de los salarios que había de abonar al trabajador con motivo de la liquidación por fin de contrato, las cantidades correspondientes al IRPF cuando efectuaba el abono de los mismos, o si, por el contrario, sólo podrá descontarlos si acreditaba haber hecho previamente el ingreso de aquellas cantidades en Hacienda (STS/IV 25-noviembre-1994 -recurso 3461/1993).

3.- En esta línea interpretativa, como señala la STS/IV 12-junio-2001 (recurso 4608/2000), con referencia al Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de fecha 12-julio-2000, que *“los litigios que versan sobre si procede o no la retención fiscal aplicada por una empresa a las cantidades que abona al trabajador por razón de su relación laboral deben ser resueltos por el Orden Contencioso-Administrativo”* y que *“así lo declaró esta Sala Especial de Conflictos de Competencia en su ya lejano auto de 27-noviembre-1989, afirmando que ‘la realización de retenciones a cuenta del IRPF viene impuesta, en su caso, por leyes de naturaleza fiscal y no laboral y que, en consecuencia, determinar la procedencia o improcedencia de tales retenciones requiere la aplicación de normas de naturaleza fiscal, por lo que, no siendo subsumible el conflicto planteado, por la materia sobre que versa, entre los que menciona el art. 9.5 LOPJ, cuando delimita el ámbito jurisdiccional del orden social, no corresponde a éste el conocimiento de tal conflicto, sino al contencioso-administrativo, por afectar a una relación jurídica tributaria”* y que *“esa es también la doctrina que estableció la Sala IV de este Tribunal Supremo en su sentencia de 2-octubre-1990 y ha reiterado luego en otras muchas como son las de 25-mayo-1992, 16-marzo-1995, 23-enero y 4-junio-1996, 6-julio y 18-noviembre-1998, 8-julio-1999 y 4-mayo-2000, dictadas todas ellas en controversias suscitadas por el trabajador en fase de ejecución de sentencia, pretendiendo que Tribunal social se pronunciara sobre la procedencia y cuantía de las retenciones efectuadas por la empresa condenada a cuenta del IRPF sobre el importe de la condena”,* pero que, como destaca la propia resolución conflictual referida, tal criterio competencial no es, sin embargo, aplicable al caso por aquélla enjuiciado en el que el litigio no versaba directamente sobre la procedencia o no de efectuar determinadas retenciones fiscales a las prestaciones complementarias de seguridad social abonadas por el empresario, dado que *“la relación jurídica que en materia tributaria pueda corresponder, a uno como retenedor o pagador y a otro como sujeto pasivo, con la Administración Tributaria aparece en este proceso como lejano telón de fondo, sin protagonismo alguno en la verdadera disputa”.*

QUINTO.- 1.- En el supuesto ahora enjuiciado se cuestiona directamente la procedencia de una retención impositiva efectuada por la empresa, pues el tema objeto de debate consiste en determinar la procedencia o improcedencia de las retenciones que practica la Administración Pública empleadora demandada sobre unos de los conceptos salariales (las denominadas pagas de “aguinaldo”) que perciben los demandantes, trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en la Embajada de España en San José de Costa Rica y sujetos a la legislación laboral del dicho país en que está ubicado su centro de trabajo, en alegada aplicación de una retención del 8% en concepto de impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), contemplada en el art. 25.1.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes.

2.- La aplicación de la doctrina expuesta al actual supuesto comporta declarar la incompetencia del orden jurisdiccional social para su conocimiento, de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, entendiendo como doctrina correcta la contenida en la razonada sentencia de contraste. Se debe reiterar la jurisprudencia consolidada de esta Sala que declara la incompetencia del orden social para la determinación de la procedencia o no de los descuentos o para la fijación de las cantidades a retener por el empresario en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas -- o, como en este caso, del impuesto sobre la renta de no residentes --, sobre indemnizaciones o salarios; al no ser encuadrable, por otra parte, el problema ahora debatido entre los supuestos en los que se ha aceptado la competencia del orden social, por no plantearse en estos últimos la procedencia o no de los descuentos o el cuánto que había que descontar, sino otras cuestiones relativas bien a la legalidad de una resolución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los afirmados errores experimentados por ella en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios precedentes, o bien a determinar si la empresa solamente tenía derecho a descontar de los salarios, con motivo de la liquidación por fin de contrato, las cantidades correspondientes al IRPF cuando acreditaba haber hecho previamente el ingreso de aquellas cantidades en Hacienda.

3.- Procede la estimación del recurso de casación unificadora, casar la sentencia de suplicación impugnada, confirmando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social; sin 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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el *MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES* contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 1-julio-2008 (rollo 1503/2008), en el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores demandantes contra la sentencia de instancia, de fecha 28-enero-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid (autos 644/2007), en autos seguidos a instancia de Don/Doña (...) frente a la *AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL, MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES*. Casamos la sentencia de suplicación impugnada, confirmando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social; sin imposición de costas.”

3489/08

013

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

Síntesis

COMPETENCIA FUNCIONAL. CUANDO SÓLO SE DISCUTE LA CONTINGENCIA CAUSANTE, LA COMPETENCIA DE LA SALA DE SUPPLICACIÓN NO DERIVA DE LA CUANTÍA SINO DE LA MATERIA, POR TRATARSE DE UN RECONOCIMIENTO DE PRESTACIÓN.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1.- La cuestión que se discute en el presente procedimiento consiste en determinar si cabe interponer recurso de suplicación contra una sentencia que declaró que la contingencia causante del proceso de incapacidad laboral que le fue reconocido a una trabajadora era de naturaleza profesional en cuanto derivada de un accidente de trabajo, o si, por el contrario, no cabía interponer tal recurso en un proceso en el que lo que se discutió precisamente fue el origen de aquella incapacidad. En el caso se da la circunstancia de que la base reguladora de la IT es la misma tanto para el caso de tratarse de una enfermedad común como para el supuesto de incapacidad derivada de accidente laboral, y, además es la Mutua la que habría de hacer frente a la prestación correspondiente.

2.- Siendo ésta la cuestión a resolver en el presente recurso, el pronunciamiento sobre la recurribilidad de la sentencia constituye una cuestión que afecta al orden público procesal y debe resolverse de oficio sin necesidad de acudir a la exigencia de contradicción, como esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones entre las que pueden citarse las SSTs de 23-4-2004 (rec.- 1162/03), 25-6-2008 (rec.- 1545/2007 o 30-6-2008 (rec.- 995/07) entre otras muchas en el mismo sentido; aun cuando en el presente caso la contradicción requerida por el art. 217 LPL concurre igualmente por contemplar un supuesto de la misma naturaleza del aquí discutido.

SEGUNDO.- 1.- Denuncia la Mutua en su recurso la infracción por parte de la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco contra la que lo interpone, la infracción por la misma del art. 189.c) de la Ley de Procedimiento Laboral por aplicación indebida del mismo en cuanto sostiene que el problema que en los autos se discute no depende de la cuantía de lo reclamado sino que se versa “sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social...” como se recoge en dicho precepto legal para señalar que en estos casos es eso precisamente lo que se discute.

2.- El recurso articulado por la indicada recurrente merece prosperar, de conformidad con lo propuesto en el mismo sentido por el Ministerio Fiscal y en anteriores ocasiones por esta misma Sala al contemplar supuestos semejantes cual puede apreciarse no solo en la STS de 22 de octubre de 2007 (rec.- 2061/06) propuesta como sentencia de referencia para la contradicción sino también en la de 25-6-2008 (rec.- 1545/2007) también dictada por esta Sala en un asunto exactamente igual al presente, y no ya solo por mantener la unidad de la doctrina ya emitida por esta Sala como garantía de seguridad jurídica, sino porque aun cuando respecto de la demandante la resolución a dictar no opera en estricto sentido como un reconocimiento o denegación de prestación puesto que ésta le ha sido reconocida con independencia de su origen, no ocurre lo mismo en relación con la Mutua ni con los efectos futuros de la decisión a adoptar en relación con la propia demandante puesto que el origen de la contingencia es determinante para la concreción del derecho a la obtención de otro tipo de prestaciones de la seguridad Social, por cuya razón no puede estimarse centrado el tema a resolver en la mera cuantía de lo que pudiera obtenerse del presente pleito sino en el reconocimiento de un derecho de mucha mayor trascendencia para todas las partes, de ahí que en cualquier caso, bien por la vía del art. 189.1.c) LPL bien por la de considerar que se trata del reconocimiento no cuantificable – apartado primero del art. 189 LPL

- quepa reconocer que estamos ante una discusión para la que una adecuada interpretación de las previsiones legales sobre el particular conducen a estimar que procede reconocer la garantía del recurso de suplicación.

Lo que está claro en definitiva, es que la discusión entablada en el presente proceso no versó sobre la cuantía de una prestación sino sobre el origen laboral o común de la contingencia y ello hace que el problema trascienda y elimine el de la cuantía que es sobre el que el legislador quiso establecer límites al recurso de suplicación.

TERCERO.- La consecuencia derivada del reconocimiento del recurso de suplicación cuestionado conduce a declararlo así con la consiguiente estimación del recurso y declaración de nulidad de la sentencia recurrida para que, previa devolución del recurso a la Sala de origen, se proceda por ésta a resolver la cuestión de fondo planteada en dicho recurso. Sin que proceda imponer a la recurrente las costas del recurso de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 233 de la 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 para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de MUTUALIA-MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA S.S. nº 2 contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación núm. 1468/08, la que casamos y anulamos; y, resolviendo la cuestión procesal planeada en el recurso, debemos declarar y declaramos que contra la sentencia de instancia procedía y procede interponer recurso de suplicación, por cuya razón con la nulidad de la sentencia que decidió lo contrario, se acuerda la devolución de las actuaciones a la misma para que con la admisión a trámite del recurso, dicte la correspondiente resolución sobre el fondo debatido. Sin costas”.

C-138/08**014**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 15/09/2009

Ponente: Excm. Sra. Dña. M^ª Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

CASACIÓN. CONFLICTO COLECTIVO. PLUS DE TURNICIDAD FIJADO EN EL CONVENIO COLECTIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN POR LA MAYOR RETRIBUCIÓN ABONADA POR LA EMPRESA.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- Por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras-Unión Regional de Asturias, Unión General de Trabajadores y Unión Sindical Obrera se interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, interesando se dicte sentencia por la que “ se declare el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto, es decir, de la plantilla de trabajadores de los centros de la demandada en Aceralia-Gijón y Avilés que estén en régimen de turnos, a percibir el plus de turnicidad en la forma, concepto y cuantía establecidos en el convenio colectivo de aplicación, y con cuanto más proceda en derecho, así como adoptar las medidas necesarias para la ejecutividad de lo acordado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su efectividad”.

Por la referida Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias se dictó sentencia el 27 de octubre de 2008, demanda 10/08, desestimando la demanda formulada y absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interponen por la representación de La Unión General de Trabajadores y de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras-Unión Regional de Asturias, sendos recursos de casación, que articulan en un único motivo. Ambos recurrentes, con amparo procesal en el artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncian infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, citando como infringido , por aplicación incorrecta, el artículo 29.3 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias, vigente para los años 2007 a 2011, publicado en el BOPA de 12 de diciembre de 2007, en relación con el artículo 14 de la Constitución.

TERCERO.- Ambos recurrentes, en el único motivo de recurso, de idéntico contenido, aducen en esencia, que la sentencia impugnada ha aplicado de forma incorrecta al artículo 29.3 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias, vigente para los años 2007 a 2011, publicado en el BOPA de 12 de diciembre de 2007. Alegan los recurrentes que el citado precepto, introducido por primera vez en el Convenio 2007-2011, establece que los trabajadores que presten sus servicios en régimen de turnos, tienen que percibir una cantidad para compensar tal sistema de trabajo y los trabajadores de la empresa Pasek España S.A., a los que afecta el conflicto planteado, no perciben cantidad alguna por dicho concepto, tal como se consigna en el ordinal cuarto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Continúan razonando los recurrentes que es cierto que la plantilla de la empresa dispone de un pacto salarial que mejora las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo, pero tal pacto responde a la cantidad o calidad de trabajo realizado, no a la forma de realizar el trabajo, por lo que los trabajadores que realizan su jornada en régimen de turnos han de percibir dicho plus ya que, de no reconocérseles el derecho al percibo del mismo, se produciría una situación de desigualdad, respecto a los trabajadores que no realizan turnos y perciben la misma retribución, vulnerando el artículo 14 de la Constitución.

Para una recta comprensión de la cuestión debatida procede señalar que la empresa demandada, dedicada a la actividad de materiales y soluciones técnicas para revestimientos, con una plantilla de aproximadamente 250 trabajadores, repartidos en tres centros de trabajo –dos de ellos dentro de la empresa Aceralia en Gijón y en Avilés y otro en Llorares, Castrillón- rige sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias, vigente para los años 2007 a 2011, publicado en el BOPA de 12 de diciembre de 2007, así como por el acuerdo suscrito entre la empresa y el comité de empresa, el 10 de enero de 2008, con vigencia desde el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011. Desde el año 2000 las retribuciones y algunas otras condiciones laborales de los trabajadores de la empresa Pasek España SA vienen determinándose en sucesivos acuerdos, suscritos con el comité de empresa. En los centros de trabajo de Gijón y Avilés prestan servicios unos 150 trabajadores, con jornada en régimen de turnos de tipo 3TS o de tipo 2 TDF. El primero de dichos turnos supone trabajar de lunes a domingo, en jornadas semanales de mañanas, tardes y noches, en turnos rotativos. El segundo consiste en turnos semanales de mañana y de tarde, de lunes a viernes, descansando tanto los fines de semana como los días festivos del sector.

El Convenio Colectivo de aplicación, en su artículo 29.3, regula el plus de turnicidad estableciendo que “los trabajadores que por necesidades organizativas o de producción de la empresa en la que prestan sus servicios, tengan que desarrollar tareas en régimen de uno o más turnos de trabajo, tendrán derecho a un plus de turnicidad que será el equivalente al 10 por ciento del salario base, incluido de lunes a domingo. Dicho plus será independiente y compatible con otros pluses que retribuyan el tipo de condiciones del trabajo prestado”.

En aplicación de dicho precepto los trabajadores de la empresa Pasek España SA, que prestan sus servicios en Gijón y Avilés, en régimen de turnos, tendrían derecho a percibir el citado plus de turnicidad, constando en la sentencia recurrida que no perciben dicho plus, ni el mismo aparece regulado de forma específica en el acuerdo de empresa.

Ocurre, sin embargo, que el propio Convenio Colectivo, en su artículo 31, regula las denominadas “especificaciones al plus de turnicidad”, disponiendo que “las cantidades que el trabajador devengue por este plus podrán ser absorbidas y compensadas, total o parcialmente, de las retribuciones que la empresa abone al mismo y que superen a las establecidas en la tabla salarial del presente convenio, salvo las que sean debidas a la realización de horas extraordinarias”. Tal como resulta del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, los trabajadores de la demandada sujetos a turnos de trabajo percibieron en el año 2007 y perciben en el año 2008 una retribución total superior a la que les corresponde según el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias, vigente para los años 2007 a 2011, publicado en el BOPA de 12 de diciembre de 2007, aún incluyendo entre las partidas económicas del Convenio el plus de turnicidad, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 del citado Convenio, procede la absorción y compensación del plus de turnicidad, no teniendo derecho los trabajadores sujetos a turnos al percibo del mismo. La vulneración invocada por el recurrente del artículo 14 de la Constitución por las previsiones contenidas en el artículo 31 del Convenio Colectivo respecto a la absorción y compensación del plus de turnicidad no puede ser examinada por la Sala por constituir una cuestión nueva que, en su caso, debió ser alegada en la demanda, así como tampoco procede resolver, por el mismo motivo, acerca de la supuesta vulneración de dicho principio por el hecho de que existan trabajadores de la empresa demandada que sin realizar turnos perciben retribuciones superiores a las fijadas en el Convenio aplicable.

Por todo lo razonado procede la desestimación de los recursos formulados, sin imposición de costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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 interpuestos por la Letrada D^a María Pineda González en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores y por el Letrado D. Ramón Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras-Unión Regional de Asturias contra la sentencia dictada en fecha 27 de octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el proceso de conflicto colectivo número 10/08, instado por Comisiones Obreras de Asturias, Unión General de Trabajadores y Unión Sindical Obrera contra Pasek España S.A. Sin costas”.

4089/08

015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 17/09/2009

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

Síntesis

Caducidad de la acción de despido. Error en la fijación del plazo en la resolución administrativa. El error de la Administración no puede perjudicar al actor, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 193 y 194/1992 entre otras).

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- La trabajadora fue despedida por el Ayuntamiento de Lucena, con efectos del 31 de diciembre de 2006, previa comunicación el 19 de diciembre y el 21 de diciembre de 2006. El 24 de enero de 2007 formuló reclamación previa ante la empleadora, cuya desestimación le fue notificada el 2 de marzo de 2007, interpuso demanda el 21 de marzo de 2007.

La sentencia recurrida al confirmar la del Juzgado de lo Social, mantiene la declaración de caducidad de la demanda debido al transcurso de más de veinte días desde la fecha del despido.

Recurre la actora en casación para la unificación de doctrina, y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 17 de diciembre de 2004 por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En la sentencia de contraste, la trabajadora había prestado servicios por cuenta de una Administración municipal, que el 23 de enero de 2003 le comunicó la extinción del contrato con efectos del 10 de febrero de 2003. Formulada reclamación previa el 25 de febrero de 2003 y desestimada el 17 de marzo de 2003, se notificó el 20 de marzo de 2003, advirtiendo a la actora que "cabe demanda jurisdiccional laboral en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente resolución..."

La sentencia referencial casó la sentencia de suplicación, en la que se confirmaba la declaración de caducidad de la acción efectuada por la sentencia del Juzgado de lo Social.

La sentencia de contraste estimó el recurso de la trabajadora, razonando que "se informó que el plazo corría desde la notificación de la resolución y no desde la fecha de efectos del despido con el descuento de los días correspondientes a la reclamación previa", existiendo error en la fijación del plazo y es relevante en cuanto a la conducta procesal de la actora aunque no se refiera al plazo mismo, sino a la forma de su cómputo.

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

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 24.1 y 103 de la Constitución Española, artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 69.3 y 103 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como del artículo 1, párrafos 1 y 4 del Código Civil y demás concordantes y jurisprudencia que los interpreta.

La cuestión que se plantea es la de cuales deberán ser las consecuencias a efectos del cómputo del plazo de caducidad en el ejercicio de la acción por despido cuando la notificación es efectuada por una Administración Pública. El Ayuntamiento para el que la trabajadora presta servicios extinguió la relación con efectos del 31 de diciembre de 2006, sin que conste que la comunicación se le hiciera prevención alguna de los plazos para reclamar.

Formulada reclamación previa el 24 de enero de 2007, fue resuelta negativamente, en la resolución notificada a la trabajadora el 2 de marzo de 2007 haciéndole saber que "puede interponer demanda ante el Juzgado de lo Social competente, en el plazo de veinte días, de conformidad con el artículo 69.3 del Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Abril de Procedimiento Laboral, a contar desde la notificación de la presente resolución. Surtiendo efectos el despido el 31 de diciembre de 2006, presentada la reclamación previa el 24 de enero de 2007 resuelta el 14 de febrero y notificada el 2 de febrero (sic), constando el 21 de marzo como fecha de presentación de la demanda.

De la aplicación de los artículos 125.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de los artículos 69.3 y 73 de la Ley de Procedimiento Laboral, resultaría el transcurso de los días comprendidos entre el 19 de diciembre de 2006 y el 24 de enero de 2007 sin actividad impugnatoria, el periodo de interrupción desde el 24 de enero de 2007 hasta el 2 de marzo de 2007 y de nuevo el transcurso del plazo desde el 2 de marzo hasta el 21 de marzo de 2007, con el resultado de que el plazo de veinte días estaría sobradamente superado, inclusive prescindiendo de que la suspensión por la tramitación de la reclamación previa cesa el 24 de febrero de 2007, transcurrido un mes desde la interposición.

Sin embargo, no consta advertencia alguna en la comunicación recibida dando a conocer el despido, a partir de la cual se iniciaban los plazos para formular la reclamación previa y también para interponer la demanda, suspendiendo la primera el plazo para la segunda. A lo anterior, se añadiría la defectuosa notificación de la resolución de la reclamación previa, otorgando un plazo de veinte días a contar desde la notificación de dicha resolución.

La doctrina unificada ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste, que, refiriéndose a la doctrina constitucional, sentencias del alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002, han establecido, recuerda *"que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así estas sentencias señalan que, aunque "los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario", también "lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración -hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas", "cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social". Por otra parte, se afirma que "la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable". Por ello, "no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)". Por el contrario, "resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo -hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado"*

TERCERO.- También en la tramitación de este recurso se alega por la parte recurrida en el oportuno trámite de impugnación que la actora ha estado asistida de letrado con el deber profesional de conocimiento que le incumbe pero también la sentencia de contraste dió respuesta a la cuestión que de manera análoga se le sometía acudiendo necesariamente a la doctrina del Tribunal Constitucional que a propósito de uno de los supuestos examinados señala que: *"El Tribunal Constitucional señala además que el hecho de que se contara con asistencia de Letrado "no desvirtúa el hecho de que, efectivamente, la Administración indujo a error a los recurrentes y se aprovechó en el proceso, conscientemente, de ese mismo error", añadiendo que "la protección de los administrados frente a las irregularidades administrativas que lleva a cabo la Ley de Procedimiento Administrativo no se hace depender de la presencia o no de Letrado". Por último, se concluye que, aunque las indicaciones de las Administraciones sobre las vías de impugnación de sus actos carecen de fuerza vinculante para las partes, no puede considerarse falta de diligencia el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones administrativas, relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos, pues "lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas, y vendría a eliminar la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones"*.

CUARTO.- La doctrina de las sentencias a la que se ha hecho mérito es aplicable al presente caso procediendo la estimación del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia recurrida, la estimación del recurso de duplicación interpuesto por la actora, reponiendo las actuaciones al momento de dictar sentencia del Juzgado de lo Social a fin de que por el mismo se resuelva acerca del resto de las cuestiones, planteadas con la demanda, sin que proceda emitir pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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 JULIA CORUJO actuando en nombre y representación de D^a MARÍA DOLORES. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 26 de junio de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, y resolviendo el debate de suplicación estimamos el de igual naturaleza interpuesto por la actora, se acuerda anular las actuaciones y reponerlas al momento anterior a dictar sentencia por el Juzgado de lo Social. Sin costas”.

2751/08**016**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 17/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià

Síntesis

DESPIDO PLURICAUSAL. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LA GARANTIA DE INDEMNIDAD QUE INTEGRA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** 1.- En las presentes actuaciones se discutió acerca de la calificación del despido de que fue objeto el demandante en un supuesto en el que concurrían, como acreditadas, sustancialmente, las siguientes circunstancias fácticas:

1) El demandante, que había estado trabajando para las empresas demandadas CEMENTOS LA UNIÓN, S.A. desde el 1 de febrero de 1997 y hasta el 15 de febrero de 1997, y ÁRIDOS JATIVA, S.L.U. a partir del día 16 de febrero de 1997, con la categoría profesional de Oficial de 1^a Molinero, miembro del comité de empresa por el Sindicato de CC.OO. desde el día 16 de junio de 2002 hasta el 20 de mayo de 2003, en que cesó por revocación de la Asamblea, fue dado de baja en la Seguridad Social por la segunda de las citadas empresas en fecha 3 de abril de 2007;

2) El demandante impugnó dicha decisión formulando demanda por despido, alegando, que la empresa pretendía su eliminación, debido a su actuación cuando fue representante de los trabajadores y a las reclamaciones efectuadas, interesando la declaración de nulidad del despido. Esta demanda correspondió al Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia, que dictó sentencia declarando la improcedencia del despido y absolviendo a la empresa CEMENTOS LA UNIÓN, S.A. Interpuesto recurso de suplicación, tanto por la empresa ÁRIDOS JATIVA, S.L.U. como por el demandante, ambos recursos fueron desestimados por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 23 de junio de 2008 (rec. 225/2008). Por lo que se refiere al recurso del demandante, dicha sentencia concluye en que su baja en la Seguridad Social cursada por la empresa es un hecho ajeno a la actividad sindical de aquél y al hecho de que la relación entre el trabajador y la empresa se haya desarrollado con numerosos enfrentamientos judiciales.

3) Con anterioridad a ser dado de baja en la Seguridad Social y a la formulación de la citada demanda por despido, concretamente, en fecha 16 de enero de 2007, la empresa comunicó al demandante la decisión de proceder a su traslado de forma definitiva, de conformidad con el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, a una fábrica de la demandada ubicada en la localidad de Suez (Egipto). Contra esta decisión el demandante formuló demanda denunciando la vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva en su vertiente de indemnidad y de libertad sindical, interesando la declaración de nulidad radical de la decisión empresarial y el abono de 60.000 euros por daños y perjuicios causados. La demanda fue desestimada por el Juzgado de instancia, e interpuesto recurso de suplicación, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 13 de noviembre de 2007, lo desestimó, confirmando la resolución recurrida.

Esta sentencia fue recurrida en casación unificadora ante esta Sala, habiendo recaído sentencia desestimatoria en fecha 12 de enero de 2009 por falta de contradicción con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de octubre de 2004 (rec. 4802/2004), designada para el contraste, dado que en el recurso de unificación sólo alegó la vulneración del derecho a la libertad sindical (por deberse el traslado a su pasada actuación como miembro del Comité de Empresa), mientras que la sentencia de contraste se pronuncia sobre un traslado de centro de trabajo, con vulneración

de la garantía de indemnidad, por deberse a represalias de la empresa frente a las reclamaciones judiciales anteriores de la demandante. En el fundamento jurídico tercero de nuestra sentencia, se razona lo siguiente: **“TERCERO.- El mismo planteamiento mantuvo el actor en su recurso de suplicación en el que junto a la lesión del derecho fundamental de libertad sindical, alegó la lesión de su “derecho fundamental de tutela judicial efectiva-derecho a la indemnidad”;** y además, concluyó afirmando que si se considerara que no se ha lesionado el derecho fundamental de libertad sindical por entender que “después de cesado en el cargo de representación sindical no realizó actividad sindical, si puede deducirse (...) de la imposición de las numerosas sanciones recibidas arbitrariamente y su impugnación, que [con el traslado] se ha violado su derecho a la indemnidad”.

De haber reproducido el actor ese planteamiento en el recurso de casación unificadora, posiblemente la sentencia referencial habría podido ser considerada contradictoria con la recurrida, bien que solo en cuanto al derecho de tutela judicial efectiva. Pues esta sentencia se pronuncia también sobre un traslado de centro de trabajo y lo considera “represalia o respuesta a las diversas acciones judiciales que la trabajadora había deducido con resultado favorable frente a la empresa” en reclamación de antigüedad, categoría, régimen de jornada y diversas cantidades por salarios atrasados; en consecuencia dicha sentencia entiende que se ha producido una clara lesión del art. 24 de la Constitución y de la garantía a la indemnidad incluida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y confirma la sentencia de instancia que había declarado la nulidad radical de la decisión empresarial. Pero no se pronuncia en modo alguno sobre el derecho de libertad sindical, ya que la actora de aquel proceso no ostentaba cargo representativo ni sindical alguno.”

4) Durante su conflictiva relación con la demandada, el demandante ha interpuesto contra la misma las siguientes reclamaciones : a) En fecha 8 de mayo de 2003, reclamación por imposición de falta grave al insultar al Gerente y dirigirse en actitud amenazante a otra empresa el Juzgado autorizó a la empresa a imponer “una sanción adecuada a la falta cometida”; b) En fecha 1 de diciembre de 2003, reclamación por sanción de suspensión de empleo y sueldo: El Juzgado revocó la sanción por falta de requisitos formales en la comunicación de la sanción, pero teniendo por acreditado que el demandante insultó en una asamblea de trabajadores a los miembros del comité de CC.OO.; c) En fechas 31 de enero y 15 de febrero de 2005, reclamación por sanciones al haberse ausentado del trabajo: avenencia en conciliación ante el Juzgado, calificándose las sanciones como leves; d) En fecha 15 de abril de 2005, reclamación por falta grave por ausencia al trabajo: revocada por el Juzgado; e) En fecha 22 de noviembre de 2006, reclamación por falta grave al negarse a trabajar: revocada por el Juzgado; f) En fecha 22 de noviembre de 2006, reclamación por falta leve consistente en falta de aseo: pendiente de juicio; g) En fecha 9 de enero de 2007, reclamación por sanción de suspensión de empleo, pero no de sueldo, a fin de averiguar los hechos ocurridos el día anterior en el que aparecieron rajados unos 10 palets de la fabrica: no consta resultado; y, h) El demandante denunció ante la Inspección de Trabajo presiones sobre los trabajadores y sus representantes, habiéndose levantada acta por la Inspección en fecha 15 de junio de 2004 concluyendo que no se habían acreditados los hechos de la denuncia.

SEGUNDO.- 1.- Contra la mencionada sentencia de suplicación confirmando la improcedencia y no la nulidad del despido, el trabajador demandante interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a la garantía de indemnidad frente a reclamaciones efectuadas, y de libertad sindical proclamada por el 24 el propio texto constitucional, y el artículo 12 de la Ley Orgánica Sindical, y doctrina constitucional sobre el principio de inversión de la carga de la prueba, invocando como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 25 de octubre de 2004 (rec. 4802/2004), que es la misma que ya fue invocada para el recurso de casación unificadora número 551/2008, resuelto por nuestra citada sentencia de 2 de febrero de 2009, cuyo fundamento jurídico tercero hemos transcrito en el apartado tercero del fundamento anterior.

En el caso resuelto por la referida sentencia, como también hemos señalado, la trabajadora demandante impugnó la decisión empresarial de traslado a otro centro de trabajo, alegando que la misma vulneraba su derecho a la indemnidad, al haber sido tomada como represalia por las siguientes reclamaciones efectuadas: a) reclamación por antigüedad, recayendo sentencia estimando íntegramente su pretensión, b) reclamación de categoría profesional, con sentencia estimatoria de la pretensión; y, c) reclamación de cantidad, con conciliación judicial, reconociendo la empresa todos los conceptos de la demanda. En su sentencia, la Sala de suplicación, confirma la resolución de instancia, que había declarado la existencia de vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que reconoce el artículo 24 de la constitución Española, y la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada, con reposición de la demandante a la situación anterior al traslado y derecho a indemnización por daños y perjuicios, razonando que las causas objetivas invocadas por la empresa para el traslado, aunque ciertas, son insuficientes para justificar la decisión empresarial, y para alejar toda sospecha de que la decisión impugnada se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de cualquier propósito vulnerador de derechos fundamentales, es decir, con independencia de que la trabajadora previamente hubiera ejercitado o no acciones judiciales frente a la empresa.

3.- Con carácter previo, procede examinar si se da o no en el presente caso la contradicción entre ambas sentencias que inexcusablemente exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que únicamente puede darse con respecto a la

denuncia de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, y no sobre la lesión del fundamental de libertad sindical, dado que la sentencia de contraste no se pronuncia en modo alguno sobre dicho derecho, al no ostentar la demandante cargo representativo ni sindical alguno. Con respecto a la garantía de indemnidad, el requisito de contradicción concurre a juicio del Ministerio Fiscal, según señala en su preceptivo informe, lo que es negado por la recurrida en su escrito de impugnación al recurso.

4.- Aún cuando las pretensiones de las sentencias comparadas son diferentes (despido nulo la recurrida y traslado indebido la de contraste), puesto que el fundamento de la pretensión es la misma, o sea la vulneración del derecho a la indemnidad, y coinciden también las bases de las que se parte, es decir la existencia de reclamaciones efectuadas contra la empresa con anterioridad a la decisión de ésta, aún cuando las valoraciones que efectúan cada una de las sentencias sean distintas, hay que estimar que en el presente caso concurre el requisito de la contradicción –como ya apuntábamos en nuestra citada sentencia de 12 de febrero de 2009, cuyo fundamento jurídico hemos transcrito- puesto que lo que está en cuestión es la comprobación de si la conducta del trabajador está amparada o no por el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, en su vertiente del derecho a la garantía de indemnidad, o ha desbordado dicho derecho, y si la empresa ha llevado a cabo una actuación de represalia frente al ejercicio de aquél, por lo que procede entrar en el examen y resolución de la denuncia de la infracción que se efectúa.

TERCERO.- La cuestión a resolver es la de si el despido del demandante tuvo su causa y razón de ser en una represalia por haber ejercitado el mencionado derecho constitucional, en cuyo caso merecería la calificación de despido radicalmente nulo, o si, por el contrario, el despido producido fue motivado por otras razones desconectadas del ejercicio de un derecho de aquella naturaleza, en cuyo caso merece la calificación de improcedente, al ser ésta la calificación otorgada por la sentencia recurrida, a la que se aquietado la empresa demandada. En relación con esta cuestión existe una copiosa doctrina constitucional que en esencia ha sostenido que procede la declaración de nulidad cuando el trabajador aporta indicios suficientes para poder sospechar que el despido producido tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional, y la empresa no destruye la conclusión que derivaría de aquellos indicios mediante la aportación de argumentos y pruebas demostrativos de que fue otra la razón determinante de aquella decisión (sentencias del Tribunal Constitucional 104/1987, de 17 de junio, 21/1992, de 14 de febrero, 7/1993, de 18 de enero, 14/93, de 18 de enero, o las mas recientes 16/2006, de 19 de enero, 17/2007, de 12 de febrero y 125/2008, de 20 de octubre, entre otras).

Pues bien, habiendo devenido firme la sentencia de suplicación desestimatoria de la reclamación del demandante contra la decisión empresarial de trasladarle a Suez (Egipto), como consecuencia de nuestra repetida sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2009, que desestimó el recurso de casación unificador interpuesto contra aquella resolución, a la vista de la conducta del trabajador y del conjunto de reclamaciones efectuadas por el mismo antes del despido –y sus resultados- que se ha referenciado en el apartado cuarto del fundamento jurídico primero de esta resolución, no queda sino concluir en la corrección de la sentencia recurrida –confirmatoria de la de instancia- al negar la existencia de indicios de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, y por ende, entender que la baja del demandante en la Seguridad Social origen del despido se presenta como ajena a los numerosos enfrentamientos judiciales que se han producido con anterioridad al despido.

CUARTO.- Los razonamiento precedentes conllevan, visto el precepto informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre 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 Don José A. , en nombre y representación de Don **ROBERTO** contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 225/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia, en autos núm. 319/2007, seguidos a instancias de dicho recurrente contra **CEMENTOS LA UNIÓN, S.A. y ÁRIDOS JÁTIVA S.L.U.** sobre despido. Sin costas”.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 18/09/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto**Síntesis**

DESPIDO. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DERECHO DE OPCIÓN DEL TRABAJADOR. LA OPCIÓN CONCEDIDA EN EL CONVENIO COLECTIVO AL PERSONAL FIJO E INDEFINIDO NO SE CIRCUNSCRIBE AL CASO DE DESPIDO DISCIPLINARIO SINO QUE ALCANZA TAMBIÉN A LOS CASOS DE CONTRATACIÓN FRAUDULENTA.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- La cuestión que se somete a consideración de la Sala en el actual recurso es la relativa a decidir quién ostenta el derecho a optar entre indemnización y readmisión en caso de despido declarado improcedente, al existir una previsión en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Gáldar y sus trabajadores laborales concediendo, en principio, la opción a éstos.

En el art. 71 de dicho Convenio, "se establece que un trabajador/a con la condición de contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo, podrá ser despedido en virtud de la incoación de expediente disciplinario y aún cuando el juzgado de lo social estime que el citado despido es improcedente o nulo, es el trabajador quién opte por la readmisión o por la indemnización".

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias vino interpretando ese precepto en varias resoluciones judiciales en el sentido de estimar que la opción correspondía al trabajador, tanto en caso de despidos disciplinarios, como en aquéllos cuya declaración de improcedencia deriva de la irregularidad de una contratación temporal. Sin embargo, en el caso que hoy resolvemos, la Sala de suplicación, en sentencia de 30 de junio de 2008, expresamente declara rectificar el criterio anterior y, desestimando el recurso del trabajador, decidió que la opción corresponde al Ayuntamiento, al no tratarse de un despido disciplinario, sino que la declaración de improcedencia deriva de la irregularidad de la contratación temporal y que el nuevo art. 21.3 (antes 71 del Convenio Colectivo), se sigue refiriendo a los despidos disciplinarios, tras expediente.

El trabajador demandante ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando, como sentencia de contraste, la de la propia Sala de Las Palmas de 30 de marzo de 2007, que en supuesto idéntico al presente llegó a solución contraria.

SEGUNDO.- La parte recurrente señala como infringido el art. 21.3 del Convenio Colectivo (antes art. 71) argumentando que en dicho precepto se establecen dos derechos distintos para el personal laboral fijo indefinido: Uno, el de que el despido disciplinario se produzca previa la incoación del expediente correspondiente, y otro, el derecho de tales trabajadores a optar entre la readmisión o la indemnización para el supuesto de que el despido sea declarado improcedente o nulo.

La censura debe ser acogida favorablemente, de acuerdo con la doctrina ya unificada por esta Sala en relación con personal indefinido del mismo Ayuntamiento y en relación con el mismo derecho de opción regulado en el Convenio Colectivo. Dicha doctrina se plasma en nuestra sentencia de 2 de febrero de 2009 (rec. 78/08) que, interpretando el referido art. 71 del Convenio Colectivo que regulaba el derecho de opción, señala literalmente lo siguiente:

"Por otra parte pretender la aplicación del precepto a sólo los trabajadores fijos deja sin sentido la alusión a los que tengan contrato indefinido, categoría de creación jurisprudencial para los servidores de las administraciones públicas cuyos despidos son declarados improcedentes.

No es óbice a lo anterior el mandato del art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril. Ese precepto, en su último párrafo, dispone que "procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario", pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general. Debemos destacar que el referido convenio está dividido en artículos, no existiendo separación de títulos o capítulos y el art. 71 contiene una referencia a la legislación supletoria (párrafo primero), y a la necesidad de velar por la intimidad y dignidad del trabajador, debiendo sancionarse las conductas que atenten a tales valores (párrafo segundo). No es por tanto claro que el mandato convencional que otorga el derecho de opción al trabajador indebidamente despedido esté inserto en la regulación del despido disciplinario, aunque el precepto se halle numerado a continuación de los artículos que regulan los expedientes. Conclusión: el precepto legal que otorga al trabajador unas garantías superiores a las que concede la Ley está concebido en

términos cuyo sentido es claro. Se enumeran tres categorías de trabajadores que abarcan la totalidad de los que presten servicios al Ayuntamiento con contrato laboral, ya sean indefinidos (así declarado), fijos o fijos discontinuos."

No cabe duda que la referencia que se hace en el número 3 del nuevo art. 21 del Convenio al derecho de opción del trabajador no se liga a la exigencia del expediente disciplinario para despedir en tales supuestos, puesto que se reconoce el derecho "en cualquier supuesto de despido nulo o improcedente".

TERCERO.- Lo anteriormente razonado conduce a estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de esta clase, confirmando la calificación del despido y otorgando la opción entre indemnización y readmisión al trabajador demandante.

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 letrada D^a Pilar de los Reyes García Rodríguez, en nombre y representación de D. Carlos Alberto, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), de fecha 30 de junio de 2008 dictada en el recurso de suplicación nº 179/2008. Casamos y anulamos la citada sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el de esta clase interpuesto por D. Carlos Alberto, y, manteniendo la declaración de improcedencia de su despido, se concede al trabajador el derecho a optar entre la indemnización ya fijada o la readmisión en su puesto de trabajo. Sin costas".

3965/08**018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral

Síntesis

Competencia territorial. Reintegro de lo abonado por incapacidad permanente parcial, cuando el beneficiario fue declarado en situación de incapacidad permanente total por sentencia. Competencia del Juzgado de lo Social cuya sentencia declaró la incapacidad permanente total.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- El recurrente fue declarado en situación de incapacidad permanente parcial por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en el año 2002, percibiendo la correspondiente indemnización de la Mutua Universal Mugenat. Disconforme con el grado de invalidez reconocido, interpuso demanda y por sentencia definitiva del Tribunal Superior de Justicia se le reconoció una incapacidad permanente total, procediendo la Mutua a ingresar el oportuno capital coste. En la demanda origen del presente recurso le reclama el reintegro de la indemnización abonada por la incapacidad permanente parcial (24.784,32 euros). La sentencia recurrida, al igual que el juzgado de lo social, ha desestimado la excepción de incompetencia territorial alegada por el recurrente con base en que el asunto planteado no tiene encaje en el art. 2 b) LPL, de modo que de conformidad con el art. 10.1 LPL y 50.1 LEC el juzgado competente sería el de su propio domicilio -Cádiz- pero no el de Valencia que es donde se dictó la resolución administrativa y donde tiene su domicilio la Mutua demandante. La sentencia entiende que en el presente supuesto debe aplicarse la regla del art. 10.2 a) LPL, porque existiendo una regla determinada es improcedente acudir a lo establecido sobre el fuero de las personas físicas en la LEC -domicilio del demandado.

2.- La resolución alegada de contraste es un auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 20 de enero de 1994 (recurso 5214/1993), que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra el auto del juzgado de lo social de Santiago de Compostela, por el que se declaraba incompetente para conocer de la demanda presentada por el INSS en reclamación de pensiones indebidamente reconocidas a la demandada, en favor de los juzgados de La Coruña.

Con respecto a la idoneidad de dicho auto a efectos de comparación, hay que hacer las siguientes puntualizaciones. Este auto fue alegado de contraste en el recurso 3292/1995 en el que se dictó la STS de 18 de junio de 1996, que si bien consideró este auto como no idóneo para justificar la contradicción, también indicó que se trata impropiamente de un auto ya que el asunto debió resolverse por sentencia. Y en cuanto al fondo del asunto establece *obiter dicta* lo siguiente: "La demanda formulada por la

Entidad gestora versa sobre reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, concretamente sobre el reintegro de una indemnización a tanto alzado en virtud de una sentencia del Juzgado que reconoció la existencia del grado de invalidez permanente parcial, después revocada por la Sala de suplicación que declaró la inexistencia de dicha incapacidad. En el presente proceso la Entidad gestora formuló la demanda y la sentencia recurrida afirma con acierto que prevalecen los fueros especiales sobre el fuero general".

El mencionado auto de 20 de enero de 1994 razona que la atribución de competencia del art. 10.2 a) LPL no está prevista para los supuestos excepcionales en que sea demandante la propia entidad gestora ya que su finalidad es facilitar el acceso de los beneficiarios de la Seguridad Social a la jurisdicción, aun cuando la materia planteada sea de Seguridad Social, por lo que en estos casos debe aplicarse la norma general del art. 10.1 LPL determinando como juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. De ahí que considere juzgado competente el del lugar de residencia de la beneficiaria demandada.

3.- En virtud de lo antes razonado debe concluirse que es apto a efectos de justificar el presupuesto de contradicción el auto alegado de contraste, en cuanto en forma técnica procesal debió adoptar la forma de sentencia, y partiendo de esta aptitud procesal para establecer la contradicción debe afirmarse que las resoluciones comparadas son contradictorias, por lo que ha de entrarse a conocer del fondo del asunto.

SEGUNDO.- Conforme a lo expuesto, anteriormente, la cuestión litigiosa se centra en determinar si el conocimiento de la pretensión actora ejercitada por una Mutua de Accidente de Trabajo en reclamación del importe percibido por el beneficiario demandado, en virtud de la pensión de incapacidad permanente parcial, cuando el mismo, ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total -prestaciones incompatibles según jurisprudencia de esta Sala- corresponde al Juzgado de lo Social de Valencia, que dictó sentencia declarativa de la incapacidad permanente total o al Juzgado de Cádiz, lugar donde tiene la residencia el demandado. La sentencia recurrida ha sostenido la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales de Valencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2.a) LPL, en tanto que el codemandado- beneficiario sostiene que la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales de Cádiz, según lo establecido en el artículo 10.1 de la LPL.

La Sala entiende, conforme a la sentencia recurrida y al dictamen del Ministerio Fiscal, que la buena doctrina se mantiene en la sentencia impugnada. Ello es así porque el artículo 10 LPL, que establece las reglas determinantes de la competencia de los Juzgados de lo Social, contiene en su apartado 2 a) una norma específica -de diferente contenido a la que "con carácter general" señala el artículo 10.1: "lugar de prestación de servicios o de domicilio del demandado a elección del demandante- dispone literalmente lo siguiente: "En los (procesos) que versen sobre la materia contenida en el párrafo b) del artículo 2 es decir "en materia de seguridad social, incluida la prestación por desempleo aquel en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, a elección de éste".

En el presente caso, el objeto de la pretensión actora es el reintegro de lo que abonó al demandado, en el concepto de indemnización como consecuencia de una precedente resolución administrativa que le reconoció una incapacidad permanente parcial, resolución que fue, posteriormente, dejada sin efecto por una sentencia dictada por un órgano judicial sobre la misma materia de incapacidad permanente, habiéndose seguido tanto el expediente administrativo, como el judicial, en territorio de Valencia. Por ello debe aplicarse, en el orden a resolver la competencia litigiosa, el artículo 10.2.a) LPL, que permite, en esta materia singular de seguridad social, la elección del órgano jurisdiccional en forma facultativa para el demandante -en el caso Mutua Universal con domicilio en Valencia- no siendo, consecuentemente de aplicación el fuero general previsto en el artículo 10.1 LPL: "lugar de prestación de servicios o el domicilio de demandado", que coincide, de otra parte, con el establecido en el artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el epígrafe "Fuero General de las Personas Físicas"

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el presente recurso. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 213.1 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 casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Diego Cardona Nuñez, en nombre y representación de D. ANTONIO, contra la sentencia dictada en fecha 18 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de Suplicación núm. 4007/07, interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada en 29 de junio de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia en los autos núm. 355/06 seguidos a instancia de MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, sobre Reintegro de Prestaciones. Sin costas".

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/09/2009

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

Síntesis

BASE REGULADORA. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN. TRABAJADORA FIJA DISCONTÍNUA. La base de cálculo ha de realizarse integrando los períodos en los que no hay obligación de cotizar, en relación con la actividad desarrollada por el trabajador en la campaña; no con los 365 días del año.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- Versa la presente sentencia sobre el modo de calcular la base reguladora de una prestación de invalidez permanente total derivada de enfermedad común de una trabajadora que ha prestado servicios bajo contrato de fijo de trabajos discontinuos y como han de integrarse los períodos en los que no hubo obligación de cotizar. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de noviembre de 2008, desestimando el recurso de suplicación que había interpuesto el INSS, establece que, a la hora de integrar los períodos en los que no hubo obligación de cotizar, debe tenerse en cuenta el mandato del art. 7.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, de modo tal que los vacíos de cotización, entre los espacios de tiempo que median entre el cese de los servicios y el inicio de los correspondientes a nueva campaña, deben integrarse con las bases mínimas de cotización en relación con la actividad desarrollada por el trabajador en la campaña y no en relación con los 365 días del año.

El INSS preparó y ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina proponiendo, como sentencia contradictoria, la de la propia Sala de la Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2002, que, en supuesto esencialmente igual llega a solución contraria, por lo que ha de estimarse cumplido el requisito de la contradicción exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, como expresamente reconocen la recurrida en su escrito de impugnación del recurso y el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

SEGUNDO.- Denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima, 1, regla 3ª b y 2 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 7.2 del RD 1131/2002 de 31 de octubre.

La Disposición Adicional Séptima, 1, regla tercera, b) de la LGSS establece en relación con la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial que "b) *A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término*".

El "número de horas contratadas" es de sencilla determinación en los contratos a tiempo parcial en los que se pacta un determinado número de horas al día o a la semana. Pero no ocurre igual en los contratos fijos de trabajos discontinuos en los que, como ocurre en el caso de autos, se prestaron servicios a jornada completa durante los períodos en los que la trabajadora fue llamada a trabajar durante la campaña. En consecuencia, la referencia legal al "*número de horas contratadas en último término*" ha de interpretarse como la totalidad de la jornada realizada durante la campaña en la que la trabajadora prestó los servicios.

Por otra parte el artículo 7.2 del RD. 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, cuya infracción igualmente se denuncia establece que "2. *En relación con las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivadas estas últimas de enfermedad común o de accidente no laboral, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar*". En interpretación de este precepto, nuestra Sentencia de 29 de junio de 2009 (recurso 3024/2008), resolviendo caso idéntico al presente declaró que "en la norma reglamentaria se especifica el momento en que ha de tenerse en cuenta ese número de horas contratadas, pero, como no podía ser de otra manera, se insiste en el concepto de "horas contratadas", lo que conduce a la misma solución apuntada, teniendo en cuenta además que el número 2 del artículo 7 del citado Real Decreto establece de manera incontestable, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, que en los trabajadores fijos discontinuos -a diferencia de los contratados a tiempo parcial al amparo del artículo 12 ET con jornada inferior a la "comparable"- *el tiempo comprendido "entre campañas" tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse entonces*

con las bases mínimas correspondientes, como antes se dijo, a la actividad contratada, esto es, en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente. "El texto de este último apartado del art. 7 del Real Decreto impone el tratamiento diferenciado entre los contratos a tiempo parcial y los trabajos fijos de carácter discontinuo, diferencia que justifica la doctrina establecida en esta Sala respecto al mismo problema en ambos contratos.

Por tanto, existiendo ya doctrina unificada, expresada en la sentencia citada y en la anterior de 25 de junio de 2009 (recurso 2530/2008), ambas en el mismo sentido de la sentencia recurrida, procede, oído el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso, sin que haya 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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de 25 de noviembre de 2.008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 849/2008, interpuesto frente a la sentencia de 28 de noviembre de 2.007 dictada en autos 403/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia seguidos a instancia de D^a Rosa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre Invalidez. Sin costas".

2738/08**020**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Síntesis

VIOLACIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES. Despido declarado nulo. Procedencia de la indemnización por daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental. Sentencia de contraste que fue casada por esta Sala en sentencia anulada en amparo por el Tribunal Constitucional. Se aprecia falta de contradicción.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- La actora en su demanda solicitó la nulidad de su despido con los efectos previstos legalmente más una indemnización de 60.000 euros en concepto de daños morales derivados de la lesión de los derechos fundamentales lesionados (igualdad, libertad ideológica y derecho a acceder a las funciones públicas). Consta en los hechos probados que la actora fue contratada por el Ayuntamiento de Alguazas en diciembre de 2004 como agente de desarrollo local, aunque con posterioridad desempeñó funciones de secretaria particular del anterior alcalde; tras las últimas elecciones municipales cambió de signo político el gobierno municipal y la demandante fue cesada el 29 de julio de 2007, mediante comunicación en la que se invocaba como causa de esta decisión la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en relación con actuaciones partidistas. La propia comunicación de cese, alegando dificultades de prueba, acordaba el abono de la indemnización por despido improcedente. En los hechos probados de la sentencia de instancia se señala que no consta que la actora realizara función alguna relacionada con el grupo político del anterior alcalde, ni actuaciones políticas de carácter partidista o de distinta naturaleza perjudiciales de los intereses municipales o de otros grupos, colectivos o personas. El despido fue declarado nulo por vulneración de los derechos fundamentales alegados por la actora y también se estima parte de la pretensión relativa a la indemnización, que se fija en 30.000 euros. Es conveniente precisar que, cuando la parte fue requerida en la instancia para concretar el daño, indicó - y así se recoge en la sentencia recurrida- que "el lucro cesante se encontraba cubierto por la preceptiva condena al pago de salarios de trámite, por lo que su reclamación se contraía al abono de daños morales por la injusticia que había sido objeto por un cambio político en el gobierno de la corporación demandada, siendo objeto de represalia injustificada". Se añadía que "la cuantificación se había hecho de forma prudente en la cantidad que estimaba debía ser indemnizada". La sentencia de instancia afirma que no se acreditan daños físicos, ni psíquicos, aunque admite que "el inconstitucional comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales a la trabajadora al sentirse despedida por sus ideologías o afinidades políticas ha podido provocar algún sufrimiento emocional", que, si bien no puede dar lugar a la indemnización pretendida de 60.000 euros, sí que justifica una indemnización de 30.000 euros "por el calado jurídico de los derechos fundamentales vulnerados" por una Administración que

debería ser garante de esos derechos. Este pronunciamiento ha sido revocado por la sentencia recurrida que considera, con cita de la doctrina establecida en nuestras sentencias de 22 de julio de 1996, 20 de enero de 1997, 28 de febrero de 2000 y 21 de julio de 2003, que no se han establecido por la demandante “las bases y elementos claves de la indemnización que reclama”, “ni han podido quedar acreditados los indicios de su existencia”, mientras que, por otra parte, al no tratarse de una indemnización punitiva no es posible fundarla en el mera infracción del derecho fundamental. En este sentido no niega la sentencia recurrida que la conducta de la Administración demandada haya podido provocar “algún sufrimiento emocional al sentirse despedida por su ideología o afinidad política”, pero entiende que ese perjuicio en el plano emocional no es susceptible de indemnización solicitada.

SEGUNDO.- Contra este pronunciamiento recurre la actora, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de julio de 2002, que decide sobre el caso de un profesor de religión y moral católicas que, como consecuencia de su actividad sindical, fue objeto de determinadas medidas por parte de la Administración empleadora (traslado forzoso, reducción de jornada con la consiguiente reducción de la retribución y prohibición de asistencia a las reuniones del comité de empresa). La sentencia de contraste ratifica la condena a una indemnización de 5.000.000 pts., aparte de la anulación de las medidas discriminatorias y el reintegro de las cantidades dejadas de percibir. La imposición de la indemnización se justifica acogiendo la doctrina sobre el denominado carácter automático de ésta; doctrina, que, establecida por la sentencia de 9 de junio de 1993, considera que no es necesario que la parte demandante alegue y acredite el daño y su alcance, sino que, una vez establecida la vulneración del derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe acordarse la indemnización correspondiente.

TERCERO.- Se produce en el presente caso una situación peculiar en orden al juicio de contradicción, en la medida en que la sentencia de contraste aportada fue casada por nuestra sentencia de 21 de julio de 2003, la cual fue, a su vez, anulada por la STC 247/2006, que declaró además la firmeza de la sentencia de contraste. Es importante señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional deja a salvo la procedencia de la doctrina de esta Sala sobre el carácter no automático del reconocimiento de la indemnización por la lesión de un derecho fundamental. En concreto, señala en su fundamento jurídico séptimo, que “desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al que se refiere la sentencia recurrida en amparo, en cuanto a que la antigua doctrina de dicha Sala sentada en la Sentencia de 9 de junio de 1993 – que aplica en el presente caso la Sentencia recaída en suplicación–, según la cual, apreciada la lesión del derecho de libertad sindical, se presume la existencia del daño sin necesidad de prueba alguna al respecto y surge automáticamente el derecho a la indemnización, fue modificada por la posterior doctrina de la Sala, a cuyo tenor, como ya quedó señalado, no basta con apreciar la vulneración de la libertad sindical del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria”. Lo que determina la estimación del amparo no es, por tanto, la nueva doctrina, sino una aplicación que se considera incorrecta en el caso allí decidido, en la medida en que el Tribunal Constitucional entiende que el demandante había alegado adecuadamente las bases y elementos clave para determinar la indemnización reclamada y que había acreditado también, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que podía asentarse la condena indemnizatoria.

CUARTO.- Pues bien, desde esta perspectiva es claro que el recurso en la medida en que, con la denuncia de infracción del artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, reivindicara la doctrina del carácter automático de la indemnización carecería de contenido casacional, como denuncia la parte recurrida, porque la anulación por parte del Tribunal Constitucional de nuestra sentencia de 21 de julio de 2003, no salva el carácter erróneo de la doctrina de la sentencia de contraste, aunque mantenga su fallo por las razones que el propio Tribunal Constitucional aporta en su sentencia en el sentido de que sí que hubo alegación y prueba suficiente del daño, así como aportación de los criterios de valoración necesarios a efectos de fijar la indemnización. Sin embargo, el recurso no construye su argumentación de forma exclusiva en atención a la doctrina de la sentencia de contraste. Su fundamentación es más compleja, porque, si bien comienza recordando el principio de reparación automática, tal como se expone en la sentencia de contraste, se refiere luego a la STC 247/2006 y a partir de ella argumenta que también en el presente caso se ha alegado y acreditado el daño producido, por lo que la sentencia recurrida incurre también en violación de la tutela judicial efectiva “al no realizar un análisis razonable de los datos que figuran en el proceso” sobre el daño y su valoración.

Ahora bien, si de lo que se trata es de valorar si se han cumplido las exigencias necesarias para entender suficientemente precisado el alcance del daño cuya reparación se pide y las bases para la determinación del importe de la indemnización, lo cierto es que los supuestos contemplados son muy distintos tanto en lo que se refiere a los daños considerados en sí mismos, como a la actuación de los demandantes en orden a su alegación y valoración. En el presente caso la actora se ha limitado a alegar un daño moral que se produce por el sentimiento de sufrir una “injusticia” que deriva de haber sido objeto de una represalia. Se afirma que no hay daños físicos, ni psíquicos y los daños patrimoniales se reparan completamente con la readmisión y el abono de los salarios de tramitación. Por el contrario, en el caso de la sentencia de contraste los daños han sido reiterados en el tiempo y comprenden no sólo los morales, sino otros de carácter patrimonial (traslado) y de limitación de la acción representativa (la inasistencia a las

reuniones del comité), que no se habían reparado de forma completa por los pronunciamientos anulatorios y de condena. Lo mismo sucede en cuanto a la valoración del daño, que en el supuesto de la sentencia recurrida se realiza con la simple referencia a una cantidad, mientras que en la sentencia de contraste y, en términos del Tribunal Constitucional, el demandante aportó las bases y elementos necesarios para valorar los daños, utilizando como referencia, los criterios del Real Decreto-Legislativo 5/2000, y ello con independencia de que esta referencia en la medida en que opera sobre un sistema estrictamente sancionador no sea la más adecuada para establecer la valoración de una indemnización que tiene una finalidad reparadora.

Realmente, la valoración del daño no tendría que ser decisiva, porque lo cierto es que estamos ante un daño moral que se ha identificado y precisado como tal, con lo que, como señala la doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal, ante la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño esencialmente consiste” no se trataría propiamente de un resarcimiento en sentido propio, sino más bien de una vía para “proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento” (sentencia de la Sala Primera de 7 de diciembre de 2006), lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración que no sólo afecta al órgano judicial, sino también a las apreciaciones de las partes y, por otra parte, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados “no tienen directa o secuencialmente una traducción económica” (sentencias de 27 de julio de 2007 y 28 de febrero de 2008 de la misma Sala).

De ahí que la desazón, inquietud o vejación de la actora -el “sufrimiento emocional” que reconoce la sentencia recurrida y que es común a todo despido injustificado- podría haber sido objeto de una valoración a efectos de su compensación, aunque fuera la de entenderla cubierto por la satisfacción que proporciona una sentencia favorable. Pero lo cierto es que, por una parte y como ya se ha dicho, a efectos del enjuiciamiento de esa valoración no hay identidad entre el supuesto de la sentencia recurrida y el de la sentencia de contraste, y, por otra parte, la sentencia recurrida no sólo rechaza la pretensión indemnizatoria por insuficiencia en la aportación de criterios para la valoración del daño y el establecimiento de la indemnización, sino también porque entiende que el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente por el daño moral en las circunstancias del caso, que también son distintas del que decide la sentencia de contraste. No se cumple, por tanto, la exigencia de contradicción.

Hay que realizar, sin embargo, una aclaración adicional. La parte recurrente intenta introducir el tema de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por entender que la sentencia recurrida no razona su decisión. Pero también aquí la falta de contradicción es patente: no sólo porque el caso sobre el que decide la sentencia recurrida y la argumentación de la misma son distintos de los de la sentencia de contraste en los términos ya examinados, sino porque esta última resolución no se pronuncia sobre el problema de la tutela judicial efectiva; problema sobre el que sí decide la STC 247/2006. Pero, de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala, las sentencias del Tribunal Constitucional no son idóneas para establecer la contradicción (autos de 6 de noviembre de 1991, 30 de junio de 2004, éste último con cita de la STC 39/1998) y, de serlo, tampoco sería apreciable en atención a lo que ya se ha dicho en la contradicción.

Procede, por tanto, en este momento la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocido la trabajadora recurrente el 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 para la unificación de doctrina interpuesto por D^a CONCEPCION, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 10 de junio de 2.008, en el recurso de suplicación nº 341/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de octubre de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia, en los autos nº 555/07, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALGUAZAS y el MINISTERIO FISCAL, sobre despido. Sin imposición de costas”.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 22/09/2009

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

Síntesis

PERMISOS. Sector Telemarketing. Permiso retribuido para ir al médico, con justificación posterior. El artículo 29-2 del Convenio Colectivo aplicable requiere la "justificación oportuna" de la licencia expresión que hace referencia a la que requieran y sea posible las circunstancias de cada caso. La empresa no puede exigir con firma y sello oficial la hora de la cita médica, la de inicio consulta y la de su fin, ni dar con carácter general una hora para ir y volver.

Fundamentos de Derecho:

“ÚNICO.- 1. Por el sindicato demandante se formuló demanda, a la que en el acto del juicio se adhirieron las centrales sindicales demandadas, pretendiendo que se declarara el derecho de los trabajadores de la empresa codemandada a disfrutar del permiso retribuido contemplado en el artículo 29-2 del III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Telemarketing sin más requisitos o limitaciones que las que constan en dicho precepto y sin que la empresa pueda establecer unilateralmente condiciones adicionales. Tal pretensión fue estimada en la instancia por la sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente recurso de casación ordinaria, cuyo único motivo alega, al amparo del artículo 205-e) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción por interpretación errónea del artículo 29-2 del III Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing publicado en el B.O.E. de 5 de mayo de 2005, en relación con los artículos 20 y 37-3 del Estatuto de los Trabajadores.

2. El artículo 29-2 del Convenio Colectivo de Telemarketing, cuya infracción se alega, dispone: *"Los trabajadores tendrán derecho hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna. No obstante ello, los trabajadores procurarán adaptar, cuando así resulte posible, sus horas de visitas médicas a sus tiempos de descanso"*.

Tal precepto fue interpretado por esta Sala en su sentencia de 25 de mayo de 2007 (Rec. 105/06), en la que el debate no se centró en la existencia del derecho y su nacimiento, sino en la justificación del ejercicio del mismo, y se dijo: "Sin embargo, con referencia al período litigioso, de 1º de enero al 18 de mayo de 2006 de los apartados tercero y cuarto de la Nota Informativa de octubre de 2005, reiterada en enero de 2006 no se desprende la posibilidad de que el trabajador aporte otras justificaciones en cuanto a la hora de comienzo y terminación de la consulta médica, ni en cuanto a que el tiempo de desplazamiento para ello pueda haber sido superior a una hora, tanto a la ida como a la vuelta. Siendo esto así, parece claro que la empresa restringe unilateralmente la utilización del derecho reconocido en el Convenio Colectivo, ya que ni la consignación de las horas reales de comienzo y terminación de la consulta, cuando se utilizan los servicios de la Seguridad Social, dependen del trabajador sino de aquellos servicios, ni el tiempo calculado para el desplazamiento, aunque suficiente en la mayoría de los casos, tiene por que serlo en todos necesariamente, y en tales supuestos la justificación habrá de hacerse para cada supuesto".

3. Plantea de nuevo el presente recurso la necesidad de justificar el disfrute del permiso del artículo 29-2 del Convenio Colectivo para la viabilidad del mismo y la posibilidad de que la empresa, haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, desarrolle el precepto convencional, máxime cuando los permisos convencionales retribuidos, al igual que los legales, conforme al artículo 37-3 del citado texto legal, necesitan ser justificados.

La aplicación de la doctrina sentada en nuestra sentencia de 25 de mayo de 2007 obliga a desestimar el recurso porque la empresa restringe unilateralmente el derecho reconocido por el Convenio cuando requiere una justificación que va más allá de lo establecido por la norma que lo reconoce. El Convenio establece que la posterior justificación del disfrute del permiso retribuido debe ser la oportuna, o empleando las palabras del Convenio que se debe presentar la "justificación oportuna". Por "justificación oportuna" debe entenderse la que requieran las circunstancias de cada caso y no la que requiera la empresa, quien no puede limitar el ejercicio del derecho exigiendo unos justificantes, sobre la hora de cita médica, el inicio de la misma y su fin, que resultan difíciles, cuando no imposibles, de obtener, sin que tampoco se ajuste a las circunstancias de cada caso la concesión de una hora para ir y volver de la consulta médica. El único límite que establece el Convenio es el de 35 horas de permiso al año, límite que se debe respetar, aunque exigiéndose la "justificación oportuna" del uso del permiso a los fines del mismo, justificación que será la exigible según las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Por las razones apuntadas, procede confirmar la sentencia recurrida y desestimar el recurso con pérdida por la recurrente del depósito constituido para recurrir y sin imposición a la misma de las costas causadas, conforme a los artículos 215 y 233-2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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 Procuradora Doña Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de diciembre de 2007, en actuaciones nº 176/07 seguidas en virtud de demanda a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT) contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO (CGT), FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS (COMFIA-CC.OO.), FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTES DE COMISIONES OBRERAS, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas. Se decreta la pérdida de depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal”.

2657/08**022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/09/2009

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

Síntesis

PRÓTESIS ORTOPÉDICAS. RESPONSABILIDAD RESPECTO DE SU RENOVACIÓN. ACCIDENTE DE TRABAJO. LA RENOVACION CORRESPONDE A LA ENTIDAD RESPONSABLE EN LA COBERTURA EN LA FECHA DEL ACCIDENTE, NO AL SERVICIO PÚBLICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA A LA QUE SE HUBIESEN TRANSFERIDO LAS COMPETENCIAS.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** 1.- Se recurre la STSJ País Vasco 10/Junio/2008, que desestimó el recurso de Suplicación [nº 1098/08] interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Bilbao en 22/Enero/2008 [autos 602/07], que estimó la demanda y condenó al INSS a financiar la prótesis reclamada [3.606,07 euros], absolviendo al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco. Recurso en el que se alega contradicción con la STSJ País Vasco 10/Julio/2007 [recurso de Suplicación 1293/07] y se denuncia la infracción de la DA 59 de la Ley 30/2005 [29/Diciembre], en relación con los arts. 2,3,5 y 6, así como DF única OM 26/01/06.

2.- La exigencia de contradicción que para la viabilidad del recurso para la unificación de doctrina impone el art. 217 LPL, comporta que en ambos procesos se trate de hechos y pretensiones sustancialmente iguales y que –pese a ello– las decisiones contrastadas hayan llegado a opuesta conclusión (entre las más recientes, SSTs 23/06/09 –rcud 1618/08–; 24/06/09 –rcud 622/08–; y 01/07/09 –rcud 2573/08–). Requisitos que se satisfacen cumplidamente en el presente caso, dado que tanto en la decisión recurrida como en la de contraste se debate –con diferencias fácticas insustanciales– la misma cuestión, cual es determinar qué entidad pública ha de hacer frente a la renovación de una prótesis ortoprotésica, si la EG con la que estaba concertado el aseguramiento en la fecha de producción del accidente, o si –tras el correspondiente traspaso de competencias– debe serlo el Servicio Público de Salud de la respectiva Comunidad Autónoma; y con tal identidad sustancial las decisiones contrastadas llegan a opuesta conclusión, por imputarse la responsabilidad al INSS en la decisión recurrida e imponerse a la Comunidad Autónoma en la referencial.

SEGUNDO.- 1.- Tal como se desprende de los indicado, lo que se cuestiona en los presentes autos es si una vez producida la transferencia de competencias en materia sanitaria del Estado a la Comunidad Autónoma, la responsabilidad directa e inmediata de la obligación protectora en materia de prótesis ortoprotésicas debe asumirla el Servicio Común de la Comunidad Autónoma, o, por el contrario, la Entidad Gestora aseguradora de la contingencia de accidente en la fecha del hecho causante.

2.- La materia ya ha sido objeto de examen por la Sala, que ha unificado doctrina con las sentencias de 15/01/09 [–rcud 481/08–] y 10/03/09 [–rcud 1269/08–], a cuyo criterio hemos estar por elementales razones de seguridad jurídica y porque no se nos ofrecen razones de peso que justifiquen solución diversa; con abstracción de los argumentos, que en esta resolución matizaremos. La argumentación ofrecida entonces –y que ahora se rectifica– se expresa en los siguientes términos: «Tanto la Disposición

Adicional Quincuagésima Novena de la Ley 30/2005, de Presupuestos Generales del Estado como la Orden TAS 131/2006, de 26 de enero, explícitamente, se refieren a “prestaciones sanitarias, farmacéuticas y reparadoras“, en ninguna de las que tiene adecuado encaje la renovación de prótesis postulada en la demanda origen del presente litigio. En efecto, la provisión de una prótesis a consecuencia de un accidente de trabajo no entraña una propia y verdadera asistencia sanitaria en sentido estricto, por más que pueda ser un complemento de la misma, ni, tampoco se encuadra en el marco de la atención farmacéutica o de la atención recuperadora que tiende a una rehabilitación de la persona enferma. La atención ortoprotésica se erige en una modalidad de protección complementaria que provee a la persona enferma o accidentada de un elemento sustitutorio de otro orgánico o funcional que le permita el restablecimiento del mayor grado de normalidad en el desarrollo de sus capacidades físicas o intelectivas».

TERCERO.- 1.- Un examen más detenido del tema objeto de debate lleva a reiterar la conclusión ya adoptada por la Sala, pero también –como ya adelantamos– a variar su argumentación. En efecto, siguiendo el precedente que significa el art. 11.1.b) del RAS [Decreto 2766/1967, de 16/Noviembre] y que ya incluía –como «contenido de la asistencia sanitaria»– «el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios», no puede negarse que las prestaciones ortoprotésicas tienen encuadre entre las «prestaciones médicas y farmacéuticas» de la sección segunda del Capítulo IV [dedicado a la «Asistencia sanitaria»] del Título II de la LGSS/1974 [en vigor, tras la Disposición Derogatoria Única de la LGSS/1994], cuyo art. 108 califica como «Otras prestaciones sanitarias» las prótesis «ortopédicas permanentes o temporales, así como su oportuna renovación». Y en manera similar se manifiesta el Anexo VI del RD 1030/2006 [15/Septiembre], que «establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización», al disponer –en el citado Anexo– entre tales servicios comunes la prestación ortoprotésica, que define –reiterando literalmente los términos utilizados por el art. 17 de la vigente Ley 17/2003 [28/Mayo], sobre «cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud»– con la indicación de que «consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien de modificar, corregir o facilitar su función». Se presentan así tales prestaciones como un elemento imprescindible para obtener una asistencia sanitaria correcta y –por ello– formando parte sustancial de ella y participando plenamente de su naturaleza jurídica.

2.- Pero esta naturaleza jurídica –de prestación sanitaria– sobre la que ciertamente el recurso no hace hincapié alguno, no lleva a la consecuencia pretendida por el INSS. Como tal naturaleza tampoco determina que la Comunidad Autónoma del País Vasco haya de hacerse cargo de las indicadas prótesis, ni por virtud de las específicas transferencias en materia de asistencia sanitaria, ni en causa a las generales DA Adicional Quincuagésima Novena de la Ley 30/2005 [29/Diciembre] y la Orden TAS 131/2006 [26/Enero], relativas –respectivamente– a la asistencia sanitaria por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales [«La Seguridad Social procederá al pago de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y recuperadoras derivadas de contingencias profesionales por los afiliados con cobertura por dichas contingencias en el Instituto Nacional de la Seguridad Social y en el Instituto Social de la Marina, a los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas. A estos efectos se consignan en los Presupuestos de dichas entidades gestoras las dotaciones correspondientes por un importe total de 100 millones de euros.»] y al «pago a los Servicios Públicos de Salud del coste de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales».

La afirmación sería ciertamente correcta si se tratase de enfermedad común o si estuviésemos en presencia de accidente de trabajo producido con posterioridad a tales disposiciones, pero no cuando –como ahora– estamos en presencia de contingencias profesionales acaecidas con anterioridad a las referidas transferencias, y respecto de tales contingencias la responsabilidad corresponde de forma integral –atención de daños y gastos tanto presentes como futuros– a quien hubiese resultado ser la aseguradora en la fecha del hecho causante. Para justificarlo hemos de referirnos –en concreto– a la STS 11/04/00 [–rcud 1772/99–], que en un supuesto que presenta cierta diversidad con el presente caso examinado [se trataba de Mutua de Accidentes de Trabajo y de accidentado que había pasado a ser pensionista de Jubilación en la fecha de necesidad de renovación de la prótesis], sienta una doctrina innegablemente extrapolable al actual supuesto enjuiciado, al afirmar que «La asistencia sanitaria por accidente de trabajo corre a cargo de la entidad que haya asumido la cobertura de esta contingencia ... Así se desprende con toda claridad de lo dispuesto en los artículos 68.2, 70, 99 y 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 19 y concordantes del Decreto 2766/1966. Es ... [la citada entidad aseguradora] la que ... tiene a su cargo la protección de las prestaciones por accidente de trabajo o, en términos del artículo 68.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social, «el coste de las prestaciones por causa de accidente sufrido por el personal al servicio de los asociados». En este caso se trata de la prestación de asistencia sanitaria, que comprende, según el artículo 11.1 b) del Decreto citado, “el suministro y renovación de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios”. Lo decisivo aquí no es que el trabajador accidentado haya pasado a la condición de pensionista –de incapacidad permanente o de jubilación–, sino que la necesidad de asistencia sanitaria continúe derivando de la lesión producida por el accidente. Así lo establece de forma inequívoca el artículo 12 del Decreto 2766/1967, a tenor del cual «la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional será prestada desde el momento en que se produzca el accidente o se diagnostique la enfermedad profesional y durante el tiempo que su estado patológico lo requiera» y es evidente que la renovación de la prótesis se requiere como consecuencia de la lesión derivada del accidente».

3.- Doctrina del todo pareja a la que con mayor pretensión de generalidad ha mantenido esta Sala al afirmar –con prolijos razonamientos– que en los supuestos de accidente de trabajo la responsabilidad corresponde a la entidad que tenía cubierta aquella contingencia en el momento de producción del accidente, pues todos los riesgos cubiertos por una póliza de seguro deben atribuirse a quien percibió las primas correspondientes a dicho riesgo (prescindiendo de muchas otras más antiguas, SSTS de 25/09/06 –rcud 1609/05–; 22/01/08 –rcud 3998/06–; 26/02/08 –rcud 2341/06–; 19/01/09 –rcud 1172/08–; y 16/06/09 –rcud 1134/08–). Baste con recordar el núcleo argumental de tal doctrina: «1.– Esta Sala ha afirmado que la entidad responsable de los riesgos derivados de accidente de trabajo es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente, y lo ha dicho tanto en los supuestos de reaseguro [SSTs 01/02/00 –rcud 200/99–; 07/02/00 –rcud 435/99–; 21/03/00 –rcud 2445/99–; 14/03/00 –rcud 3259/99–], como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social [SSTs 18/04/00 –rcud 3112/99–; 20/07/00 –rcud 3142/99–; 21/09/00 –rcud 2021/99–]. Y ello porque lo que en dichas sentencias se ha dicho, cambiando el criterio anteriormente mantenido de forma reiterada por esta misma Sala, es que en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes [las reguladas en los arts. 115 a 118 de la Ley General de la Seguridad Social], situaciones protegidas y prestaciones [art. 38 de la LGSS], en forma análoga a la que, en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reaparición, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que éste se produce. 2.– La noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva [incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte], no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso [la incapacidad o la muerte] aparezca con posterioridad» (así, SSTs 30/09/03 –rcud 1163/02–; 30/04/07 –rcud 829/06–; y 19/01/09 –rcud 1172/08–).

4.- Supone lo precedentemente razonado que si el accidente del trabajador se produjo en el año 1959 y si el aseguramiento de la contingencia de accidente de trabajo era atendido en la citada fecha por el INP, su actual sucesor –el INSS– ha de hacerse cargo de la renovación de la prótesis que es consecuencia directa de aquel accidente, aunque a la fecha presente se hubiesen ya transferido las competencias en materia de asistencia sanitaria a los Servicios correspondientes de la Comunidad Autónoma vasca; conclusión igualmente inafectada por el hecho de que existan disposiciones legales que acuerden determinadas transferencias económicas para la atención de la referida asistencia, y que han de entenderse proyectadas exclusivamente al plano presupuestario, sin afectar al jurídico de la responsabilidad; extremo este último que por fuerza ha de entenderse centrada –tratándose de contingencias profesionales– en hechos causantes posteriores a las propias disposiciones o a los que así se dispongan expresamente en la normativa que les sirve de base; en concreto, los RRDD 1356/1987 [6/Noviembre], y 558/1998 [2/Abril], en cuyos respectivos Anexos [apartados G).12 del primero y E).9 del segundo] se señala que las obligaciones anteriores a la transferencia y no expresamente referidas serán «financiadas en su totalidad por la Seguridad Social».

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –como sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe– que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que en consecuencia procede la desestimación del recurso, siquiera con diversidad argumental respecto de utilizada por nuestra precedente jurisprudencia. Sin 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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmando la sentencia dictada por el TSJ País Vasco en fecha 10/Junio/2008 [recurso de Suplicación nº 1098/08], que a su vez había confirmado la resolución –estimatoria de la demanda– que en 22/Enero/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Bilbao [autos 602/07], en reclamación de prótesis ortoprotésica formulada por Don NICOLÁS . Sin condena en costas”.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 24/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

Síntesis**CONFLICTO COLECTIVO. PRETENSION DE QUE SE ANULEN PACTOS DE DISPONIBILIDAD RETRIBUIDA. SE APRECIA LA INADECUACION DEL PROCEDIMIENTO.****Fundamentos de Derecho:**

“PRIMERO.- El sindicato “Asociación Sindical Independiente de la Energía” (en adelante ASIE) planteó demanda de conflicto colectivo que dirigió, finalmente, frente a las empresas “Endesa Generación S.A.”, “Unión Eléctrica de Canarias Generación S.A.U.”, Gas y Electricidad Generación S.A.U.”, “Endesa Red S.A.”, “Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.”, “Endesa Distribución Eléctrica S.L.”, “Endesa Servicios S.L.” y “Endesa Energía S.A.U.”, todas ellas con centros de trabajo en Canarias.

Inicialmente lo dirigió también frente a “Endesa Diversificación S.A.U.”, “Endesa Internacional S.A.”, “Endesa Generación y Renovables S.A.U.”, “Encasur”, “Endesa Gas S.A.”, “Endesa Europa S.L.”, Saltos de Nansa I S.A.”, “Gas Aragón S.A.” y “Gesa Gas S.A.U.”, ninguna de las cuales tiene centros de trabajo en Canarias; pero desistió de todas ellas en el acto del juicio como respuesta a las excepciones de incompetencia territorial y falta de legitimación pasiva opuestas por dichas empresas.

Las pretensiones deducidas por ASIE consisten en que: **A)** “Se declare contrario a derecho el llamado “compromiso de disponibilidad” que se aplica a los trabajadores procedentes de la antigua “Unión Eléctrica de Canarias S.A.” (UNELCO)”; **B)** Se deje sin efecto el mencionado “compromiso de disponibilidad”; y **C)** Se condene a las empresas demandadas a estar y pasar por tal declaración.

SEGUNDO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la sede en Santa Cruz de Tenerife, dictó la sentencia de 30 de abril de 2.008 (autos 1/2008).

En su relato de hechos probados consta que: **A)** Dicho compromiso, redactado en idénticos términos en todos los casos, es el siguiente: *“Por medio del presente documento, acepto la propuesta de la Empresa de compromiso de plena disponibilidad que implica una especial dedicación y la eventual realización de trabajos extraordinarios, cuando éstos sean necesarios y sin percibir contraprestación por los mismos, ya que con los haberes abonados por tal compromiso, están compensados. Los nuevos haberes que se fijan como compensación por tal disponibilidad, serán percibidos, tanto cuando sea necesario realizar los trabajos extraordinarios a que se alude, como en los casos en que no se dé dicha circunstancia. Este compromiso se añadirá a mi contrato de trabajo, formando parte del mismo”* (hecho probado 1º). **B)** El pacto conllevó un incremento salarial que se materializó al mes siguiente de su firma y que, a su vez, conllevó un ascenso de grupo retributivo. La cantidad incrementada se integró en el salario base (hecho probado 2º). Y **C)** los trabajadores afectados han continuado percibiendo los incrementos salariales siendo revisados anualmente, como el resto de sus retribuciones (hecho probado 3º).

La sentencia estimó la demanda, previo rechazo de las excepciones opuestas por las codemandadas de incompetencia territorial, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación pasiva y cosa juzgada. Y declaró “la ineficacia del compromiso de disponibilidad que hayan suscrito los trabajadores de las empresas demandadas en Canarias que se aplica al personal entonces clasificado como técnico 2 A y 2B procedente de la antigua Unión Eléctrica de Canarias (UNELCO) por ser contrario a derecho” y condenó a dichas empresas “a estar y pasar por esta declaración dejando sin efecto dicho compromiso”.

Las empresas condenadas han interpuesto frente a dicha sentencia recurso de casación ordinaria o tradicional que ha sido impugnado por ASIE. El Ministerio Fiscal ha emitido su preceptivo informe.

TERCERO.- El recurso aparece articulado en cinco motivos. En el primero denuncia la parte recurrente, por el cauce del art. 205 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción del art. 8 en relación con el art. 2.i) ambos de la citada Ley procesal. Y a su amparo alega que, en todo caso, el conflicto colectivo planteado tiene un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, por lo que la competencia para resolverlo corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Sustenta su denuncia en que algunas de las empresas -- concretamente aquellas de las que se desistió en el acto de juicio -- no tienen centros de trabajo en Canarias y que las restantes tienen ámbito nacional, con trabajadores tanto en dichas Islas, como en el resto de España; y afirma que lo que ha hecho la Sala es salvar su competencia territorial limitando artificialmente los efectos del conflicto al personal de las empresas demandadas que presta servicios en Canarias.

La excepción no puede ser acogida, pues la parte recurrente combate la competencia territorial de la Sala de Canarias alegando que todas las empresas finalmente demandadas tienen centros de trabajo no solo en aquella Comunidad sino también en el resto de España. Pero es evidente que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7 y 8 de la Ley de Procedimiento Laboral, el ámbito funcional de las empresas demandadas resulta inoperante, pues no es esa la circunstancia determinante de la competencia territorial, sino el ámbito real de extensión de efectos del conflicto planteado.

CUARTO.- En el hecho primero de la demanda se hacía constar que “el presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de las distintas empresas demandadas con centro de trabajo en las islas de la Comunidad Autónoma de Canarias, entonces clasificados como “técnicos 2 A y 2 B” procedentes de la extinta Unión Eléctrica de Canarias S.A.” (UNELCO) en la que se subrogaron las distintas empresas demandadas”.

De ahí que en el acto de juicio, tras el planteamiento de las excepciones de incompetencia y subsidiariamente de falta de legitimación activa por parte de determinadas empresas alegando su ámbito nacional y que no tienen centros de trabajo en Canarias, la parte actora no tuvo inconveniente en desistir de todas ellas. Porque, en efecto, para nada puede afectar a las empresas desistidas un conflicto que, por concernir exclusivamente a los trabajadores que suscribieron en su día en Canarias un compromiso de disponibilidad con la desaparecida UNELCO, que tenía centros de trabajo únicamente en Canarias (y que luego fue absorbida por empresas del grupo ENDESA) solo puede extender sus efectos sobre el territorio de dicha Comunidad Autónoma en la que están ubicados los centros de trabajo que en la actualidad ocupan a los trabajadores afectados.

La parte recurrente apoya su alegato exclusivamente en una frase del fundamento primero de la sentencia en la que se afirma que “en el ignoto supuesto de que existieran trabajadores que hubieran suscrito el controvertido pacto de disponibilidad y que prestaran servicios fuera de Canarias en las citadas empresas nacionales por virtud de los mecanismos de movilidad previstos en el Convenio Colectivo Marco del Grupo de empresas ENDESA, éstos quedarían excluidos de los efectos de la presente sentencia”. Pero tal afirmación no pasa de ser un simple “obiter dictum” (emitido posiblemente para dar respuesta a alguna simple alegación de parte) y está apoyado además en una mera hipótesis, pues no consta en autos un solo dato que permita presumir que alguno de los trabajadores afectados haya sido trasladado y que en la actualidad preste servicios fuera de dicha Comunidad Autónoma.

Y es evidente que la prueba de ese dato, que ni tan siquiera fue alegado en juicio, correspondía en todo caso a la parte demandada y ahora recurrente; no solo por ser el hecho fundamental de la excepción planteada, si no por aplicación del principio de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y era muy fácil para dicha parte -- al igual que lo fue aportar en juicio tanto el listado de los 124 trabajadores afectados (bloque 6 de su ramo de prueba) como sus respectivos compromisos de disponibilidad (bloque 4) suscritos todos ellos en Tenerife o el Las Palmas -- haber probado que uno solo de tales trabajadores está destinado en la actualidad fuera de Canarias. Y sin embargo nada hizo.

La excepción de incompetencia territorial debe ser, por tanto, desestimada pues no se ha producido una limitación artificial de los efectos del conflicto, sino la correcta aplicación de los arts. 7 y 8 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- En segundo lugar y por el cauce del art. 205 b) de la Ley de Procedimiento Laboral se alega la vulneración del art. 151 de dicha Ley, y se interesa la nulidad de todo lo actuado por inadecuación de procedimiento.

El art. 151.1 LPL prescribe que deben tramitarse por la modalidad procesal de conflicto colectivo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores (art. 151.1 LPL). Y al interpretar dicho precepto esta Sala IV ha señalado reiteradamente (sentencias de 15-5-01 (rec. 1069/2000), 17-12-01 (rec. 3688/2000), 10-12-03 (rec. 3/2003), 13-4-05 (rec. 78/2004), 19-5-04 (rcud. 2811/2003), 29-6-06 (rec. 216/2004) y 28-1-2009 (rec. 137/2007) entre otras muchas) que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

- 1) Uno subjetivo, el grupo genérico 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".
- 2) Y otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros".

Aplicando al caso la doctrina que acabamos de exponer, debemos concluir que la demanda interpuesta no es propia de un proceso de conflicto colectivo por las razones que pasamos a exponer.

SEXTO.- En el supuesto que se enjuicia concurre, desde luego, un elemento de pluralidad subjetiva en el conflicto -- los trabajadores afectados son 124 --; y hay también un elemento de posible trascendencia colectiva, que se concreta en una práctica de empresa consistente en proponer a cada trabajador individualmente la firma voluntaria de un “compromiso de disponibilidad” en los términos que se reseñan en el fundamento (compromiso de una empresa ya desaparecida, UNELCO). Pero, en la configuración de la pretensión se ha introducido elementos que no son propios del proceso de conflicto colectivo. Lo que se pide no es una declaración general sobre el posible desajuste de los compromisos respecto de las previsiones de los sucesivos Convenios Colectivos del Grupo Endesa que limitan la realización de las horas extraordinarias a supuestos excepcionales, sino directamente la nulidad o ineficacia total de esos compromisos que pasaron a formar parte del contenido del contrato de trabajo de cada trabajador concreto. Lo cual no constituye un pronunciamiento declarativo, que es el propio e inherente al fallo de un conflicto colectivo.

Y, como tuvimos ocasión de señalar en supuesto muy similar en la sentencia de 17-12-2001 (rec. 3688/2000), con ello se está entrando en una esfera que es estrictamente individual, para obtener un resultado que puede ser incluso perjudicial para algunos trabajadores afectados a los que puede interesar mantener el compromiso y seguir percibiendo el importe compensatorio, del que se podrían ver privados pese a su voluntad en contrario si prosperara íntegramente la demanda, en que la que pide dejar sin efecto los compromisos en su totalidad y en un procedimiento de conflicto en el que rige una legitimación colectiva estricta que impide que aquellos puedan ser parte y defender sus derechos.

Y es claro que una pretensión de tales características cuando no se trata de una decisión empresarial de carácter general, no es propia de un procedimiento sustanciado por la vía de los arts. 151 y sig. LPL, que ha de mantenerse en el plano general del interés del grupo, sin pronunciamientos directamente aplicables en los contratos singulares de trabajo, ya que los trabajadores que los han suscrito y que resultan directamente afectados por el fallo no pueden ser parte en este proceso en el que rige una legitimación colectiva estricta. Así lo ha declarado la Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 2 de febrero de 1998, 16 de marzo de 1.999, 22 de junio de 1.999, 18 de noviembre de 1.999, 28 de marzo de 2000, 12 de julio de 2.000, 14 de julio de 2.000, 26 de febrero de 2001 y 6 de junio de 2001.

Conclusión a la que no obsta el hecho de que la sentencia recurrida, aunque afirma que estima la demanda en su totalidad, haya optado por anular solo la obligación de realizar las horas extraordinarias y mantener por el contrario la correlativa de la empresa de seguir abonado el importe que compensaba su realización, fácilmente determinable en cada caso, según se desprende de los hechos probados segundo y tercero. Pues tal decisión, que además podría no ser compartida en fase de recurso, para nada puede influir a la hora de identificar cual sea el procedimiento adecuado, en que lo determinante es el contenido de la pretensión deducida.

SEPTIMO.- Procede en consecuencia la estimación de la excepción opuesta por no ser la pretensión deducida en demanda propia de un conflicto colectivo, sino de un procedimiento ordinario, singular o plural. Lo que exonera a la Sala de examinar y resolver el resto de las cuestiones planteadas por la parte recurrente, por cuanto que la estimación del recurso por tal motivo, conduce necesariamente, por mandato del art. 213 a) LPL, a declarar la nulidad de todo el procedimiento seguido por contrario a las exigencias de la LPL. Sin perjuicio del derecho de los trabajadores que suscribieron el compromiso de disponibilidad y lo consideren lesivo para sus intereses, de combatirlo por el procedimiento ordinario previsto en los artículos 80 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, si es que consideran que su renuncia a realizar horas extraordinarias, que son siempre de ejecución voluntaria, precisa de tutela judicial. Sin que quepa tampoco hacer pronunciamiento alguno sobre costas (art. 233.2LPL).

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 ordinaria interpuesto por la representación de las empresas demandadas “Endesa Generación S.A.”, “Unión Eléctrica de Canarias Generación S.A.U”, Gas y Electricidad Generación S.A.U.”, “Endesa Red S.A.”, “Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.”, “Endesa Distribución Eléctrica S.L.”, “Endesa Servicios S.L.” y “Endesa Energía S.A.U.”, contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias (autos 1/2008). Declaramos la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo instado por el sindicato “Asociación Sindical Independiente de la Energía”, y la nulidad de todo lo actuado; sin perjuicio de las correspondientes pretensiones que puedan ser ejercitadas en procedimiento ordinario por los trabajadores concernidos. No ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes”.

2784/08

024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/10/2009

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

Síntesis

Enseñanza privada.- Paga extraordinaria de antigüedad del art. 61 del Convenio Colectivo de Enseñanza Privada.- Importe de la misma.- No se incluye en dicho importe, el montante del complemento retributivo autonómico que se recoge en el art. 68 del IV Convenio y en el art. 67 del V Convenio Colectivo.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- La actora presta servicios de docencia para el COLEGIO SAGRADO CORAZÓN-CORAZONISTAS. La empresa citada se dedica a la enseñanza, habiendo llevado a cabo el correspondiente concierto económico con la Junta de Castilla y León. La demandante lleva a cabo la prestación de servicios mencionada desde el 1 de enero de 1975.

A la demandante se le ha abonado la paga extraordinaria de antigüedad establecida en el art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de Octubre del 2000. El abono de esta paga extraordinaria se reconoció sin incluir la cuantía “Complemento autonómico J.C. y L” que para el ejercicio 2006 ascendía a 280,47 euros/mes. Pero la demandante no está conforme con la cuantía que le ha sido abonada, habida cuenta que en la base de cálculo de tal importe no se ha incluido el referido complemento retributivo autonómico, y la actora estima que este complemento se debe incluir en dicha base de cálculo, por lo que reclama la cantidad de 1.028,84 euros.

Por ello, el día 26-12-2006, interpuso reclamación previa y el 28-02-2007 papeleta de conciliación; y posterior demanda origen de estas actuaciones, ante el Juzgado de lo Social de Valladolid, dirigida contra la empresa de enseñanza antes citada y contra la Junta de Castilla y León, en la que solicitó que se le abonasen las diferencias económicas correspondientes a la citada inclusión del complemento retributivo autonómico.

El Juzgado de lo Social num. 3 de Valladolid dictó sentencia de fecha 29 de noviembre de 2007 en la que estimó la mencionada demanda y condenó a las demandadas solidariamente a abonar a la demandante la cantidad de 1.028,89 euros.

La Junta de Castilla y León formuló recurso de suplicación, y la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante sentencia de fecha 2 de julio de 2008, desestimó el formulado por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN confirmando el fallo de instancia, y condenando a la Junta de Castilla y León al abono de las costas causadas al letrado impugnante del recurso en la cantidad que fija en 300 euros.

La Comunidad Autónoma demandada interpuso, contra esta sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid, el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En este recurso se alega como sentencia de contraste la que dictó la Sala de lo Social de Burgos el 12 de septiembre del 2005 (rec. 587/2005). Esta sentencia referencial entra en contradicción con la recurrida, toda vez que en ella se plantea exactamente el mismo problema de autos, relativo a la inclusión o no del complemento retributivo autonómico en la base de cálculo del premio de antigüedad del art. 61 del convenio colectivo citado; y mientras la sentencia recurrida sostiene que este complemento debe ser incluido en esa base de cálculo, por el contrario, la aludida sentencia de contraste dispuso que no podía ser aceptada esa inclusión. La contradicción entre estas dos sentencias es patente y manifiesta.

Se cumple, por consiguiente, el requisito de recurribilidad que establece el art. 217 de la LPL.

SEGUNDO.- Denuncia el recurrente la infracción por aplicación indebida del art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas Total o parcialmente con Fondos Públicos (BOE de 17 de octubre de 2000) en relación con los artículos 65, 66 y 67 de la citada norma paccionada; así como la inaplicación de lo dispuesto en los arts. 75 y 76 de la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación; todo ello en relación con la doctrina unificada contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 1999.

Como ha resuelto esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de junio de 2008, dictada en unificación de doctrina, en supuesto en el que se invocó la misma sentencia de contraste, es ésta la que llegó a la solución correcta, como ponen de relieve las consideraciones que a continuación expone señalando que:

“El art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de octubre del 2000, dispone: “Los trabajadores que cumplan veinticinco años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido”. Igual mandato contiene el párrafo primero del art. 61 del V Convenio Colectivo de las empresas mencionadas, publicado en el BOE de 17 de enero del 2007.

La dicción literal de este precepto es clara y no deja lugar a dudas, pues fija la cuantía de tal paga a razón de “una mensualidad extraordinaria” por cada quinquenio; y esta expresión (“ mensualidad extraordinaria”) no puede referirse a otra cosa que al importe de cada una de las pagas extraordinarias que se prevén en el art. 59 de dicho convenio. Esta expresión forma una unidad de significado, que está compuesta por el sustantivo “mensualidad” y el adjetivo “extraordinaria”, de modo que para determinar el verdadero sentido de la misma es forzoso mantener unidas estas dos palabras, pues el adjetivo, como corresponde a la función gramatical que el mismo cumple, califica y determina el ámbito y sentido del sustantivo utilizado. La frase “mensualidad extraordinaria” gramaticalmente constituye un sintagma o grupo unitario cuyo significado sólo se alcanza manteniendo esa unidad de expresión; no siendo aceptable, en modo alguno, tomar en consideración por separado cada uno de esos dos términos, pues ello destruye el verdadero significado de tal frase.

Este es el error en que incurre la sentencia recurrida, pues toma en cuenta, por un lado el vocablo “mensualidad”, y por otro, desconectado del anterior, el calificativo “extraordinaria”. Y así resulta que llega a la conclusión de que cuando la norma convencional habla de “mensualidad extraordinaria”, se refiere a una mensualidad ordinaria o normal. Esta muy peculiar interpretación da a la expresión comentada un significado manifiestamente opuesto al que las palabras que la componen expresan. Lo que según el artículo del convenio es una “mensualidad extraordinaria”, la sentencia impugnada lo convierte en una “mensualidad ordinaria”.

En relación a estos extremos la sentencia recurrida sostiene que “lo que los negociadores del Convenio plasmaron en aquel artículo 61 no fue otra cosa que la cuantía de la paga de antigüedad sería la correspondiente a una mensualidad' por cada quinquenio cumplido”. Es evidente que esta sentencia separa, en su interpretación, el sustantivo del adjetivo y esta separación es lo que le permite concluir poco más adelante que “por lo tanto, la 'mensualidad' que constituye el referente de la cuantía de la citada paga no puede ser otra cosa que el conjunto de las ordinarias (el subrayado es nuestro) percepciones salariales lucradas por el trabajador mensualmente”. Como se ve, esta particular exégesis que lleva a cabo la resolución combatida transmuta en “ordinaria”, lo que la norma califica de “extraordinaria”.

Es verdad que dicha sentencia pretende justificar su postura afirmando que no debe “atribuirse al calificativo de 'extraordinaria' otro alcance que el correspondiente a la naturaleza no común de la paga que se percibe por una sola vez y con ocasión de la acreditación de 25 años de antigüedad”. Pero este modo de razonar incurre en el grave error de referir el calificativo mencionado a la propia paga de antigüedad que regula el art. 61, que es objeto de reclamación en esta litis, referencia que es inadmisibles y contraria a razón, habida cuenta que:

a).- Como se ha explicado, el calificativo mencionado (“extraordinaria”), en la oración gramatical expresada en el artículo comentado, va unido al sustantivo “mensualidad”, formando ambas palabras un único sintagma, lo que impide su separación o desgajamiento; por lo que si se separan, se distorsiona totalmente el significado de la frase comentada, dando lugar a conclusiones interpretativas manifiestamente equivocadas.

b).- La finalidad esencial de la frase “mensualidad extraordinaria” que expresa el precepto comentado, es la de determinar cual es el importe de esa paga de antigüedad que el mismo establece, lo que implica que tal frase nunca se puede referir a la propia paga que tal norma estatuye, sino que necesaria e ineludiblemente se refiere a otra paga o mensualidad distinta. Sólo de este modo, sólo conectando la cuantía de esa paga de antigüedad con el importe ya conocido de otra paga diferente se puede saber el montante de aquélla. El vocablo “extraordinaria” en ningún momento puede ser referido a la propia paga del art. 61 del convenio, dado que ni aparece unido a ella en la oración gramatical contenida en ese precepto, ni en tal caso cumpliría la finalidad esencial antedicha pues no serviría para cuantificar el montante de esa paga del art. 61 si ese vocablo se está refiriendo a ella misma.

Todo cuanto se ha expuesto, hace lucir con nitidez que el art. 61 comentado dispone que el importe de la “paga extraordinaria por antigüedad en la empresa” que el mismo instituye, es igual a la cuantía de las pagas extraordinarias que se regulan en el art. 59 del referido convenio colectivo.

(...) El art. 59 del convenio, a que se acaba de aludir, establece que el montante de las pagas extraordinarias que en él se regulan, las cuales se hacen efectivas dos veces al año (“antes del 1 de julio y del 23 de diciembre de cada año”), asciende “a una

mensualidad del salario, antigüedad y complementos específicos". Por consiguiente, también la paga extraordinaria y especial del art. 61 tiene ese mismo importe.

Así pues, el referido importe de la paga extraordinaria de antigüedad de que tratamos, es equivalente a la suma del "salario" que se determina en el art. 52 y los Anexos II y III del convenio; de la "antigüedad", es decir los "trienios" que se regulan en el art. 57 y los Anexos II y III aludidos; y los llamados "complementos específicos". Estos complementos específicos, en el IV Convenio Colectivo que se publicó en el BOE de 17 de octubre del 2000, se recogían en el capítulo II del Título IV del mismo, que integraban los arts. 65 ("complemento por función"), 66 ("complemento de COU") y 67 ("complemento de Bachillerato LOGSE"); en el V Convenio Colectivo, publicado en el BOE de 17 de enero del 2007, siguen siendo regulados en el Capítulo II del Título IV, pero este capítulo se compone tan solo de dos artículos, el 65 ("complemento por función") y el 66 ("complemento de Bachillerato").

Es claro, por consiguiente, que los "complementos retributivos autonómicos" no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad debatida, pues, según el citado art. 59, no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias que este último precepto prevé. Estos complementos retributivos autonómicos están contemplados en el art. 68 del IV convenio y en el art. 67 del V convenio, preceptos éstos que están comprendidos en el Capítulo III del Título IV de tales convenios colectivos, lo que evidencia que no tienen nada que ver con los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos a que se remite el referido art. 59 del convenio.

Debe concluirse, por tanto, que no puede ser estimada la demanda origen del presente juicio."

Doctrina aplicable al supuesto enjuiciado, que merece igual solución.

TERCERO.- Procede, pues, visto el dictamen del Ministerio Fiscal, acoger favorablemente el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del TSJ de Castilla y León de fecha 2 de julio de 2008. Por ello, se ha de casar y anular esta sentencia, y resolviendo el debate planteado en suplicación, debe desestimarse íntegramente la demanda origen del presente proceso.

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 letrada doña M^a Isabel Álvarez Gallego en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 2 de julio de 2008, recaída en el recurso de suplicación num. 576/2008 de dicha Sala, y, en consecuencia, casamos y anulamos la citada sentencia dictada por la Sala de lo Social de Valladolid. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos íntegramente la demanda origen del presente litigio, que formuló doña CONCEPCIÓN. Sin costas".

4169/08**025**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 07/10/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sanpedro Corral

Síntesis

DEMANDA DE OFICIO. EXISTENCIA DE RELACION LABORAL. MEDICOS-ODONTOLOGOS, QUE PRESTAN SERVICIOS PARA LA EMPRESA TUCAN 900 S.L.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- La sentencia de instancia estima la demanda de oficio con la que se inician las presentes actuaciones y declara la existencia de relación laboral entre la demandada TUCAN 900, S.L. y los codemandados, licenciados en odontología, pronunciamiento que resulta revocado en suplicación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con

sede en Burgos, de 18 de septiembre de 2008 que absuelve a dicha sociedad de las pretensiones de la demanda. Entiende esta última resolución que no concurre las notas de ajenidad y dependencia en la relación litigiosa, en cuando de los hechos probados resulta que los demandados están dados de alta en el RETA y en el IAE, tienen contratados seguros de responsabilidad profesional individuales, fijan libremente sus honorarios, trabajan también fuera de la clínica demandada, las prótesis son encargadas y abonadas por ellos, pagan un porcentaje por la utilización de las instalaciones y fijan libremente sus honorarios, siendo estos los ingresos que perciben, después de los descuentos pactados de laboratorio y demás.

2.- El Abogado del Estado ha recurrido en casación para la unificación de doctrina, aportando de contraste la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, confirmatoria de la suplicación que, en un proceso de oficio, había reconocido la naturaleza laboral de la relación entre odontólogos y la clínica donde prestaban servicios.

3.- Una comparación entre las sentencias impugnada y recurrida permite concluir que, entre las mismas, concurre el presupuesto de contradicción en la triple vertiente exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral: hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, no obstante lo cual se han producido fallos contrarios. Debe resaltarse, incluso, que los respectivos relatos de hechos probados son prácticamente idénticos, incluso del mismo tenor literal en buena parte de su redacción, coincidiendo incluso el contenido de los ordinales. Las únicas diferencias que se observan podrían jugar a favor de la contradicción, pues en la sentencia de contraste, que confirma la naturaleza de la relación laboral -y no en la recurrida- se dice que los odontólogos deciden quien les sustituye durante sus vacaciones (hecho quinto) y que las consecuencias del impago de los pacientes los asume el odontólogo que le trata.

SEGUNDO.- Verificada la existencia del presupuesto de contradicción es preceptivo entrar a conocer de la infracción legal alegada: artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina de esta Sala, recaída en asuntos sustancialmente iguales.

El recurso así planteado debe ser estimado conforme la doctrina reiterada de esta Sala, mantenida en múltiples sentencias, como en la apartada para justificar la contradicción de fecha 12 de febrero de 2008 (Rec. 5018/2005). A tenor de esta doctrina, y como se expone en el Fundamento de derecho segundo 2. de la sentencia de contraste, con cita de la sentencia de 27 de noviembre de 2007:

"1) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto [SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 y 29-12-1999].

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" [STS 7-6-1986]; en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo [STS 23-10-1989], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [STS 20-9-1995], la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [SSTS 8-10-1992 y 22-4-1996], y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

5) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS 31-3-1997], la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de

precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [STS 15-4-1990 y 29-12-1999], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20-9-1995], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23-10-1989].

6) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [STS 15-4-1990 y 3-4-1992] o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS 22-1-2001]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS 7-6-1986] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS 20-9-1995].

7) No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS 11-12-1989].

8) A partir de estos razonamientos cabe concluir que se dan en el supuesto enjuiciado, las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios "intuitu personae"; b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren "ab initio" al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; d) la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión.

Partiendo de todo ello, y operando en el caso la presunción de laboralidad (art. 8 ET), concurren los requisitos previstos en el art. 1 de ET. En suma, todos los indicios habituales de dependencia, ajenidad y retribución acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado, sin que la conclusión anterior quede desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares que constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad."

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida. Ello conduce a resolver la sentencia en los términos planteados en suplicación, lo que implica la desestimación del recurso de tal clase interpuesto por la empresa demandada, y la confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 231.1 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 para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la INSPECCION PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 18 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el recurso de Suplicación núm. 348/2008. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el litigio en los términos planteados en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por la empresa demandada y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas".

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 27/10/2009

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

Síntesis

FOGASA. OBLIGACIÓN DE ABONO DEL 40% DE LA INDEMNIZACIÓN EN DESPIDOS COLECTIVOS U OBJETIVOS POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O PRODUCTIVAS. COMPETENCIA FUNCIONAL: A EFECTOS DE ADMITIR EL RECURSO HAY QUE ESTAR A LA CUANTÍA INTERESADA EN LA DEMANDA. SE APRECIA ADEMÁS, FALTA DE RELACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA, Y FALTA DE CONTRADICCIÓN, QUE CONDUCEN A LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO.

Fundamentos de Derecho:

“PRIMERO.- 1. La empresa hoy recurrida en unificación de doctrina interpuso demanda frente al Fondo de Garantía Salarial (FGS), solicitando que dicho organismo fuera condenado a abonarla el 40% de las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral, por causas objetivas, de cuatro trabajadores, que la empresa les había satisfecho en su integridad. El importe total de lo reclamado al FGS ascendía a 1.864,67 euros, suma, a su entender, del 40% de las indemnizaciones percibidas por aquellos cuatro trabajadores. La sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Gijón, de fecha 26 de noviembre de 2007, desestimó la demanda pero la Sala de Asturias, en sentencia de 19 de septiembre de 2008 (R. 596/08), acogió en parte la pretensión, condenando al FGS a abonar a la empresa un total de 1.751,71 euros, con el argumento principal de que, con base en la doctrina jurisprudencial que menciona, procede declarar la responsabilidad pura, directa y limitada del Fondo, en sus topes legales, no a la mejora que la empresa haya podido convenir con sus trabajadores, a razón de 20 días de salario por año de servicio, sin que resulte posible en ese caso apreciar concurrencia de fraude alguno.

2. Frente a la sentencia de suplicación se interpone ahora por el FGS el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se articulan dos motivos diferenciados; el primero, al que se califica como “cuestión previa de orden público procesa”, denuncia la falta de competencia funcional de la Sala de Asturias para conocer del recurso de suplicación en su día interpuesto por la empresa, al no superar la cuantía reclamada, según se dice, el límite obstativo que establece el art. 189.1 de la LPL, invocando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 19 de septiembre de 2001 (R. 4429/00); el segundo motivo mantiene, en síntesis, que “si no se han respetado los requisitos y trámites legales, en concreto los del art. 51.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores [se aduce que los trabajadores fueron despedidos sin que la empresa siguiera los trámites previstos al efecto para el despido colectivo], no cabe que el FOGASA, sostenido como está con fondos públicos, abone indemnización alguna”, e invoca como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 24 de noviembre de 2005 (R. 8461/04).

SEGUNDO.- Por lo que al primer motivo se refiere, el recurso no puede prosperar porque, aunque, como tantas veces ha declarado esta Sala, la competencia funcional es apreciable de oficio y, por ello, ni siquiera sería necesario que se invocara sentencia de contraste, ni que esa concreta cuestión hubiera sido objeto de debate en los trámites anteriores a la casación unificadora, lo verdaderamente relevante en este caso es que la petición inicial de la demanda rectora de los autos, como con acierto aduce la empresa en el escrito que dio respuesta a nuestra providencia del 26 de junio pasado, superaba el límite legal que impide al acceso a la suplicación, pues pretendía que el FGS fuera condenado al abono total de 1.864,67 euros, por más que dicha suma fuera el resultado de lo que la propia empleadora había satisfecho a cada uno de los cuatro trabajadores despedidos, cuyas cuantías individualizadas no superaban en ningún caso los 450 euros. Así pues, la cantidad que ha de tomarse en consideración a los efectos del recurso de suplicación no es la que la empresa abonó a cada trabajador como indemnización por el despido, ni el 40% de cada indemnización, sino la suma total del 40% de todas ellas, que es precisamente el importe que constituye la pretensión ejercitada por la empleadora en exclusiva contra el FGS, de la misma manera que cuando un solo trabajador reclama contra su empresario un determinada cantidad por distintos conceptos (atrasos, pagas extras, horas extraordinarias, por ejemplo) el importe a considerar no es cada concepto concreto sino el total de lo reclamado en la demanda.

En efecto, como se decía por esta Sala en su sentencia de 14 de mayo de 2002 (R. 2494/01), reiterando doctrina anterior (TS 22-1-2001, R. 620/01), la cuantía de un proceso, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) como en la LPL, viene determinada por la cuantía de lo solicitado en la demanda, como expresamente se especifica en el art. 190 de la LPL, que está inmediatamente detrás del art. 189 y con la finalidad expresa de determinar la cuantía para los recursos de suplicación. Dicho precepto se refiere, tanto en su apartado 1 como en el 2, a la cuantía de las pretensiones, y el mismo principio se mantiene en la LEC, en donde la cuantía de la demanda es la que determina no solo la clase de juicio -art. 254-, sino la procedencia o no del recurso de casación -

art. 477-. En ningún caso prevén nuestras normas procesales una cuantía para la demanda y una cuantía distinta para el recurso como, por el contrario, sí que ocurre en algún otro ordenamiento del derecho comparado, en el que la cuantía a estos efectos viene determinada por la cantidad que es objeto de recurso (“summa gravaminis”). La doctrina se mantiene igualmente, entre otras, en la STS 10-7-2002, R. 4286/01.

Y como quiera que, según vimos, la cuantía de la pretensión contenida en la única demanda aquí entablada por la empresa contra el FGS sobrepasa, aunque sea por poco, el límite establecido en el art. 189.1 LPL (a diferencia de lo que sucedía en la sentencia citada de contraste, en la que lo que se pretendía a estos efectos era sumar lo reclamado en cada pretensión individual por cada uno de los trabajadores accionantes, para superar así, burlándolo, el límite obstativo del recurso de suplicación), el motivo debe ser desestimado, en contra de lo que al respecto sostiene el informe del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso tampoco merece favorable acogida, no sólo porque carezca de la necesaria relación precisa y circunstanciada de la contradicción que requiere el art. 222 de la LPL (TS 27-5-1992, R. 1324/1991; 16-9-2004, R. 2465/2003; 6-7-2004, R. 5346/2003; 15-2-2005, R. 1900/2004; 28-6-2005, R. 3116/04; y 31-1-2006, R. 1857/04), pues se limita a señalar algunos elementos que presentan en común la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria, sin proceder en ningún momento a analizar comparativamente los hechos, los fundamentos y las pretensiones que han conducido a los fallos opuestos, sino, sobre todo, porque no concurre el propio requisito de la contradicción que exige el art. 217 de la LPL. Así, a pesar de que las dos sentencias sometidas ahora al juicio de identidad se refieran a despidos objetivos en los que se abonó una cuantía indemnizatoria superior a la legalmente prevista (en el caso de la recurrida 45 días de salario por año de servicio y en la de contraste un “complemento a la indemnización legal” de 20 días de salario también por año), en la sentencia referencial se aprecia la existencia de fraude de ley, en primer lugar, porque así lo entendió el Juez de instancia, constando además que los trabajadores firmaron, a la vez que percibían la indemnización ofrecida, un documento en el que manifestaban que el acto extintivo estaba justificado y ajustado a derecho y que renunciaban a impugnarlo. Este elemento fáctico no se da en el caso de la sentencia recurrida, por lo que los supuestos no resultan comparables. Por otra parte, en fin, la Sala ha señalado con reiteración (TS 11-10-1991, R. 195/91; 5-12-1991, R. 626/91; 8-2-1993, R. 945/92; 27-10-1998, R. 3616/97; 27-4-2004, R. 2017/03; y 7-4-2004, R. 2017/03) que la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina, y ello no sucede sólo en materia de calificación de incapacidades sino también cuando se trata del análisis de posibles conductas fraudulentas que se fundan en la valoración de intenciones.

CUARTO.- Las razones apuntadas en los fundamentos jurídicos anteriores conducen necesariamente a la desestimación del presente recurso de casación con todos los efectos establecidos en los arts. 223 y 233 de la LPL para dicho pronunciamiento, sin que haya lugar a pronunciamiento de condena en 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 FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación núm. 596/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, en autos núm. 450/07, seguidos a instancias de PROMOCIONES E INVERSIONES EUROCANAL, S.L. contra FONDO DE GARANTIA SALARIAL sobre reclamación de cantidad. Sin costas”.



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 7ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 16/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Síntesis

DERECHOS FUNDAMENTALES: LIBERTAD SINDICAL. MODIFICACIÓN DE UNA RPT QUE DETERMINA QUE UNA FUNCIONARIA, POR CAMBIAR EL ENCUADRAMIENTO JERÁRQUICO DE SU PUESTO DE TRABAJO, PIERDA LA CONDICIÓN DE DELEGADA SINDICAL QUE OSTENTABA EN EL ANTERIOR ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** El proceso de instancia fue iniciado por doña JULIA ANTÚNEZ BENITO, funcionaria de la de la Xunta de Galicia , mediante recurso contencioso-administrativo dirigido contra el Acuerdo del Consello de dicha Comunidad Autónoma que aprobó la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo de la Delegación Provincial de Pontevedra, en Vigo, de la Consejería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública.

Esa modificación afectó, entre otros, al puesto de trabajo desempeñado por dicha recurrente, que como consecuencia de ello dejó de depender de la Consejería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales y pasó a depender de la de la Consejería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública.

La demanda formalizada en dicho proceso reclamó en el *suplico* la nulidad de esa modificación y la de los actos que en cumplimiento de la misma afectaron a la recurrente.

Los hechos aducidos en apoyo de esa pretensión, expuestos aquí en lo esencial, fueron éstos que continúan.

Que la demandante había participado, figurando en la listas del sindicato CGT, en las elecciones de representantes del personal funcionario celebradas a comienzos de 2003. Que en el momento de la controvertida modificación era delegada del mencionado *sindicato* en la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales. Que en los tiempos inmediatamente anteriores a la modificación de su puesto de trabajo había sido objeto de un acoso moral predeterminado, habiendo consistido dicho acoso en suprimirle la disponibilidad del teléfono para asuntos laborales y en mantenerla inactiva sin asignarle tarea alguna. Y que esa situación de represalia fue tan notoria que provocó la nota informativa del sindicato CIG, distinto al de la demandante. Y que en las actas de las reuniones de 5 y 7 de mayo de 2003 de la Mesa Ordinaria de Negociación se recogen denuncias sindicales sobre la ausencia de datos objetivos que justificaran las razones que habían llevado a la Administración a la elección de los puestos de trabajo a los que se había aplicado la modificación.

En el apartado de fundamentos de derecho, la demanda invocó dos motivos de impugnación: que la movilidad de la demandante había sido premeditada por razón de su actividad sindical, con la consecuencia de forzar así su cese en el ámbito en que venía desempeñando su acción sindical (la Delegación Provincial en Vigo de la Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales); y que, como consecuencia de ello, se había producido una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en lo relativo a la prohibición de trato discriminatorio.

SEGUNDO.- La sentencia aquí recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo de doña JULIA.

El razonamiento seguido para justificar ese pronunciamiento desestimatorio está contenido en su fundamento jurídico tercero, cuyo tenor literal es siguiente:

"Es evidente y a nadie escapa que el funcionario, por razón de su acceso a la función pública, no adquiere, salvo que se trate de puestos singularizados, un derecho absoluto a mantener y conservar su concreto puesto de trabajo, ni tal privilegio podría venir amparado por su condición de sindicalista. En el supuesto enjuiciado, el Inspector General de Servicios de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública señala que los criterios tenidos en cuenta en la concreción de los puestos de trabajo de las distintas Delegaciones, Direcciones Provinciales y Territoriales que pasaron a integrarse en la Relación de Puestos de Trabajo de la Delegación Provincial de Pontevedra en Vigo de dicha Consellería fueron los siguientes: El número de registros de entrada y salida de documentos por Delegaciones, Direcciones Provinciales y Territoriales, en función del cual se

propuso el número de efectivos que cada Consellería debía aportar a la Relación de Puestos de Trabajo de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública y, en atención a dicho criterio, se propuso incorporar puestos de trabajo procedentes de las Consellerías con mayor número de registros de entrada y salida de documentos que llevan parejo un mayor volumen de compulsas. En todo caso, a la demandante se le han respetado los primordiales derechos económicos y funcionales, entre los que no figura el de ubicación en una determinada dependencia orgánica.

La recurrente sostiene que, por represalias frente a su actividad de sindicalista, ha sido removida de su puesto de trabajo, vulnerándose de ese modo el derecho a la libertad sindical. Ninguna prueba aporta la actora en tal sentido; no vale argüir que esta Sala acordó, en su momento, no haber lugar a recibir a prueba el recurso contencioso administrativo, desestimando después el recurso de súplica promovido contra aquella decisión, puesto que en el otrosí de la demanda, al solicitar el recibimiento a prueba del recurso, la actora se limitó, al concretar los hechos sobre los que había de versar la misma, a señalar que sería sobre su condición de sindicalista (no negada por la Administración) y sobre su actividad funcional (tampoco discutida), sin hacer referencia alguna a las represalias denunciadas. Tan solo aporta a los autos un escrito, obtenido a través de Internet, en el que se recogen manifestaciones de otras organizaciones sindicales, pero que, obviamente, carecen de valor, dada su parcialidad y subjetividad, para justificar la denuncia en tal sentido promovida.

Tampoco la alusión a la corrección de un error padecido por la Administración a la hora de establecer el código del primitivo puesto de trabajo puede inducirnos a pensar en una aviesa finalidad por parte de aquella, cuando es obvio que la equivocación se centró en las siglas iniciales de dicho código, consignando "FA" en lugar de "AS", error que obedece a la asunción por la Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales (AS) de las competencias que antes correspondían a otras Consellerías entre ellas, la de Familia, Promoción de Empleo, Mujer y Juventud (FA), sin que se hubiese producido alteración en los dígitos que seguían a las siglas referidas.

En consecuencia, no apreciándose razón alguna que permita estimar producida una torticera actuación por parte de la Administración, consistente en una persecución y acoso frente a la actora por causa de su condición de sindicalista y no existiendo vulneración del derecho a la libertad sindical, procede desestimar el recurso planteado".

TERCERO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto también por doña JULIA, que invoca en su apoyo dos motivos.

El primero, amparado en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), denuncia la denegación acordada por la Sala de instancia sobre el recibimiento a prueba que fue solicitado en la demanda, como también la indebida valoración que la sentencia recurrida llevó a cabo de los documentos obrantes en las actuaciones que hacían referencia a la alegada conducta de represalia sindical.

El segundo, formalizado por la letra d) del precepto procesal antes citado, denuncia la infracción del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución (CE) y pide una integración de los hechos probados que incluya la conducta de discriminación y persecución sindical que fue denunciada en el proceso de instancia.

CUATRO.- Ambos motivos de casación merecen ser acogidos por lo que se explica a continuación.

El primer motivo, por asistir razón a la parte recurrente en la censura que dirige a la Sala de instancia sobre la denegación que acordó del recibimiento a prueba solicitado en la demanda.

Así debe ser porque, frente a lo que afirma la sentencia de la Sala de Galicia, esa solicitud fue literalmente dirigida a lo siguiente: "*probar, al menos indiciariamente que nos encontramos ante una represalia encubierta por razón de la actividad sindical del recurrente*" (sic). Con lo cual, no puede ser compartido ese razonamiento de la sentencia "a quo" de que la solicitud no hizo referencia a las represalias y tan solo tuvo por objeto hechos que no habían sido discutidos por la Administración demandada; y debe subrayarse que los hechos invocados como expresivos de esa alegada represalia aparecen descritos en la demanda con la suficiente concreción para ser identificados (como resulta de la reseña que de ella se ha realizado en el primer fundamento de esta sentencia).

El segundo motivo debe prosperar igualmente porque la sentencia, aún aceptando sus premisas fácticas, no interpreta ni aplica debidamente el derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE; y esto por lo siguiente:

1.- Ese derecho fundamental a la libertad sindical, en su dimensión colectiva, equivale a la libertad para el ejercicio de la acción sindical, que no es sino la libertad de los sindicatos para desarrollar todas las actividades lícitas que juzguen convenientes para el desempeño de esa función que constitucionalmente tienen asignada de defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios (artículo 7 CE).

Acción sindical que, de conformidad con lo establecido en Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical -LO/LS- (artículos 8 y siguientes), incluye el derecho a constituir Secciones sindicales en el ámbito del centro de trabajo y comporta, para los delegados sindicales, unas garantías que les son reconocidas como instrumento para llevar a cabo la acción sindical.

2.- La debida tutela del derecho fundamental a la libertad sindical comprende, consiguientemente, la tutela de los delegados sindicales y sus garantías.

3.- Esa tutela de los delegados sindicales significa que cualquier actuación organizativa de la Administración que pueda incidir negativamente sobre ellos o sobre su libertad de acción sindical (como puede ser cualquier cambio en el organigrama administrativo que pueda determinar la pérdida de la condición de delegado) habrá de estar debidamente justificada; y dicha justificación deberá operar en esta doble dirección: que hay unas claras razones de interés general que imponen el cambio; y que, existiendo una pluralidad de puestos de trabajo, esas razones exigen así mismo que el cambio ha de materializarse necesariamente en el puesto ocupado por el delegado sindical y no en otro puesto distinto.

Y es a la Administración a la que incumbe la carga de demostrar esa justificación.

4.- En el actual caso litigioso la justificación ofrecida por la Administración demandada, y acogida como válida por la Sala de instancia, está constituida por esos criterios que la sentencia recurrida refiere en su fundamento jurídico tercero que antes ha sido transcrito.

Esos criterios no pueden considerarse una justificación suficiente por estas dos razones: expresan el dato objetivo tenido en cuenta para el cambio de encuadramiento jerárquico del puesto de trabajo (el número de registros de documentos existentes en el puesto), pero no indican las razones por las que es más conveniente que los puestos con esos datos dependan de una Consellería y no de otra; y tampoco se explica debidamente cuáles son las circunstancias y razones que hacen que el cambio deba afectar necesariamente al puesto de trabajo de la Delegada sindical aquí recurrente y no a otros puestos de trabajo.

5.- Lo anterior era bastante para declarar que la actividad administrativa impugnada vulneró el derecho fundamental a la libertad sindical, y sin necesidad de que se acreditaran las conductas de represalia que fueron invocadas en la demanda.

QUINTO.- La consecuencia de esa acogida de los motivos de casación debe ser que este Tribunal Supremo anule la sentencia recurrida y, enjuiciando directamente la controversia planteada en el proceso de instancia (artículo 95 de la LJCA), estime las pretensiones deducidas en la demanda de anulación de la actuación administrativa impugnada, como vulneradora del derecho a la libertad sindical, y de restablecimiento de la situación jurídica disfrutada por la recurrente con anterioridad a dicha actuación administrativa.

Y en cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias para hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación (artículo 139, 1 y 2, de la LJCA).

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña JULIA contra la sentencia de 27 de abril de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 647/2003), y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia también por doña JULIA y anular, por vulnerar el derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución, la modificación que sobre su puesto de trabajo fue decidida por el impugnado Acuerdo de 8 de mayo de 2003 del Consello de la Xunta de Galicia; con reconocimiento a dicha recurrente del derecho a que sea restablecida la situación jurídica que, por lo que se refiere al puesto de trabajo desempeñado, disfrutaba con anterioridad a la modificación aquí anulada.

3.- No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación):** Sentencia de 16/09/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Oscar González González**Síntesis****Impuesto sobre Sociedades en Régimen de Declaración Consolidada. Sanciones. Motivación de las actas.****Fundamentos de Derecho:**

“PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de abril de 2003, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la citada entidad contra la Resolución del TEAC, de fecha 8 de junio de 2000, relativa a liquidación por el Impuesto de Sociedades, ejercicio de 1991.

El recurso se articula sobre la base de dos motivos al amparo, en ambos casos, del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable. En el primero de los motivos, se aduce la vulneración de los artículos 77.1 de la LGT y jurisprudencia que lo interpreta (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995, de 8 de mayo de 1997 y de 14 de octubre de 2000, entre otras), ya que, señala la entidad recurrente, existe una falta de claridad en la resolución impugnada y en los demás actos administrativos que integran el expediente, de tal forma "que resulta imposible efectuar interpretación alguna de las normas aplicables y, menos aun, aplicar éstas sin que esté perfectamente clara y descrita la realidad sobre lo que deben proyectarse aquéllas" (pág. 12), lo cual sucede cuando, en el supuesto de cuotas de arrendamiento financiero en la parte relativa al terreno, no se conocen "los bienes a que se refieren los arrendamientos financieros cuyas cuotas se han deducido, ni los contratos que las amparan, ni en cada caso el importe de las cuotas (...), y aún más si dicho importe comprende o no el precio de la opción de compra" (pág. 12) o, en el caso de excesos de amortización, cuando no existe "referencia a una especificación de conductas concretas más allá de la genérica referencia a la improcedencia de la amortización en exceso de tablas o de la parte de valor correspondiente al suelo" (pág. 15), de tal forma que "la simple referencia genérica de los excesos de amortización, bien por inclusión del valor del suelo, bien por exceso sobre los coeficientes máximos de tablas, es insuficiente para calificar como infracción una conducta del obligado tributario, sin una concreción de los bienes en relación con los que se aprecian tales excesos que permita conocer que la Inspección está calificando en forma correcta la naturaleza de los elementos del inmovilizado y que, coherentemente, está aplicando en forma correcta, las tablas de amortización" (pág. 15).

Además, por lo que se refiere a las cuotas de arrendamiento financiero, sostiene la entidad recurrente que su conducta se ajustó a "dos consultas efectuadas a la Dirección General de Tributos" (pág. 13) y señala que la misma Sala y sección dictó sentencia de 13 de marzo de 2003, con relación al mismo sujeto y concepto, pero referida al período 1989, en la que se pronunciaba sobre el problema de la deducción de "cuotas de arrendamiento financiero" y sobre las "deducciones por inversiones en activos fijos nuevos", llegando a la conclusión contraria a la que llega en la sentencia ahora recurrida. En el primero de los supuestos, por considerar que se trata de una cuestión que ha sido objeto de mucha polémica doctrinal y, en el segundo de ellos, por entender que existe una falta de motivación suficiente en la imposición de la sanción. Con ello, entiende la recurrente, se pone de manifiesto que "el mantenimiento de otra interpretación puede ser razonable, según resulta, (...) de la propia Sala y Sección, por ser materias que, en propia expresión de la misma, distan mucho de ser pacíficas lo que justifica una "razonable disparidad de criterios de calificación" (pág. 14).

Por todo ello, concluye que la genérica declaración, que realiza la sentencia de instancia, de que las normas fiscales son claras, constituye una declaración "desconectada de la interpretación y aplicación concreta de aquellas normas en relación con la distinta naturaleza de los bienes y elementos para cuya amortización se han hecho las dotaciones y, por lo tanto, insuficiente para poner de relieve que la disparidad de criterios de calificación no es razonable y, por tanto, la culpabilidad" (pág. 16).

En el segundo motivo de casación, por infracción del art. 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los contribuyentes, en relación con los artículos 135, 138.1 y 54.1.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el art. 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, alega la entidad recurrente "que la sanción impuesta carece de motivación suficiente al no estar identificados con la concreción necesaria los hechos que la motivan generando absoluta indefensión" (pág. 20), de tal forma que la falta de motivación fáctica difícilmente pueda dar cumplimiento a la exigencia de prueba de la culpabilidad del contribuyente en la comisión de infracciones. Esta falta de motivación concurre con especial intensidad en el supuesto relativo a la deducción por inversiones en activos fijos nuevos, con relación a los cuales pone de manifiesto la entidad que así lo entendió "la misma Sala y Sección que la que es objeto de este

recurso en relación con la sanción impuesta por razón también de la deducción por inversiones en activos fijos nuevos correspondiente al ejercicio 1989, consecuencia de las mismas actuaciones inspectoras que (...) fueron comprensivos de los ejercicios 1988 a 1992 por el Impuesto sobre Sociedades" (pág. 19).

SEGUNDO.- En lo atinente a la cuestión de fondo objeto del presente recurso, la Sala de instancia analiza, en el FD Quinto, la procedencia o improcedencia de la sanción impuesta, partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el principio de culpabilidad (recogida en Sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1995 y 28 de febrero de 1996).

De acuerdo con ella, *"la culpabilidad debe ser apreciada, en principio, en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica. Y, en tal sentido el Tribunal Supremo ha establecido el criterio (SSTS, entre otras, de 28 de febrero de 1996 y 6 de julio de 1995) de estimar que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable". Por ello el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, lo que supone 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.*

La actora, en síntesis, mantiene que por su parte no ha habido ningún tipo de ocultación y alega una discrepancia de criterio con la Inspección.

La regularización se efectuó con incremento de la base imponible declarada por los conceptos expresados: En este caso, ha de tenerse en cuenta que la entidad recurrente presentó declaración sin ocultar datos y sin que se aprecie intencionalidad alguna elusiva del pago del tributo como elemento determinante de la infracción, ofreciendo la interpretación que hace la actora una discrepancia razonable de la normativa aplicable en relación con los gastos que consideró deducibles, los cuales fueron declarados y contabilizados como pretendidamente deducibles, razón por la que no se aprecia culpabilidad en la actora, debiendo estimarse el recurso en éste aspecto. En consecuencia, tal conducta no puede ser calificada sino de voluntaria y culpable, de acuerdo con la precitada construcción jurisprudencial del principio de culpabilidad en materia tributaria, debiendo por tanto, quedar ajena al ejercicio de la potestad sancionadora de la Hacienda Pública.

La Sala entiende, por el contrario que la normativa en cuanto a la no deducibilidad de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondientes a la recuperación del coste del bien cuando el contrato tiene como objeto bienes no amortizables es clara por lo que lo único destacable es la inconformidad del sujeto pasivo a lo establecido en la norma. Aplicando la anterior doctrina al caso actualmente controvertido y ante la inexistencia, pues, de una discrepancia razonable, teniendo en cuenta, además, que la sociedad ha incumplido tanto la exigencia formal de proceder a una correcta declaración y, como consecuencia de la anterior, de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados parte importante de la deuda tributaria, es evidente que debe señalarse la existencia de una clara imputación de la omisión y ocultación expresadas, sin que, por otra parte, pueda hablarse de opinión errónea alguna en cuanto a la valoración jurídico fiscal de los elementos de referencia. Todo ello es lo que ha de llevarnos a considerar en este concreto caso el elemento de la culpabilidad concurre.

La conducta de la Sociedad en relación con los hechos constatados en las Actas, como la computación de excesos de amortizaciones, es constitutiva de infracción; infracción de la que es responsable la recurrente, en base al principio de culpabilidad, conforme al criterio sostenido por el Tribunal Constitucional, que, como se ha expresado, ha establecido como uno de los pilares básicos para la interpretación del Derecho Administrativo Sancionador que los principios y garantías presentes en el ámbito del Derecho Penal son aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública (STC 76/1990, de 26 de abril), debiendo, sin embargo, estimarse la concurrencia voluntariedad de la infracción concurre cuando, como acontece con las amortizaciones, el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y su clara limitación objetiva concretada en tablas, sin que existan algunas diferencias u oscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada.

Y lo mismo debe decirse en relación con las deducciones por inversiones en activos fijos nuevos cuya normativa, y claridad, no es discutida por la recurrente que simplemente alega la falta de motivación, que en modo alguno concurre.

Procede, por tanto, la estimación parcial del recurso en lo que se refiere a la imposición de las sanciones exclusivamente por el concepto de "gastos", ya que la interpretación jurídica sostenida por la recurrente es, cuando menos, razonable y susceptible de debate, máxime cuando los preceptos legales aplicables al caso no definen claramente el concepto de los mismos, siendo preciso acudir a una exégesis que revela las dificultades de sustentar jurídicamente las pretensiones no sólo de la parte recurrente, sino también de la parte demandada".

TERCERO.- Antes de resolver sobre la lesión del ordenamiento denunciada, debemos precisar que, pese a que la sociedad recurrente imputa a la Sentencia impugnada dos infracciones diferentes -la ausencia de motivación de la resolución sancionadora y la falta de prueba de la culpabilidad-, en realidad, tal y como están planteados, ambos motivos de impugnación pueden y deben reconducirse a uno sólo: la falta de motivación de la resolución sancionadora, y como consecuencia de ello, la imposibilidad de determinar los elementos de hechos que son precisos para discernir sobre la culpabilidad.

Como se señaló en la Sentencia de 6 de junio de 2008, "*debemos recordar que el principio de culpabilidad, derivado del art. 25 CE, rige también en materia de infracciones administrativas (SSTC 246/1991, de 19 de diciembre; y 291/2000, de 30 de noviembre), y «excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente» [STC 76/1990, de 26 de abril]; en el mismo sentido, STC 164/2005, de 20 de junio]. En el ámbito tributario, dicho principio de culpabilidad se recogía en el art. 77.1 LGT -aplicable al supuesto que enjuiciamos-, en virtud del cual «[las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia]; precepto que, como subrayó el Tribunal Constitucional, sólo permitía sancionar cuando se había actuado por «dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia» [SSTC 76/1990); y 164/2005], de manera que más allá de la "simple negligencia", de la "culpa leve", los hechos no podían ser castigados, simplemente [en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008]. En la actualidad, aunque con una fórmula diferente, la misma exigencia debe entenderse que se contiene en el art. 183.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, al establecer, que «[son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley».*

Pues bien, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, el principio de presunción de inocencia, aplicable también en el ejercicio de la potestad administrativa (por todas, SSTC 120/1994, de 25 de abril; y 45/1997, de 11 de marzo), garantiza «el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad» (STC 212/1990, de 20 de diciembre), y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación del acusado en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de la sanción [entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril); 14/1997, de 28 de enero; 209/1999, de 29 de noviembre y 33/2000, de 14 de febrero]; ausencia de motivación específica de la culpabilidad que, en el concreto ámbito tributario, determinó que en la STC 164/2005, de 20 de junio, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional llegara a la conclusión de que la imposición de una sanción por la comisión de una infracción tributaria grave tipificada en el art. 79 a) LGT, vulneró el derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia".

Sentado lo anterior, es evidente que, como se ha señalado, en el caso que se examina, pese a que la entidad recurrente otorga un tratamiento autónomo a la alegada ausencia de *prueba* de la culpabilidad, esta última cuestión debe reconducirse a la también invocada falta de motivación de la resolución sancionadora.

CUARTO.- Debe analizarse, por lo tanto, si en el supuesto enjuiciado se consideran plenamente motivados todos y cada uno de los elementos que permiten imponer la sanción por la infracción tributaria grave tipificada en el art. 79 a) LGT, incluida la culpabilidad en la actuación de la sociedad recurrente.

A este respecto, es preciso recordar, antes que nada, los términos en los que se expresaba el acta firmada en conformidad por Banco Santander Central Hispano, S.A. y la motivación de la sanción que se contenía en la resolución sancionadora. El acta de 12 de julio de 1995 que la O.N.I. incoó a la actora se limitaba a señalar que procedía modificar la base imponible declarada por la entidad, incrementándola por los conceptos e importes que se detallan a continuación: 1. Gastos que fiscalmente no tienen la consideración de deducibles, al amparo de lo establecido en los artículos 108, 111 y 112 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades: (a) Gastos de invitaciones con clientes y gastos diversos de dirección; b) Cantidades satisfechas en Obsequios de Navidad para clientes y otros gastos diversos; c) Pagos realizados por la entidad sin exigencia contractual a favor de sus empleados). 2) Dotaciones contables a la amortización del inmovilizado material que no cumplen, los requisitos exigidos en los artículos 43 y siguientes del Reglamento del impuesto sobre Sociedades para tener la consideración de fiscalmente deducibles: (a) Por dotaciones a la amortización de edificios sin excluir el valor del suelo, en contra de lo señalado en el artículo 44.2 del texto reglamentario; b) Por dotaciones a elementos del inmovilizado material, excediendo los coeficientes máximos según tablas oficialmente aprobadas, artículo 58 del R.I.S. 3) Pagos incluidos en las cuota de arrendamientos financieros relativos a bienes inmuebles y que por corresponder al terreno no tenían la consideración de fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del propio Reglamento y la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/88. 4) Deducción por inversión en Activos Fijos Nuevos que, a juicio de la Inspección, no cumplen los requisitos exigidos en el artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Y el acuerdo de 28 de febrero de 1996, por el que el Inspector Jefe de la oficina Técnica de la O.N.I. acordó la imposición a Banco Santander Central Hispano, S.A. de una sanción por infracción grave consistente en dejar de ingresar la totalidad o parte

de la deuda tributaria, contenía la siguiente fundamentación: en el CONSIDERANDO TERCERO reproduce los preceptos que considera aplicables a los distintos hechos constitutivos de infracción, limitándose a añadir expresiones como "no ha ocurrido así en los casos contemplados", "lo que aquí ocurre" o "la redacción del artículo 214 y ss. del Reglamento y su aceptación por parte de la sociedad, releva de mayores comentarios" y en el CONSIDERANDO CUARTO establece expresamente: "La sociedad en su conducta, ha incidido en las notas de antijuridicidad, tipicidad, imputabilidad y punibilidad.

* Antijuridicidad Ha violado el ordenamiento jurídico tributario al no haber aplicado correctamente lo dispuesto en los artículos citados en el CONSIDERANDO TERCERO, perteneciente a diversas Leyes y Reglamentos.

* Tipicidad: Su conducta está tipificada en el ordenamiento tributario, se encuentra contenida en una norma en la que es definida como infracción de aquel tipo (art. 79.a) de la Ley General Tributaria "dejar de ingresar la totalidad o parte de la deuda tributaria.

* Imputabilidad: La apreciación de culpabilidad en la conducta del sujeto infractor (...) ha de juzgarse de acuerdo con la situación y condiciones personales del sujeto que la comete. En el caso del obligado tributario, no se trata de un simple ciudadano con escasos o nulos conocimientos en materia fiscal, se trata de una importante empresa con un equipo de expertos jurídicos y fiscales que debían conocer la recta aplicación de las normas al caso controvertido, siendo los artículos aplicables ya mencionados, claros y sencillos y dicha aplicación directa y sin problemas sin que pueda argumentar laguna, oscuridad o distintos criterios interpretativos(...).

* Punibilidad: La conducta de la sociedad merece ser sancionada. La exposición realizada en los apartados anteriores lleva a la ratificación de que tal conducta ha sido, cuando menos negligente, y por tanto punible, siéndole de aplicación el régimen sancionador establecido en el artículo 87.1 de la Ley General Tributaria".

Como es fácilmente apreciable, la resolución sancionadora, del mismo modo que el acta de inspección, se limita a explicitar la regularización practicada por la Administración tributaria, haciendo referencia a los artículos en virtud de los cuáles se considera que las irregularidades detectadas constituyen una infracción tributaria grave conforme al art. 79 a) LGT, pero sin especificar los hechos o circunstancias de los que se infiere que la obligada tributaria inspeccionada ha actuado culpablemente, por dolo o negligencia, esto es, al menos por la «simple negligencia» o negligencia leve a la que aludía el art. 77.1 LGT.

A este respecto, conviene subrayar que, como se viene señalando (por todas, Sentencia de 6 de junio de 2008), "en el ámbito administrativo sancionador, «la conclusión de que la conducta reprochada a un sujeto pasivo puede comprenderse en alguno de los tipos establecidos por la Ley, debe estar soportada no por juicios de valor ni afirmaciones generalizadas, sino por datos de hecho suficientemente expresivos y detallados, con descripción individualizada, incluso, de las operaciones que puedan entenderse acreedoras de sanción», de manera que las sanciones tributarias no «pueden ser el resultado, poco menos que obligado, de cualquier incumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes» [Sentencia de 16 de marzo de 2002]. En efecto, «no basta con que la Inspección alegue genéricamente las incorrecciones cometidas por el contribuyente para que, sin más, resulte procedente la sanción. Es preciso que, además, se especifiquen los motivos o causas de esas incorrecciones a efectos de una posterior valoración de la conducta calificada de infractora. No resulta procedente, v. gr. decir que "aparecen deducciones por inversiones indebidamente acreditadas, a practicar en ejercicios futuros, por un importe de 134.559.385 (en cuota)" para pasar, sin solución de continuidad, a valorar esa conducta como infracción», sino que es preciso especificar «la causa de esa calificación de indebida acreditación de tales deducciones, esto es, la cita de los preceptos -(...)- en virtud de los cuales se ha llegado a la conclusión de conceptuarlas como "indebidas" y las circunstancias en que, no obstante las prevenciones legales o reglamentarias, se hizo la deducción» [Sentencia de 16 de julio de 2002], en el mismo sentido, Sentencia de 23 de septiembre de 2002".

De acuerdo con esta doctrina, tanto el Acta como el Acto de liquidación adolecen de falta de motivación por cuanto no resulta suficiente con las alegaciones genéricas que se realizan por parte de la Inspección en cuanto a las conductas infractoras, de tal forma que "la naturaleza específica de las diversas conductas sancionadas exige una valoración culpabilística de cada una de ellas, lo que hace insuficiente una valoración culpabilística genérica, como es el caso" [Sentencia de 18 de marzo de 2009], como tampoco lo es el basar la apreciación de culpabilidad en el hecho de que "no se trata de un simple ciudadano con escasos o nulos conocimientos en materia fiscal, se trata de una importante empresa con un equipo de expertos jurídicos y fiscales", pues es doctrina reiterada de la Sala que lo que «no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo *exclusivamente* a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE [véase, por todas, la Sentencia de esta Sección de 6 de junio de 2008], es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas -aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida- si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse

como *razonable* [Sentencias de 26 de septiembre de 2008, de 27 de noviembre de 2008 y 29 de octubre de 1999]. Por lo tanto, estas circunstancias pueden tenerse en cuenta, pero *en conjunción* con otros elementos como las características de la disposición controvertida [en particular, si es clara o, por el contrario, compleja o susceptible de diversa interpretación: entre muchas otras, Sentencias de esta Sección de 16 de julio de 2002; 14 de febrero de 2003 y de 21 de julio de 2004, y la índole de la interpretación mantenida [señaladamente, si es o no razonable: por ejemplo, Sentencias de esta Sección de 19 de julio de 1997, 25 de enero de 2002 y de 29 de junio de 2002.

QUINTO.- Pues bien, como se ha señalado en el FJ Segundo, la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 30 de abril de 2003, parece haber tenido en cuenta alguna de estas consideraciones cuando estima parcialmente el recurso interpuesto por la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A. y anula la sanción por el concepto de gastos.

En este sentido, la sentencia de instancia señala que "en este caso, ha de tenerse en cuenta que la entidad recurrente presentó declaración sin ocultar datos y sin que se aprecie intencionalidad alguna elusiva del pago del tributo como elemento determinante de la infracción, ofreciendo la interpretación que hace la actora una discrepancia razonable de la normativa aplicable en relación con los gastos que consideró deducibles, los cuales fueron declarados y contabilizados como pretendidamente deducibles, razón por la que no se aprecia culpabilidad en la actora, debiendo estimarse el recurso en éste aspecto".

Sin embargo, los argumentos que sirven de fundamento al Tribunal de instancia para considerar correctas las sanciones impuestas sobre "cuotas de arrendamiento financiero" y "excesos de amortizaciones" se ciñen a la consideración de que la norma es clara y no admite dudas interpretativas.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, un elemento a tener en cuenta a la hora de imputar una conducta culpable es la claridad de la norma y la ausencia dudas interpretativas, también lo es el hecho de que, en este caso, y como pone de manifiesto la propia entidad recurrente, la misma Sala y sección de instancia dictó sentencia de 13 de marzo de 2003, con relación al mismo sujeto y concepto, pero referida al período 1989, en la que se pronunciaba sobre el problema de la deducción de "cuotas de arrendamiento financiero" y sobre las "deducciones por inversiones en activos fijos nuevos", llegando a la conclusión contraria a la que llega en la sentencia ahora recurrida. En el primero de los supuestos, por considerar que se trata de una cuestión que ha sido objeto de mucha polémica doctrinal y, en el segundo de ellos, por entender que existe una falta de motivación suficiente en la imposición de la sanción.

Por lo tanto, con relación a la "cuotas de arrendamiento financiero" adolece la sentencia de instancia de motivación suficiente, tanto por el hecho de que la claridad de la norma pueda quedar en entredicho por la existencia de dudas interpretativas, como se derivaría de otros pronunciamientos del propio tribunal de instancia, como por no existir una justificación de las circunstancias concretas que refrendarían la concurrencia del elemento de culpabilidad en ese supuesto, sino una mera referencia genérica, que no resulta suficiente, como se deriva de nuestra doctrina sobre las exigencias de motivación que derivan de la Ley y, en esencia, de los derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia, así como del principio de culpabilidad, en materia sancionadora. En este sentido, se ha señalado expresamente, en la Sentencia de 6 de junio de 2008, que "*el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), «exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su fundamentación [la impuesta por los arts. 54.1. a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción» (SSTC 161/2003, de 25 de septiembre y 193/2003, de 27 de octubre), es evidente que la mera cita de los preceptos legales que tipifican la infracción apreciada y establecen la sanción impuesta no es suficiente para garantizar las exigencias que derivan de los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa del sancionado*"

En segundo lugar, "*no puede fundarse la existencia de infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración tributaria o, como en el caso enjuiciado, en la simple constatación de la falta de un ingreso de la deuda tributaria, porque el mero dejar de ingresar no constituía en la LGT de 1963 -ni constituye ahora- infracción tributaria, y porque no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de donde se colige la existencia de culpabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto también, en términos que no dejan lugar a dudas, el Tribunal Constitucional en la citada STC 164/2005, al señalar que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando «se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio, extremo del que en la resolución judicial viene a prescindirse», y que «no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere». Y la misma doctrina vino a sentar la Sección Segunda de este Tribunal cuando en la Sentencia de 10 de julio de 2007 señaló: «Es patente, de lo transcrito, que no se ha producido ni en la vía administrativa, ni en la jurisdiccional, la valoración de los específicos hechos que configuran la infracción tributaria sancionada. Tanto en una como en otra resolución se limitan a realizar formulaciones genéricas y abstractas sobre el elemento intencional de las infracciones tributarias, pero no llevan a cabo, como es*

necesario, un análisis de esas ideas con referencia a los específicos hechos enjuiciados que es lo que pone de relieve la concurrencia del elemento culpabilístico de la infracción enjuiciada.- Al no haberse hecho así se ha infringido la doctrina sentada en las sentencias de contraste, por lo que se está en el caso de estimar el recurso, anulando la sanción impuesta» .

La misma doctrina resulta aplicable a los otros dos supuestos objeto del litigio. Por lo que se refiere a los excesos de amortización, la sentencia de instancia concluye que la "*voluntariedad de la infracción concurre cuando, como acontece con las amortizaciones, el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y su clara limitación objetiva concretada en tablas, sin que existan algunas diferencias u oscuridades de la norma tributaria que justifiquen una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada*". La sanción, en este punto, al igual que ha puesto de manifiesto con relación al Acta de Inspección y al Acto de liquidación, debe ser anulada por el hecho de no estar suficientemente motivada, porque "*no basta con que la Inspección alegue genéricamente las incorrecciones cometidas por el contribuyente para que, sin más, resulte procedente la sanción. Es preciso que, además, se especifiquen los motivos o causas de esas incorrecciones a efectos de una posterior valoración de la conducta calificada de infractora*" [Sentencia de 16 de julio de 2002 , en el mismo sentido, Sentencia de 23 de septiembre de 2002].

Finalmente, más clara resulta la aplicación de esta doctrina en el supuesto de "deducciones por inversiones en activos fijos nuevos", con relación al cual la sentencia de instancia se limita a constatar que no concurre la falta de motivación que alega la recurrente. Por lo tanto, en aplicación de la citada doctrina no puede, en modo alguno, considerarse motivada la sentencia en este punto por cuanto se limita a establecer que la "*normativa, y claridad, no es discutida por la recurrente que simplemente alega la falta de motivación, que en modo alguno concurre*".

SÉPTIMO.- En atención a los razonamientos expuestos, procede estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., y, por lo tanto, estimar el recurso contencioso-administrativo instado por la recurrente ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que comporta la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de los actos administrativos de que trae causa, al haberse impuesto a Banco Santander Central Hispano, S.A. una sanción sin motivación suficiente, sin que se aprecien circunstancias especiales para una imposición de costas en la instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas en el recurso de casación.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 5481/2003, interpuesto por la Entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 30 de abril de 2003, y debemos ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 669/2000, declarando la nulidad por su disconformidad a Derecho del acto impugnado; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

5683/06

029

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 7ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 16/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Síntesis

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. JORNADA Y HORARIO DE TRABAJO. INEXISTENCIA DE RESERVA DE LEY PARA LA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** El debido estudio de este recurso de casación aconseja comenzar con el siguiente relato de lo acaecido en la fase administrativa y en el proceso de instancia:

1.- El recurrente en esta casación, don GUSTAVO, funcionario del Cuerpo de Profesores Químicos de los Laboratorios de Aduanas, destinado en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), con anterioridad al 1 de febrero de 1999 prestó sus servicios con una jornada semanal de 37 horas y media en jornada de mañana, y desde la indicada fecha se vio obligado a realizar una jornada semanal de 40 horas, con horario de mañana y tarde.

Esta nueva jornada le fue impuesta en virtud de la comunicación de 26 de enero de 1999 cursada por el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, que invocaba la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración del Estado, en lo que establecía sobre la jornada y horario del personal que viniera a obligado a prestar servicios en régimen de especial dedicación.

2.- El 10 de octubre de 2001 solicitó la reposición de la anterior jornada (que había venido realizando de conformidad con lo que había sido dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983), como también que se le indemnizara tanto el exceso de jornada que a su entender se había producido desde febrero de 1999 como el doble desplazamiento al centro de trabajo que había tenido que llevar a cabo como consecuencia del cumplimiento del horario de tarde.

La solicitud fue desestimada por resolución de 18 de diciembre de 2001 del Director General de la AEAT que, en sus fundamentos jurídicos, recordó lo establecido sobre *Jornada y Horario de especial dedicación* en el apartado tercero de la mencionada Resolución de 27 de abril de 1995 y, sobre esta base, declaró ajustada a Derecho la comunicación de 26 de enero de 1999.

La anterior decisión fue objeto de un recurso de reposición planteado el 24 de enero de 2002, que fue desestimado por nueva resolución de 3 de abril de 2002 del Director General de la AEAT.

3.- El proceso de instancia fue iniciado mediante recurso contencioso-administrativo dirigido contra esas resoluciones de la Dirección General de la AEAT que acaban de mencionarse.

La demanda formalizada en dicho proceso, además de una última sobre condena de costas, dedujo estas seis peticiones de fondo:

- (1) la nulidad de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y en particular la de su disposición tercera sobre *Jornada y Horario de especial dedicación*;
- (2) la nulidad de los actos de aplicación de esa resolución de 1995 dictados desde el 1 de febrero de 1999;
- (3) la nulidad de las resoluciones de la Dirección General de la AEAT de 18 de diciembre de 2001 y 3 de abril de 2002 (para esta segunda se indica erróneamente el día 2, correspondiente a la propuesta de resolución);
- (4) el reconocimiento al actor como situación jurídica individualizada del derecho a realizar una jornada de 37 horas y media semanales en horario flexible y sin obligación de cumplir horario de tarde;
- (5) el derecho a una indemnización por la realización de un mayor horario de trabajo, cuantificado en un mínimo del 106,67 por cien de las retribuciones percibidas desde el 1 de febrero de 1999; y
- (6) el derecho a una indemnización por el doble desplazamiento realizado desde el domicilio al centro de trabajo (a cuantificar teniendo en cuenta los kilómetros realizados en vehículo propio según el coste que figura en el Reglamento del IRPF).

4.- La sentencia aquí recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo del Sr. C.

SEGUNDO.- El actual recurso de casación ha sido interpuesto también por don GUSTAVO y en su primer motivo, amparado en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), imputa a la sentencia aquí impugnada haber incurrido en incongruencia omisiva con vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución (CE) 1 y 67.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo aducido para justificar esta censura dirigida a la sentencia recurrida es que por esta se omitió toda referencia a la impugnación indirecta que en la demanda del proceso de instancia se había planteado sobre la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública (por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración del Estado).

El reproche es justificado, al ser cierto el silencio que se imputa a la sentencia "*a quo*" por lo que debe anularse esta y proceder este Tribunal Supremo a examinar y resolver directamente el debate que fue planteado en el proceso de instancia (artículo 95.2, c y d, de la LJCA).

TERCERO.- Entrando en el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo que fueron suscitadas en el proceso de instancia, debe comenzarse señalando que la demanda, para apoyar esas seis pretensiones ejercitadas en el "suplico" de la misma que antes fueron expuestas, desarrolló en los apartados VIII, IX, X, XI, XII y XIII de sus fundamentos *jurídico-sustantivos* seis bloques de argumentaciones.

La argumentación del apartado VIII sostiene que no existe ninguna norma con rango de ley que regule la jornada de los funcionarios, por lo que no se cumple con la reserva de ley dispuesta para el estatuto funcional por el artículo 103.3 CE, y se añade que las normas reguladoras sobre esta materia que se han sucedido han de considerarse derogadas o contrarias al anterior precepto constitucional.

Se cita a este respecto, en primer lugar, el artículo 78 de la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado de 1964 (que dispone: *La jornada de los funcionarios de la Administración del Estado será la que reglamentariamente se determine*), y se dice de este precepto que dispuso una deslegalización sobre la materia que nunca fue utilizada y ha de considerarse derogada por la Constitución por oponerse a su artículo 103.3.

En segundo lugar, se menciona la jornada de 42 horas semanales que aparecía en el artículo 5.2 de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, y se recuerda a continuación que este texto legal fue derogado por la Ley 30/1984.

Y, en tercer lugar, se trae a colación la regulación contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, de la que se afirma que era nula de pleno derecho, entre otras razones, por imponer una jornada sin los requisitos formales del repetido artículo 103.3 CE, y que no fue impugnada porque mejoraba el anterior horario de 42 horas semanales, se consideró su provisionalidad y se ponderó así mismo la asimilación que significaba de la jornada funcional y la de los trabajadores regidos por el Estatuto de los Trabajadores.

La argumentación del punto IX, expuesta en lo esencial, consiste en reprochar que no existe tampoco ninguna norma de rango legal o reglamentario que cree la situación de especial dedicación, ni que dicte los requisitos de los puestos de trabajo a los que se debe atribuir su cumplimiento.

Ese planteamiento principal se completa diciendo que el régimen de tiempo de trabajo que aquí se impuso al recurrente, por apreciar en él la Administración la percepción de una retribución que obligaba a una especial dedicación, le significó la necesidad de someterse a una jornada que era superior a la normal e indeterminada en su duración, pues ésta va desde un mínimo de 2 horas y media semanales hasta un máximo sin límite.

A continuación se transcribe la regulación sobre las retribuciones complementarias contenida en el artículo 23 de la Ley 30/1984, y se viene a decir que sería necesario un reglamento que especificase las características que pueden diferenciar la dedicación y las razones que pueden justificar el complemento específico o de productividad.

La argumentación del apartado X aduce que la Resolución de 27 de abril de 1995 sería nula, además, por imponer a los funcionarios una jornada indeterminada y dejar la aplicación de esta gravosa obligación en manos de los Jefes de Unidad.

La argumentación del apartado XI se sintetiza en denunciar que la obligación de llevar a cabo una jornada de especial dedicación es una característica esencial del puesto de trabajo que no ha sido llevada a la relación de puestos de trabajo, tal y como exige (en el criterio de la demanda) el artículo 15 de la Ley 30/1984 y ratifica el número 3 del apartado cuatro del artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por el que se crea la AEAT.

La argumentación del apartado XII sostiene que el Director General de la AEAT era manifiestamente incompetente para tomar las decisiones que fueron plasmadas en sus resoluciones de 18 de diciembre de 2001 y 3 de abril 2004 (se consigna de nuevo por error el día 2).

Esa pretendida incompetencia se viene a construir en estos términos que siguen. Que tratándose de combatir el acto de aplicación de la Resolución del Secretario de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995, dicho acto sólo pueden ser atribuido al Presidente, como máximo órgano directivo de la Agencia, y la reclamación no podía ir dirigida a un órgano inferior salvo que tuviera delegada la competencia. Que así debe ser considerado porque, teniendo el Director General de la AEAT una categoría asimilada a la de Subsecretario, sólo es competente, según lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), para la ejecución de lo dispuesto por el Presidente. Y que todo lo anterior hace que no pueda considerarse competente al Director General para resolver la petición que el recurrente hizo el 10 de octubre de 2001 ni para resolver el recurso administrativo que posteriormente fue presentado.

Por último, la argumentación del apartado XIII está dirigida a defender que la reposición de jornada y las indemnizaciones que fueron solicitadas son una necesaria consecuencia de la declaración de nulidad que procede para la controvertida Resolución de 27 de abril de 1995 y para los posteriores actos administrativos que han hecho aplicación de ella.

CUARTO.- El incumplimiento de la reserva de ley en materia de función pública (artículo 103.3 CE), denunciado en la argumentación del apartado VIII, no puede ser compartido por todo lo que se explica a continuación.

El alcance de dicha reserva legal fue precisado por la sentencia 99/1987, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional (TC), cuya doctrina puede ser aquí resumida en las siguientes ideas esenciales.

Se reconoce la posibilidad de colaboración reglamentaria para complementar o particularizar en aspectos instrumentales la ordenación legal de la materia de función pública.

Se condiciona la validez de la remisión al reglamento que legalmente haya sido dispuesta a que el ejercicio de la correspondiente potestad reglamentaria quede restringido a establecer un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades dispuestas por la Constitución o por la propia ley.

Y en cuanto al ámbito que ha de reconocerse al concepto constitucional de *Estatuto de Funcionarios Públicos* o a la expresión "*régimen estatutario*" se realiza esta declaración:

"Es éste, desde luego, un ámbito cuyo contorno no puede definirse en abstracto y "a priori", pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promociones en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas".

La doctrina constitucional que acaba de recordarse es plenamente aplicable a la actual controversia y obliga a rechazar la derogación que se pretende para esa habilitación reglamentaria que en materia de jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado contiene el artículo 78 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

Así ha de ser considerado, primero, porque la jornada de trabajo no es sino un medio instrumental para hacer posible el desempeño de la función o cargo que como primer y principal deber funcional aparece legalmente dispuesto en el artículo 76 de esa misma Ley de 1964. Y, segundo, porque la particularización de regulaciones que en esta materia de jornada impone la enorme variedad existente de cuerpos y clases de funcionarios y cometidos funcionariales, así como la conveniencia de agilizar las modificaciones normativas que reclamen las cambiantes necesidades de la Administración pública, hacen que para esta regulación el reglamento se revele como un instrumento técnicamente mucho más adecuado que la ley.

Por tanto, no es de acoger esa falta de rango legal que se invoca como causa o motivo de nulidad de la ordenación de jornada llevada a cabo en la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

QUINTO.- Los distintos motivos de impugnación planteados en las argumentaciones de los apartados VIII, IX y X, que por guardar relación entre sí merecen ser analizados conjuntamente, ya debe decirse también que son igualmente injustificados.

El punto de partida de su análisis debe ser este: según se expresa en el fundamento de la resolución de 18 de diciembre de 2001 del Director General de la AEAT, el criterio seguido para imponer la jornada y el horario de especial dedicación (dispuestos en el apartado tercero de la tan repetida Resolución de 27 de abril de 1995) fue considerar que el personal que perciba el complemento específico o de productividad es el que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 30/1984, viene obligado a prestar sus servicios en el régimen de especial dedicación que determinen los Subsecretarios.

Este criterio de la Administración no puede ser considerado improcedente porque se ajusta a la configuración que esas retribuciones complementarias tienen en el apartado 3 de ese artículo 23 de la Ley 30/1984, configuración que no es otra sino la de constituir conceptos retributivos que son reconocidos únicamente a quienes han de desarrollar su cometido profesional con una disponibilidad o una clase de actividad que es diferente a la normalmente exigida al resto de los funcionarios.

Y las consecuencias que se derivan de lo anterior son las siguientes: a) la especial dedicación no es una característica esencial del puesto de trabajo sino una modalidad del desempeño de sus cometidos principales; y b) lo que debe figurar en la relación de puestos de trabajo es el complemento retributivo que genere ese deber de dedicación especial.

Lo que antecede debe ser completado con estas otras consideraciones. Que la competencia para la fijación de la jornada y el horario es una manifestación de la potestad de autoorganización interna que corresponde a la Administración pública. Que el ejercicio de esa competencia debe considerarse válido cuando el tiempo de trabajo establecido como jornada no sea arbitrario ni incumpla jornadas dispuestas como obligatorias en disposiciones de rango superior. Que la jornada exigida al recurrente se estableció en la concreta duración semanal de cuarenta horas, por lo que no es de apreciar indeterminación en la obligación de su cumplimiento que le fue impuesta. Que no se ha denunciado que dicha jornada sea contraria a la establecida en alguna disposición que deba ser considerada jerárquicamente superior a la instrucción de que se viene hablando. Y que la superior

dedicación que le pueda ser exigida al recurrente en casos excepcionales por razones extraordinarias siempre podrá ser combatida en cuanto a su posible arbitrariedad.

SEXTO.- La incompetencia denunciada en el apartado XII también debe ser rechazada.

Para ello basta reiterar, como se hace a continuación, la regulación que sobre esta cuestión invocó la sentencia de instancia.

Que el artículo 103 de la Ley 31/1990, 27 de diciembre, que creó la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dispuso en su apartado tres 1 que su Director General tendrá rango de Subsecretario. Que el artículo 15.1.f) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), establece como competencia de los Subsecretarios la de desempeñar la jefatura superior de todo el personal del Departamento. Y que el artículo 10.6 del Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, atribuye a los Subsecretarios la competencia para los actos de administración y gestión ordinaria del personal que no figuren atribuidos a otros órganos en este Real Decreto.

Lo que debe ser completado con esta otra cita normativa: el artículo 109.d) de la Ley 30/1992, en lo que dispone sobre que ponen fin a la vía administrativa "*Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca*"; y la disposición adicional decimoquinta de la LOFAGE que establece que ponen fin a la vía administrativa los actos emanados de órganos directivos con rango de Director General o Superior "*en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal*".

SÉPTIMO.- También deben fracasar las peticiones indemnizatorias y de reposición del recurrente en su anterior jornada defendidas en el apartado XIII de los fundamentos de la demanda.

Y así debe ser porque, no siendo de acoger la declaración de nulidad de la actuación administrativa pretendida por la demanda, tampoco proceden las consecuencias que querían derivarse de esa declaración.

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia recurrida y desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.

Y en cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias para hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación (artículo 139,1 y 2, de la LJCA).

FALLAMOS

1.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por don GUSTAVO contra la sentencia de 30 de marzo de 2005 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 2144/2002) y anular dicha sentencia a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por don GUSTAVO, por ser las resoluciones administrativas impugnadas conformes a derecho en lo que ha sido objeto de discusión en el actual litigio.

3.- No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

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



3427/07

030

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 4ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 28/09/2009

Ponente: Excmá. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo

Síntesis**RECLAMACIÓN EN CONCEPTO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA DIRECTAMENTE POR LA EMPRESA.****Fundamentos de Derecho:**

“**PRIMERO.-** La representación procesal de la Administración del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el recurso núm. 144/06 interpuesto por LA FUNDACION DE GESTIÓN SANITARIA DEL HOSPITAL DE HOSPITAL DE LA SANTA CREU I SANTA PAU, en el que se impugnaba la resolución de 16 de marzo de 2006 de la Ministra de Sanidad y Consumo desestimatoria del recurso de reposición interpuesto el día 25 de enero contra la desestimación por silencio de la solicitud de compensación económica a la colaboración en materia de prestación sanitaria de los trabajadores y beneficiarios que prestan sus servicios en la “Fundació de Gestió Sanitària de l’Hospital de la Santa Creu i Santa Pau” en el ejercicio 2004 por importe de 2.163.689,04 euros. Resuelve la sentencia estimar la pretensión y condenar a la Administración del Estado a que abone a la demandante la cantidad que resulte de la liquidación a practicar en fase de ejecución de sentencia, e intereses, en la forma establecida en el Fundamento Sexto de la sentencia.

Identifica la Sala en su PRIMER fundamento el acto y expone las normas de aplicación al litigio.

En su Fundamento de Derecho SEGUNDO menciona los hechos que reputa de interés para la resolución del pleito, “*la recurrente, bajo el número de inscripción 199, y en virtud de Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 28 de mayo de 1992 y 22 de septiembre de 1993, estaba autorizada para colaborar voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, asumiendo prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como de enfermedad común y accidente no laboral respecto de su personal.*

Atendiendo la petición de la actora, por resolución de la Dirección General de ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 20 de diciembre de 2004, se dejó sin efecto, a partir de 1 de enero de 2005, la autorización que tenía concedida para colaborar en la gestión de la Seguridad Social respecto a la asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral de su personal, previsto en el art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social.

En aplicación del R.D. 1380/1999 percibió de la Subsecretaría de Sanidad y Consumo con cargo al presupuesto del Ministerio el importe de 1.736.534,56 euros, en compensación por su actividad como entidad colaboradora para el año 1998, sin embargo no le ha sido abonada cantidad alguna por la colaboración en el año 2004.

Presentó reclamación por el periodo 1999-2003, sin ser atendida por lo que se siguió la impugnación en esta vía en el recurso 105/2006, antes indicado, que acabó por la sentencia de 24 de enero, con estimación de sus pretensiones.

Formuló reclamación de las cantidades correspondientes al año 2004 el día 21 de noviembre de 2005, ante la Subsecretaría de Sanidad y Consumo, por la indicada condición de entidad colaboradora en materia de asistencia sanitaria de la seguridad Social, que ha sido desestimada mediante Resolución de la Subsecretaría de 1 de diciembre de 2005, contra la que interpuso recurso de reposición ante la titular del Departamento, mediante escrito de 23 de enero de 2006, desestimado por Resolución de 16 de marzo de 2006, que constituyen las resoluciones aquí impugnadas, basando la Administración su rechazo en que a partir de 1999 ha dejado de ser aplicable la modalidad de colaboración de la asistencia sanitaria del apartado b) del artículo 77.1 de la LGSS, aunque no haya sido formalmente derogado por imperativo de la Disposición transitoria de la Ley 66/1997”.

En el TERCERO expone los argumentos de la parte actora.

Ya en el FJ CUARTO transcribe lo resuelto en recursos anteriores sobre esa misma cuestión, en particular lo afirmado en la sentencia dictada en el recurso 641/2002, procediendo a reproducir los fundamentos séptimo y octavo.

En el Fundamento de Derecho QUINTO aplica la doctrina de la precedente sentencia al caso enjuiciado así como lo manifestado en su sentencia de 7 de junio de 2006, recurso contencioso administrativo 492/2004.

Finalmente, en el SEXTO, establece las bases para la determinación de la cantidad adeudada que se determinará en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, esgrime dos motivos de casación en su recurso que cabe examinar conjuntamente dada su redundancia.

1. El primero, al amparo del art. 88.1d) LJCA, se basa en la infracción de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en relación con el Real Decreto 1830/1998, de 27 de agosto, las Órdenes del Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales de 26 de enero de 1998, 15 de enero de 1999, 28 de enero de 2000 y 29 de enero de 2001, el artículo 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 4.2 del Código Civil.

1.1 Objeta el motivo la parte recurrida que aduce reitera lo vertido en instancia.

2. Un segundo motivo asimismo al amparo del art. 88.1d) LJCA por infracción de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en relación con los artículos 3.1 (y 1281 párrafo primero), 4.2 6.1 y 7.1 del Código Civil.

2.2. También lo refuta la recurrida. Esgrime no cabe en casación revisar la cuestión como si de una tercera instancia se tratara.

TERCERO.- Se plantea en el presente recurso de casación exactamente el mismo debate procesal e idénticos argumentos a los sostenidos por la administración recurrente en el recurso de casación 4648/06, resuelto por nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2008, en el recurso 4804/06, en el que se dictó sentencia con fecha de 10 de diciembre de 2008, aunque referidos a otras entidades colaboradoras y a ejercicios distintos, así como en el recurso de casación 1793/2004 fallado por sentencia de 15 de diciembre de 2006 y en el más reciente recurso de casación 5376/2006, en el que se dictó sentencia con fecha de 22 de abril de 2009.

Por razones de unidad de doctrina, seguridad jurídica y en aplicación del principio de igualdad debemos mantener los razonamientos que en aquellas sentencias formulamos, a cuyo contenido remitimos, máxime cuando la STS de 15 de diciembre de 2006 desestima el recurso de casación planteado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2003 por la Audiencia Nacional en el recurso 641/02, cuyo contenido reproduce la Sala de instancia en la aquí impugnada.

Decíamos en la sentencia de 15 de diciembre de 2006 que *"no resulta aceptable que una colaboración de décadas entre la empresa demandante en instancia y la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, conforme al apartado 1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir, la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.*

Por ello no resulta admisible la invocada conculcación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Tampoco se ha vulnerado el Real Decreto 1380/1999, de 27 de agosto, que establece el procedimiento para hacer efectivo el importe de la compensación económica a las empresas que colaboran en la gestión de la asistencia sanitaria, correspondiente a 1998, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Cabe aceptar que el mencionado Real Decreto agotó su vigencia respecto al periodo considerado.

Mas la omisión de la Administración en el dictado de un nuevo procedimiento para obtener, en los años sucesivos, la compensación económica a que se refiere la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración, ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora. Su falta conlleva, a sensu contrario, entender persistente la colaboración y, por ende, el derecho al resarcimiento económico cuyo procedimiento para hacerlo efectivo, ante la ausencia de norma reglamentaria, es el fijado por la Sala de instancia".

CUARTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley

de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la cantidad de 3.000 euros. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación deducido por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el recurso núm. 144/06 interpuesto por LA FUNDACION DE GESTIÓN SANITARIA DEL HOSPITAL DE HOSPITAL DE LA SANTA CREU I SANTA PAU, en el que se impugnaba la resolución de 16 de marzo de 2006 de la Ministra de Sanidad y Consumo desestimatoria del recurso de reposición interpuesto el día 25 de enero anterior contra la desestimación por silencio de la solicitud de compensación económica a la colaboración en materia de prestación sanitaria de los trabajadores y beneficiarios que prestan sus servicios en la “Fundació de Gestió Sanitaria de l’Hospital de la Santa Creu i Santa Pau” en el ejercicio 2004 por importe de 2.163.689,04 euros, sentencia que se declara firme con expresa imposición de costas en los términos consignados en el último fundamento de derecho.

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

2441/08**031**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 4ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 29/09/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martí García

Síntesis

COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EE. COLABORADORAS. Pervivencia del régimen de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, previsto en el art. 77.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con anterioridad a la supresión de dicho apartado por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. Ámbito de aplicación del régimen de colaboración en tanto culmina el sistema de separación de fuentes entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de Seguridad Social. Interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Derecho de las entidades colaboradoras a la compensación económica por los gastos devengados en la colaboración en la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la Abogacía del Estado articula dos motivos de casación contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de diciembre de 2007, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación del BANCO DE ESPAÑA.

El primero de los motivos aducidos se sustenta en la infracción de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 67/1997, de 30 de diciembre, en relación con el Real Decreto 1830/1998, de 27 de agosto, las Ordenes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998, 15 de enero de 1999, 28 de enero de 2000 y 29 de enero de 2001, el art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social y el art. 4.2 del Código Civil.

En cuanto al segundo motivo casacional, vuelve a insistir en la infracción de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 67/1997, de 30 de diciembre, poniéndolo esta vez en relación con los artículos 3.1 (y 1.281, párrafo primero), 4.2, 6.1 y 7.1 del Código Civil.

Los dos motivos, en realidad, plantean una temática común, que es la relativa a la subsistencia del régimen de colaboración con la Seguridad Social prevista en el art. 77.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con anterioridad a la supresión de dicho apartado -con efectos de 1 de enero

de 2009- por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y a resultas de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

SEGUNDO.- En concreto, el primer motivo considera que la Sentencia infringe: "la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en relación con el Real Decreto 1830/1999, de 27 de agosto, las Órdenes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998, 15 de enero de 1999, 28 de enero de 2000 y 29 de enero de 2001, el art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social y el art. 4.2 del Código Civil".

Sustenta igualmente que el fallo no es conforme a Derecho "porque el régimen de separación de fuentes de financiación entre el Sistema Nacional de salud y la Seguridad Social terminó en 1999, lo que conllevó la desaparición de la modalidad de colaboración social en la gestión de la asistencia sanitaria previsto en el art. 77.1.b) de la Ley General de Sanidad, aunque éste no haya sido formalmente derogado.

Así resulta de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/97, norma de carácter temporal, aplicable en tanto culmina el proceso de separación de fuentes. Norma especial o específica que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.2 del Código Civil, no puede aplicarse a situaciones distintas de las contempladas en ella".

Y tras referirse a los antecedentes normativos que menciona mantiene que la misma demuestra: "que el régimen de colaboración que sirve de fundamento a la pretensión de compensación económica reconocida por la sentencia que se recurre había dejado de existir en 1999; no siendo precisa, como tenemos dicho, la derogación formal del art. 77.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social.

En efecto, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, intitulada "colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social", es del siguiente tenor:

<<Lo establecido en la letra b) del número 1 del artículo 77 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en tanto culmina el proceso de separación de fuentes entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de Seguridad Social, habrá de entenderse sólo referido a aquellas empresas que vengan colaborando en la gestión de la asistencia sanitaria con anterioridad a la presente Ley.

La compensación económica por dicha colaboración en el caso de asistencia sanitaria se establecerá en función de los trabajadores protegidos y dará lugar a la percepción de un importe que no podrá ser inferior al que actualmente se viniera percibiendo por la empresa, salvo que este último fuera superior al coste medio, en el INSALUD, de las prestaciones que cubre la colaboración, en cuyo caso, será dicho coste el límite de la compensación a realizar. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para hacer efectiva la compensación económica>>.

La previsión reglamentaria de esta norma de Derecho transitorio se desarrolló en el Real Decreto 1380/1999, de 27 de agosto, cuyo art. 4.2 fijó los criterios para determinar la compensación exclusivamente referida al ejercicio de 1998 y cuyo art. 4.1 estableció que: <<la compensación económica a que se refiere la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997... se satisfará con cargo al Presupuesto del Ministerio de Sanidad y Consumo para 1999, según Proyecto de Ley de concesión de un crédito extraordinario, en tramitación, sobre el que se ha concedido un anticipo de tesorería con aplicación 99.26.251>>.

Que dicho procedimiento y previsión culminan un ciclo de colaboración que finaliza en el ejercicio de 1998 se deduce también del preámbulo de la mencionada disposición, pues, en él se declara que: <<En su virtud, con objeto de hacer efectiva dicha compensación económica correspondiente a 1998, y en uso de las atribuciones conferidas en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997...>>.

Finalmente, será la propia Ley 35/1999 de 18 de octubre, de concesión del crédito extraordinario para abonar la compensación económica de 1998, la que ratifique la conclusión defendida en este motivo único de casación, en cuanto en ella se afirma que:

<<El objeto de este crédito extraordinario es hacer efectivo el pago a las empresas colaboradoras de asistencia sanitaria de la compensación económica fijada en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre...Dicho precepto establece textualmente que la compensación económica a empresas que vinieran colaborando en la gestión de la asistencia sanitaria con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 66/1997...se establecerá en función de los trabajadores protegidos y dará lugar a la percepción de un importe que no podrá ser inferior al que actualmente se viniera percibiendo por la empresa, salvo que este último fuera superior al coste medio, en el INSALUD, de las prestaciones que cubre la colaboración, en cuyo caso, será dicho coste el límite de la compensación a realizar. Esta regulación viene motivada por la progresiva separación entre las fuentes de financiación del Sistema de Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud y supone un cambio en la determinación

de la compensación económica de la colaboración.... En conclusión, se trata de atender las obligaciones derivadas de la compensación económica a empresas colaboradoras en la gestión de la asistencia sanitaria, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997...para lo que se tramita el presente crédito extraordinario...>>

Por lo tanto, lo que hace la Ley es dotar de plenitud de efectos a la previsión contenida en la disposición transitoria que, como norma temporal que es, sólo puede aplicarse al supuesto de hecho previsto en la misma, es decir, mientras y hasta tanto culminara el proceso de separación de fuentes de financiación. Concluido éste en 1999, la previsión de derecho transitorio queda sin efecto con independencia de que se reforme o no expresamente el art. 77.1.b), que pasa a ser un precepto sin contenido al haber desaparecido el supuesto de hecho que la determina. Una cosa es que parezca aconsejable la derogación formal del precepto y otra, muy distinta, que la posposición de esa derogación se traduzca en la pervivencia de un sistema de colaboración tácitamente derogado o, por mejor decir, finiquitado en 1999 al concluir la separación funcional que justificó la norma transitoria de 1997. Que con ello se quebrantaría el principio general de aplicación contenido en el art. 4.2 del Código Civil se halla fuera de cuestión".

TERCERO.- El motivo no puede prosperar. Esta Sala y Sección al menos en tres ocasiones anteriores ha rechazado el recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado frente a Sentencias en las que se resolvían supuestos similares al aquí decidido, así Sentencias de 15 de diciembre de 2006 y 8 de febrero y 22 de julio de 2008, recursos de casación números 1993/2004, 2127/2005 y 6280/2004, respectivamente, y lo ha hecho de conformidad con los argumentos que ahora vamos a reiterar por evidentes razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica. "En síntesis, poníamos de manifiesto en dichas resoluciones que no resulta aceptable que una colaboración de décadas entre la empresa demandante en instancia y la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, conforme al apartado 1.b.) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

Por ello no resulta admisible la invocada conculcación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Tampoco se ha vulnerado el Real Decreto 1380/1999, de 27 de agosto, que establece el procedimiento para hacer efectivo el importe de la compensación económica a las empresas que colaboran en la gestión de la asistencia sanitaria, correspondiente a 1998, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Cabe aceptar que el mencionado Real Decreto agotó su vigencia respecto al período considerado.

Mas la omisión de la Administración en el dictado de un nuevo procedimiento para obtener, en los años sucesivos, la compensación económica a que se refiere la disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora. Su falta, conlleva, "a sensu contrario" entender persistente la colaboración y, por ende, el derecho al resarcimiento económico cuyo procedimiento para hacerlo efectivo, ante la ausencia de norma reglamentaria, es el fijado por la Sala de instancia".

Lo expuesto es bastante para desconocer el argumento que esgrime el motivo de que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997 era una norma especial o específica que no podía aplicarse a situaciones distintas de las contempladas en ella sin vulnerar el art. 4.2 del Código Civil que dispone que: "las leyes" de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". No es posible concebir que esa norma sólo pudiera regir en el ejercicio posterior al que se promulgó por que los efectos que estaba llamada a producir para extinguir la situación que se quería remediar no cumplieron el objetivo que buscaban, y la situación que pretendía clausurar no concluyó con ella sino que continuó vigente a ciencia y paciencia de la Administración que siguió consintiéndola y beneficiándose de su existencia. Que esos fueran sus designios no podrá ponerse en duda, pero que no se hicieron efectivos es igualmente indudable, de modo que no es posible creer que fuera de aplicación el artículo del Código Civil expresado. En definitiva con esta afirmación no hacemos más que apoyar o apostillar las razones ya conocidas y expuestas en las Sentencias precedentes citadas.

En consecuencia, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- La respuesta de la Sala al primer motivo de casación sirve igualmente para la desestimación del segundo de los motivos aducidos en el escrito de interposición formulado por la Abogacía del Estado, que no hace sino abundar en la argumentación relativa a la subsistencia del régimen de colaboración con la Seguridad Social previsto en el art. 77.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en

relación con lo dispuesto en la Disposición transitoria sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

No puede ser estimada la alegación de infracción del principio “ignorantia iuris non excusat”, en relación con el conocimiento o al menos el deber de conocer –al modo de ver de la recurrente-, por parte de las empresas que voluntariamente siguieron prestando su colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, de la extinción del régimen de compensación económica por la colaboración. Al no haberse extinguido dicho régimen, según hemos manifestado con anterioridad, la conducta de las empresas colaboradoras no pudo incurrir en la citada infracción, como tampoco en la del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), que no se puede predicar en ningún caso de quien ha ajustado su conducta a un texto normativo vigente.

Todo ello lleva también a la desestimación de este segundo motivo casacional.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas de este recurso de casación a la Administración recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que establece el apartado 3 del citado artículo, acuerda fijar el importe máximo de estas costas por los honorarios devengados por el letrado de la parte recurrida en tres mil euros (3.000 euros).

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de diciembre de 2007, en el recurso contencioso administrativo 65/2007; con expresa condena de las costas de este recurso de casación a la Administración recurrente, dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

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

3607/06**032**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 02/10/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Síntesis

Nacionalidad: buena conducta cívica.

Fundamentos de Derecho:

“**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 4 de abril de 2006, en el recurso contencioso administrativo nº 333/2004, desestimatoria del interpuesto por el aquí recurrente contra resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de fecha 10 de diciembre de 2003, denegatoria de la concesión de la nacionalidad española.

La sentencia recurrida se fundamenta en la no aportación por el recurrente de elementos de prueba suficientes para acreditar la buena conducta cívica, al entender la Sala de instancia que el informe de un centro de atención de drogodependientes, de fecha 27 de mayo de 2004, no es bastante para dicha acreditación, exigida por el artículo 22.4 del Código Civil, así como en la existencia de un informe de antecedentes policiales que a juicio del Tribunal de instancia conducen a considerar que no ha mantenido la conducta cívica requerida. Se refiere la Sala a un informe policial en el que consta que fue detenido por los siguientes hechos delictivos: en 1974 por tenencia de drogas para tráfico; en 1976 por robo con fuerza en las cosas; en 1978 por tráfico de drogas; en 1994 por delito contra la salud pública; y en 1999 por robo con violencia e intimidación.

Se expresa en la sentencia que si bien respecto al último delito se aporta sentencia penal absolutoria, con relación a los demás el recurrente no niega haber participado en los hechos y trata de justificarlos con la alegación de haber vivido durante muchos años

en un mundo marginal que le ha llevado a cometer delitos pero que lo considera alejado en el tiempo al haberse reintegrado a la sociedad, aportando al efecto el informe del centro de atención a drogodependientes del que ya hicimos mención.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia interpone el recurrente el recurso de casación con fundamento en un único motivo aducido al amparo, aunque expresamente no se diga en el escrito de interposición, del artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional. Así se infiere, sin duda alguna, de la infracción que en su desarrollo argumental se denuncia de los artículos 21 y 22 del Código Civil y de la Jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el concepto jurídico indeterminado de "buena conducta cívica", requisito cuya concurrencia exige el artículo 22.4 del mencionado texto legal para la concesión de la nacionalidad.

Sostiene que el artículo 22.4 no requiere haber tenido un comportamiento social intachable, por lo que no le es exigible demostrar que a lo largo de toda su existencia haya tenido permanentemente un comportamiento ejemplar; que es suficiente acreditar un comportamiento cívico correcto, por lo que los antecedentes judiciales y penales, al margen de la procedencia de su cancelación, no son determinantes; que el informe del centro de atención a drogodependientes es revelador de sus circunstancias personales y profesionales actuales; que el tratamiento en dicho centro se produjo dos años antes de la solicitud de la nacionalidad y que los progresos y avances logrados después de superar su drogodependencia y su situación de marginalidad, así como su lenta y progresiva incorporación al mundo laboral y social, deben considerarse como suficientes para entender que concurre el estándar medio de la conducta requerida.

TERCERO.- Esta Sala, en reiteradas resoluciones -sentencias de 13 de abril de 2004 (recurso de casación 8032/1999), 20 de abril de 2004 (recurso de casación 197/2000), 23 de noviembre de 2005 (recurso de casación 7214/2001) y 18 y 25 de septiembre de 2009 (recursos de casación 4070/05 y 4789/05), entre otras,- ha señalado que *"la concesión de la nacionalidad por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al artículo 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional. [párrafo quinto]. Además, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que <<per se>> impliquen mala conducta, lo que el art. 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 114/87. [párrafo sexto]. El concepto <<buena conducta cívica>> se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita o implícitamente por el legislador, siendo exigible al sujeto solicitante, a consecuencia del <<plus>> que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los <<actos favorables al administrado>> un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española.*

Nada tiene que ver pues el concepto jurídico indeterminado <<buena conducta cívica>> a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales, ya que la <<buena conducta cívica>> (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales. De otra parte, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1.999) es exigible al solicitante de aquélla, a consecuencia del plus que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los actos favorables al administrado, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera poner en cuestión el concepto de buena conducta que el precepto salvaguarda como exigencia determinante de la concesión de la nacionalidad española, pues el otorgamiento de ésta en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular, sino, como antes hemos dicho, como el otorgamiento de una condición, la de nacional, que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, no en vano la nacionalidad constituye la base misma de aquél, que conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones y que en todo caso puede ser negado por razones de orden público o interés nacional".

Y también se ha cuidado de precisar (sentencias citadas de 18 y 25 de septiembre de 2009) que *"al igual que la mera ausencia de antecedentes penales no es suficiente para acreditar una buena conducta cívica <<los informes policiales negativos tampoco pueden conducir automáticamente a descartar la buena conducta cívica. No hay que olvidar que los simples informes policiales carecen, por definición, de la fiabilidad inherente a otros documentos elaborados con mayores garantías procedimentales. De*

aquí que su fuerza probatoria dependa del nivel de coherencia y precisión de los hechos recogidos en ellos, así como de su corroboración por otros medios de prueba>>, (sentencia de 22 de septiembre de 2.008 -recurso de casación 1848/2004-)" y que "Conforme se precisa en la sentencia de este Tribunal de 2 de diciembre de 2.008 -recurso de casación 5981/2004-, para apreciar en cada caso la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica <<conviene tomar en consideración la conducta del solicitante durante un periodo de tiempo significativo, con ello la proximidad o lejanía temporal en la realización de conductas que pudieran poner en cuestión la buena conducta cívica, y ponderar los factores positivos que muestren un comportamiento cívico conforme con los valores sociales y deberes razonablemente exigibles>>".

Pues bien, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, mal cabe acoger el motivo del recurso que, en definitiva, aplica con absoluta corrección al caso de litis lo expresado en aquella.

Con absoluto acierto se resalta en la sentencia recurrida con relación al informe del centro de atención a drogodependientes, que en él se afirma que *"el recurrente se incorporó a este plan de ayuda dos años antes de su solicitud de asilo (sic) y que durante su tratamiento ha evolucionado favorablemente en su desintoxicación, inserción laboral y asunción de compromisos personales en relación con su hija menor de edad"*, para a continuación expresar que *"al margen de que la mayoría de los progresos y avances que describe el informe se han producido con posterioridad a la fecha de presentación de su solicitud de nacionalidad, tampoco puede considerarse que el progresivo intento de desintoxicación y su lenta y progresiva incorporación al mundo laboral y social pueda considerarse como un elemento decisivo para entender que concurre en el recurrente buena conducta cívica con el fin de obtener la nacionalidad española. Se trata sin duda de una línea de actuación en la que el recurrente ha de profundizar pero que no resulta por sí misma suficiente para considerar que el recurrente en el momento de su solicitud tuviese una buena conducta cívica que pueda considerarse ajustada a un estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos, pues para la obtención de la nacionalidad española en cuanto acto de soberanía que concede importantes derechos al administrado exige algo más, o dicho en palabras de nuestro Tribunal Supremo <<un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española>> que el recurrente no ha demostrado durante el tiempo de residencia en España, estando implicado en numerosas y muy graves conductas delictivas sin que la favorable evolución en un tratamiento terapéutico de desintoxicación, iniciado dos años antes de su solicitud, constituya prueba suficiente de contrario para entender que concurre el requisitos de la buena conducta cívica en los términos exigidos por nuestro Código Civil y por la jurisprudencia que lo interpreta".*

Nada en realidad cabe objetar al razonamiento de la sentencia y a la conclusión que llega. La evolución favorable en la desintoxicación del recurrente, en su inserción laboral y en la asunción de compromisos familiares con una hija, lo que denota son progresos y avances que, además de ser calificados de lentos, por ser meros progresos y avances, no pueden entenderse como suficientes para acreditar que el recurrente guarde a la fecha de la solicitud una buena conducta cívica, concepto jurídico indeterminado que hace referencia a la concurrencia *"de factores positivos"*, como se dice en la sentencia ya citada de 2 de diciembre de 2008, *"que muestren un comportamiento cívico conforme con los valores sociales y deberes razonablemente exigibles"*.

CUARTO.- La desestimación del recurso, determina, en aplicación del artículo 139.2 LRJCA, la imposición de las costas a la parte recurrente, si bien al amparo del apartado 3 de dicho precepto, en atención a la complejidad del asunto y ajustándonos al criterio seguido por esta Sección en asunto similares, se fija la cantidad de 2.000 euros como cifra máxima que el Abogado del Estado puede reclamar en concepto de honorarios.

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don MOHAMED , contra la Sentencia de fecha 4 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en el recurso contencioso-administrativo número 333/2004, con imposición de las costas al recurrente con el límite referido en el fundamento de derecho cuarto.

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**Sala Segunda (Recurso de Amparo):** Sentencia de 07/09/2009 (STC. 187/2009)**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**Síntesis***Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de demanda social por no haber subsanado unos defectos inexistentes.***Fundamentos Jurídicos:**

“1. El presente recurso de amparo se interpone contra los Autos de 10 y 21 de noviembre de 2006 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela, que determinaron el archivo de la demanda formulada por el ahora recurrente frente a una sanción laboral. El derecho fundamental que se invoca es el de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, conculcado, a juicio del demandante, por la denegación del acceso a la jurisdicción que se produce al archivarse su demanda en atención al pretendido incumplimiento de un requisito inexigible en el procedimiento laboral, y en todo caso satisfecho en el momento de la interposición de la demanda rectora del proceso; vulneración cuya concurrencia afirma también el Ministerio Fiscal, que junto con el actor se pronuncia a favor del otorgamiento del amparo.

2. La posición del recurrente ha quedado reflejada en el relato de antecedentes con mayor detalle, bastando aquí con una síntesis más escueta para enunciar con claridad la cuestión a decidir en el proceso. Aduce, en esencia, que la vulneración del art. 24.1 CE se ha producido por una doble causa: a) por requerírsele la aportación con la demanda de unos datos (teléfono y fax de la demandada) que no son exigibles en el procedimiento laboral, y que, de serlo, no podrían considerarse esenciales; y b) por soslayarse que, en todo caso, la información solicitada por el juzgador en la providencia de 30 de octubre de 2006 ya figuraba en autos a iniciativa del demandante, que acompañó a la demanda un documento que la contenía (la carta de sanción).

Para dar respuesta a la queja convendrá recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, sí corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en los que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para aplicar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4).

En otras palabras, en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dado que rige en estos casos el principio pro actione, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, quedando aquéllos compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, con interdicción de aquellas decisiones que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso. El principio pro actione no supone ni exige necesariamente, sin embargo, que se seleccione la interpretación de la legalidad más favorable a la admisión entre todas las posibles (STC 38/1998, de 17 de febrero, FJ 2, y entre las más recientes, SSTC 1/2007, de 15 de enero, FJ 2; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2; 148/2007, de 18 de junio, FJ 2; 172/2007, de 23 de julio, FJ 2; 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5; 75/2008, de 23 de junio, FJ 2).

La doctrina sobre el principio pro actione sirve también de fundamento al trámite de subsanación de la demanda, que en el proceso laboral se regula en el vigente art. 81 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), de suerte que el criterio que informa tanto la finalidad y observancia del trámite de subsanación como la apreciación de los defectos que, en último término, pueden determinar el archivo de las actuaciones sin pronunciamiento sobre el fondo, impone que la causa esgrimida por el órgano judicial sea real y necesariamente determinante de aquel archivo, y que la decisión no sea rigurosa y desproporcionada al punto de sacrificar el derecho de acceso al proceso de modo reprochable en términos constitucionales. En ese sentido hemos precisado que la obligación legal del órgano judicial contenida en el art. 81.1 LPL (requerimiento de subsanación de defectos, omisiones o imprecisiones de la demanda) no puede confundirse con una facultad ilimitada del juzgador, por mucho que lo pedido pudiera mejorar en hipótesis la articulación del subsiguiente debate procesal. Y el art. 81.1 LPL se refiere exclusivamente a los contenidos estrictos que para la demanda laboral exige el art. 80 LPL, resultando improcedente el archivo por defectuosa subsanación cuando lo solicitado extralimite aquéllos, sea cual sea el propósito al que responda el exceso cometido por el requerimiento judicial (SSTC 203/2004, de 16 de noviembre, FJ 3; 289/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 127/2006, de 24 de abril, FJ 3, y 119/2007, de 21 de mayo, FJ 3).

3. En el presente caso, incluso de admitirse que el requisito que se entiende insatisfecho fuera de aplicación al procedimiento instado, la causa legal aducida en los Autos impugnados no podía justificar el archivo de la demanda, por la sencilla razón de que no tuvo lugar el incumplimiento que se imputa al recurrente. Así pues la decisión de archivo resulta contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, antes que por haberse exigido un requisito legal inexistente o por ser desproporcionada la decisión de archivo, y con independencia de la valoración de esos aspectos, porque no se ha producido el déficit de cumplimiento que el juzgador achaca a la parte demandante.

Como se ha dicho con anterioridad la información requerida constaba en las actuaciones, según evidencia la consulta de éstas, al figurar los datos requeridos en la carta de sanción que se aportó con la demanda rectora del proceso. De suerte que, a pesar del efectivo cumplimiento de lo que el juzgador entendía inexcusable, advertimos que éste, tras un requerimiento de subsanación improcedente al constar ya en autos los datos solicitados, decretó el archivo de la demanda con base en una supuesta falta de subsanación, cuando lo cierto es que la información había sido ofrecida y ningún defecto había entonces que paliar, porfiando incluso en ello al reiterar y confirmar su decisión previa cuando el demandante de amparo lo puso concluyentemente de manifiesto en su recurso de reposición frente al inicial Auto de archivo.

Sin necesidad entonces de entrar a analizar la regularidad del requerimiento, lo que no cabe admitir es que la denegación del acceso a la justicia pueda encontrar fundamento en la atribución a la parte de un incumplimiento procesal a todas luces inexistente. Se ha lesionado el art. 24.1 CE.

En consecuencia se ha privado injustificadamente al demandante de una resolución sobre el fondo del asunto, vulnerándose de ese modo el art. 24.1 CE, lo que conduce al otorgamiento del amparo solicitado

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 Víctor Manuel y, en su virtud:

1º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela de 10 y 21 de noviembre de 2006, recaídos en el procedimiento núm. 807-2006, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado del primero de dichos Autos para que el Juzgado de lo Social prosiga con la tramitación correspondiente hasta pronunciar la Sentencia que resulte procedente en Derecho sobre el fondo del asunto.

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

Dada en Madrid, a siete de septiembre de dos mil nueve".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**Sala Primera (Recurso de Amparo):** Sentencia de 07/09/2009 (STC. 183/2009)**Ponente:** Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio**Síntesis**

DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LIBERTAD SINDICAL. Supuesta vulneración del **derecho a la tutela judicial efectiva** (acceso a la justicia): inadmisión de recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación del sindicato, sin ignorar su legítimo interés profesional o económico. Voto particular.

Fundamentos Jurídicos:

1. El objeto de este amparo consiste en dilucidar si la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, por considerar que el sindicato carecía de legitimación activa para recurrir la Resolución de 21 de noviembre de 1997, de la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de la cual se hacía pública la adjudicación a la entidad Level Data, S.A., de un contrato de apoyo técnico, lesiona o no el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de acceso a la justicia.

La confederación sindical recurrente aduce que las resoluciones impugnadas vulneran el citado derecho, al impedirle obtener una resolución sobre el fondo del asunto de forma contraria al principio pro actione, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, en particular, en la STC 112/2004, de 12 de julio, que estimó el recurso interpuesto por el sindicato recurrente en un supuesto que, a su entender, sería semejante al del presente amparo. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que, efectivamente, las Sentencias impugnadas lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, puesto que existiría una conexión entre el objeto del proceso y los fines que son propios del sindicato recurrente, lo cual tendría aquí, además, un efecto reflejo sobre el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Tanto la Tesorería General de la Seguridad Social, como la entidad Accenture, S.L., solicitan la denegación del recurso de amparo por considerar, en esencia, que las resoluciones impugnadas no han lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva porque la Confederación Sindical de Comisiones Obreras no acreditó en el recurso contencioso-administrativo que tuviera un interés propio en obtener la anulación de la resolución de adjudicación.

2. Todavía con carácter preliminar, conviene precisar que, pese a que, como recuerda acertadamente el Ministerio público, en supuestos como el presente hemos declarado que de la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE se "deriva, como consecuencia inmediata, la lesión del derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 CE, al formar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parte del contenido de la acción institucional del sindicato" (STC 153/2007, de 18 de junio, FJ 2), lo cierto es que la confederación sindical demandante de amparo no ha alegado haber sufrido una lesión en su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), razón por la cual en esta Sentencia debemos limitarnos a verificar si se ha producido o no la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al proceso, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de la eventual estimación de la queja aducida en este recurso para el derecho a la libertad sindical.

3. En relación con esa vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, hemos declarado reiteradamente que, "como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso, son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de manera privativa, les confiere el art. 117.3 CE. Sin embargo, del art. 24.1 CE deriva que no puedan reputarse como respetuosas con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho, las que incurran en arbitrariedad, error patente o irrazonabilidad. Cuando, además, se trata del acceso a la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). El principio pro actione, que opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impide que esas interpretaciones eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, pero no supone, como ha señalado este Tribunal, que exija necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles" (STC 228/2006, de 17 de julio, FJ 2, entre otras muchas).

4. La proyección de esta doctrina sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo ha sido ya objeto de numerosos pronunciamientos de este Tribunal (entre los más recientes, SSTC 358/2006, de 18 de diciembre; 153/2007,

de 18 de junio; 202/2007, de 24 de febrero; 4/2009, de 12 de enero; 33/2009, de 9 de febrero), a través de los cuales se ha ido conformando una jurisprudencia consolidada que puede resumirse en los siguientes puntos.

En primer lugar, "nuestra doctrina parte de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Así, hemos dicho que los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia, 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. La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de esquemas propios del Derecho privado, pues 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, sean de necesario ejercicio colectivo, sin estar condicionados a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación. Por esta razón, es posible, en principio, reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores" (STC 202/2007, de 24 de febrero, FJ 3, con cita de las SSTC 101/1996, de 11 de junio; 203/2002, de 28 de octubre; 142/2004, de 13 de septiembre, y 28/2005, de 14 de febrero).

En segundo término, "también venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos tenga una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como se dijo en la STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4, 'la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer'. La conclusión es que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto éste que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate" (STC 202/2007, de 24 de febrero, FJ 3).

En tercer lugar, no puede oponerse al reconocimiento de la existencia del necesario interés legítimo "la consideración de encontrarnos ante una materia propia de la potestad de organización de la Administración que, en virtud de ello, resultaría ajena al ámbito de la actividad sindical. El que una materia forme parte de la potestad organizativa de la Administración no la excluye per se del ámbito de la actividad sindical, pues tal exclusión no sería acorde con la apreciación del interés económico o profesional cuya defensa se confía a los sindicatos, tal y como ha sido reconocido por este Tribunal en casos similares al que ahora se plantea", ya que "el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato" (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6). Por consiguiente "no puede considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda materia relativa a la organización de la Administración, y por ello no es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discuten medidas administrativas de tal naturaleza" (STC 33/2009, de 9 de febrero, FJ 3, con cita de las SSTC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 112/2004, de 12 de julio, FJ 6; y 202/2007, de 24 de septiembre, FJ 4).

De acuerdo con estos criterios, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un interés profesional o económico, entre otros supuestos, en la fiscalización por un sindicato de la legalidad de los acuerdos por los que se decidía prorrogar nuevamente unas comisiones de servicios preexistentes (STC 89/2003, de 19 de mayo, FJ 5); el nombramiento de un funcionario en comisión de servicios (STC 7/2001, de 15 de enero); el reconocimiento, de forma provisional y transitoria, de la compatibilidad para el ejercicio de actividades en el sector privado a dieciséis funcionarios adscritos a un hospital provincial (STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 5); la convocatoria de concursos para la contratación de apoyo técnico informático por parte la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 112/2004, de 12 de julio); la aprobación de las bases de un concurso-oposición para acceder a una plaza del cuerpo de Policía Local (STC 28/2005, de 14 de febrero); la adjudicación a un funcionario de una plaza proveída a través de un proceso selectivo de libre designación (STC 358/2006, de 18 de diciembre); la adjudicación de tres puestos de trabajo a aspirantes que no poseían la titulación requerida por las bases del concurso (STC 153/2007, de 18 de junio); y, en fin, la aprobación de las listas provisionales de readjudicación de puestos de trabajo convocados por una Administración autonómica (STC 33/2009, de 9 de febrero).

5. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce a la desestimación del recurso.

La confederación sindical ahora demandante de amparo carece de un interés legítimo en el sentido indicado, puesto que no ha acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en caso de que se estimara la

pretensión ejercida a través del recurso contencioso-administrativo, que no era sino la anulación de la adjudicación del contrato de apoyo técnico a la empresa Level Data, S.A. Tanto la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como la Sala del Tribunal Supremo consideraron acertadamente que el recurrente no justificó la existencia de un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto procesal, puesto que este último no consistía propiamente en la anulación de la convocatoria del contrato de apoyo técnico, y con ella de la decisión de externalizar el desarrollo de esas tareas, sino, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación, de "la resolución por la que se adjudica determinado contrato de asistencia técnica, por lo que los intereses que están en juego en dicha actuación administrativa se reducen a la determinación de la empresa participante en el concurso que ha de resultar adjudicataria, en aplicación de las normas que regulan dicha contratación, sin que sea objeto de tal actividad la decisión sobre la convocatoria del contrato, su procedencia y efectos, que responden a una actuación anterior, que no es objeto del proceso ... En este caso concreto, frente a la resolución del concurso, pueden hacerse valer cuantos derechos correspondan a los participantes en relación con la adjudicación del contrato, lo que incidirá en la selección del contratista, pero no caben pronunciamientos sobre la decisión de convocar el contrato y atender de esa forma al interés público afectado por el mismo que se plasmaron en actos anteriores, que no son objeto del proceso" (FJ 2).

La confederación sindical recurrente aduce que en este caso resulta aplicable la doctrina contenida en la STC 112/2004, de 12 de julio, en la que, como ha quedado señalado, se otorgó el amparo al mismo sindicato por considerar contrario al principio pro actione la inadmisión de un recurso interpuesto contra las resoluciones por las que la propia Tesorería General de la Seguridad Social convocaba concursos para la celebración de contratos de apoyo técnico, en todo semejantes al controvertido en el proceso a quo. En esa resolución encontramos un vínculo entre la pretensión consistente en que se anulara la convocatoria del contrato y "el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos", que constituye "la ventaja o utilidad que obtendría el Sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería" (FJ 5).

Sin embargo, por más que las partes fueran las mismas y que el contrato tuviera también por objeto la externalización de tareas equiparables, lo dicho por este Tribunal en la citada STC 112/2004, de 12 de julio, a propósito de la inadmisión del recurso contra la convocatoria del contrato no puede extenderse sin más a la inadmisión de la impugnación de su adjudicación. La decisión de no reconocer legitimación activa para recurrir en la vía contencioso-administrativa la adjudicación de un contrato a quien sí la tenía para hacer lo propio con su convocatoria no responde a una interpretación rigorista de la norma procesal aplicable, sino a la constatación por el órgano judicial de que la pretensión ejercida por la parte recurrente, esto es, la anulación de la adjudicación del contrato a una determinada empresa de las que participaron en el procedimiento de contratación, no guarda la vinculación con el interés propio del sindicato que en aquella resolución declaramos suficiente a los efectos de su legitimación procesal. En efecto, en este asunto quien obtendría una ventaja con la anulación de la resolución de adjudicación del contrato no sería el personal al servicio de la Tesorería General de la Seguridad Social y, en tal medida, el propio sindicato, puesto que, al no poderse cuestionar en el proceso la convocatoria del contrato, la estimación del recurso no daría lugar, en palabras de la demanda, a que "los servicios de apoyo informático que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos", sino que tal ventaja, en su caso, iría referida al resto de empresas que participaron en el concurso y no resultaron adjudicatarias, que tendrían una nueva ocasión para serlo.

Por otro lado, tampoco es posible acoger la alegación de la confederación sindical demandante relativa a que la adjudicación a favor de un concreto contratista es susceptible, aquí, de afectar al interés sindical "en la medida que ello pueda implicar, por las condiciones en las que asumirá el servicio, una mayor afectación de los intereses de los trabajadores y del sindicato". No puede, en efecto y en principio, descartarse que, en función de las circunstancias del caso, pudiera apreciarse una vinculación entre la pretensión relativa a la anulación de la adjudicación realizada a una concreta empresa licitadora y los intereses de los trabajadores. Pero por lo que atañe al presente recurso de amparo, sin embargo, en modo alguno se aprecia tal conexión, pues aunque formalmente se impugnaba la resolución de adjudicación del concurso a un determinado contratista -apartado 5, b) del acto recurrido- lo que verdaderamente se cuestionaba era la legalidad de la decisión de externalizar ciertas tareas en lugar de encomendárselas al personal de la Tesorería General de la Seguridad Social: lejos de imputarse vicios a dicha adjudicación, se argumentaba en contra de la externalización, efecto éste que se deriva de la convocatoria y que, en la tesis del recurrente, implica una "aportación de personal", o un "suministro" o "cesión de mano de obra", de suerte que el "interés jurídico" expresamente alegado por la parte en los escritos de interposición y de demanda de su recurso contencioso-administrativo era el de que "esta práctica administrativa" se anulase "por los tribunales de justicia y de ahí se origina la legitimación activa para interponer este recurso". Es claro, así, que el interés descrito por la demandante no guardaba conexión alguna con la adjudicación a una concreta empresa.

6. De lo señalado resulta que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras no ha sido consecuencia de que los órganos judiciales negaran legitimación activa a la ahora demandante de amparo por el hecho de ser un sindicato, ni tampoco por tratarse de una materia sometida a la potestad administrativa de autoorganización, sino de que, al no haberse impugnado en su momento, consideraron que en el proceso no se podían hacer

valer quejas relativas a la convocatoria del contrato, de modo que la estimación del recurso contra la adjudicación no le produciría una ventaja ni le evitaría un perjuicio futuro. Procede a continuación, por tanto, verificar si este planteamiento relativo al objeto procesal, que se encuentra en la base de la inadmisión por falta de legitimación activa, satisface o no el canon de control correspondiente al derecho a acceder a la jurisdicción al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia.

La inadmisión del recurso contencioso-administrativo descansa en la consideración de la convocatoria del concurso como un acto firme y consentido en los términos del art. 28 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) que, tal y como hemos señalado a propósito de su predecesor, el art. 40 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, tiene el sentido general de evitar que el particular pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza, por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía respecto de los primeros (STC 126/1984, de 26 de diciembre FJ 2) o, cabría añadir, que se recurren por causas que realmente son imputables a las actuaciones administrativas anteriores, lo cual se encuentra íntimamente relacionado, especialmente en los procedimientos de selección competitiva, con la necesidad de evitar que su anulación por vicios presentes en la convocatoria se produzca una vez que se ha tramitado completamente el procedimiento.

El control de la proporcionalidad de la inadmisión de un recurso interpuesto contra la adjudicación de un contrato administrativo por quien no recurrió la convocatoria ha de realizarse a la luz de esta finalidad y, según hemos señalado recientemente en la STC 144/2008, de 10 de noviembre, "no puede desvincularse de las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la razón por la que la recurrente se hubiera abstenido de impugnar o participar en las actuaciones administrativas precedentes". Pues bien, en el supuesto ahora examinado resulta claro, en primer lugar, que el perjuicio para el interés económico o profesional se derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para externalizar las tareas controvertidas y no de la decisión de adjudicar el contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otras. En segundo lugar, en la demanda de amparo no se aduce circunstancia alguna que, como ocurrió en la citada STC 144/2008, de 10 de noviembre, pudiera haber dificultado la identificación de ese interés legítimo por parte del recurrente en el momento preciso en que se acordó convocar un concurso para la celebración de un contrato de apoyo técnico. Es más bien lo contrario lo que se deduce del hecho de que la misma confederación sindical haya recurrido en otros casos las convocatorias de contratos sustancialmente idénticos, como por ejemplo en el recurso que dio lugar a la STC 112/2004, de 12 de julio, a la que hace referencia la demandante de amparo. De todo ello se deriva, en fin, que en este caso no puede considerarse desproporcionado, a la vista de la finalidad que con ello se persigue, exigir al sindicato recurrente del acto de adjudicación que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni tampoco, por tanto, el rechazo por parte de los órganos judiciales autores de las resoluciones impugnadas a que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso promovido contra la resolución de adjudicación.

En definitiva, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por parte de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, confirmada en casación por el Tribunal Supremo, por no reconocer legitimación activa a la confederación sindical recurrente para impugnar la adjudicación del contrato de apoyo técnico no resulta particularmente rigorista ni desproporcionada, de modo que procede concluir que las resoluciones impugnadas no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de acceso a la justicia, y denegar por ello el amparo solicitado.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras.

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

Dada en Madrid, a siete de septiembre de dos mil nueve.

VOTOS

Voto particular que formula la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde respecto de la Sentencia de 7 de septiembre de 2009, recaída en el recurso de amparo núm. 4485-2005, al que se adhiere el Magistrado don Pablo Pérez Tremps.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, me veo obligada a manifestar mi total desacuerdo con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

1. Mi separación de la fundamentación jurídica de la Sentencia parte del canon mismo de enjuiciamiento con el que se aborda el análisis de la queja constitucional planteada en cuanto se limita al propio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE) sin tener en cuenta la afectación directa del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) en cuyo ejercicio se impetró por la confederación sindical recurrente la tutela judicial denegada por la decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

Afirma la Sentencia, en su fundamento jurídico 2, que "la confederación sindical demandante de amparo no ha alegado haber sufrido una lesión en su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), razón por la cual en esta Sentencia debemos limitarnos a verificar si se ha producido o no la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al proceso, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de la eventual estimación de la queja aducida en este recurso para el derecho de libertad sindical".

No ha sido así, en mi opinión. No comparto que la confederación sindical demandante no haya alegado haber sufrido una lesión en su derecho de libertad sindical. Es cierto que, al identificar los preceptos constitucionales infringidos por las resoluciones judiciales impugnadas, cita exclusivamente de forma nominal el art. 24.1 CE, pero no lo es menos que la cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento se vincula inequívocamente en la demanda, que por lo demás contiene reiteradas alusiones al derecho de libertad sindical, a la legitimación del sindicato en el acceso a la jurisdicción, planteamiento igualmente inequívoco en la demanda del sindicato ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que, según nuestra reiterada doctrina, hace obligada la consideración del derecho sustantivo afectado al abordar la queja constitucional de vulneración del derecho a la tutela judicial. Hemos dicho ya en nuestra STC 112/2004, citando doctrina consolidada, que en estos supuestos la consideración de ambos derechos fundamentales está "forzosamente enlazada", por lo que su análisis puede realizarse, ya sea partiendo de la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, de cuya vulneración o no dependerá, como consecuencia inmediata, la del derecho de libertad sindical, ya sea haciéndolo desde la de este último derecho, en su manifestación de realización o desarrollo pleno de la actividad sindical en defensa de los intereses propios del sindicato, para alcanzar desde dicho punto de partida la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE (STC 112/2004, de 12 de julio, FJ 2).

Pero, es que, además, la opción por el enjuiciamiento a partir del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por entender que es ésta la seguida por la confederación sindical recurrente en su demanda, no puede desconocer la presencia de un derecho fundamental sustantivo como el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). No puedo aceptar, por ello y de acuerdo con nuestra doctrina, la restricción del enjuiciamiento de la cuestión planteada exclusivamente al derecho a la tutela judicial efectiva, como se sostiene en el fundamento jurídico 2 de la Sentencia, "sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de la eventual estimación de la queja aducida en este recurso para el derecho de libertad sindical". Mas allá de esas meras consecuencias, el "forzoso enlace" de ambos derechos fundamentales exige ya desde el inicio la adopción de un canon de enjuiciamiento, que no es únicamente el propio del derecho a la tutela judicial efectiva, sino el reforzado por la afectación del derecho de libertad sindical. Recordábamos en la STC 112/2004 que "las decisiones judiciales como la que aquí se recurre están especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3)" (STC 112/2004, de 12 de julio, FJ 4).

De ahí que nuestra resolución no pueda limitarse a analizar, como indebidamente hace en mi opinión, si la decisión judicial es irrazonable, arbitraria o producto de un error patente, y ni siquiera a determinar, de acuerdo con el principio *pro actione*, si restringe de forma rigorista o desproporcionada el derecho de acceso al proceso. A quien se deniega el derecho de acceso al proceso es a un sindicato en el ejercicio de su derecho de libertad sindical y, por ello, nuestro análisis tiene que tomar necesariamente en consideración el efecto de la resolución recurrida sobre el derecho fundamental para cuyo ejercicio se impetró la tutela judicial.

2. La Sentencia rechaza que las resoluciones judiciales recurridas, al negar la legitimación del sindicato recurrente para impugnar la adjudicación de un contrato de apoyo técnico, hayan vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por entender que el recurrente no ha acreditado en el proceso un interés jurídico profesional o económico, cualificado o específico, en el objeto del mismo, tal y como viene exigiendo la doctrina constitucional que se cita en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia y que, evidentemente, comparto. Acoge, así, el criterio de las resoluciones judiciales recurridas de que el interés económico o profesional aducido en el proceso por la confederación sindical recurrente se encuentra en realidad referido a la previa decisión relativa a la convocatoria del concurso para externalizar las tareas controvertidas y no a la concreta decisión de adjudicar el mismo a una determinada empresa licitadora, siendo así que la resolución relativa a la convocatoria del concurso no fue recurrida en su momento, constituyendo un acto firme y consentido en los términos del art. 28 LJCA, por lo que los únicos intereses en juego en

la actuación administrativa de adjudicación del concurso serían los correspondientes a las empresas participantes en el mismo, y no los del sindicato, para el que la eventual estimación del recurso no le reportaría ninguna ventaja ni le evitaría ningún perjuicio. Este criterio no resulta, a juicio de nuestra Sentencia, rigorista ni desproporcionado, satisfaciendo, en consecuencia, el canon de acceso a la jurisdicción en los términos previamente definidos y frente a los que he razonado parte de mi discrepancia.

Pues bien, tampoco me resulta posible aceptar el criterio de la falta de afectación de los intereses sindicales en este caso. Ni puede afirmarse que la adjudicación de un contrato de externalización sea una actuación que no afecte a los intereses de los trabajadores, sino sólo a los de las empresas concursantes, como afirma la Sentencia de casación, ni puede considerarse que la confederación sindical recurrente haya dejado de plantear en el proceso elementos suficientes para vincular directamente su recurso con la concreta decisión de adjudicación, ni, en fin, es posible considerar que el hecho de impugnar o no impugnar la convocatoria del concurso resulte relevante para apreciar o no la existencia de un interés directo en el acto de adjudicación.

En cuanto a lo primero, baste señalar que la afectación, sustancial, directa y concreta, de los intereses de los trabajadores, en cuya representación y defensa actúa el sindicato, por las decisiones empresariales de subcontratación constituye una realidad inequívocamente reconocida por el ordenamiento laboral. Son numerosísimas las disposiciones de la legislación laboral española (derivadas en muchos casos del Derecho comunitario) que reconocen esa afectación y establecen, en virtud de ella, un conjunto de instrumentos de garantía particularmente intenso (derechos de información y consulta, de representación colectiva, de seguridad y salud en el trabajo, fijación de responsabilidades empresariales, de prohibiciones de contratación, etc.) destinado a la protección, no abstracta y general, sino singular y concreta, de los derechos e intereses de los trabajadores, sean éstos los de la empresa principal, sean los de la contratista. De la intensidad de tal protección y, por tanto, de la importancia de la afectación de los derechos e intereses de los trabajadores en juego resulta suficientemente expresivo el hecho de que la legislación laboral llegue a declarar en diferentes supuestos la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal por actos y obligaciones del contratista. Estando dicho interés expresamente reconocido por la ley, no es cuestionable la existencia de un interés sindical concreto y directo en los supuestos de subcontratación, que no tiene forzosamente que referirse únicamente a la decisión inicial de externalización, siendo tanto o más importante, para la afectación de los derechos e intereses tutelados, la materialización efectiva de la misma a través de la adjudicación del contrato. En nuestra STC 112/2004 analizamos un caso en el que el sindicato recurría la decisión de externalizar determinados servicios, y allí entendimos justificado su interés en su pretensión de que los servicios de apoyo que se pretendían subcontratar fueran realizados por los empleados públicos. Pero que ese fuera el interés sindical contemplado en aquella Sentencia para apreciar la necesaria conexión con la libertad sindical de la impugnación de la convocatoria de un concurso no significa que no existan otros intereses sindicales tutelables en relación con la propia convocatoria del concurso (por ejemplo, el cuestionamiento no de la decisión de externalización, sino de los criterios y bases del concurso) y, por supuesto, con los actos posteriores de ejecución.

Por lo demás, y frente a lo que considera la Sentencia, no puede sostenerse que el sindicato recurrente no haya aportado al proceso los elementos necesarios para apreciar la conexión entre su objeto y el ejercicio de su derecho de actividad sindical. Ya desde el escrito de formalización del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa de adjudicación del concurso el sindicato recurrente alegó que el contrato impugnado encubría, a su juicio, un supuesto de cesión ilegal de mano de obra, basándose para ello tanto en los antecedentes de lo acaecido con contratos anteriores como en la actuación concreta de la propia empresa adjudicataria que, según aducía, habría procedido a subcontratar la realización de los servicios contratados con una empresa de trabajo temporal. Es patente, me parece, que una denuncia de cesión ilegal de mano de obra, expresamente prohibida por el art. 43 del Estatuto de los trabajadores, establece un vínculo directo con el objeto del recurso, en la medida en que sólo puede articularse a partir de la concreta adjudicación del contrato, y no de la mera convocatoria. Desde esta perspectiva, finalmente, no existen elementos suficientes para considerar, como hacen las resoluciones judiciales recurridas, que la eventual estimación del recurso únicamente beneficiaría a las empresas competidoras y no a los intereses sindicales, aún cuando éstos fueran únicamente los relativos a la decisión en sí de la externalización y no los concretos de la adjudicación; para determinar los efectos de la anulación de una adjudicación en relación con la decisión misma de externalizar los servicios habrían de considerarse diferentes variables que no obran en el proceso, desde las relativas al cumplimiento o no por las restantes ofertas de los requisitos exigidos, las referidas a las decisiones y actuaciones subsiguientes a la anulación por parte de los diferentes actores implicados, y, sobre todo, en última instancia, las derivadas de las propias consideraciones jurídicas que hubieran conducido a la anulación de la adjudicación y los efectos que de las mismas pudieran derivarse para otras posibles adjudicaciones y para la viabilidad misma del concurso. Sin conocer todos estos elementos resulta aventurado afirmar, como hacen las resoluciones recurridas, que la eventual estimación del recurso contra la adjudicación no produciría otro efecto que el cambio de la empresa adjudicataria, sin afectar al supuesto interés de la recurrente contrario a la decisión de externalización.

En definitiva, la legitimación del sindicato recurrente debe apreciarse en función de la existencia o no de un interés directo y concreto en el objeto del recurso presentado, que se refiere a la adjudicación a una determinada empresa de un contrato de apoyo técnico para la realización de determinadas funciones en la Tesorería General de la Seguridad Social. Este interés, que, por lo dicho, resulta inequívoco, no desaparece en función de otras actuaciones que haya realizado el propio sindicato y, en particular, en función de que el sindicato haya impugnado o no, previamente, la resolución de convocatoria del concurso.

Concurriendo tal interés, la falta de impugnación de la convocatoria previa o, más en general, los límites que en el conocimiento del recurso imponga el concreto contenido de la demanda presentada y las argumentaciones efectuadas en la misma serán cuestiones que habrán de ser analizadas por los órganos judiciales y que producirán sus efectos en el fallo correspondiente, pero que no pueden impedir, el acceso mismo al proceso por la apreciación de falta de legitimación.

3. El criterio que reitera la Sala de casación en su Sentencia, y que, a la postre, sustenta su fallo, de que los únicos interesados a efectos de la impugnación de la adjudicación de un contrato administrativo son aquéllos que han participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate es un criterio que, como indica la Sentencia de la que discrepo, satisface con carácter general el canon de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en materia de acceso al proceso. Pero cuando la adjudicación del contrato administrativo afecta a los derechos e intereses de los trabajadores, como sucede necesariamente en los procesos de subcontratación empresarial, la negativa a reconocer la legitimación de quienes tienen constitucionalmente atribuida la representación y defensa de dichos derechos e intereses (arts. 7 y 28.1 CE) no puede considerarse constitucionalmente aceptable, pues restringe de manera injustificada el derecho a la obtención de una tutela judicial impetrada en el ejercicio del derecho de libertad sindical. Por todo lo expuesto, nuestra Sentencia debería haber otorgado el amparo solicitado, reconociendo los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical del sindicato recurrente y anulando las resoluciones judiciales recurridas a fin de que, tras la retroacción de las actuaciones, se dictase nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos.

Madrid, a siete de septiembre de dos mil nueve”.

700/06**035**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera (Recurso de Amparo): Sentencia de 28/09/2009 (STC. 192/2009)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps

Síntesis

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Recurso de amparo promovido respecto al Auto del Tribunal Supremo y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y de un Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife que desestimaron su demanda contra el Servicio Canario de Salud y la Seguridad Social sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Fundamentos Jurídicos:

“1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al haber desestimado su pretensión en virtud de una declaración de hechos probados que está en abierta contradicción con lo declarado probado en resoluciones judiciales previas.

Una primera precisión a realizar en cuanto al objeto de este recurso es que la recurrente únicamente ha impugnado en amparo la desestimación de su demanda en relación con el Servicio Canario de Salud, el INSS y la TGSS, por no quedar acreditado el incumplimiento por la empresa de las medidas de seguridad, pero no ha dirigido objeción constitucional alguna contra la desestimación de su demanda en relación con la Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales núm. 183 de la Seguridad Social, por falta de legitimación pasiva. Por tanto, ningún pronunciamiento nos corresponde hacer sobre este último particular.

Igualmente debe ponerse de manifiesto que si bien en el encabezamiento y en el suplico de la demanda de amparo únicamente se recurre la Sentencia dictada en suplicación, ello no es obstáculo para que, en la medida en que es confirmatoria de la Sentencia de Juzgado de lo Social, también deba considerarse ésta como impugnada y, en su caso, extender a la misma los efectos de una eventual nulidad (por todas, STC 40/2009, de 9 de febrero, FJ 2). Por el contrario, debe quedar fuera de enjuiciamiento el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005, que se limitó a inadmitir por falta de contradicción el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado sin entrar, y contra el que no se dirige ninguna queja autónoma (por todas, STC 96/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

2. Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9). Igualmente se ha

destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4).

3. En el presente caso, como ha sido expuesto con más detalle en los antecedentes, ha quedado acreditado en las actuaciones que existió un primer procedimiento judicial sobre reconocimiento de invalidez en que se declaró que el aparato esterilizador dedicado a la desinfección de material sanitario que utilizaba la recurrente, y que fue causa de su dolencia, carecía de un sistema de eliminación de residuos y de sistemas de control de fugas, que no se aireaba el material como era debido, que no se había instalado de forma aislada, sino en una sala en la que se trabajaba a diario, que no se utilizaba ningún sistema de protección como mascarillas, guantes o gafas, que no se había recibido información ni medios de protección adecuados, que tampoco se efectuaron mediciones ambientales y que los controles médicos fueron esporádicos. Asimismo, se declaró probado que las emanaciones de gases eran continuas y que la recurrente estuvo expuesta a ellas durante más de dos años, ocho horas al día (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de junio de 1999, hecho probado cuarto).

También se pone de manifiesto en las actuaciones que en un segundo procedimiento judicial, cuyo objeto era determinar el carácter profesional de la incapacidad, se volvía a insistir en que la recurrente, en el ejercicio de su profesión, había utilizado durante dos años un aparato esterilizador, sin que se hubieran adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar la inhalación de gases que emanaba (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 20 de diciembre de 2000, hecho probado cuarto).

Por último, se destaca que en el procedimiento que trae causa a este amparo, cuyo objeto era la reclamación de recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, la misma Sala, confirmando en suplicación la del Juzgado de lo Social, desestimó esta reclamación partiendo de unos hechos radicalmente opuestos a aquéllos de los que había partido en los precedentes procedimientos judiciales. De este modo, en contra de lo previamente mantenido, en esta ocasión afirma que la máquina en cuestión estaba conectada al exterior y hacía sus desgasificaciones conforme al manual de uso, que se había instalado en un local con ventilación, separado por tabique y ventana de la zona de trabajo, que fue sometido a revisiones periódicas, que se había informado a los trabajadores de sus peligros y proporcionado mecanismos de protección y que la exposición al riesgo había sido mínimo, habiendo sido manipulada casi exclusivamente por otro trabajador, plenamente informado de los riesgos y funcionamiento del aparato.

4. En atención a estos antecedentes, y tal como también ha sostenido el Ministerio Fiscal, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), toda vez que en el presente procedimiento se reabrió el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme, desconociendo el efecto de la cosa juzgada y privando de eficacia a lo que se había decidido con firmeza en los procesos sobre invalidez y sobre accidente laboral, lesionándose, con tal actuación, la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por las Sentencias dictadas en unos procesos anteriores entre las mismas partes y en las que se había considerado acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo.

En efecto, este Tribunal ha mantenido que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia siempre que queden justificadas las razones de este apartamiento. Ahora bien, en el presente caso no basta para justificar la distinta apreciación de los hechos el simple cuestionamiento de la certeza del contenido del informe elaborado por la Inspección de Trabajo, en el que previamente se habían basado los otros procedimientos, o en la supuesta inexistencia de responsabilidad empresarial por falta de comportamiento no diligente, cuando previamente había quedado acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. Tampoco resultan en modo alguno convincentes los argumentos ofrecidos al indicar que el incumplimiento de medidas de seguridad constatado en los anteriores procedimientos, tanto podía imputarse a la empresa como al trabajador al no haberse precisado quién había sido el sujeto de tal infracción, cuando es manifiesto que la decisión sobre la instalación, aislamiento y uso de la máquina correspondía a la demandada y no a la actora.

Por todo ello debe concluirse que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de la recurrente, lo que comporta la declaración de nulidad del pronunciamiento referido exclusivamente a la desestimación de la demanda respecto del Servicio Canario de Salud, el INSS y la TGSS y la retroacción de las actuaciones para que se dicte nueva resolución respecto de ese particular respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar a doña Juana el amparo solicitado y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Anular las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife de 1 de septiembre de 2003, dictada en el procedimiento núm. 781-2001, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de noviembre de 2004, dictada en el rollo de suplicación núm. 932-2003, en el extremo referido a la desestimación de la demanda respecto del Servicio Canario de Salud, el INSS y la TGSS.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de dicha Sentencia para que se dicte una nueva resolución en el extremo anulado respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve".

C-192/08

036

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, in memoriam

La muerte de Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, abogado general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, deja huérfano al Derecho Comunitario.

Ha sido una pérdida muy significativa para el Derecho, para el Derecho español y para el Derecho europeo.

Jurista íntegro, con un amplio horizonte de miras, maestro de jueces y abogados en ese océano revuelto que es el Derecho Comunitario.

Ciertamente, se trataba de una persona muy culta, imbuido de una cultura francesa especialmente exquisita y con una atención muy particular y cuidadosa al lenguaje escrito, al español judicial, que adornaba con un fino humor y una afición literaria excelsa. En Luxemburgo se hicieron concursos sobre las citas literarias de Dámaso Ruiz-Jarabo en sus Conclusiones relativas al Quijote, pero también a los escritores clásicos franceses, alemanes, ingleses, italianos, etc.. En Italia se está ultimando una tesis doctoral al respecto, de la que próximamente se hará su lectura.

Particularmente, no tengo palabras para definirle en un espacio tan reducido como este, ni me lo he propuesto, por cuanto en cualquier caso no haría justicia. Como gran amigo que fue, siempre le tendré en mi corazón. Óigase mi silencio como el más sonoro "réquiem". Descanse en paz.

In memoriam, en este número de la Revista "Temis", la selección de sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se limitará a la transcripción de una reciente sentencia, dictada en el Asunto C/192-98, de 12 de Noviembre de 2009 – o sea, del mismo día de su fallecimiento- que asume, a modo de tributo póstumo, las conclusiones del abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en un asunto tan actual –aunque no sea materia habitual en la revista- como el papel de la Administración y su reglamentación sobre el acceso de los operadores a las redes de comunicaciones electrónicas y su interconexión (interpretando con ocasión de una cuestión prejudicial finlandesa la famosa Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, de Acceso).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Segunda: Sentencia de 12 de noviembre de 2009

Ponente: Sr. P. Küris

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;

Síntesis

Directiva 2002/19/CE – Artículo 4, apartado 1 – Redes y servicios – Acuerdos de interconexión entre empresas de telecomunicaciones – Obligación de negociar de buena fe – Concepto de “operador de redes públicas de comunicaciones”

«Sector de las telecomunicaciones – Comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/19/CE – Artículo 4, apartado 1 – Redes y servicios – Acuerdos de interconexión entre empresas de telecomunicaciones – Obligación de negociar de buena fe – Concepto de “operador de redes públicas de comunicaciones” – Artículos 5 y 8 – Competencia de las autoridades nacionales de reglamentación – Empresa que carece de un peso significativo en el mercado»

En el asunto C-192/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia), mediante resolución de 8 de mayo de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el mismo día, en el procedimiento

TeliaSonera Finland Oyj,

en el que participa:

iMEZ Ab,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.-C. Bonichot, Presidente de la Sala Cuarta, en funciones de Presidente de la Sala Segunda, los Sres C.W.A. Timmermans, K. Schiemann, P. Küris (Ponente) y L. Bay Larsen, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 2 de abril de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de TeliaSonera Finland Oyj, por el Sr. K. Mattila, oikeustieteen kandidaatti;
- en nombre de iMEZ Ab, por el Sr. S. Aalto, asianajaja;
- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. I. Bruni, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. I. Jarukaitis, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. C. Wissels y M. de Mol, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Dowgielewicz, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno rumano, por el Sr. A. Ciobanu-Dordea, en calidad de agente, asistido por la Sra. E. Gane y el Sr. L. Nicolae, consilieri;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. I. Koskinen y A. Nijenhuis, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de mayo de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, apartado 1, 5 y 8 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) (DO L 108, p. 7).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre TeliaSonera Finland Oyj (en lo sucesivo, «TeliaSonera»), sucesora de Sonera Mobile Networks Oy, y la Viestintävirasto (autoridad de reglamentación de telecomunicaciones; en lo sucesivo, «ART») y la empresa iMEZ Ab (en lo sucesivo, «iMEZ») en relación con la decisión adoptada el 11 de diciembre de 2006 por ART respecto a TeliaSonera.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 Los considerandos quinto, sexto, octavo y decimonoveno de la Directiva acceso establecen:
 - «5) En un mercado abierto y competitivo no debe existir ninguna restricción que impida a las empresas negociar acuerdos de acceso e interconexión con otras empresas, en particular de carácter transfronterizo, a condición de que se respeten las normas del Tratado [CE] en materia de competencia. En el marco de la consecución de un auténtico mercado paneuropeo más eficiente, con una competencia eficaz, servicios competitivos y una mayor oferta para los consumidores, las empresas que reciban solicitudes de acceso o de interconexión deben en principio concluir dichos acuerdos sobre una base comercial y negociar de buena fe.
 - 6) En los mercados en que aún persisten importantes diferencias de capacidad de negociación entre las empresas y en los que algunas empresas dependen de las infraestructuras que proporcionan otras para el suministro de sus servicios, conviene establecer un marco para garantizar un funcionamiento eficaz [del mercado]. En interés de los usuarios finales, las autoridades nacionales de reglamentación han de estar facultadas para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios cuando fracasen las negociaciones comerciales. En particular, pueden garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo imponiendo a las empresas que controlan el acceso a los usuarios finales obligaciones proporcionadas; [...]
- [...]
- 8) Los operadores de redes que controlan el acceso a sus propios clientes, lo hacen sobre la base de un único número o dirección que figura en una serie publicada de números o direcciones. Los operadores de otras redes tienen que poder entregar tráfico a dichos clientes, motivo por el cual deben poder estar interconectados directa o indirectamente entre sí. Por lo tanto, es necesario mantener los derechos y obligaciones que existen en la actualidad en el ámbito de la negociación de las interconexiones. [...]
- [...]
- 19) Aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructura de la red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios. Cuando se imponga a los operadores obligaciones que les exijan acceder a las solicitudes razonables de acceso y uso de elementos de redes y recursos asociados, dichas solicitudes sólo deben poder denegarse sobre la base de criterios objetivos como la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red. [...]

4 A tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva acceso:

«La presente Directiva armoniza [...] la manera en que los Estados miembros regulan el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y su interconexión. El objetivo es establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas y redunde en beneficio de los consumidores.»

5 El artículo 2 de esta Directiva incluye, en particular, las definiciones siguientes:

«[...]»

- a) Acceso: la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de redes virtuales;
- b) Interconexión: la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta, o acceder a los servicios prestados por otra empresa. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas;
- c) Operador: la empresa que proporciona o que está autorizada para proporcionar una red pública de comunicaciones o un recurso asociado;

[...]»

6 A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva acceso:

«Los Estados miembros velarán por que no existan restricciones que impidan que las empresas de un mismo Estado miembro o de Estados miembros diferentes negocien entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión, con arreglo a la legislación comunitaria. La empresa solicitante de acceso o interconexión no necesitará estar autorizada a operar en el Estado miembro en el que se efectúe la solicitud cuando no preste servicios ni explote una red en dicho Estado miembro.»

7 El artículo 4 de esta Directiva, titulado «Derechos y obligaciones de las empresas», tiene la siguiente redacción:

- «1. Los operadores de redes públicas de comunicaciones tendrán el derecho y, cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con vistas a garantizar el suministro de servicios y su interoperabilidad en toda la Comunidad. Los operadores ofrecerán acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación de conformidad con los artículos 5, 6, 7 y 8.

[...]»

8 El artículo 5 de la citada Directiva, titulado «Competencias y responsabilidades de las autoridades nacionales de reglamentación en materia de acceso e interconexión», dispone:

- «1. Para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33)], las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán y, en su caso, garantizarán, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, y ejercerán sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.

En particular y sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un peso significativo en el mercado de conformidad con el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer:

- a) en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho;

[...]

2. Cuando impongan obligaciones a un operador para que facilite acceso con arreglo al artículo 12, las autoridades nacionales de reglamentación podrán establecer determinadas condiciones técnicas u operativas a los proveedores y/o beneficiarios de dicho acceso, de conformidad con la legislación comunitaria, cuando ello sea necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red. Las condiciones relativas a la aplicación de determinadas normas o especificaciones técnicas cumplirán lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

3. Las obligaciones y condiciones impuestas de conformidad con los apartados 1 y 2 serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias y se aplicarán de conformidad con los procedimientos contemplados en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

4. Por lo que respecta al acceso y la interconexión, los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para intervenir por iniciativa propia cuando esté justificado o, en ausencia de acuerdo entre empresas, a petición de cualquiera de las partes implicadas, con objeto de garantizar los objetivos generales contemplados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva y en los procedimientos contemplados en los artículos 6, 7, 20 y 21 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).»

9 Los artículos 6 a 13 de la Directiva acceso definen las obligaciones impuestas a los operadores y los procedimientos de revisión del mercado.

10 En particular, los artículos 8 a 12 de esta Directiva definen las obligaciones y los procedimientos aplicables a los operadores que tienen un peso significativo en un mercado específico.

11 A tenor del citado artículo 12, titulado «Obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización»:

«1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación estarán facultadas para exigir a los operadores que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización, entre otros casos en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales.

Se podrá imponer a los operadores, entre otras cosas, que:

- a) concedan acceso a terceros a elementos y/o recursos específicos de las redes, incluido el acceso desagregado al bucle local;
- b) negocien de buena fe con las empresas que soliciten el acceso;

[...]

- g) presten determinados servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios, con inclusión de los recursos necesarios para los servicios de red inteligente o la itinerancia en redes móviles;

[...]

- i) interconecten redes o los recursos de éstas.

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán acompañar dichas obligaciones de condiciones en materia de equidad, racionalidad y oportunidad.

[...].»

12 Por su parte, la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO L 108, p. 21), contiene en su artículo 2, apartado 2, letra a), la definición siguiente:

«autorización general: toda disposición de los Estados miembros que otorgue derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que establezca obligaciones específicas al sector que podrán aplicarse a todos o a determinados tipos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de conformidad con la presente Directiva».

13 El artículo 4 de esta Directiva, titulado «Lista mínima de derechos derivados de la autorización general», tiene la siguiente redacción:

«1. Las empresas autorizadas [con carácter general] estarán habilitadas para:

a) suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas;

[...].

2. Cuando dichas empresas suministren al público redes o servicios de comunicaciones electrónicas, la autorización general le dará asimismo el derecho a:

a) negociar la interconexión y en su caso obtener el acceso o la interconexión a partir de otros proveedores de redes y servicios de comunicaciones disponibles al público habilitados por una autorización general en cualquier lugar de la Comunidad, de conformidad con la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso) y con arreglo a las condiciones establecidas en ésta;

[...].»

14 El artículo 6 de la Directiva autorización establece:

«1. La autorización general para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas [...] sólo podrá estar sometida a las condiciones enumeradas respectivamente en [la parte] A [...] del Anexo. Dichas condiciones deberán justificarse objetivamente en relación con la red o servicio de que se trate y deberán ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes.

2. Las obligaciones específicas que puedan imponerse a los suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 5 y a los artículos 6 y 8 de la Directiva [...] acceso [...], serán jurídicamente independientes de los derechos y obligaciones derivados de la autorización general. [...]

[...].»

15 Según la parte A del anexo de la citada Directiva, una de las condiciones que pueden asociarse a una autorización general es garantizar la interoperabilidad de los servicios y la interconexión de las redes de conformidad con la Directiva acceso.

16 En cuanto a la Directiva marco, ésta contiene en su artículo 2 las definiciones siguientes:

«[...]

c) servicio de comunicaciones electrónicas: el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; quedan excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204, p. 37)].

que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas;

- d) red pública de comunicaciones: una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público;

[...].»

- 17 Los artículos 8 a 13 de la Directiva marco definen las funciones que las autoridades nacionales de reglamentación deben cumplir para lograr los objetivos de competencia, desarrollo del mercado interior y promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

Derecho nacional

- 18 El artículo 2 de la Viestintämarkkinalaki (393/2003) (Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones), de 23 de mayo de 2003, titulado «Definiciones», dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Ley, se entenderá por:

[...]

- 13) interconexión: la conexión física y lógica de diferentes redes y servicios de comunicaciones, con objeto de garantizar el acceso de los usuarios a la red y a los servicios de comunicaciones de otra empresa de telecomunicaciones;

[...]

- 17) empresa de red: una empresa que proporciona una red de comunicaciones que posee o que tiene por otro motivo con el fin de transmitir, distribuir o enviar mensajes;

[...]

- 19) empresa de servicios: una empresa que transmite mensajes a través de una red de comunicaciones que posee o que ha adquirido a una empresa de red con objeto de utilizarla o que distribuye o envía mensajes en una red de comunicaciones de masas;

[...]

- 21) empresa de telecomunicaciones: cualquier empresa de red o empresa de servicios;

[...].»

- 19 De conformidad con el artículo 39 de dicha Ley, titulado «Obligaciones de interconexión que recaen sobre las empresas de telecomunicaciones», una empresa de telecomunicaciones está obligada a negociar la interconexión con otra empresa de telecomunicaciones. Con arreglo al apartado 2 de dicho artículo, la ART podrá, a través de una decisión, imponer a una empresa con peso significativo en el mercado la obligación de conectar una red o servicio de comunicaciones a una red o servicio de comunicaciones de otra empresa de telecomunicaciones. El apartado 3 del citado artículo también habilita a la ART para imponer idéntica obligación a las empresas que no tengan un peso significativo en el mercado siempre que las empresas de telecomunicaciones de que se trate controlen las conexiones de los usuarios a la red de comunicaciones y que dicha obligación sea necesaria para garantizar la interconexión de las redes de comunicaciones.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 20 De la resolución de remisión resulta que, el 10 de mayo de 2006, iMEZ solicitó a la ART, autoridad nacional finlandesa de reglamentación, que adoptase las medidas necesarias para garantizar la conclusión con Teliasonera de un contrato de interconexión relativo a la transmisión de mensajes de texto (en lo sucesivo, «SMS») y de mensajes multimedia (en lo sucesivo, «MMS»).
- 21 El 18 de mayo de 2006, la ART sometió el asunto al procedimiento de conciliación, al término del cual se comprobó el fracaso de las negociaciones.

- 22 El 7 de agosto de 2006, iMEZ, sociedad con domicilio social en Suecia, solicitó a la ART que compeliere a TeliaSonera a negociar la interconexión de buena fe proponiéndole un acuerdo mutuo en condiciones razonables. Con carácter subsidiario, si se desestimaba esta pretensión, iMEZ solicitaba que se impusiese a TeliaSonera una obligación de interconexión mutua para los SMS y los MMS y de fijación de tarifas de terminación para estos dos tipos de mensajes en función de los costes, y ello de manera no discriminatoria. Con carácter subsidiario de segundo grado, iMEZ solicitaba que se definiese como mercado pertinente de telecomunicaciones la terminación de los SMS y MMS en la red de telefonía móvil particular y que se reconociese que TeliaSonera es una empresa con peso significativo en el citado mercado, permitiéndole así acceder a la interconexión.
- 23 Mediante decisión de 11 de diciembre de 2006, la ART constató que TeliaSonera había incumplido la obligación de negociar que le incumbía con arreglo al artículo 39 de la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones y le ordenó negociar de buena fe la interconexión de los servicios de SMS y MMS con iMEZ. De acuerdo con esta decisión, las negociaciones debían tener en cuenta los objetivos perseguidos con la interconexión y partir del postulado de que el buen funcionamiento de los servicios de SMS y MMS entre los sistemas podía garantizarse en condiciones razonables que permitan al usuario utilizar servicios de mensajería de las empresas de que se trata.
- 24 TeliaSonera interpuso recurso contra esta decisión ante el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo), sosteniendo que la ART no tenía competencia para imponer exigencias sustanciales sobre los términos de un acuerdo que deba negociarse por lo que respecta a la interconexión de los servicios de SMS y de MMS. En este recurso, TeliaSonera solicita, por una parte, que se declare que se atuvo a la obligación de negociar establecida en el artículo 39 de la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones y, por otra, que se anule la decisión de la ART de 11 de diciembre de 2006.
- 25 En estas circunstancias, el Korkein hallinto-oikeus decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva [acceso], [...], en relación, por una parte, con los considerandos quinto, sexto y octavo de la Directiva y, por otra parte, con los artículos 5 y 8 de la Directiva, en el sentido de que:
- a) una disposición nacional como el artículo 39, apartado 1, de la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones puede obligar a toda empresa de telecomunicaciones a negociar sobre la interconexión con otras empresas de telecomunicaciones y, en caso de respuesta afirmativa,
- b) las autoridades nacionales de reglamentación pueden estimar que no se ha cumplido con la obligación de negociar cuando una empresa de telecomunicaciones que no tiene peso significativo en el mercado ofrece a otra empresa la interconexión en condiciones que, a juicio de dichas autoridades, son totalmente unilaterales y susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo a escala minorista, cuando han impedido, de hecho, que esa otra empresa permita a sus clientes enviar [MMS] a clientes finales conectados a la red de esta empresa de telecomunicaciones y, en caso de respuesta afirmativa,
- c) las autoridades nacionales de reglamentación pueden obligar, mediante su decisión, a la citada empresa de telecomunicaciones, que no tiene un peso significativo en el mercado, a negociar de buena fe la interconexión de los servicios de [SMS] y [MMS] entre los sistemas de las [dos] empresas [de que se trata], de modo que las negociaciones comerciales tengan en cuenta los objetivos perseguidos con la interconexión y que se desarrollen sobre la base de que la operabilidad de los servicios de [SMS] y [MMS] de los citados sistemas debe garantizarse en condiciones razonables que ofrezcan a los usuarios la posibilidad de utilizar los servicios de comunicaciones de las empresas de telecomunicaciones?
- 2) ¿Es relevante para responder a estas cuestiones qué naturaleza tiene la red de iMEZ y si debe calificarse a iMEZ de operador de redes públicas de comunicaciones electrónicas?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera parte de la primera cuestión y la segunda cuestión

- 26 Mediante la primera parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso, en relación con los considerandos quinto, sexto y octavo así como con los artículos 5 y 8 de ésta, se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que no reserva en exclusiva a los operadores de redes públicas de comunicaciones la posibilidad de invocar la obligación de negociar en materia de interconexión. Mediante su segunda cuestión, que procede examinar conjuntamente, este órgano

jurisdiccional desea igualmente saber si, en consecuencia, el estatuto y la naturaleza de la red de una empresa que invoca a su favor la obligación de negociar incide en las relaciones con la otra empresa afectada.

- 27 Con carácter preliminar, procede precisar que, habida cuenta de las definiciones dadas en el artículo 2 de la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones tal como se han expuesto en el apartado 18 de la presente sentencia, mediante la primera cuestión planteada se pretende averiguar, en realidad, si la obligación de negociar prevista en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso puede ser invocada por los prestadores de servicios con el fin de garantizar la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones.
- 28 De la redacción del citado artículo 4, apartado 1, resulta que la obligación de negociar una interconexión incumbe a la totalidad de operadores de redes públicas de comunicaciones cuando otra empresa, igualmente autorizada, lo solicite.
- 29 Respecto a la autorización, procede observar que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva autorización define la «autorización general», concedida a las empresas con arreglo al artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, como «toda disposición de los Estados miembros que otorgue derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas».
- 30 Por tanto, la citada autorización se refiere también a las empresas de servicios.
- 31 No obstante, el artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva autorización precisa que las empresas autorizadas que suministran al público redes o servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a negociar la interconexión con otros proveedores de redes y servicios de comunicaciones de conformidad con la Directiva acceso.
- 32 Pues bien, el artículo 2, letra b), de la Directiva acceso define la «interconexión» como «la conexión física y lógica de [...] redes públicas de comunicaciones», antes de subrayar que «constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas».
- 33 Además, la reciprocidad de la interconexión, prevista por el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso, implica que las dos partes de la negociación sean operadores de redes públicas.
- 34 Por consiguiente, la obligación de negociar establecida en la misma disposición únicamente se refiere a la interconexión de redes, con exclusión de otras formas de acceso a las redes (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Polonia, C-227/07, Rec. p. I-0000, apartado 36), e incumbe únicamente a los operadores de redes públicas de comunicaciones respecto a otros operadores de redes públicas de comunicaciones.
- 35 Por tanto, como los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas no pertenecen a la categoría de los operadores de redes públicas de comunicaciones, no pueden invocar la obligación de negociar prevista en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso.
- 36 En cualquier caso, debe señalarse que la citada obligación de negociar es independiente de que la empresa de que se trate tenga un peso significativo en el mercado y no implica la obligación de concluir un acuerdo de interconexión, sino únicamente la negociación de tal acuerdo.
- 37 Por ello, procede examinar si, como alega el Gobierno neerlandés, los Estados miembros pueden establecer mediante una norma general como la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones, controvertida en el asunto principal, la posibilidad de que los proveedores de servicios de telecomunicaciones invoquen la obligación de negociar que se aplica a los operadores de redes públicas de comunicaciones.
- 38 A este respecto, es preciso señalar, en primer lugar, que el nuevo marco regulador establecido en 2002 en el sector de las telecomunicaciones, compuesto por la Directiva marco así como por Directivas específicas, entre ellas las Directivas autorización y acceso, tiene por objeto crear un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas así como los recursos y servicios asociados en un contexto de competencia efectiva.
- 39 En segundo lugar, tanto el quinto considerando como el artículo 3, apartado 1, de la Directiva acceso consagran, para las empresas, la libertad de negociar y contratar. Esta libertad se inscribe en el objetivo de la Directiva acceso, definido en su artículo 1, apartado 1, consistente en establecer «un marco regulador [...] que [...] haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas y redunde en beneficio de los consumidores».

- 40 De ello se deduce que, como sostiene el Gobierno rumano, una obligación de negociar como la prevista en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso constituye una excepción y debe, por consiguiente, ser objeto de una interpretación estricta.
- 41 En tercer lugar, los artículos 5 a 8 de la citada Directiva definen de manera precisa las obligaciones que los Estados miembros deben respetar a efectos de determinar las competencias y responsabilidades de las autoridades nacionales de reglamentación.
- 42 Por tanto, las competencias del legislador nacional están debidamente delimitadas.
- 43 En cuarto lugar, como señaló el Abogado General en los puntos 64 y siguientes de sus conclusiones, y contrariamente a lo que sostiene el Gobierno neerlandés, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva autorización no puede servir de base a una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal.
- 44 En efecto, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva autorización únicamente prevé una autorización general sometida a las condiciones enumeradas en la parte A del anexo de dicha Directiva, que se remite, en su apartado 3, a la Directiva acceso.
- 45 De ello se deduce que la Directiva acceso fija el marco en el que se desarrollan las negociaciones o se determinan las obligaciones que deben recaer sobre las empresas de comunicaciones.
- 46 Habida cuenta de lo anterior, procede señalar que la naturaleza de la red de una empresa que invoca a su favor la obligación de negociar prevista en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso y la cuestión de si esta empresa es un operador de redes públicas de comunicaciones inciden en las relaciones con la otra empresa afectada en la medida en que los Estados miembros no pueden imponer dicha obligación a operadores que no sean los de las redes públicas de comunicaciones.
- 47 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, teniendo en cuenta las definiciones dadas en el artículo 2 de la Directiva acceso y de la Directiva marco, determinar si, a la luz del estatuto y de la naturaleza de los operadores de que se trata en el litigio principal, éstos podían ser calificados de operadores de redes públicas de comunicaciones.
- 48 De lo anterior resulta que procede responder a la primera parte de la primera cuestión, así como a la segunda cuestión planteada, que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso, en relación con los considerandos quinto, sexto, octavo y decimonoveno así como con los artículos 5 y 8 de esta Directiva, se opone a una legislación nacional como la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones en la medida en que ésta no reserva en exclusiva a los operadores de redes públicas de comunicaciones la posibilidad de invocar la obligación de negociar en materia de interconexión de redes. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si, a la luz del estatuto y la naturaleza de los operadores de que se trata en el litigio principal, éstos podían ser calificados de operadores de redes públicas de comunicaciones.

Sobre la segunda parte de la primera cuestión

- 49 Mediante la segunda parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si una autoridad nacional de reglamentación puede estimar que se ha incumplido la obligación de negociar una interconexión prevista en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso cuando una empresa que no tiene peso significativo en el mercado ofrece la interconexión a otra empresa en condiciones unilaterales susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo a escala minorista cuando estas condiciones impiden a los clientes de la segunda empresa disfrutar de los servicios de esta última.
- 50 Procede señalar, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha declarado que las funciones reguladoras de la autoridad nacional de reglamentación se recogen en los artículos 8 a 13 de la Directiva marco. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha interpretado el citado artículo 8 en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que las autoridades nacionales de reglamentación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a promover la competencia en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, velando por que no se falsee ni obstaculice la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas y suprimiendo los últimos obstáculos para la prestación de dichos servicios a escala europea (sentencia Comisión/Polonia, antes citada, apartados 62 y 63 así como jurisprudencia citada).
- 51 En segundo lugar, el quinto considerando de la Directiva acceso establece que las empresas que reciban solicitudes de acceso o de interconexión deben en principio concluir dichos acuerdos sobre una base comercial y negociar de buena fe.

- 52 A este respecto, el artículo 5, apartado 4, de esta Directiva permite a las autoridades nacionales de reglamentación intervenir en ausencia de acuerdo con objeto de garantizar los objetivos contemplados en el artículo 8 de la Directiva marco.
- 53 En tercer lugar, como señaló el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, a fin de garantizar el efecto útil del artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso, que establece la obligación de negociar en las condiciones recordadas en los apartados 29 a 37 de la presente sentencia, es preciso admitir que la negociación debe desarrollarse de buena fe.
- 54 En cuarto lugar, en contra de lo que alega el Gobierno finlandés, el artículo 12, apartado 1, de la Directiva acceso no puede servir de fundamento a una apreciación como la contemplada por el órgano jurisdiccional remitente en tanto el operador destinatario de la solicitud de interconexión no tenga un peso significativo en el mercado específico de conformidad con el artículo 8, apartado 2, de la misma Directiva.
- 55 De lo anterior resulta que procede responder a la segunda parte de la primera cuestión planteada que una autoridad nacional de reglamentación puede estimar que se ha incumplido la obligación de negociar una interconexión cuando una empresa que no tiene peso significativo en el mercado ofrece la interconexión a otra empresa en condiciones unilaterales susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo a escala minorista cuando estas condiciones impiden a los clientes de la segunda empresa disfrutar de los servicios de esta última.

Sobre la tercera parte de la primera cuestión

- 56 Mediante la tercera parte de su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si una autoridad nacional de reglamentación puede ordenar a una empresa que no tiene un peso significativo en el mercado que negocie de buena fe con otra empresa la interconexión de servicios de SMS y de MMS entre los sistemas de estas dos empresas.
- 57 Con carácter preliminar, procede precisar que la premisa necesaria para responder a esta parte de la primera cuestión es que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso se aplique al asunto objeto del litigio principal porque los dos operadores implicados sean operadores de redes públicas de comunicaciones, pero el operador al que se solicitó negociar una interconexión no haya cumplido las obligaciones impuestas en este artículo, o bien que la situación objeto del litigio principal no esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho artículo porque uno de los operadores de que se trate no pueda calificarse de operador de redes públicas de comunicaciones.
- 58 Por tanto, es preciso señalar, en primer lugar, que de la redacción del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva acceso resulta que las autoridades nacionales de reglamentación tienen por misión asegurar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios a través de medios que no se enumeran taxativamente.
- 59 En este marco, de conformidad con el citado artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, letra a), dichas autoridades podrán imponer «obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes», con el fin de garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo.
- 60 En segundo lugar, el artículo 5, apartado 4, de la Directiva acceso se refiere también al acceso y a la interconexión, y exige la atribución a las autoridades nacionales de reglamentación de una autonomía de intervención, ya que dispone que las citadas autoridades puedan intervenir por iniciativa propia con objeto de garantizar los objetivos fijados en el artículo 8 de la Directiva marco, y ello sin definir o limitar la forma de esta intervención.
- 61 Por tanto, se infiere que las disposiciones pertinentes de la Directiva marco y de la Directiva acceso permiten a una autoridad nacional de reglamentación adoptar una decisión por la que se ordene a una empresa que no tenga un peso significativo en el mercado pero que controle el acceso a los usuarios finales negociar bien una interconexión de las dos redes de que se trate si el solicitante de tal acceso debe calificarse de operador de redes públicas de comunicaciones, bien una interoperabilidad de los servicios de SMS y de MMS si dicho solicitante no tiene tal calificación.
- 62 De lo anterior resulta que procede responder a la tercera parte de la primera cuestión planteada que una autoridad nacional de reglamentación puede ordenar a una empresa que no tenga un peso significativo en el mercado pero que controle el acceso a los usuarios finales negociar de buena fe con otra empresa bien la interconexión de las dos redes de que se trate si el solicitante de tal acceso debe calificarse de operador de redes públicas de comunicaciones, bien la interoperabilidad de los servicios de SMS y de MMS si dicho solicitante no tiene esta calificación.

Costas

- 63 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 Segunda) declara:

- 1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), en relación con los considerandos quinto, sexto, octavo y decimonoveno así como con los artículos 5 y 8 de esta Directiva, se opone a una legislación nacional como la Ley sobre el mercado de las telecomunicaciones (Viestintämarkkinalaki) de 23 de mayo de 2003, en la medida en que ésta no reserva en exclusiva a los operadores de redes públicas de comunicaciones la posibilidad de invocar la obligación de negociar en materia de interconexión de redes. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si, a la luz del estatuto y la naturaleza de los operadores de que se trata en el litigio principal, éstos podían ser calificados de operadores de redes públicas de comunicaciones.
- 2) Una autoridad nacional de reglamentación puede estimar que se ha incumplido la obligación de negociar una interconexión cuando una empresa que no tiene peso significativo en el mercado ofrece la interconexión a otra empresa en condiciones unilaterales susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo a escala minorista cuando estas condiciones impiden a los clientes de la segunda empresa disfrutar de los servicios de esta última.
- 3) Una autoridad nacional de reglamentación puede ordenar a una empresa que no tenga un peso significativo en el mercado pero que controle el acceso a los usuarios finales negociar de buena fe con otra empresa bien la interconexión de las dos redes de que se trate si el solicitante de tal acceso debe calificarse de operador de redes públicas de comunicaciones, bien la interoperabilidad de los servicios de mensajes de texto y de mensajes multimedia si dicho solicitante no tiene esta calificación””.



RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS

TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA-

09/07/2009	(RCUD. 3286/08)	-Ref. 01-
13/07/2009	(RCUD. 2109/08)	-Ref. 02-
14/07/2009	(RC. C-75/08)	-Ref. 03-
14/07/2009	(RCUD. 2811/08)	-Ref. 04-
15/07/2009	(RCUD. 3787/08)	-Ref. 05-
21/07/2009	(RCUD. 1078/08)	-Ref. 06-
21/07/2009	(RCUD. 1767/08)	-Ref. 07-
21/07/2009	(RCUD. 1067/08)	-Ref. 08-
21/07/2009	(RC. C-48/08)	-Ref. 09
21/07/2009	(RCUD. 1202/08)	-Ref. 10-
23/07/2009	(RCUD. 4501/07)	-Ref. 11-
14/09/2009	(RCUD. 3022/08)	-Ref. 12-
15/09/2009	(RCUD. 3489/08)	-Ref. 13-
15/09/2009	(RC. C-138/08)	-Ref. 14
17/09/2009	(RCUD. 4089/08)	-Ref. 15-
17/09/2009	(RCUD. 2751/08)	-Ref. 16-
18/09/2009	(RCUD. 4001/08)	-Ref. 17-
21/09/2009	(RCUD. 3965/08)	-Ref. 18-
21/09/2009	(RCUD. 0366/09)	-Ref. 19-
21/09/2009	(RCUD. 2738/08)	-Ref. 20-
22/09/2009	(RC. C-45/08)	-Ref. 21-
23/09/2009	(RCUD. 2657/08)	-Ref. 22-
24/09/2009	(RC. C-74/08)	-Ref. 23-
06/10/2009	(RCUD. 2784/08)	-Ref. 24-
07/10/2009	(RCUD. 4169/08)	-Ref. 25-
27/10/2009	(RCUD. 3734/08)	-Ref. 26-

TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-

16/09/2009	(RC. 4920/05)	-Ref. 27-
16/09/2009	(RC. 5481/03)	-Ref. 28-
16/09/2009	(RC. 5683/06)	-Ref. 29-
28/09/2009	(RC. 3427/07)	-Ref. 30-
29/09/2009	(RC. 2441/08)	-Ref. 31-
02/10/2009	(RC. 3607/06)	-Ref. 32-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

07/09/2009	(STC. 187/2009)	-Ref. 33-
07/09/2009	(STC. 183/2009)	-Ref. 34-
28/09/2009	(STC. 192/2009)	-Ref. 35-

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

In memoriam:

12/11/2009	(Asunto C-192/08)	-Ref. 36-
------------	-------------------	-----------

