TEMIS

NÚMERO 52
1er.- 2on. trimestre 2010

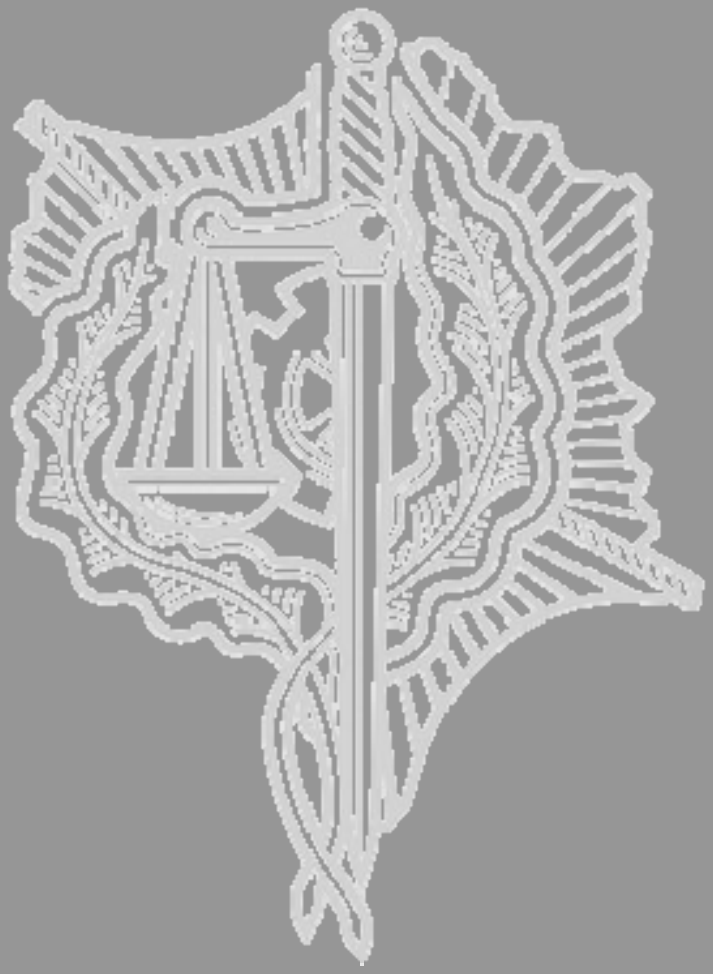
Revista de Doctrina i Jurisprudència Social i Fiscal

ELS GRADUATS SOCIALS DE CATALUNYA, A LES COMARQUES DE TARRAGONA

Tribunal Supremo:
Sala Cuarta. Sentencia de 18 de diciembre de 2009

Despido . Ofrecimiento de reconocimiento de la improcedencia y entrega de la indemnización, que el trabajador percibe, aunque manifiesta su disconformidad.
En posterior sentencia, la empresa no queda vinculada por una oferta transaccional no aceptada. La sentencia contiene votos particulares.

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



Edita:

IL.LUSTRE COL.LEGI OFICIAL DE GRADUATS SOCIALS DE TARRAGONA
Estanislau Figueres, 17
43002 Tarragona
Tel. 977 22 45 13 · Fax 977 22 95 25
colegio@graduados-sociales-tarragona.com
www.graduats-socials-tarragona.org
www.graduados-sociales-tarragona.com

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

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

Directora Executiva i Coordinadora:
Sra. Amparo Pérez Grau.
Gerent de l'Il·ltre. Col·legi Oficial de Graduats Socials de Tarragona

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

Dipòsit Legal: T-177-97

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina) -Sala General-: Sentencia de 18/12/2009
Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Síntesis

Despido. Ofrecimiento de reconocimiento de la improcedencia y entrega de la indemnización, que el trabajador percibe, aunque manifiesta su disconformidad. Posterior sentencia de instancia que eleva sensiblemente la indemnización: posibilidad por parte de la empresa de optar por la readmisión. **La empresa no queda vinculada por una oferta transaccional no aceptada. La sentencia contiene votos particulares.**

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- Hay que comenzar el examen del presente recurso con un breve resumen de los hechos que han dado lugar a la decisión recurrida. La empresa despidió al actor, reconociendo la improcedencia del cese y abonándole la cantidad de 14.788,25€ en concepto de indemnización, cantidad que el trabajador percibió, aunque manifestando su disconformidad con el cese. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente y condenó a la empresa a abonar una indemnización de 44.160,90 €, por el cómputo de una antigüedad superior a la tenida en cuenta por la empresa, más los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta aquélla en que el trabajador inició la prestación de servicios en otra empresa con un salario similar. La sentencia de instancia concedía a la empresa la opción entre readmisión e indemnización, debiendo devolver el actor en el primer caso lo percibido. Pero la sentencia recurrida estimó el recurso del trabajador para establecer que no procedía esta opción por haber optado la empresa por la indemnización en el momento del despido, excluyendo, en su razonamiento, la aplicación analógica del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral en atención a que el ofrecimiento del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no es un intento conciliatorio, sino una declaración unilateral del empresario que tiene carácter irrevocable, de modo que en el acto de juicio sólo será posible discutir "aquellas cuestiones alegadas por el trabajador que hayan motivado su discrepancia", pues lo contrario supone para el empleador ir contra los actos propios. Añade la sentencia que el artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral no es aplicable por analogía, pues el mismo contempla el cambio del contenido de una condena impuesta por un tercero y no una decisión unilateral de la propia parte.

Contra este pronunciamiento recurre la empresa demandada, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Galicia de 18 de julio de 2006. En ella se trata también de un despido, en el que el empresario reconoció la improcedencia y consignó la cantidad de 2.278,34 € en concepto de indemnización y liquidación. Planteada demanda por el trabajador, la sentencia de instancia declaró la improcedencia, condenando al abono de una indemnización de 16.564,27 € por diferencia en el cómputo de la antigüedad, pero admitiendo la opción del empresario entre el pago de esa indemnización y la readmisión, lo que se razona en atención a la analogía con el supuesto regulado en el artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Como señala el Ministerio Fiscal, hay que apreciar la contradicción entre las dos sentencias, sin que puedan aceptarse las objeciones que plantea la parte recurrida. El que el trabajador haya encontrado un nuevo empleo en el presente caso -lo que no consta en la sentencia recurrida- es irrelevante en orden a la cuestión debatida, que es una cuestión de estricta legalidad a efectos de determinar cuál debe ser el alcance de la condena en un supuesto como el presente. La situación de empleo del demandante, si bien puede afectar al reconocimiento de los salarios de tramitación, es obvio que es un dato que carece de relevancia en orden a la opción entre indemnización y readmisión, sin perjuicio de que esa circunstancia pueda proyectarse sobre el interés de las partes en una u otra opción, creando, por ejemplo, una preferencia del demandante por la indemnización. Ningún fraude hay en la posición de la empresa que sostiene la procedencia de la opción, sin duda porque esa opción conviene a sus intereses, en especial cuando formuló una oferta inicial en términos muy distintos a los que luego fijó la sentencia de instancia, al modificar al alza la indemnización. De la misma forma, tampoco hay fraude en que el actor pretenda beneficiarse de una indemnización por despido como la reconocida cuando consta que ha encontrado ya otro empleo, pero ha perdido probablemente la antigüedad del anterior. La legislación actual admite esas conductas y lo que hay que determinar es cuál de ellas tiene amparo legal en el supuesto controvertido. Dice también la parte recurrida que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia *extra petita* , al conceder la opción entre indemnización o readmisión, cuando el actor solicitó sólo la indemnización, pero, aparte de que la opción es una consecuencia que la ley vincula con carácter necesario a la declaración de improcedencia, lo cierto es que para mantener esta posición la parte tendría que haber formulado en su momento la correspondiente impugnación, lo que no es el caso.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso se denuncia la infracción de los números 1 y 2 del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 110.1 y 111.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, argumentando que el mandato legal es claro en orden a conceder a la empresa la opción entre readmisión e indemnización y que es éste un mandato que no puede ser

desconocido por los órganos judiciales, añadiendo, con cita de doctrina de suplicación, que cuando se eleva significativamente el importe de la indemnización el empresario puede variar el sentido de su opción.

El motivo debe ser estimado. El artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el abono de la indemnización cuya cuantía fija el precepto. Por su parte, el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral determina que la sentencia que declare el despido improcedente condenará al empresario a la readmisión del trabajador o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización en la indicada cuantía. Es un precepto imperativo y así lo ha declarado la Sala con reiteración incluso en aquellos supuestos en que la calificación legalmente prevista no se ha pedido en la demanda (sentencia de 19 de junio de 1990). La única excepción es la que prevé el artículo 110.2 de la Ley Procedimiento Laboral sobre el cambio de sujeto en el ejercicio de la opción. Pero la sentencia recurrida fundamenta, como hemos visto, su inaplicación de la norma legal en virtud de la opción ejercitada por la empresa en el momento del despido, lo que excluiría la posterior opción por la readmisión en virtud del principio de los actos propios.

De esta forma, la decisión impugnada viene a apoyarse en la regulación que contiene el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores sobre la denominada paralización de los salarios de tramitación, por lo que es preciso examinar el alcance real del ofrecimiento empresarial a partir de este precepto. El párrafo primero del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores comienza señalando que "en el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste". Añade el artículo citado que "cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna". El último párrafo del precepto indica que "a estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación".

Como recuerda la reciente sentencia de 27 de octubre de 2009, la redacción actual de la norma proviene de la Ley 45/2002 y esta disposición tuvo su origen en la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 5/2002, en el que el devengo de los salarios de tramitación se limitaba a los supuestos de readmisión. En la Ley 45/2002 el objetivo de reducir los costes procesales del despido se modera, pero se mantiene, permitiendo que el empresario pueda paralizar el curso de los salarios de tramitación en determinadas condiciones que implican la satisfacción del interés del trabajador despedido. Esa posibilidad ya se contemplaba en la anterior redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, pero en forma más limitada, pues el ofrecimiento empresarial se formulaba en el acto de conciliación y sólo a partir de este momento se producía la paralización. En las dos reformas -la de 1994 y la de 2002- se advierte con claridad en los propios términos de los preceptos y en su contexto general que la finalidad perseguida por el legislador ha sido limitar los costes meramente procesales del despido cuando existe una decisión empresarial que, con las debidas garantías de efectividad, proporciona una plena satisfacción de la pretensión del trabajador sobre la improcedencia del despido, dejando, por tanto, sin objeto la continuación del pleito cuando éste tiene por finalidad la declaración de la improcedencia del despido. En este sentido, como indicaba también la sentencia de 27 de octubre de 2.009, la nueva norma contiene dos previsiones fundamentales que conviene diferenciar, aunque están relacionadas:

1ª) La primera consiste en que se permite anticipar la transacción sobre el despido antes del acto formal de conciliación, a través de la iniciativa empresarial de ofrecer al trabajador el reconocimiento de la improcedencia y el abono de la indemnización correspondiente debidamente garantizada. Que se trata de abrir la posibilidad de una transacción es indudable, pues el precepto legal se refiere al ofrecimiento empresarial y a su aceptación por parte del trabajador, aparte de insistir en que tal ofrecimiento ha de ponerse "en conocimiento" del trabajador.

2ª) Por otra parte, y para evitar que mediante acciones estratégicas pueda provocarse una continuación artificial del proceso con la única finalidad de prolongar el devengo de los salarios de tramitación, se prevé la posibilidad de paralizar ese devengo, aunque no exista transacción; posibilidad que ya contemplaba la redacción del precepto por la Ley 11/1994, pero que la reforma de 2002 adelanta y extiende a todo el periodo comprendido entre el despido y la conciliación.

El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores es una norma compleja, que, para su adecuada comprensión, es conveniente exponer de forma sistemática. En su primera parte, que no se corresponde plenamente con la distribución de párrafos, se está contemplando una transacción: la oferta del empresario (*ofreciese*) y la reacción ante ella del trabajador (cuando *acepte* o *no acepte*). Si el trabajador acepta y hay acuerdo, se dan todos los elementos de la transacción: la situación potencial de controversia entre las partes sobre el despido y la necesidad de recíprocas concesiones entre ellas (reconocimiento de la improcedencia por parte del empresario con abono garantizado de una indemnización de al menos el importe legal y renuncia por parte del trabajador a otras pretensiones mayores en orden al resultado del litigio); concesiones que operan precisamente como vía de

poner fin al pleito mediante el acuerdo. En la segunda parte del precepto salimos de la transacción para entrar en la regulación de los efectos de la no aceptación por parte del trabajador de la oferta del empresario. El efecto normal de la falta de aceptación del trabajador será que no hay acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado (artículo 1809 del Código Civil). De los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos, salvo, en su caso, los propios de la denominada responsabilidad precontractual por los gastos ocasionados por esos tratos. Pero a ese efecto civil común del fracaso de la transacción se une un efecto específico laboral, que es el que prevé el párrafo segundo del número 2 del artículo 56. En él estamos fuera de la transacción, porque lo que se regulan son las consecuencias del fracaso del intento de transacción sobre las decisiones que se adopten en el pleito por despido y ello en la línea de las finalidades ya mencionadas de eliminar el incremento artificial de los costes del despido mediante la presentación de demandas estratégicas que persiguen aumentar los salarios de tramitación, que -no se olvide- a partir de cierto límite temporal tienen una financiación pública. Lo que regula el segundo párrafo del artículo 56.2 del ET es la paralización de los salarios de tramitación cuando la oferta transaccional del empresario es adecuada para poner fin al pleito y la negativa del trabajador no es razonable y por ello se exige que la oferta transaccional del empresario sea idónea para determinar una satisfacción plena de la pretensión del trabajador en el momento que se formula. De esta forma, el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, lejos de ser una regla contraria a la tutela judicial efectiva, es una institución plenamente respetuosa con ella y coherente con la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión.

En este sentido debe entenderse la doctrina de nuestras sentencias de 30 de abril de 1998, 12 de mayo de 2005 y 21 de junio 2007, que se coordina sin dificultad con la de la sentencia del Pleno de 27 de octubre 2009. En ellas ciertamente se afirma que "la oferta legalmente exigida no tiene carácter transaccional y, por ello, susceptible de ser discutida o modalizada a la baja, sino que tiene la condición de ofrecimiento liberatorio de una obligación legal". Así es, pero con ello no se niega que se trate de una oferta transaccional en sí misma, sino que lo que se está precisando, con plena corrección, es que, para que esa oferta produzca los efectos de paralización del curso de los salarios de tramitación, tiene por lo menos que ajustarse al importe legal, proporcionando así al trabajador una satisfacción plena del contenido legal de su pretensión en el momento en que se formula. Por ello, la oferta, como dicen muy expresivamente las sentencias, no puede abrir una negociación a la baja en función de la incertidumbre del pleito, pues por debajo del mínimo legal no cumple la función de satisfacción de la pretensión y de paralización de los salarios de tramitación.

TERCERO.- En resumen, dentro de este esquema legal hay que distinguir dos hipótesis. Si hay transacción, mediante la aceptación expresa o tácita de la oferta empresarial, se producirán los efectos propios de la misma, pues se habrá evitado el pleito y habrá que estar a lo acordado por las partes en orden a la calificación del despido como improcedente y a la percepción del trabajador de la indemnización correspondiente, conforme a los artículos 1809 y 1816 del Código Civil, en relación con el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores recoge esta solución cuando, al regular el supuesto, se limita a indicar que la cantidad devengada por salarios de tramitación será únicamente la correspondiente a la comprendida en su caso entre la fecha del despido y la del depósito, cuando éste no se haya constituido en las 48 horas siguientes al despido, sin que sea necesario que el despido se declare improcedente si ha habido transacción.

Si no hay aceptación por parte del trabajador, no existirá transacción y el pleito continuará dictándose sentencia. Así se desprende también del artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores cuando señala que "cuando el trabajador no acepte" la oferta empresarial y "el despido sea declarado improcedente" se produce la limitación, lo que evidencia que es necesaria una calificación judicial del despido y que ésta puede no ser la de improcedencia ofertada por la empresa. Es cierto que el pleito puede seguirse también para conseguir una declaración de nulidad o una indemnización superior a la ofertada. Ahora bien, lo que la norma establece es que, aunque no haya transacción, puede producirse -en caso de declaración judicial de la improcedencia del despido- la paralización de los salarios de tramitación con un alcance temporal distinto en función del momento en que se haya producido la consignación, lo que evidencia que la calificación judicial del despido no está vinculada por el ofrecimiento empresarial. La única vinculación que establece el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores es la relativa a la limitación de los salarios de tramitación cuando el despido se declara improcedente, lo cual se explica en atención a que, como ya hemos dicho, la ley, tanto en su versión de 1994 como en la de 2002, ha querido desincentivar la continuación del proceso cuando la pretensión del trabajador ha de considerarse satisfecha por el ofrecimiento empresarial.

Pero lo que aquí interesa es determinar si la opción por la indemnización realizada en el momento del despido es vinculante. Ya hemos visto que ese efecto de vinculación no está previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores; tampoco puede derivarse de los dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil y en el artículo 66 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, porque no ha existido acuerdo transaccional. La sentencia recurrida deriva ese efecto de la doctrina de los actos propios, pero es obvio que no estamos ante un supuesto de aplicación de la misma, que requiere "una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica", de forma que esa declaración de voluntad vincula a su autor que no puede adoptar después un comportamiento contradictorio que sería opuesto a la buena fe y a las exigencias de la confianza legítima (sentencias de 19 de

diciembre de 2006 y 2 de abril de 2007). En el presente caso lo que se ha formulado por el empresario, al amparo del artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores, no es una declaración de esta clase -constitutiva, en sí misma-, sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito; oferta que, por exigencias de garantía para el trabajador, se acompaña de una consignación, y este tipo de declaraciones responde en cuanto a su eficacia a las reglas generales de la contratación (artículos 1258 y 1262 del Código Civil), por lo que su carácter vinculante depende de que la oferta sea aceptada y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido, aunque la ley penalice la no aceptación -cuando ésta no está justificada- con la pérdida de los salarios de tramitación. Esto distingue el presente supuesto del que decidió nuestra sentencia de 7 de octubre de 2009 (recurso 2694/ 2008), pues el acto de despido sí es una declaración unilateral que tiene efectos por sí misma en orden a la extinción del contrato. El que la indemnización se consigne judicialmente tampoco pone de manifiesto su pretendido carácter irrevocable, pues, conforme al artículo 1180 del Código Civil, puede ser retirada por quien la ha hecho mientras el acreedor no la hubiese aceptado o no hubiere recaído declaración judicial de que está bien hecha, en el presente caso de que el despido es procedente y la opción aplicable es la indemnización.

Por otra parte, no es cierto que la no vinculación del empresario sea susceptible de causar indefensión al trabajador. No hay indefensión alguna porque no hay una expectativa razonable de que el empresario limite su oposición en el proceso a los términos de un ofrecimiento que no ha sido aceptado. Al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada indemnización; no ha aceptado esta oferta y opta por abrir el proceso. Pero no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste.

Pero además, aunque se aceptara por hipótesis, la vinculación por el ofrecimiento de indemnización, esa vinculación quedaría limitada obviamente por los términos de la propia oferta, en este caso el importe de la indemnización ofertada y no comprendería la oferta de una indemnización superior. Este es un principio general que se deduce de la propia definición de la autonomía privada, en la que, como aclara el artículo 1283 Código Civil, para la interpretación de las declaraciones de las partes, no pueden en tales declaraciones entenderse comprendidos "casos diferentes" y "cosas distintas". De la misma manera que no habría acuerdo vinculante si el trabajador hubiera contestado que aceptaba la oferta empresarial de reconocimiento de la improcedencia del despido, pero que lo hacía con una indemnización superior, tampoco puede haber vinculación por una declaración de voluntad a la que se ha variado un elemento esencial de su criterio por la intervención de un tercero. En este sentido la regla del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral no es más que una manifestación específica de un principio general de la dogmática del negocio jurídico en cuanto al alcance de las declaraciones de voluntad.

En conclusión, no hay vinculación del empresario a la opción por la indemnización, porque su oferta no fue aceptada por el trabajador y porque esa oferta se refería a la indemnización establecida en la misma y no a otra superior.

Procede, por tanto, la estimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso del actor y confirmando el fallo de instancia. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación." (…)

"Voto particular que formula la Magistrada Excma. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 71/09 al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Juliá, Doña Rosa María Virolés Piñol y Doña Lourdes Arastey Sahún.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 71/09.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala que se recoge en la sentencia, discrepo no del fallo de la misma, como a continuación se expondrá, sino de los razonamientos que han conducido a dicha decisión.

SEGUNDO.- 1- El único punto de controversia al que entiendo ha de circunscribirse la Sala es si al haber variado la sentencia, que declaró improcedente el despido del actor, la cuantía de la indemnización -fijándola en 44.160´90 €-, en su día ofrecida y depositada en el Juzgado por el empresario -14.788,25 €- puede éste recobrar la posibilidad de optar entre la readmisión y la indemnización y, en su caso, decantarse por la primera. Partiendo de que tiene y efectúa su opción a favor de la readmisión lógicamente, en este supuesto el empresario habría de abonar los salarios de tramitación correspondientes al período transcurrido desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, aplicándose la regla general contenida en el artículo 56.1 E.T. y no la previsión especial del apartado 2 de dicho precepto.

2- Para resolver tal cuestión se ha de acudir a la reiterada doctrina de esta Sala sobre los efectos que en la paralización de los salarios de tramitación desencadena la calificación como sustancial o no sustancial del error padecido por el empresario en el importe de la cantidad depositada correspondiente a la indemnización por despido improcedente, en los supuestos en los que el trabajador interpone demanda por despido.

Así:
a) Cuando el error en la cantidad ofrecida y depositada, cumpliendo la totalidad de requisitos establecidos en el artículo 56.2 E.T., se ha calificado de "no sustancial" ("consignación insuficiente por error excusable") la sentencia se limita a condenar al empresario a abonar la diferencia económica entre lo consignado y la cuantía que corresponde, sin que tal error prive de efectos a la actuación empresarial: no se devengan salarios de tramitación –si el depósito se hizo en las 48 horas siguientes al despido- o quedan limitados a la fecha del depósito y notificación al trabajador –si el depósito y notificación se efectuó transcurridas dichas 48 horas- y se mantiene la opción que ejercitó el empresario a favor de la indemnización.

Los datos que permiten calificar un error como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso, en el decir textual de la sentencia de esta Sala de 19 de Junio de 2003, recurso 3673/02, que señala que un indicio de error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia. Otra causa de error de consignación insuficiente, excusable, es la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una "discrepancia razonable". En tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante.

Se ha entendido que existía "error excusable" en los siguientes supuestos:

Sentencia de 24 de abril de 2000, recurso 308/99 (a pesar de la gran diferencia entre lo depositado y lo debido depositar, la Sala entendió que era error excusable pues el Juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa). Sentencia de 26 de diciembre de 2005, recurso 239/05 (escasa diferencia -157,90 €- y salario de cálculo especialmente complejo). Sentencia de 26 de enero de 2006, recurso 3813/04 (no incluyó en el cálculo del depósito el valor atribuible a las stock options). Sentencia de 7 de febrero de 2006, recurso 3850/04, (no incluyó en el cálculo del depósito la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del vehículo facilitado por la empresa). Sentencia de 28 de febrero de 2006, recurso 121/05 (no incluyó el "bonus" en el cálculo de la indemnización). Sentencia de 24 de octubre de 2006, recurso 2154/05 (calculó la indemnización partiendo del salario percibido por la trabajadora que tenía reducida la jornada por guarda legal de un menor). Sentencia de 13 de noviembre de 2006, recurso 3110/05 (no tuvo en cuenta que en el momento de la contratación a la actora se le había reconocido la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa). Sentencia de 27 de junio de 2007, recurso 4128/06 (diferencia de escasa cuantía 54,45 €). Sentencia de 19 de octubre de 2007, recurso 4128/06 (en el pleito de despido se le reconoció la categoría superior, por lo que la inferior cantidad depositada obedecía a que en el momento del despido ostentaba una categoría inferior y la indemnización se calculó conforme al salario de dicha categoría). Sentencia de 16 de mayo de 2008, recurso 523/07 (no inclusión en el cálculo de la indemnización de los beneficios del ejercicio de las stock options).

b) Cuando el error ha sido calificado de sustancial (consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables) la Sala ha entendido que los salarios de tramitación no se paralizaban con el depósito sustancialmente insuficiente y, por ende, el empresario recobraba el derecho de optar. Así, la sentencia de 1 de octubre de 2007, recurso 3794/06, entendió que constituía error inexcusable el que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar de al salario bruto, por lo que el depósito de dicha indemnización no produce la paralización de los salarios de tramitación.

3- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el empresario ha incurrido en un error sustancial, por la importante diferencia entre lo depositado, en cumplimiento de las previsiones del artículo 56.2 E.T. -14.788,25 €- y lo que debió depositar -44.160,90 €- tal como fija la sentencia que declaró la improcedencia del despido, por lo que aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 111.1 b) L.P.L., el empresario puede cambiar el sentido de su opción, -optó por la indemnización y, a la vista de la superior cuantía de la indemnización, opta por la readmisión- retrotrayendo sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, lo que implica el abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de readmisión.

4- Con el razonamiento anterior existía base suficiente para resolver el recurso en la forma efectuada, la que en cuanto al fondo comparto, y a sus extremos se reduce el objeto del debate. No obstante, la Sala entra a plantearse cuestiones que no se contemplan ni en la sentencia recurrida ni en la contradictoria, formulando diversas hipótesis, a modo de "obiter dicta", que pueden generar inseguridad en la aplicación del artículo 56.2 E.T.

TERCERO.- 1- La tesis de la sentencia de la Sala parte de que en el artículo 56.2 E.T. se pueden distinguir dos partes diferenciadas. Una primera parte, que no se corresponde plenamente con la distribución de párrafos, en la que se contempla una transacción, a saber, la oferta del empresario ("ofreciese") y la reacción ante ella del trabajador ("cuando acepte o no acepte"). Si el trabajador acepta y hay acuerdo, se dan todos los elementos de la transacción. En la segunda parte del precepto se sale de la transacción para entrar en la regulación de los efectos de la no aceptación por parte del trabajador de la oferta del empresario, siendo el efecto normal que no hay acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado (artículo 1809 del Código Civil). De los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos, salvo, en su caso, los propios de la denominada responsabilidad contractual por los gastos ocasionados por estos tratos, uniéndose al efecto civil el específico laboral, que es el que prevé el párrafo segundo del número 2 del artículo 55 E.T., en él estamos fuera de la transacción porque lo que se regulan son las consecuencias del fracaso del intento de transacción sobre las decisiones que se adopten en el pleito por despido.

2- No comparto la tesis de la sentencia de que la regulación contenida en el artículo 56.2 E.T. es una transacción regulada por los artículos 1809 y concordantes del Código Civil, por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el concepto de transacción recogido en el artículo 1809 del Código Civil -"es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado"- presenta como elementos esenciales: 1º) Una relación jurídica incierta. 2ª) La intención de los contratantes de sustituir a la relación dudosa una relación cierta e incontestable y 3ª) una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual, cada una de ellas dando, reteniendo o prometiendo algo sufra un sacrifico. En cuanto al último requisito resulta que pueden ser objeto de transacción todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares. El último requisito no concurre en el supuesto regulado por el artículo 56.2 E.T., ya que los derechos controvertidos no son susceptibles de disposición ni de renuncia pues, ni el empresario puede ofrecer menos de lo que establece el precitado artículo 56.2, ni el trabajador puede aceptar oferta inferior a la fijada en dicho precepto, en palabras de las sentencias de esta Sala de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97, 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y 14 de junio de 2007, recurso 967/02, la oferta empresarial no es "susceptible de ser discutida o modalizada a la baja".

En segundo lugar, la transacción regulada en el artículo 1809 del Código civil no exige forma alguna, admitiéndose la validez de la transacción verbal, en tanto la figura regulada en el artículo 56.2 E.T. exige determinadas formalidades, especialmente las que complementan el ofrecimiento. Así el artículo 56.2 exige que el empresario reconozca la improcedencia del despido, ofrezca la indemnización prevista en el artículo 56.1ª E.T., la deposite en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y lo ponga en conocimiento de éste. Previsión normativa que ha sido jurisprudencialmente interpretada, estableciendo el Juzgado en el que ha de efectuarse la conciliación –sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso 3832/07-; la forma de cómputo de plazo de 48 horas –sentencia de 16 de octubre de 2006, recurso 3583/05-; la forma de depositar la indemnización –sentencias de 25 de mayo de 2005, recurso 3798/04 y de 21 de marzo de 2006, recurso 2496/05 (no admiten la transferencia bancaria), sentencia de 22 de enero de 2008, recurso 1689/07 (admite el pago mediante cheque bancario)- ; los conceptos que ha de incluir el depósito, extendiéndose también a los salarios de tramitación si los hubiera –sentencia de 21 de septiembre de 2006, recurso 4667/04, siguiendo la doctrina unificada iniciada por la sentencia de 27 de abril de 1998, recurso 3483/97-; la forma en que ha de reconocerse la improcedencia del despido –sentencia de 23 de noviembre de 2006, recurso 3462/05 y de 18 de septiembre de 2007, recurso 994/06-; la forma de comunicar al trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido –sentencia de 30 de mayo de 2006, recurso 2457/05 y de 17 de diciembre de 2008, recurso 797/07-; la forma de ofrecer la cantidad, no admitiéndose que se haga junto con cantidades correspondientes a otros conceptos sin diferenciarlos –sentencia de 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y de 21 de junio de 2007, recurso 967/06-; los efectos de la notificación tardía al trabajador del reconocimiento de la improcedencia y el depósito –sentencia de 27 de octubre de 2009, recurso 3672/08-.

En tercer lugar la transacción judicial -la que se concluye para poner término a un pleito comenzado, comunicándose al juzgado- puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia, a tenor de lo establecido en el artículo 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto los actos del empresario a los que se refiere el artículo 56.2 E.T. únicamente pueden realizarse hasta el momento de la conciliación –entendiendo que es la conciliación judicial, tal como lo ha señalado la sentencia de 24 de julio de 2006, recurso 2425/05, y 3 de noviembre de 2008, recurso 3566/07-.

En cuarto lugar, esta Sala ha señalado reiteradamente que la oferta empresarial regulada en el artículo 56.2 E.T. no tiene carácter transaccional y, por ello, susceptible de ser discutida o modalizada a la baja, sentencias de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97, (Sala General), 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y 21 de junio de 2007, recurso 967/06.

En consecuencia no procede aplicar la regulación de la transacción establecida en el Código Civil a la figura contemplada en el artículo 56.2 E.T.

3- Tampoco comparto la tesis de que, si no se llega a una transacción, de los tratos preliminares que se han producido no surgirán obligaciones para las partes, a salvo la responsabilidad precontractual por los gastos de dichos tratos, sino que aparecerá el efecto específico laboral previsto en el artículo 56.2 E.T.

A este respecto hay que señalar que el citado artículo no condiciona los beneficiosos efectos que para el empresario representa el cumplir sus previsiones –limitación e incluso exoneración de los salarios de tramitación- a la aceptación del trabajador, sino que tales efectos se producen, acepte o no el trabajador, e incluso si expresamente manifiesta su rechazo, pues se trata de un acto unilateral y espontaneo del empresario.

La no exigencia de aceptación por parte del trabajador resulta, en primer lugar, de la dicción legal del precepto "cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente"...siendo idéntico el efecto que en orden a la limitación de salarios se produce en uno y otro supuesto.

En segundo lugar, el precepto exige que la cantidad depositada se ponga a disposición del trabajador, lo que supone que este puede retirarla en cualquier momento –lo que es práctica habitual en la mayoría de los Juzgados de lo Social-, sin necesidad de manifestar su aceptación de la oferta empresarial y sin que dicho acto del trabajador suponga una aceptación tácita de dicha oferta.

Por último, el precepto prevé la posibilidad de que el empresario realice dicho acto conociendo que el trabajador expresamente no ha aceptado su oferta. En efecto, el último párrafo del apartado 2 del artículo 56 E.T. dispone que: "A estos efectos el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación (judicial)", lo que implica que el empresario que depositó el importe de la indemnización a disposición del trabajador, aún conociendo que dicho trabajador no acepta su oferta, ya que ha demandado por despido,(en la tesis mayoritaria, la interposición de la papeleta de conciliación o de la demanda por despido, comporta, en todo caso, rechazar la oferta) puede reconocer la improcedencia del despido para evitar o limitar los salarios de tramitación.

En definitiva, el efecto previsto por el precepto, de limitar o evitar los salarios de tramitación, solo se consigue si el empresario mantiene su oferta, -incluso en el ámbito civil de la contratación la oferta se mantiene mientras no sea expresamente retirada por el oferente- con independencia de la actitud que tome el trabajador.

La no aceptación de la oferta por parte del trabajador no supone que el empresario pueda retractarse de lo ofertado por las siguientes razones:

Primero: La norma no prevé tal posibilidad, ni puede establecerse por aplicación de lo preceptuado en el Código Civil para la transacción, por no tratarse de una transacción como ha quedado anteriormente razonado.

Segundo: La norma prevé, por el contrario, la no aceptación por el trabajador y la persistencia de la oferta empresarial. Así el último párrafo del artículo 56.2 dispone que el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido hasta el momento de la conciliación (judicial).

Tercero: De aceptarse que el empresario pudiera retirar su oferta nos encontraríamos con que dicha retractación ha de ser "a todos los efectos". Es decir, si ante la demanda de despido, el empresario no mantiene el reconocimiento de la improcedencia que realizó, no está cumpliendo con los requisitos que exige el artículo 56.2 E.T –reconocer la improcedencia, ofrecer la indemnización, depositarla en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y ponerlo en conocimiento de éste- y, en consecuencia, si la sentencia reconociera la improcedencia del despido y fijara la misma indemnización que consignó el empresario, no se produciría el efecto de limitación o exoneración de salarios de tramitación. No cabe mantener el reconocimiento de improcedencia únicamente para los efectos favorables y no para los, en su caso, perjudiciales. En efecto, tal y como dispone el artículo 1180 del Código Civil, mientras el acreedor no hubiera aceptado la consignación, podrá el deudor retirarla, dejando subsistente la obligación, que a tenor del precepto examinado, supondrá el abono de la indemnización y de la totalidad de salarios de tramitación.

Cuarto: Si cabe la retractación de la totalidad de la oferta, como mantiene la sentencia de la Sala, también el empresario podría variar el sentido de su opción, aún cuando la indemnización fijada en la sentencia coincidiera exactamente con la ofertada y depositada por el empresario.

Quinto: Si en la demanda por despido el trabajador únicamente plantea el importe de la indemnización –por entender que ha de ser superior- o la titularidad del derecho de opción –por entender que no le corresponde al empresario – a estas cuestiones ha de ceñirse el debate, pues la improcedencia ha sido reconocida por el empresario y hasta ese momento no ha retirado su oferta. Admitir que en el acto del juicio puede plantearse por el empresario la procedencia del despido iría contra la doctrina de los actos

propios, que está construida sobre la base de la buena fe y del artículo 7 del Código Civil, y supone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, expresada en actos concluyentes e indubitados, y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquella (sentencia de 23 de marzo de 1999, recurso 4043/92; 24 de febrero de 2005, recurso 46/04; 23 de mayo de 2006, recurso 8/05; 19 de diciembre de 2006, recurso 2659/05 y 2 de abril de 2007, recurso 11/06).

Iría asimismo contra el principio de interdicción de la indefensión, pues el ofrecimiento empresarial ha generado una legítima confianza en el trabajador que acude a juicio con el convencimiento de que el despido ha sido reconocido como improcedente y únicamente procede discutir determinados aspectos del mismo.

Sexto: En el supuesto de que el trabajador reclamare en la demanda la nulidad del despido, al no haber aceptado el reconocimiento de la improcedencia hecho por el empresario, la solución ha de ser diferente. En efecto, a tenor del artículo 108.2 de la L.P.L. y 55.5 E.T., en los supuestos previstos en los mismos, si se aprecia la vulneración de derechos denunciada, únicamente cabría la declaración de nulidad o procedencia del despido, por lo que si el empresario ha reconocido la improcedencia al trabajador le bastaría probar en juicio indicios de vulneración de alguno de dichos derechos (artículos 96 y 179.2 de la L.P.L.), para que el despido se declarara nulo. En dicho supuesto, al no haber aceptado expresamente el trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido efectuado por el empresario, el objeto del debate se amplía y, a efectos de evitar la indefensión del empresario, éste podrá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a fin de desvirtuar los indicios de la vulneración de derechos fundamentales alegada por el trabajador, manteniendo el reconocimiento de la improcedencia del despido.

CUARTO.- 1- Sentado que la regulación contenida en el artículo 56.2 E.T. no es una transacción, tal como aparece regulada en el Código Civil, resta por examinar su naturaleza jurídica, para lo que procede determinar, en primer lugar cuál es la finalidad de la norma cuya interpretación se cuestiona.

Como ha señalado la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2008, recurso 3566/07, "en tanto que (la reforma) debida a la Ley 11/1994 obedeció –según mayoritaria doctrina- tanto a la finalidad de favorecer la conciliación extrajudicial cuanto de corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongasen los salarios de trámite, el objetivo de la reforma operada por la Ley 45/2002 –que introduce la actual redacción de la norma- fue claramente la de reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedentes, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, finalidad ésta que es innegablemente alcanzable hasta la fecha en que tiene lugar el acto de conciliación judicial..."

No hay que olvidar que la reforma introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, corrige la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo, que suprimió los salarios de tramitación, en el supuesto de que el despido se declarara improcedente, manteniéndolos únicamente para el supuesto en que el empresario, ante la declaración de improcedencia del despido, optara por la readmisión. La Ley 45/2002 siguió la estela del precitado Real Decreto-Ley, si bien reequilibrando el derecho al percibo de salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente, dando la oportunidad al empresario de limitar, e incluso suprimir su devengo, acudiendo a la figura establecida en el articulo 56.2 E.T., manteniendo el derecho para el trabajador al percibo de dichos salarios de tramitación, en el supuesto de que el despido se declarara improcedente y el empresario no hubiera utilizado la previsión del artículo 56.2 E.T.

Por otra parte, la limitación de los salarios de tramitación también beneficia indirectamente al Estado, habida cuenta de la responsabilidad que en el pago de los mismos le impone el artículo 57 E.T.

2- Tal como reiteradamente ha venido reconociendo esta Sala, la oferta legalmente exigida por el artículo 56.2 E.T. tiene la condición de ofrecimiento liberatorio de una obligación legal que, por tanto, solo alcanzará eficacia cuando la contraparte "se negare sin razón a admitirlo "en los propios términos en que el mismo haya sido hecho", cual con carácter general exige el artículo 1176 del Código Civil –sentencia de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97 y de 21 de junio de 2007, recurso 967/06. Asimismo han sido aplicados los preceptos del Código Civil, situados bajo la rúbrica "del ofrecimiento de pago y de la consignación", artículo 1176 y siguientes del Código Civil, en la sentencia de 27 de abril de 1998, recurso 3483/97, que examina el artículo 56.2 E.T. en la redacción dada por la Ley 11/1994 de 10 de mayo y en la sentencia de 21 de abril de 2006, recurso 4667/04, que examina el citado precepto en la redacción actual. Por su parte la sentencia de 17 de septiembre de 2004, recurso 4102/03, ha aplicado dichos preceptos en relación con el artículo 56.2 E.T., en redacción dada por Ley 11/1994, respecto al depósito de la indemnización.

Por lo tanto, el cumplimiento por el empresario de todos los requisitos exigidos por el artículo 56.2 E.T. le libera de su obligación, tal como reconoce el propio precepto, disponiendo que se producen los mismos efectos, tanto si el trabajador acepta lo ofrecido como si no acepta y el despido se declara improcedente, siendo dichos efectos la limitación de los salarios de

tramitación hasta la fecha del depósito, o el no devengo de dichos salarios si el depósito se realiza en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido.

La voluntad del legislador de atribuir efectos a la conducta empresarial, con independencia de su aceptación o no por el trabajador, aparece reforzada por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 56.2 E.T. que dispone que "a estos efectos el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación (judicial)", lo que supone que ya se ha iniciado el pleito, es decir el trabajador no ha aceptado, y, sin embargo, el empresario procede a reconocer la improcedencia del despido.

3- La aplicación a la figura regulada en el artículo 56.2 E.T. de los preceptos contenidos en el Código Civil bajo la rúbrica "Del ofrecimiento de pago y la consignación" ha de ser atemperada atendiendo a la finalidad del precepto laboral que, como anteriormente se consignó, no es otra que reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedente, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, e, indirectamente, tratando de evitar el proceso. Por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1180 del Código Civil -"mientras el acreedor no hubiera aceptado la consignación o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación"-, por los motivos que a continuación se exponen:

- No se lograría la finalidad perseguida por la norma de reducir o, en su caso, eliminar los salarios de tramitación pues, retirada la oferta empresarial, no se cumplen los requisitos del apartado 2 del artículo 56 E.T. y se aplica el apartado 1 del mismo.

- La previsión contenida en el artículo 56.2 E.T., que establece que la cantidad se deposita "a disposición del trabajador", lo que supone que este puede retirarla en cualquier momento, se compadece mal con la posibilidad de que el empresario pueda retirar la cosa (artículo 1180 del Código civil), en este caso el reconocimiento de la improcedencia y la cantidad depositada, pues esta última ha podido ser retirada por el trabajador.

- El hecho de que el contrato de trabajo se entienda extinguido en la fecha del despido, si el empresario cumple lo previsto en el artículo 56.2 E.T., resulta de difícil encaje con la posibilidad de que el empresario retire su oferta y, por lo tanto, el contrato quede restaurado.

QUINTO.- La sentencia deja sin contenido toda la jurisprudencia de esta Sala, anteriormente expuesta, sobre el error excusable o inexcusable, ya que el hecho de plantear demanda, si la indemnización fijada no coincide exactamente con la ofrecida, aunque sea por una diferencia mínima y con independencia de su causa, comportaría el que los salarios de tramitación no se paralicen.

SEXTO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado –como así lo ha hecho- pero no por los fundamentos en ella contenidos sino por los que aparecen en este voto particular.".

1239/09

002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 20/01/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Síntesis

RECARGO DE PRESTACIONES. CONCURRENCIA DE CULPAS. La concurrencia de culpa del trabajador no determina la ruptura de la relación de causalidad con respecto al incumplimiento del empresario de las normas de seguridad cuando este incumplimiento es relevante en orden al daño causado que no se hubiera producido si la empresa hubiera cumplido dichas normas. **PONDERACIÓN A EFECTOS DE FIJAR LA INDEMNIZACIÓN:** La concurrencia de culpas podría determinar una ponderación que en este caso no procede por tratarse de un recargo cuyo importe se fija dentro de los límites legales, habiendo fijado la sentencia de instancia el porcentaje mínimo que no puede ser reducido.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- La sentencia recurrida, con estimación del recurso y de la demanda de la empresa, ha revocado la resolución del INSS que reconocía el recargo de prestaciones como consecuencia del accidente de trabajo que provocó el fallecimiento del trabajador causante. El accidente se produjo al ser atrapada la cabeza del trabajador por una pinza de un robot de salida. Relatan los hechos probados que el accidente tuvo lugar en la zona de esmaltado -distinta de la de moldeo, donde trabajaba el causante- cuando se produjo una avería en el robot de salida. El acceso al lugar donde operaba el robot de salida estaba aislado por unas vallas, pero era posible la entrada a través de zonas que no las tenían. El trabajador se percató de que la causa de la parada del

robot era la defectuosa colocación de los ladrillos, por lo que pasó a la zona de esmaltado y procedió a colocar los ladrillos de forma correcta, momento en que, puesta en funcionamiento la línea de esmaltado por el encargado, que no tenía desde donde se encontraba posibilidad de ver al accidentado, el brazo del robot atrapó a éste por la cabeza. La sentencia recurrida considera que la conducta del trabajador ha sido imprudente por entrar en una zona "en la que no trabajaba" y por actuar de forma unilateral sin que nadie se lo ordenara cuando además se considera que es obvio, "sin necesidad de información ni advertencia previas, el grave peligro que conlleva el entrar en el ámbito de actuación de los robots". La sentencia recurrida concluye apreciando que la conducta de la víctima ha roto la relación de causalidad, que no puede imputarse a la empresa y ello, aunque se admite que hubo omisiones de medidas de seguridad; omisiones que con más detalle se describen la sentencia de instancia, en la que se establece que: 1º) "la línea de esmaltado compuesta por varias máquinas con elementos móviles y agresivos carecía de dispositivos y medidas" que impideran "el acceso de trabajadores en dichas zonas móviles y agresivas de manera súbita e imprevista" y 2º) "el brazo del robot carecía de un mecanismo que evitara el reinicio del movimiento del mismo automáticamente una vez parado por cualquier causa, esto es, carecía la máquina de un dispositivo de seguridad, que parara de forma definitiva la máquina cuando el brazo se detuviera por defecto de colocación de los ladrillos, de forma que hubiera de reactivar el movimiento desde la consola-pupitre una vez solventada la dificultad", (artículos 14 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 3.1 y 4 del Real Decreto 1215/1997, Anexo I 1.1.3º, 1.2 y 12 y Anexo II 1.1, 1.2 y 1.4). En el acta de infracción que obra en las actuaciones y que se recoge en los hechos probados de la resolución impugnada (folios 108 y 178 y 179) se determinan también infracciones en relación con la evaluación de riesgos (artículo 16.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y artículos 2.2, 3.1, 4, 5 y 7 del Real Decreto 39/1997) y con las obligaciones de formación e información (artículos 18.1 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1215/1997).

Se aporta como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social de Burgos de 21 de marzo de 2000. En ella se enjuicia la aplicación del recargo en un supuesto en el que el accidente se produjo en una cadena de elaboración de artículos de cerámica cuando el trabajador, que se encontraba realizando su función de controlar el paso de la materia prima, al observar que la máquina estaba atascada, se introdujo dentro del recinto de la misma y con la máquina en marcha, comenzó a limpiar un rodillo y la cinta transportadora, atrapándose el brazo derecho entre el rodillo y la cinta transportadora. La sentencia de contraste considera que existe una relación de causalidad entre el accidente y el incumplimiento de la empresa, porque las vallas no impedían por completo el acceso a la zona de riesgo, la máquina carecía de un mecanismo de parada automática y no se había proporcionado al trabajador la formación oportuna. Por ello, mantiene el reconocimiento realizado en vía administrativa.

SEGUNDO.- La contradicción debe apreciarse, porque en los dos supuestos el accidente se produce como consecuencia de la concurrencia de determinadas infracciones por parte de las empresas y de una conducta imprudente de los trabajadores y mientras que la sentencia recurrida excluye el recargo por entender que la culpa de la víctima rompe la relación de causalidad, absorbiendo la culpa de la empresa, la sentencia de contraste llega a la conclusión opuesta, declarando la responsabilidad de la empresa. La parte empresa recurrida niega la contradicción, alegando que hay un hecho diferencial consistente en que mientras que en la sentencia de contraste el trabajador estaba en su puesto de trabajo en el momento del accidente, en la sentencia recurrida se desplazó al lugar de riesgo donde no debía estar. La diferencia no sería relevante, porque lo decisivo es la concurrencia de la imprudencia del trabajador, no los detalles de la misma. Además lo cierto es que también hubo desplazamiento al lugar de riesgo en el caso de la sentencia de contraste, pues el trabajador estaba situado "en el exterior del recinto de la maquinaria, rodeada de una valla metálica de seguridad" y se introdujo en dicho recinto para arreglar la máquina. Añade la empresa que el grado de imprudencia del trabajador en la sentencia recurrida es más grave -imprudencia temeraria– que el que tiene en cuenta la sentencia de contraste. Pero un análisis objetivo de lo sucedido muestra que no es así; las conductas son muy similares y quizá -dejando aparte las calificaciones que pertenecerían a la fundamentación jurídica– pudiera resultar más grave la conducta que enjuicia la sentencia de contraste, en la que el trabajador comienza a realizar las operaciones con la máquina en marcha.

TERCERO.- El único motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 40.2, 43.1 y 2 de la Constitución Española, artículo 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad social y artículos 14.2, 15 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, así como la doctrina de la sentencia de 12 de julio de 2007. La denuncia es acumulativa y excesiva. Pero debe estimarse. Lo que se ha producido es una concurrencia de culpas en la medida en que el daño surge, por una parte, de las infracciones de las normas de seguridad imputables a la empresa, que la sentencia recurrida acepta y admite, pero también de una conducta de la propia víctima, que, con la intención de reparar el desperfecto, entra en la zona de riesgo y procede por su cuenta a realizar una serie de operaciones bajo el alcance del robot. Las dos conductas tienen relevancia causal, porque sin las infracciones de la empresa el accidente no hubiera tenido lugar, ya que el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo o de entrar se hubiera impedido la acción de la máquina. Pero tampoco se habría producido el accidente, si el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo. Ahora bien, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal, que recoge también nuestra sentencia 12 de julio de 2007, la culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo -en este caso los incumplimientos de la empresa-, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima. El daño es imputable también a la empresa, porque si no se hubieran producido las omisiones en materia de prevención que le son imputables el accidente no hubiera tenido lugar. Cuando se produce

esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la de la víctima) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, como ha hecho la sentencia recurrida, sino que, a partir de una generalización de la regla del artículo 1103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo (sentencias de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 21 de marzo de 2000, 21 de febrero de 2002, 25 de abril de 2002, 11 de julio de 2008 y 17 de julio de 2008). Como señala la sentencia de 21 de febrero de 2002, "el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos". Por su parte, nuestra sentencia de 12 de julio de 2007 señala en la misma línea que "la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene" cuando no opera como causa exclusiva del accidente "entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador".

CUARTO.- La sentencia recurrida, al excluir de forma completa la indemnización a cargo de la empresa por la culpa concurrente, ha incurrido en la infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación. Para ello hay que tener en cuenta que la resolución administrativa que se impugna en la demanda ha establecido un recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social que debe abonar la empresa. Ese porcentaje es el mínimo que fija el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social. En consecuencia, aunque se haya apreciado la concurrencia de culpa de la víctima ese porcentaje no puede ser revisado, pues no es posible fijar otro inferior ponderando la concurrencia de culpa de la víctima, ponderación que sólo podrá realizarse en la medida en que el porcentaje aplicable sea superior. No es posible, por tanto, estimar el recurso de suplicación de la empresa, pues la aceptación de la concurrencia de culpa del trabajador no tiene ningún efecto en orden a la variación del fallo de instancia, lo que determina la desestimación del recurso y la condena de la empresa demandante al abono de las costas de suplicación y a la pérdida del depósito que constituyó para interponer el mencionado recurso.".

106/09

003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina) -Sala General-: Sentencia de 21/01/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

Síntesis

ACCIDENTE DE TRABAJO. TRABAJADOR EXTRANJERO SIN AUTORIZACIÓN PARA RESIDIR NI PARA TRABAJAR EN ESPAÑA. SUPLANTACIÓN DE PERSONALIDAD. El trabajador accidentado había suplantado la personalidad de otro, habiendo sido de alta y cotizado por el empleador con esa personalidad equívoca facilitada por el propio accidentado. La Sala sostiene que en este caso **se trata de una irregularidad en la contratación** provocada por el propio trabajador. Se le niega la prestación.
La sentencia contiene varios votos particulares.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- En los hechos probados de la sentencia de instancia se recoge que el actor, ciudadano de Guinea Conakry, que carecía de autorizaciones de residencia y trabajo en España y que en 2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada, comenzó a trabajar para la empresaria demandada como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentando para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. La empresa, que desconocía que la identidad fuera falsa, realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. El 28 de diciembre de 2004 el demandante sufrió un accidente de tráfico cuando acudía al trabajo, iniciándose el correspondiente procedimiento de declaración de incapacidad permanente. También se han iniciado diligencias previas por un delito de usurpación de estado civil. El INSS denegó la prestación solicitada por no estar incluido el actor en el campo de la Seguridad Social al encontrarse en situación ilegal en España. Presentada demanda, la misma fue estimada en la instancia, donde se reconoció el derecho a una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo condenando a la mutua de accidentes de trabajo a su abono; pronunciamiento que ha sido revocado por la sentencia recurrida, razonando ésta que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía los correspondientes permisos de trabajo determina la nulidad del contrato de trabajo; nulidad que, a su vez, implica la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluye la responsabilidad de la empresa y de la entidad que asumió la cobertura del accidente.

2.- Recurre el actor este pronunciamiento, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Cataluña de 15 de noviembre de 2006. Se trata en ella de un trabajador extranjero, de Guinea Bissau, que comenzó a trabajar, sin permisos de residencia y de trabajo para una empresa el 4 de agosto de 1997 y que fue dado de alta en la Seguridad Social con el nombre de otra persona que no precisaba permiso de trabajo. Sufrió accidente de tráfico el 29 de diciembre de 1997, calificado como accidente de trabajo "in itinere", lo que determinó el reconocimiento de una pensión de gran invalidez, también con falsa identidad. En 2004 se anuló el reconocimiento de la pensión. La sentencia revoca esta decisión de la gestora , argumentando que, aunque de acuerdo con la legislación vigente en la fecha en que se produjo el accidente de trabajo -1997-, pudiera considerarse afectado de nulidad el contrato de trabajo celebrado, ello no determinaría exclusión de la cobertura de los accidentes de trabajo, pues en virtud de lo establecido en el Convenio 19 de la OIT esa cobertura debe concederse a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales, sin ninguna condición de residencia. Concluye la sentencia de contraste que el trabajador extranjero tiene derecho a la pensión, aunque se encuentre en situación ilegal y aunque haya incurrido en una suplantación de personalidad.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en su informe sostiene que hay diferencias esenciales en las dos sentencias que impiden apreciar la contradicción, ya que: 1º) la sentencia recurrida funda su decisión en una nulidad del contrato de trabajo por error sustancial en la persona del trabajador y en el dolo del trabajador, 2º) mientras que Guinea Bissau ha ratificado el Convenio 19 de la OIT, Guinea Conakry no lo ha hecho. Todavía puede añadirse otra diferencia: la legislación vigente en materia de extranjería en 1997 -la Ley Orgánica 7/1985- era distinta de la vigente en el momento del hecho causante de la prestación que aquí se debate -la Ley Orgánica 4/2000, con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003-.

Sin embargo, estas diferencias no pueden considerarse relevantes. En primer lugar, porque el planteamiento del recurso y el ámbito donde éste centra la contradicción no es el de la nulidad del contrato de trabajo, que viene en realidad a admitirse por el recurrente y que también se daría en la sentencia de contraste, sino en el de la relación jurídica de protección, que el recurso considera independiente de esa nulidad en el marco de un funcionamiento autónomo, en el que lo decisivo sería la realización práctica del trabajo y no su inclusión en el marco jurídico del contrato de trabajo. En efecto, el recurso sostiene que si bien es cierto que ha existido una suplantación de la personalidad por parte del trabajador, "ello no conlleva que el trabajador extranjero irregular carezca de los requisitos necesarios para causar derecho a la prestación por incapacidad permanente", sin perjuicio de la responsabilidad que pueda determinar". La sentencia recurrida se combate no sosteniendo la validez del alta y negando su nulidad, pese a la simulación, sino admitiendo que no se está en alta, pero afirmando que, pese a ello, se tiene derecho a la pensión por tratarse de un accidente de trabajo. En segundo lugar, es cierto que en la lista de ratificaciones del Convenio nº 19 de la OIT no figura Guinea Conakry, mientras que sí está incluida Guinea Bissau, pero el dato no es decisivo por lo que se dirá más adelante sobre el alcance del nº 2 del artículo 1 del mencionado Convenio y porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2003 (recurso 4217/2002). En tercer lugar, porque la diferencia en la legislación de extranjería opera reforzando la contradicción, ya que el régimen de la Ley Orgánica 7/1985 era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

TERCERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en determinar si un trabajador extranjero que sufrió un accidente de trabajo mientras se hallaba prestando servicios para una empresa que le había dado de alta y contratado en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, puede tener derecho a las prestaciones derivadas del mismo cuando se acredita que dicho trabajador había suplantado la personalidad de otro, y resultó carecer de la autorización para residir que sí tenía el suplantado siendo esta circunstancia la que permitió dicha contratación y su alta en Seguridad Social por parte del empresario .

2.- El recurrente cita como precepto infringido por la sentencia de instancia el art. 42 del Real Decreto 84/1996 en la redacción dada por el Real Decreto 1041/2005, en el cual, después de establecer en su apartado 1 que sólo los extranjeros con residencia legal en España se equipararán a los españoles a los efectos de su afiliación y alta en la Seguridad Social, establece en su apartado 2 como excepción que "*con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluídos el sistema español de Seguridad Social y el alta en régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales*", añadiendo que "*ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida*" .

A partir de dicha redacción pretende llegar a la conclusión, de que la situación planteada en este caso concreto ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conocedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por nuestra jurisprudencia al trabajador

español a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, como puede deducirse de las sentencias dictadas por esta Sala en 9-6-2003 (rec.- 4217/02) y 7-10-2003 (rec.- 2153/2002).

3.- Pero el recurrente no tiene en cuanta que en las dos sentencias previamente citadas se partió de una situación fáctica concreta cual fue la de un trabajador extranjero sin autorización para residir, contratado por un empresario que había incumplido con la obligación de solicitar la autorización correspondiente exigida por el art. 36 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), con el resultado de haberse celebrado un contrato de trabajo con infracción de una norma prohibitiva al que, sin embargo el propio art. 36.3 de la Ley citada le reconocía unos efectos limitados y ciertamente difíciles de establecer.

Ahora bien, en el caso que aquí se enjuicia nos encontramos ante una situación distinta de la contemplada en aquellas sentencias que es la que ha dado lugar a la discrepancia, pues mientras en aquellos dos supuestos anteriores el contrato celebrado lo había sido a ciencia y conciencia de los intervinientes aunque con infracción de la exigencia legal contenida en el art. 36.3 LOEX de que para contratar a un extranjero es necesaria la obtención de la previa autorización para trabajar, en los supuestos contemplados por las dos sentencias aquí en entredicho el empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente. En este caso, a diferencia de los que sustentaron aquellas sentencias anteriores de la Sala, se puede afirmar en definitiva que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el art, 1261 del Código Civil , y, como en el mismo se dice, en estos casos "no hay contrato", puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el art. 1266 del mismo CC. Y esta diferencia sustancial es la que impide mantener las tesis defendidas por el recurrente puesto que el punto de partida no es el de un contrato celebrado contra las exigencias de la LOEX con los efectos derivados de las previsiones contenidas en esta Ley, sino ante un contrato inexistente o nulo en aplicación de las previsiones básicas de todo nuestro sistema de contratación.

4.- En efecto, al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable si tenemos en cuenta que desde nuestra primera Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador, pues aun cuando la Seguridad Social se haga cargo en los supuestos normales del todo o de parte de los daños sufridos como consecuencia del accidente, lo hace en sustitución de dicho empleador como actualmente viene establecido en los arts. 123 y sgts de la LGSS; y el que esto es así lo demuestra el hecho de que, a pesar del régimen de automaticidad y anticipo de prestaciones por las que el modelo se rige, al final el responsable último por subrogación es el empresario cuando resuelta ser el incumplidor de sus obligaciones previas en esta materia como se dispone claramente en el art. 126.3 de la indicada LGSS, lo que se aprecia mucho más claramente cuando los daños y perjuicios sufridos por el accidente exceden de los cubiertos por el sistema en cuyo caso es el empleador el que responde directamente y en exclusiva del "plus" que pudiera serle reclamado –arts. 123. 3 y 127 LGSS en relación con el art. 1101 CC y reiterada doctrina de esta Sala y de la Sala 1ª de este Tribunal-. De forma que en nuestro modelo de protección, que no alcanza a ser un sistema socializado de cobertura de prestaciones, la existencia previa de una vinculación contractual de esta naturaleza sigue siendo requisito "sine qua non" para la obtención de la protección, pues es, así mismo, una de los requisitos exigidos por el art. 7.1 de la LGSS para que un trabajador por cuenta ajena pueda estimarse comprendido en el campo de aplicación de nuestro Sistema de Seguridad Social.

CUARTO.- 1.- Con independencia de los argumentos anteriores, pero íntimamente relacionados con ellos, si nos atenemos a lo que se dispone en el art. 36.3 párrafo segundo de la ley básica en esta materia de extranjería – la LOEX - se impone llegar a la misma conclusión en tanto en cuanto, no solo la protección establecida para un accidente laboral sino cualquier tipo de responsabilidad empresarial – y la correspondiente a los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe estimarse incluída dentro del ámbito regulador de dicho precepto – se halla condicionada a "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario", y por ello regirá sólo para los supuestos en los que aquella autorización que habilita al trabajador para residir en nuestro país por el tiempo de trabajo no la ha solicitado y obtenido el empresario antes de contratar a un trabajador como el legislador le ha encomendado hacer cual puede apreciarse en los arts 36. 3 LOEX puesto que es al empresario y no al trabajador al que se le exige solicitar aquella autorización. Ahora bien, en un supuesto como el presente en el que el empleador no pudo pedir esa autorización para el trabajador accidentado sino que la pidió para otro debido a la propia actuación dolosa del propio trabajador, no podrá afirmarse que la carencia de la autorización era imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones que todo tipo que de ello devienen, incluídas las de seguridad social en el decir textual del precepto citado.

2.- En el art. 36 LOEX, como se ha dicho, se impone al empleador y no al trabajador la obligatoriedad de solicitar las autorizaciones para residir y para trabajar a diferencia de lo que ocurrió en la legislación de extranjería anterior a la actual en la que estas autorizaciones (entonces permisos) eran a cargo del propio empleado, de forma que en la nueva legislación no solo es "irregular" el trabajador extranjero que presta sus servicios en España sino también el empleador que lo contrata sin aquellas autorizaciones; y es sobre esa "irregularidad" del empresario sobre la que el apartado 3 del precepto dispone que no se considera inválido el contrato e imputa al empresario las responsabilidades que de la misma se deriven como claramente se aprecia en el inicio de su redacción cuando toda esa responsabilidad la hace derivar de "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario". El legislador ha relativizado los efectos de lo que sería una nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa tan contundente como la de que cualquier trabajador extranjero "precisará" aquellas autorizaciones para trabajar en España en aplicación de las previsiones de excepción del art. 6.3 "in fine" del Código Civil, sobre la base de aquella irregularidad empresarial, entendiendo con defendible criterio de justicia que en los supuestos en que la irregularidad era del empresario habría de ser éste y no el trabajador el responsable de los daños de todo tipo derivados de aquella irregularidad

Ahora bien, cuando la carencia de aquellas autorizaciones no es debida a un incumplimiento "por parte del empleador" sino a una actuación dolosa del trabajador como en el caso ha ocurrido, desaparece el condicionante relativizador del apartado 3 del art. 36 CC para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado. Todo ello partiendo de la base de que en nuestro supuesto no se ha alegado ni se desprende del relato de hechos probados ni de ninguna alegación de parte que el empleador hubiera sido consciente ni tuviera complicidad alguna en la contratación ilegalmente celebrada.

QUINTO.- A partir de la inexistencia y consiguiente nulidad el contrato celebrado en el presente caso entre el trabajador extranjero y su empresaria, los únicos efectos del mismo serán los que deriven de la aplicación del art. 9 del Estatuto de los Trabajadores, los que reconoce a todo trabajador extranjero el art. 14.3 de la propia LOEX, o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual – de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo "in itinere" o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso -; no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante.

SEXTO.- De conformidad con los argumentos mantenidos en los apartados anteriores procede la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto que se atuvo a los mismos criterios que se han defendido en la presente resolución, todo ello con la consiguiente desestimación del recurso contra la misma por el demandante en las presentes actuaciones; sin que proceda la condena en costas a ninguno de los recurrentes por mor de lo dispuesto al respecto en el art. 233 de la LPL.".
(…)

"VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. AURELIO DESDENTADO BONETE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 106/2009.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2318/2008 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- Comparto plenamente el fallo de la sentencia y la apreciación del requisito de la contradicción, si bien me parece conveniente precisar que es irrelevante el dato relativo a que el actor en la sentencia recurrida procede de Guinea Conakry, país que no ha ratificado el Convenio 19 de la OIT, mientras que sí lo ha hecho Guinea Bissau, de donde procedía el demandante en las actuaciones que dieron lugar a la sentencia de contraste. La ratificación del Convenio citado no altera la identidad de las controversias, porque, como se razonará más adelante, la regulación contenida en el mismo no se extiende a los extranjeros sin residencia legal. Tampoco afecta a la contradicción otra diferencia relativa a la legislación aplicable, que en la sentencia recurrida era la Ley Orgánica 7/1985 cuando en el asunto aquí decidido rige la Ley Orgánica 4/2000, con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003. La diferencia en la norma aplicable refuerza la contradicción, ya que el régimen de la Ley Orgánica 7/1985 era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

SEGUNDA.- El recurrente denuncia la infracción del artículo 42 del Real Decreto 84/1996, en la redacción del Real Decreto 1041/2005. Este precepto establece, en su número 1, las reglas para la afiliación y el alta de los trabajadores extranjeros en situación regular y en el número 2 prevé que "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el

Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1.925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", añadiendo que lo anterior "se entiende sin perjuicio de la reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

La argumentación del recurrente opera con independencia de la nulidad del contrato de trabajo que suscribió, estableciendo que lo que determina la protección no es la validez del contrato, sino el trabajo prestado como hecho. Está admitiendo así también la nulidad del alta que fue practicada en su día con la identidad falsa y de ahí el apoyo de su tesis en el precepto citado en la medida en que éste otorga la protección a los trabajadores que no están en alta y que residen y trabajan irregularmente en España.

Para resolver sobre la denuncia formulada es necesario examinar el marco legal general en el que se encuentra el precepto reglamentario citado y al que debe ajustarse en virtud del principio de jerarquía normativa y en este sentido el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece que estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, …los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España". De ahí se concluye que el extranjero que no se encuentra legalmente en España no está incluido en la Seguridad Social española. Pero esta primera conclusión tiene que ponerse en relación con dos preceptos que la LOEx ha introducido en esta materia. Por una parte, el artículo 10 establece que "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho... al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente". Por otra parte, el artículo 14 prevé, en su número 1, que "los extranjeros *residentes* tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles"; el número 2 precisa que "los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles" y el número 3 señala que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas". De forma más concreta, el artículo 36 de la LOEx, después de establecer el permiso de trabajo como requisito para trabajar, dispone que "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Nuestra sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso 800/2007) ha interpretado estos preceptos estableciendo que la regulación del artículo 36.3 de la LOEx tiene que ponerse en relación con el artículo 14 que distingue entre: 1º) los extranjeros con autorización de residencia, que tienen derecho a las *prestaciones de la Seguridad Social*, y 2º) los extranjeros sin esa autorización, que sólo tienen derecho a *los servicios y prestaciones sociales básicas*, entendiendo por tales determinados servicios sociales y "aquellas prestaciones que las leyes declaren básicas a estos efectos".

En cuanto al primer grupo -*trabajadores extranjeros con autorización de residencia*-, pueden distinguirse a su vez dos supuestos:

1º) Los trabajadores extranjeros que tienen permiso de trabajo, que podrán formalizar su inclusión en la Seguridad Social a través de los correspondientes actos de encuadramiento y

2º) Los trabajadores extranjeros que no tienen permiso de trabajo, que no podrán formalizar su encuadramiento en la Seguridad Social y, por tanto, su protección por ésta tendrá que operar en régimen de responsabilidad empresarial, pero con aplicación del anticipo derivado del principio de automaticidad, ya que se trata de prestaciones de la Seguridad Social.

En el segundo grupo –*trabajadores extranjeros sin autorización de residencia*- sólo cabe, como ya se ha dicho, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, pero también se incluyen, por imperativo del artículo 36.3.2º LOEx, "las prestaciones que pudieran corresponderle", pero únicamente las que se derivan de las "responsabilidades" del empleador "en materia de Seguridad Social". La sentencia de 18 de marzo de 2008 precisa que estamos aquí ante "una responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que puede exigirse al empresario que da empleo al extranjero no residente o irregular… siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador". "Esa responsabilidad -añade la sentencia citada- tendría carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras". Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para aquél la obligación de asumir (artículo 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del artículo 48 de la Ley 62/2003, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del artículo 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción.

TERCERA.- Llegados a este punto, hay que establecer una aclaración en orden al alcance de la doctrina sobre la exclusión de la nulidad del contrato de trabajo del trabajador sin autorizaciones de residencia y/o de trabajo. En la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 -seguida por las de 29 de septiembre de 2003 y 7 de octubre de 2003- se afirma que "el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es en la actual legislación un contrato nulo", citando a estos efectos el primer inciso artículo 36.3.2º LOEx. Pero, de acuerdo con el artículo 6.3 del Código Civil, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para la contravención. El artículo 36.3.2º LOEx no establece un efecto distinto a la nulidad. Se limita a prever que la carencia de la autorización… no invalida el contrato", pero esa exclusión de la invalidez afecta sólo a "los derechos del trabajador extranjero" y a la obtención de "las prestaciones que pudieran corresponderle" por la vía de la responsabilidad empresarial en los términos ya indicados.

Con estas limitaciones, el contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose. En realidad, la finalidad de la norma consiste en garantizar que, prestado ya de hecho el trabajo y habiéndose apropiado el empresario de los frutos del mismo, no debe quedar el trabajador extranjero privado de los derechos que le corresponden en función del trabajo prestado, aunque éste sea irregular y ello en atención a que ya no es posible el efecto de restitución que ordena el art. 1303 del CC. Es una garantía similar a la que establece el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero de mayor alcance, pues no se limita al salario, sino que puede alcanzar a las indemnizaciones y, en determinadas condiciones, a las prestaciones de Seguridad Social. Es una recuperación de validez, pero sólo parcial con respecto a los efectos ya consumados; no es una garantía "pro futuro" de mantenimiento del contrato irregular, porque entonces la prohibición se negaría a sí misma, pues admitiría que se puede continuar desarrollando el trabajo sin autorización, aunque se trate una actividad prohibida y sancionada, incluso con la expulsión (artículos 53.a) y b) y 54.1.d) y e) y 57 LOEx). En este sentido, es preciso recordar que, aunque la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 2 de diciembre de 1998 (recurso 9978/1992), en la que se funda nuestra sentencia de 9 de junio de 2003, admitió la obligación de cotizar por el extranjero sin autorización, lo hizo sin aceptar la existencia de una relación laboral válida, aunque ampliando a las cuotas de la Seguridad Social la solución del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución, incluso con las limitaciones indicadas, no ha sido autorizada por la regulación posterior, como puede verse en el artículo 48 de la Ley 62/2003, que establece con el carácter de sanción un incremento de la multa que procede por el empleo de un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo; ese incremento es el importe de lo que hubiera procedido ingresar por las cuotas de Seguridad Social. No se trata, por tanto, de la reconstrucción de una relación de cotización, sino de una sanción especial con la finalidad de eliminar el enriquecimiento del empresario a través de la contratación ilegal de extranjeros.

CUARTA.- En el presente caso a la nulidad del contrato de trabajo derivada de la prohibición del trabajo del extranjero que no cuenta con las autorizaciones necesarias (art. 6.3 CC) se une la nulidad que surge del error en la persona del trabajador; error que vició el consentimiento de la empresaria (art. 1265 CC) y que se produjo como consecuencia de una actuación dolosa del propio trabajador, al utilizar una identidad falsa con la finalidad de ocultar su situación irregular que impedía la contratación laboral. Pero entiendo que esta segunda causa de nulidad tiene un proyección relativa, que se conecta funcionalmente con la primera, que es, a mi juicio, la que resulta decisiva. En efecto, el art. 1265 del CC establece que "el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo". Pues bien, en el presente caso el error en la persona del trabajador tiene relevancia no en lo que se refiere a sus cualidades laborales, sino únicamente en lo relativo a su incapacidad legal para trabajar en España. Es decir, que el contrato es nulo porque el error ha dado lugar a la contratación de una persona que no podía ser legalmente contratada. Sin esta incapacidad legal para contratar, el contrato posiblemente no sería nulo, como sucedería en el caso de la contratación de un trabajador español, que, por razones externas al contrato y a su ejecución, hubiera firmado el mismo con una identidad falsa, sin perjuicio del eventual encuadramiento de esa conducta en el art. 54.2.d) del ET. Esto determina que el contrato del actor es nulo en la medida ,pero *sólo en la medida*, en que lo es la contratación de un extranjero sin las autorizaciones de residencia y trabajo. La segunda causa de nulidad -el error en el consentimiento derivado de una actuación dolosa– sólo es relevante para eliminar la responsabilidad del empresario que ha sido engañado y ello en los términos que se expondrán más adelante.

Por otra parte, es claro que no estamos ante un contrato inexistente, categoría por lo demás cuestionable en nuestro Derecho. El vínculo, pese al error y al carácter ilegal del trabajo, se ha mantenido y las obligaciones que derivan de él se han ejecutado, por lo que tienen que aplicarse las reglas del art. 9.2 del ET y 36.3 del LOEx en la medida en que no queden afectadas por el engaño.

QUINTA.- Pero, volviendo a la posición de los trabajadores extranjeros ante la Seguridad Social, hay que señalar que la doctrina de la Sala en las sentencias del año 2003 a las que se ha hecho referencia recoge otra situación: la que se produce en materia de contingencias profesionales, en las que se ha admitido la cobertura en virtud de la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros que se dice que deriva de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Convenio número 19 de la OIT (sentencia de 7 de octubre de 2003) y del principio de reciprocidad (sentencia de 9 de junio de 2003). El artículo 1 del Convenio citado establece en su número 1 que todo Estado miembro que ratifique el Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes "el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de accidentes de trabajo", añadiendo el número 2 que "esa igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y sus

derechohabientes condición de residencia". Ahora bien, ya se ha señalado que Guinea Conakry no ha ratificado el Convenio, por lo que el actor no estaría incluido en la protección que pudiera derivar del mismo. Por otra parte, esa protección no se extiende a los extranjeros que trabajan ilegalmente sin las autorizaciones necesarias. El trato igual, como confirma el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT, se refiere a los inmigrantes que "se encuentren legalmente" en el territorio del correspondiente país, pues la igualdad de trato no puede exigirse en la ilegalidad y en contra de las políticas estatales de inmigración. En este sentido es claro que la ampliación del trato igual a los trabajadores extranjeros sin autorizaciones de residencia y/o trabajo no puede derivarse del número 2 del artículo 1 del Convenio 19 cuando se refiere a que el trato igual será otorgado "sin condición de residencia", porque, como ha señalado la doctrina científica, esa referencia no tiene por finalidad extender la igualdad de trato a la inmigración ilegal, sino garantizar que las pensiones e indemnizaciones se abonen en el país extranjero cuando allí ha retornado el trabajador accidentado o viven sus familiares, como fácilmente se comprueba del examen del siguiente inciso del precepto, que remite a acuerdos especiales sobre los pagos que han de realizarse fuera del territorio, y de la Recomendación 25.

En realidad, no puede existir igualdad de trato entre el extranjero ilegal y el nacional, porque no hay identidad de partida en sus situaciones. No están en la misma situación porque uno está en situación de ilegalidad y el otro no. La igualdad de trato sí tiene sentido con respecto al extranjero legal. La línea general de los instrumentos internacionales en esta materia condiciona normalmente la igualdad de trato a la residencia legal, como puede verse en el Convenio 97 de la OIT y en el Reglamento CE 859/2003. El art. 6 del Convenio 97 de la OIT sobre igualdad de trato a los trabajadores migrantes también refiere el trato igual "a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio". Por su parte, el art. 1 del Reglamento CE 859/2003, sobre protección social de los nacionales de terceros países en la UE, establece que "sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro". Sólo en un sistema de inmigración libre o no intervenida podría aplicarse la igualdad de trato a los inmigrantes ilegales, que no serían propiamente tales.

Por otra parte, si el Convenio 19 de la OIT se interpretara en el sentido de que la exigencia de trato igual se aplica a los extranjeros ilegales, la regulación vigente en España sería contraria al Convenio 19 de la OIT, pues para garantizar la igualdad habría que permitir el establecimiento de la cobertura para esos extranjeros, dándoles de alta en la Seguridad Social y cotizando por ellos, lo que no es posible.

El art. 9 del Convenio 143 OIT y la Recomendación 111 de la misma organización no llevan a conclusión contraria. El Convenio 143 no ha sido ratificado y la Recomendación es sólo una orientación que no obliga a los Estados miembros. Por otra parte, su sentido no es claro. El art. 9 del Convenio señala que el trabajador deberá disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a "los derechos derivados de *empleos anteriores*en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios". La norma no menciona la Seguridad Social, aunque podría englobarse en "otros beneficios". Pero el ámbito de la garantía se refiere a empleos anteriores, lo que plantea el problema de cuáles son éstos. No obstante conviene precisar que la interpretación que se ha realizado por la sentencia de 18 de marzo de 2008 del art. 36.3 LOEx permite incluso cumplir este objetivo de protección del extranjero ilegal: el empleo ilegal de un trabajador extranjero determina para el empresario -no para las Entidades Gestoras- las correspondientes responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que el empresario deberá ser condenado al abono de las prestaciones causadas por la vía de la indemnización y sin anticipo a cargo de las gestoras de la Seguridad Social, con las que no ha podido establecerse la cobertura y que no son responsables del incumplimiento empresarial, ni de la infracción del trabajador, que reside ilegalmente en territorio nacional. Lo que sucede es que en el presente caso el error derivado del fraude excluye la responsabilidad del empresario.

SEXTA.- Tampoco puede derivarse la protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España del principio de reciprocidad y en este sentido es necesario revisar la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2003, que se pronunció sobre un trabajador ecuatoriano, sin permiso de residencia y trabajo. Ecuador no había suscrito el Convenio 19 OIT, pero la sentencia le reconoció la prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo, razonando en función del principio de reciprocidad. La reciprocidad se fundaba en el art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966 y en el art. 2 del Convenio Hispano –ecuatoriano de Seguridad Social. El primero establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional" y el art. 2 del Convenio dispone en su art. 2 «que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países».

Ninguna de las normas citadas permite, a mi juicio, establecer la conclusión que sostiene la sentencia de referencia. En primer lugar, el art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966 carecería de rango para establecer una regulación contraria al art. 7.1 de la LGSS, que sólo incluye en la Seguridad Social a los extranjeros que residen legalmente en España. Por otra parte, leído de forma

completa, el art. 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966 no establece ninguna presunción de reciprocidad para los extranjeros sin residencia en España, pues se refiere expresamente dicho apartado a "los súbditos de los restantes países que *residan en territorio español*"; expresión que, como ha señalado la sentencia de 18 de marzo de 2008, interpretando el art. 14.1 LOEx , ha de entenderse como residencia legal.

En segundo lugar, entre Guinea Conakry y España no se ha firmado ningún convenio bilateral de Seguridad Social. Pero, aunque fuera así y se hubiera incorporado una norma convencional sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los nacionales de los países firmantes que trabajen legalmente en éstos, tampoco podría llegarse a la inclusión. Por reciprocidad en Derecho Internacional se entiende el supuesto en que la legislación admite que en un país se conceda un derecho a un extranjero siempre que en el país de éste se otorgue el mismo derecho a los nacionales del primer país. La reciprocidad es, por tanto, una forma de extensión de la ley nacional cuando no hay norma internacional que regule el supuesto. Por ello, hay que concluir que, por definición, una norma de un convenio internacional no puede ser una regla de reciprocidad, que sólo juega en defecto de norma internacional aplicable. Por otra parte, la cláusula de trato igual en la aplicación de la ley en materia de Seguridad Social, que es propia de los convenios internacionales en esta materia, parte siempre de que ese trato igual se concede a quienes trabajan legalmente en los países firmantes del convenio. Esta es una exigencia de las políticas internas de emigración y también una exigencia del propio principio de igualdad, que no puede equiparar una situación de trabajo legal con otra de trabajo ilegal. Para llegar a la conclusión que sostiene nuestra sentencia 9 de junio de 2003 el convenio tendría que disponer que los países firmantes se comprometen a aplicar la legislación de Seguridad Social a los extranjeros provenientes de cada uno de esos países que trabajen ilegalmente en cualquiera de ellos. Pero ni siquiera así se trataría del principio de reciprocidad, pues lo que contempla ese principio es un *tratamiento simétrico de hecho* que ha de ser objeto de prueba: que los españoles que trabajan ilegalmente en otro país están protegidos por la Seguridad Social de ese país frente a los accidentes de trabajo. La STS 9.6.2003 relaciona además la reciprocidad en el trato de los extranjeros sin residencia legal con el principio de automaticidad, pero con ello proyecta ese principio fuera de su ámbito de aplicación: el principio de automaticidad se aplica desde luego a todos los extranjeros, pero siempre que residan legalmente en España.

SEPTIMA.- Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que la regulación contenida en el número 2 del artículo 42 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 84/1996 -en la redacción del Real Decreto 1041/2005- es contraria a normas con rango legal como son los artículos 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social, 14 y 36 de la LOEx, por lo que no puede ser aplicada (artículos 51 de la LRJAPC y 23 de la Ley 50/1997, del Gobierno, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

De ello se deriva, con rectificación de la doctrina anterior, que en las contingencias profesionales rige también el régimen común que hemos expuesto con anterioridad: 1º) los trabajadores con autorizaciones de residencia y de trabajo están equiparados plenamente a los nacionales; 2º) los trabajadores con autorización de residencia, pero sin permiso de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, pero con anticipo por las gestoras y 3º) los trabajadores sin autorización de residencia sólo pueden acceder a las prestaciones por la vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario en los términos que se han indicado en el fundamento segundo.

Si aplicamos estos criterios al caso enjuiciado, hay que concluir que: 1º) la simulación de la identidad ha determinado no sólo la nulidad del contrato de trabajo, sino la nulidad del alta del actor en la Seguridad Social; 2º) no estaba ni podía estar legalmente en alta y, por tanto, no podía causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo, 3º) no puede aplicarse la asimilación al alta del artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, porque es contraria a la ley y 4º) no existe tampoco responsabilidad indemnizatoria del empresario, porque la simulación de la identidad determina que no le sea imputable a éste ni el encuadramiento irregular del actor en la Seguridad Social, ni el incumplimiento de las normas sobre empleo de extranjeros.

Hay que aclarar que sería, sin embargo, posible la cobertura de los daños provocados por el accidente de trabajo cuando en los mismos concurriese responsabilidad por culpa del empresario como consecuencia del incumplimiento de normas de prevención. Pero se trataría de una responsabilidad excontractual, que en el presente caso hay que excluir, pues se trata de un accidente de tráfico en el trayecto hacia el trabajo, que, aunque se protege por el art. 115.2 a) LGSS queda fuera de la esfera de riesgo del empleador.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas. "

"Voto particular que formula la Magistrada Excma. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 106/2009, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. José Luis Gilolmo López, D. Jordi Agustí Juliá, Doña Rosa María Virolés Piñol y Doña Lourdes Arastey Sahún.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 106/2009.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública en un tema tan sensible como es el de los accidentes de trabajo.

La nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero, -- sin perjuicio de sus responsabilidades penales u de otro orden, en su caso --, no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de prestaciones en el supuesto de accidentes de trabajo, regla básica de nuestra legislación protectora, que solo podría obviarse si el trabajador accidentado fuera el único responsable del accidente o lo hubiere causado con la finalidad de generar las derivadas prestaciones; pero, entiendo, que no puede inaplicarse tal regla básica en el supuesto analizado, sin perjuicio de la posible exoneración o disminución de la responsabilidad empresarial en el estricto ámbito de la seguridad social.

Valórese que acontecería si la nulidad del contrato de trabajo derivara del hecho de que un menor de dieciséis años, de nacionalidad española, aportara para ser contratado un DNI de una persona mayor de dicha edad y en esas condiciones de ocultación de personalidad fuera contratado laboralmente, de sufrir este trabajador realmente menor de edad laboral un accidente, por estar trabajando en condiciones vulneradoras de las normas básicas de prevención de riesgos laborales, ¿se le privaría también de la protección de la Seguridad Social pública?.

SEGUNDO.- Comparto plenamente la apreciación del requisito de la contradicción entendiendo que es irrelevante, a dicho efecto, que en la sentencia recurrida La Republica de Guinea (capital Conakry) –país originario del trabajador de la sentencia recurrida- no haya suscrito el Convenio nº 19 de la OIT, en tanto si lo ha hecho Guinea Bissau –país de origen del actor de la sentencia de contraste- porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002). Asimismo no impide la contradicción el que la sentencia recurrida aplique la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LOEX y la de contraste la Ley Orgánica 7/1985, pues el régimen de esta última era más restrictivo respecto a los derechos de los extranjeros en situación irregular que el establecido por la LOEX y es la sentencia de contraste la que resulta favorable al trabajador extranjero, en tanto la recurrida desestima sus pretensiones.

TERCERO.- 1. El recurrente denuncia la infracción del artículo 42 del Real Decreto 84/1996, en la redacción dada por el Real Decreto 1041/2005. Aduce, en esencia, que lo que determina la protección no es la validez del contrato de trabajo, sino el trabajo prestado, razonando que la situación ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conocedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por la jurisprudencia de esta Sala a la situación del trabajador español, a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidente de trabajo, tal como resulta de las sentencias de de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/02) y 7 de octubre de 2003 (recurso 2153/02).

2. Procede examinar, en primer lugar, la protección dispensada a un trabajador extranjero en situación irregular, cuyo país de origen no ha ratificado el convenio 19 de la OIT, ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

A este respecto hay que señalar que el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece: "Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) trabajadores por cuenta ajena.." Por su parte el apartado 5 del precepto dispone: "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equipararan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

El examen del citado precepto revela que la LGSS únicamente considera incluido dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el artículo 14.1 de la LOEX expone: "Los

extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles".

La claridad de tales preceptos se ve perturbada por la confusa redacción del artículo 36.3 de la LOEX que parece contemplar una excepción, frente a la anterior regla general de la imposibilidad de reconocer prestaciones de Seguridad Social al extranjero que trabaja sin autorización. Dispone el precepto: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Hay que señalar que el último párrafo, que hace referencia expresa a responsabilidad en materia de "seguridad social y prestaciones que pudieran corresponderle" ha sido añadido por la Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre.

El tenor literal del precepto proporciona una regla protectora respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador extranjero en situación irregular, con lo que dulcifica el rigor que presenta el artículo 7 de la LGSS y el 14.4 de la LOEX, permitiendo vislumbrar que, aunque se encuentre en situación irregular, el trabajador extranjero tiene derecho a determinadas prestaciones de la seguridad social. Si el legislador hubiera querido limitar las prestaciones a los servicios y prestaciones sociales básicas, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, se hubiera remitido al artículo 14.3 de la LOEX –los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas- en lugar de consignar la amplia fórmula de "prestaciones que pudieran corresponderle".

En correlación con dicha regulación el Real Decreto 1041/05, de 5 de septiembre, ha reformado el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por R.D. 84/96, de 26 de enero, disponiendo lo siguiente: "2. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley". En este precepto se consigna el reconocimiento del derecho del trabajador extranjero en situación irregular a percibir determinadas prestaciones de Seguridad Social, si bien no concreta cuáles.

Por otro lado conviene precisar que el artículo 57.5 d) de la LOEX dispone que la sanción de expulsión -que se aplica en el supuesto en que el trabajador se halle irregularmente en territorio español- no podrá ser impuesta a "los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo", precepto que corrobora la plena protección por contingencias profesionales del trabajador extranjero, con independencia de cual sea su situación administrativa. No cabe entender que se trata de una situación de ilegalidad sobrevenida, como ha entendido la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2008, recurso 800/07 –extranjero residente que está percibiendo una prestación por desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia-, en sentido diferente a como había interpretado el precepto la sentencia de la Sala de 9 de Junio de 2003, recurso 4217/02. En efecto, si se entendiese el precepto en el sentido señalado por la precitada sentencia de 18 de marzo de 2008, resultaría innecesario por reiterativo, ya que el artículo 72.3 b) del R.D. 2393/04, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce la residencia permanente al extranjero beneficiario de una prestación de incapacidad permanente y el artículo 38.3 b) LOEX dispone la renovación del permiso de trabajo cuando el trabajador haya obtenido una prestación contributiva por desempleo.

Hay que señalar, por ultimo, la vigencia del artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional".

3. La jurisprudencia ha reconocido el derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales a trabajadores extranjeros en situación irregular. Así las sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2003, recurso 4217/02 y de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02, reconocieron prestaciones económicas a trabajadores extranjeros en situación irregular. La primera de dichas sentencias reconoció el derecho del actor, súbdito ecuatoriano, a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas, derivadas de accidente de trabajo, a cargo de la empresa en la que prestaba servicios. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "*2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su art. 33.3 que "los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.* ***La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.*** *"Por otra parte, el art. 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal (Sentencia de*

2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.
3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000, y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a...." d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo". Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.
4. No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.
5. En el concreto supuesto que *hoy se enjuicia ha de tenerse en cuenta que el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (ratificado por España BOE 180/1975, de 28 de julio 1975), dispone en su art. 2 "que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre seguridad Social aplicables en los respectivos países y se benef*iciarán *de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes,* ***en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países"****. Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones en idénticos términos que a los súbditos nacionales."*

La sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02, declaró el derecho del actor, de nacionalidad colombiana, que carecía de permiso de residencia y trabajo, y no estaba de alta en la seguridad social, a la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, razonando que se trata de un trabajador cuyo país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT, también ratificado por España, y el principio de reciprocidad obliga a conceder el mismo trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, por lo que se considera al extranjero irregular en situación de alta de pleno derecho en la Seguridad Social.

Por su parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998, ha establecido la obligación de cotizar durante el tiempo de prestación de servicios de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, con el siguiente razonamiento. " *Mas en el caso de un contrato nulo y éste es el presente dada la realidad de la prestación de trabajo durante casi cinco años al apelado, por un extranjero sin permiso de trabajo al que no le es aplicable con eficacia la presunción de laboralidad a causa de la prohibición legal analizada, el art. 9.2 ET establece que el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido; lo que implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el Estatuto de los Trabajadores la regla segunda del art. 1306 del Código Civil.*
Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón del tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del art. 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y conocedora en lo usual de sus obligaciones básicas , mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada, tiene su reflejo en el art. 70.1 LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad), y aún mas, señala la norma que la mera solicitud del antiguo INP, hoy Tesorería General de la Seguridad Social, de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización), es decir, aun no siendo procedente la afiliación al alta, se cotiza en función al tiempo trabajado".

4. La modificación de la LOEX, operada por la L.O. 2/2009, el 11 de diciembre, en cuya exposición de motivos se señala que "los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios, de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida…" ha incidido en el contenido del artículo 36, añadiendo el apartado 2, en el que se dispone: "la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador a la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad".

El último inciso del apartado 3 del precepto, ha pasado ahora a ser el nuevo apartado 5, con redacción que difiere sensiblemente de la anterior, pues mientras en la primitiva redacción –la introducida por la LOEX 14/03- se señalaba que "la carencia de la correspondiente autorización … no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle", en el nuevo texto se añade: "…de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores ni otras que pudieran corresponderles, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".

La redacción actual del precepto trata de limitar la amplitud con el que el precepto en su redacción originaria se refería a "las prestaciones que pudieran corresponderle" concretándolas a "prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores", y si bien es cierto que añade "u otras que pudieran corresponderle", a reglón seguido parece limitarlas al establecer "siempre que sean compatibles con su situación".

La reforma introducida intenta concretar las prestaciones de seguridad social que puedan corresponder a un trabajador extranjero en situación irregular, reconduciéndolas a lo regulado en los convenios internacionales y, en el supuesto de no estar contempladas en dichos convenios, condicionándolas a que "sean compatibles con su situación".

5. En virtud de todo lo anteriormente expuesto y razonado, procede reconocer al trabajador extranjero en situación irregular, como acontece en el presente supuesto, el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo siendo responsable de su abono el empresario, debiendo adelantar las mismas la entidad gestora o colaboradora en la gestión, a tenor de lo establecido en los artículos 124.1 y 4, 125.3, 126.3 de la LGSS.

CUARTO.- 1. Ocurre, sin embargo, que en el supuesto analizado concurre una particular circunstancia, cual es que el actor, D. D. B., ciudadano de La República de Guinea, que carecía de permiso de residencia y de trabajo, presentó a la empresa para la que prestó sus servicios, Doña Felipa, una documentación con el nombre de Ibrahima …, que sí tenía dichos permisos, siendo desconocida por la empresa tal circunstancia –según consta en el hecho probado primero de la sentencia recurrida- habiéndose presentado la falsa identidad por el trabajador, a efectos del alta en la Seguridad Social.

Tal y como resulta de la sentencia recurrida, la empresaria no habría contratado al trabajador de haber conocido que no era su verdadera identidad la afirmada, por lo que, dando por buena esa conclusión judicial y atendiendo a que, además el posible error era invencible y que la empresaria intentó informarse de la situación del trabajador que contrataba, prestó su consentimiento viciado por error. Tal como establece el artículo 1265 del Código Civil es nulo el consentimiento prestado por error, exigiendo el artículo 1266 de dicho texto legal, para que el error invalide el consentimiento, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, precisando el segundo apartado del precepto que "el error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo". En el presente caso parece entenderse que el error en la persona del trabajador es relevante, pues recae sobre su capacidad legal para contratar en España, artículo 7c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3 de la LOEX, por lo que invalida el consentimiento prestado por la empleadora y, en consecuencia el contrato, al faltar uno de los requisitos esenciales del mismo, a tenor del artículo 1261 del Código Civil.

2. El hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio del consentimiento, cual es el error de la empresaria respecto a la identidad del trabajador –sustancial en cuanto recae sobre su capacidad legal para celebrar validamente un contrato de trabajo en España- no supone, empero, que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales.

En efecto, la nulidad del contrato no acarrea tal consecuencia, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de trabajo, que ha desplegado determinados efectos, expresamente reconocidos por el legislador. Así, un primer efecto aparece en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores que dispone:" En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido", es decir, que entra en juego la previsión contenida en el artículo 6.3 del Código Civil "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", habiendo establecido ese "efecto distinto" el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores. Obedece tal previsión a evitar el enriquecimiento injusto del empresario, que se produciría si no estuviese obligado a retribuir al trabajador por los servicios que este le ha prestado y que, lógicamente, han generado un beneficio al empleador, al hacer suyos los frutos del trabajo.

Un segundo efecto que produce el contrato nulo cuando ha habido efectiva prestación de servicios durante un determinado periodo de tiempo, es el nacimiento de la obligación de cotizar durante todo el tiempo de prestación de dichos servicios, tal como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998. La previsión contenida en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden

social, no incide en la obligación de cotización empresarial, pues se limita a incrementar la sanción a imponer a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo –falta calificada como muy grave en el artículo 54.l d) de la LOEX-, disponiendo que el importe de la multa establecida en la LOEX se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo hasta el último día en que se constate dicha prestación.

El tercer efecto que se produce es que el trabajador goza de la protección de la Seguridad Social por contingencias profesionales, tal como resulta del juego conjunto de los artículos 7.1 y 3 de la LGSS, 14, 36. 3 y 57.5 d) de la LOEX, artículo 42 del R.D. 84/96 de 26 de enero y artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, a la luz de la interpretación dada por la jurisprudencia, tal como se ha consignado en el fundamento jurídico tercero.

3. No hay que olvidar, por otra parte, que la nulidad que predicamos del contrato por vicio del consentimiento, no es esencialmente distinta de la situación del extranjero, que carece de la correspondiente autorización, y presta servicios en España, pues lo que dispone el artículo 36.3 de la LOEX es que "la carencia de la correspondiente autorización … no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle", es decir, no mantiene la plena validez del contrato sino los derechos del trabajador y las prestaciones que pudieran corresponderle –retribución, cotización a la seguridad social y protección por contingencias profesionales-. En ambos supuestos ha habido una efectiva prestación de servicios de la que derivan determinadas obligaciones, unas comunes, como la prevista en el artículo 9.3 del Estatuto y otras propias de cada situación, a tenor del artículo 36.3 de la LOEX que examinaremos a continuación.

4. Como ya hemos adelantado, la similitud entre ambas situaciones no es total, pues no podemos olvidar que en el supuesto examinado el empleador que podría entenderse, es totalmente ajeno a la situación irregular en la que se encuentra el trabajador, carecía de autorización para trabajar –habiendo sido inducido a error por el propio trabajador-, por lo que aunque pudiera exonerarse de determinadas responsabilidades –en este supuesto las derivadas de la contratación y del accidente "in itinere" sufrido por el trabajador- no queda liberado de las posibles responsabilidades sancionatorias e indemnizatorias si el accidente de trabajo ha derivado de infracción empresarial de medidas de seguridad.

A este respecto hay que señalar que el artículo 36.3 de la LOEX distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado "responsabilidades a que de lugar , incluidas aquellas en materia de Seguridad Social", por otro "las prestaciones que pudieran corresponderle". Las responsabilidades, incluidas las de Seguridad Social, se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales, por ejemplo falta de autorización para trabajar, conocida por el empresario, o infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales… que determinan que el empresario sea responsable de las prestaciones, que en su caso correspondan, del recargo de las mismas, de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera proceder….

La obtención de las prestaciones que puedan corresponder al trabajador extranjero sin autorización para trabajar, es independiente del incumplimiento empresarial, es decir, que el trabajador puede tener derecho a prestaciones de seguridad social, aunque no haya habido ningún incumplimiento del empresario y aunque éste ignorase que el trabajador carecía de la correspondiente autorización. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta, tal como ha quedado anteriormente razonado.

El incumplimiento del empleador genera su responsabilidad en orden a las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador, en tanto que, por el contrario, la contratación de un trabajador extranjero sin autorización, desconociendo este extremo el empresario debido a la propia conducta del trabajador que le facilitó una falsa identidad, ninguna responsabilidad genera en el empresario, pero no incide en las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderle máxime si, como acontece en el presente caso, el accidente (in itinere) no tuvo su causa en ningún incumplimiento del empleador en materia de salud, prevención de riesgos o ausencia de medidas de seguridad, y todo ello sin perjuicio de la pertinente responsabilidad, de índole administrativa o penal, que pueda exigirse al trabajador – en el supuesto examinado se iniciaron diligencias previas núm. 2648/05 en el Juzgado de Instrucción número 1 de Jaén por supuesto delito de usurpación de estado civil y procedimiento abreviado núm. 402/06-.

QUINTO.- Sentada la ausencia de responsabilidad de la empresaria y el derecho del trabajador al percibo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido, el abono de las mismas ha de ser imputado a la Entidad Gestora o colaboradora, aseguradora de las contingencias profesionales, en esta caso a la Mutua Universal, en virtud de lo establecido en los artículos 124.4, 125.3 y 126 de la L.G.S.S., debiendo añadirse a mayor abundamiento que se habían realizado las correspondientes cotizaciones.

SEXTO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado.".

57/09

004

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/01/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Fernando de Castro Fernández

Síntesis

INVALIDEZ PERMANENTE. REVISIÓN DE LA BASE REGULADORA FIJADA EN SENTENCIA FIRME CON MOTIVO DEL CAMBIO JURISPRUDENCIAL. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL «PARÉNTESIS» a los trabajadores en situación de Incapacidad Permanente. Se estima. LA COSA JUZGADA NO CONSTITUYE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE PARA EXCEPCIONAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. Limitación de los efectos económicos.
La sentencia contiene varios votos particulares.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- El sustrato fáctico de las presentes actuaciones puede resumirse en los siguientes datos: a) el demandante fue declarado en situación IPT por sentencia de 01/07/99, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Bizcaia [autos 304/99], en cuya parte dispositiva se acordó que el cálculo de la base reguladora «debe aplicarse tomando 96 meses inmediatamente anteriores a Diciembre de 1998», fecha del hecho causante; b) en 29/06/00 el pensionista solicita la revisión de la base reguladora que le fue denegada –finalmente– por STSJ País Vasco 23/10/01, que estima concurrente la excepción de cosa juzgada; c) En 23/09/05 fue declarado en situación de IPA; d) Por escrito de 28/05/07 insta nuevamente la revisión de la base reguladora, que no es aceptada en vía administrativa, por la sentencia que con fecha 04/06/08 pronuncia el Juzgado de nº Tres de Cáceres/Plasencia [autos 297/07], que reitera el acogimiento de la excepción citada y por la STSJ Extremadura 27/11/08 [rec. 418/08], que desestima el recurso, por atribuir eficacia trascendente al hecho de que el actor no hubiese recurrido en casación para la unificación de doctrina la STSJ País Vasco 23/10/01.

2.- En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, la representación del actor denuncia la infracción de los arts. 14 y 24 CE, en relación con la STS 07/02/00 [–rcud 109/99–], relativa a la interpretación del art. 140 LGSS en su aplicación a las situaciones de IPV, y señala como contradictoria la STSJ País Vasco 10/06/08 [rec. 945/08]. Decisión referencial que cumple las exigencias de contradicción [pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales] que impone el art. 217 LPL [recientes, SSTS 01/07/09 –rcud 2573/08–; 09/07/09 –rcud 1814/08–; 14/07/09 –rcud 3521/07–; 15/07/09 –rcud 3191/08–; y 15/07/09 –rcud 3824/08–], siendo así que contempla un supuesto prácticamente igual al de autos: declaración de IPA en 1999 con determinada base reguladora; impugnación judicial de la misma, con desestimación en instancia y en Suplicación [07/09/99]; solicitud de revisión de la base en 05/07/00, rechazada en vía administrativa y tras demanda [autos 41/01], también por el Juzgado de lo Social [26/01/01] y por la STSJ País Vasco [30/11/01]; declaración de Gran Invalidez [29/01/02], con la misma base reguladora; nueva solicitud en vía administrativa de que la citada base le fuese revisada [22/12/06], con respuesta denegatoria en trámite administrativo y por sentencia del Juzgado de lo Social [9/01/08], por apreciar –también– cosa juzgada; y, finalmente, la STSJ País Vasco 10/06/08 [rec. 945/08], en aplicación de la doctrina sentada por STC 23/10/2006, estima la demanda y fija la base reguladora conforme a los criterios de la precitada STS 07/02/00.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones ha tenido ya respuesta –efectivamente– en sede constitucional [referida STC 307/2006, de 23/Octubre] y también en dos *obiter dicta* efectuados por esta Sala [SSTS 19/02/08 –rcud 513/07–; y 30/06/09 –rcud 3486/08–]. Y a tal criterio hemos de estar a la fecha presente, siguiendo la doctrina que en interpretación de los derechos fundamentales [principio de igualdad] ha llevado a cabo el intérprete máximo de la Constitución, que examina precisamente el mismo supuesto de autos, la revisión de la base reguladora de la IP fijada por sentencia para beneficiario que se hallaba en situación de IPV y al que originariamente se le calculó la base reguladora de la prestación cubriendo sus vacíos de cotización con las bases mínimas correspondientes al tiempo no cotizado [aplicando el mandato del art. 140 LGSS].

2.- Para la más comprensible explicación de la cuestión debatida ha de indicarse que desde la STS 18/09/91 [rcud 1372/90] se ha entendido por la Sala que los períodos de ILT sin obligación de cotizar e IPV debían ser computados con las bases mínimas de cotización del RGSS; y ello porque en estricta interpretación del art. 70.4 LGSS/74 [«la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad laboral transitoria»] «no existen términos hábiles para imputar la referida obligación a un tercero, que no puede ser el INSS, que está al margen de toda previsión legal sobre la materia, ni al Instituto Nacional de Empleo, en los supuestos de incapacidad temporal iniciados antes del cese en el trabajo o una vez agotadas las prestaciones de desempleo» (doctrina seguida por las SSTS 27/12/91 –rcud 1357/90–; 27/01/92 –rcud 590/91–; 09/12/92 –rcud 1833/91–; 02/02/93 –rcud 509/92–; 03/12/93 –rcud 1897/91–; y 21/01/94 –rcud 223/92–).

Pero posteriormente, a partir de la STS 07/02/00 [rcud 109/99], dictada por el Pleno de la Sala, se ha excluido la aplicación de ese período mediante la doctrina del «paréntesis» [siguiendo el mismo criterio, SSTS 02/07/01 –rcud 4557/00–; 21/07/01 –rcud 4419/00–; 18/09/01 –rcud 257/01–; 04/10/01 –rcud 4336/00–; 29/10/01 –rcud 467/01–; 19/11/01 –rcud 4696/00–; y 30/05/02 –rcud 3568/01–], habiéndose extendido la técnica a supuestos de paro o desempleo involuntario cuando no existe cotización a cargo del INEM [SSTS 01/10/01 –rcud 250/01–; 04/10/01 –rcud 4336/00–; 16/10/01 –rcud 4806/00–; 25/10/01 –rcud 4351/00–; 12/11/01 –rcud 4947/00–; 14/12/01 –rcud 796/01–; 19/12/01 –rcud 251/01–; y 31/01/02 –rcud 2075/01–; y la ya citada de 01/10/02 –rcud 3666/01–). Línea doctrinal basada en el hecho de que como durante la IPV no hay obligación de cotizar y esa situación podía durar cuatro años y seis meses, se considera que la regla del art. 140.1 LGSS [«la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante»] no puede interpretarse en sentido restrictivo, pues la Ley 26/1985 –de la que deriva el actual artículo 140.1 LGSS– tiene por objeto mejorar la eficacia protectora del Sistema a través del reforzamiento del carácter profesional y contributivo de las pensiones y, por tanto, no podía haber remitido el cálculo de la pensión a un amplio período de tiempo en el que –por mandato legal– no existe obligación de cotizar.

TERCERO.- 1.- Pues bien, tanto en el supuesto de la sentencia recurrida, como en la de contraste y en la que motivó el recurso de amparo que dio lugar a la STC 307/2006, la base reguladora de la prestación de IP había sido fijada en aplicación de la inicial doctrina de este Tribunal y de la estricta aplicación del art. 3 Ley 26/1985 [origen, repetimos, del actual art. 140 LGSS]. Y posteriormente –en dos ocasiones– se rechazó la revisión de la misma, tanto por el INSS como por los órganos judiciales, aduciendo la cualidad de cosa juzgada material con que estaba blindada aquella base reguladora, pese a que en la última ocasión –cuando menos– ya se había argumentado el cambio jurisprudencial operado con la STS 07/02/00; razón ésta justificativa de que accedamos –como se ha adelantado– a la rectificación de la citada base reguladora, conforme al planteamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en la meritada sentencia 307/2006.

2.- En su decisión, el Alto Tribunal recuerda –FJ 4– su habitual doctrina respecto de que «el art. 14 CE, que dispone que "los españoles son iguales ante la Ley", establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas... y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados [STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2]». Y que «el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas [STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10] y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3]». Y que en el concreto caso que se sometía a su conocimiento, el hecho de que el INSS aplicase la nueva doctrina jurisprudencial a las prestaciones reconocidas en vía administrativa y la negase en los casos en que la base reguladora hubiese sido de pronunciamiento judicial firme, habiendo llegado el Tribunal Constitucional a la conclusión –FJ 5– de que «en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional. Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE».

3.- La aplicación de tal doctrina constitucional al caso de autos no puede objetarse por el hecho de que en el caso enjuiciado –a diferencia del examinado por el Tribunal Constitucional– el trabajador no hubiese formalizado recurso de casación para la unificación de doctrina. Por dos razones: a) porque hubiera resultado prácticamente imposible encontrar una sentencia de contradicción, habida cuenta de que la doctrina era a la fecha inconteste respecto de que la seguridad jurídica que está en la base de la cosa juzgada material se imponía a cualquier otra consideración sobre el error de hecho o derecho en la determinación de la

base reguladora; y b) porque esa misma doctrina hubiese llevado a la desestimación del recurso por falta de contenido casacional. Consecuencias ambas que son precisamente las que motivaron el Auto del TS que puso fin al trámite del recurso en el caso tratado por el TC.

Baste señalar, a estos efectos, que era doctrina usual de esta Sala afirmar que el éxito de la excepción de cosa juzgada no puede ser enervado mediante la invocación de un supuesto error, que, de existir, sería, sino exclusivo, al menos compartido por el demandante (así, SSTS 19/05/92 –rcud 1471/91–; 09/12/93 –rcud 4228/92–; 27/01/97 –rcud 1687/96–; y 11/10/05 –rcud 1076/04–); o que no se han tenido en cuenta determinadas cotizaciones al fijar su importe (SSTS 21/07/00 –rcud 2884/99–; 07/10/03 –rcud 4044/02–); o más concretamente que la BR se estableció sin aplicar la doctrina del paréntesis (STS 10/05/04 –rcud 3762/03–). Rechazo a la revisión de la base ya fijada que expresa con toda claridad la afirmación –reciente– de que «... el efecto excluyente de la cosa juzgada material "*impide un ulterior proceso cuyo objeto* sea *idéntico* al *del proceso en que aquélla se produjo"* [art. 222.1 LEC], con independencia de aportaciones o vicisitudes jurisprudenciales posteriores. Las razones de seguridad jurídica que sustentan el instituto de la cosa juzgada cierran el paso, sin duda, a la eventualidad de reabrir litigios ya decididos por el hecho de que la jurisprudencia haya establecido una nueva doctrina, o haya matizado doctrina anterior, o incluso haya modificado la tesis acogida en anteriores pronunciamientos» (STS 13/06/08 –rcud 809/07–).

4.- Como tampoco puede objetarse la procedencia del recurso por la falta de denuncia del art. 222 LECiv [por su aplicación indebida, ha de entenderse], tal como alega el INSS en su escrito de impugnación, puesto que: a) tal como indicaba la STC 307/206, «lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley», el art. 14 CE denunciado como infringido; y b) en todo es obvio que la posible vulneración simultánea de varios preceptos no comporta la obligación procesal –para el recurrente en casación– de agotar le enumeración de todos ellos, sino que para que el recurso sea formalmente viable basta con que se denuncie la infracción del que constituye el núcleo del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, que en el presente supuesto es –como claramente precisó el TC– el art. 14 CE.

CUARTO.- 1.- Resta por analizar una última cuestión, que si bien no ha sido expresamente planteada por las partes, de todas formas ha de ser resuelta por la Sala, en tanto que es pronunciamiento obligado de la sentencia. Nos referimos al inicio de los efectos económicos que corresponde a la rectificación de la base reguladora de la IPA, cuestión ésta a la que –como decimos– la recurrente ni tan siquiera alude [se limita a pedir que se abone «la cantidad que como pensión resulte de la aplicación de la base reguladora citada, sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones que hayan podido producirse»], como tampoco hace referencia alguna a ella la EG en su escrito de impugnación.

Pues bien, cuatro son las fechas que inciden en la referida cuestión: a) la del reconocimiento inicial de IP [01/07/99], computando una base reguladora que ahora calificamos de no ajustada a derecho; b) la de la primera solicitud revisoria de la pensión [29/06/00], que es rechazada por entender que concurría la excepción de cosa juzgada; c) la declaración de IPA [23/09/05], que insiste en la misma –e incorrecta– base reguladora; y d) la nueva solicitud revisoria [28/05/07], que concluye –por esta sentencia– con la rectificación interesada.

2.- Sentado ello ha de resaltarse: a) En primer lugar, que la jurisprudencia tradicional ha mantenido el criterio de que las eventuales modificaciones de una pensión por corrección del importe inicialmente fijado con error, retrotraen como máximo sus efectos a los cinco años –plazo de prescripción– previsto en el art. 43.1 LGSS (para la IP, entre las más modernas, SSTS 24/07/03 –rcud 4607/02–; 20/10/03 –rcud 4138/02–; 14/07/04 –rcud 3328/03–; 27/10/05 –rcud 3844/02–; y 17/11/05 –rcud 3661/04–).

b) En segundo término, que la DF Tercera de la Ley 42/2006 [28/Diciembre] prescribió «con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida» la modificación del art. 43 LGSS, añadiéndole un párrafo expresivo de que «Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45». Y

c) En último lugar, no parece dudoso que haya de excluirse en el presente supuesto la existencia de posible «error material, de hecho o aritmético» en la determinación de la base reguladora [lo que excluiría la limitada retroacción de efectos a los tres meses anteriores a la solicitud], siendo así que la posible aplicación de la «doctrina del paréntesis» para la determinación de la base reguladora en casos como el presente [resuelta afirmativamente desde la citada STS 07/02/00 –rcud 109/99–], nos sitúa en el ámbito de la pura interpretación jurídica, no en el de errores materiales al realizar el cálculo de la base reguladora, en tanto que el «error material» es apreciable de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno [para la aclaración de resoluciones judiciales, SSTC –entre las recientes– 121/2006, de 24/Abril, FJ 2; 139/2006, de 8/Mayo, FJ 2; 305/2006, de 23/Octubre, FJ 5; y 357/2006, de 18/Diciembre, FJ 2. Y precisamente en supuesto de revisión de la base correspondiente a una pensión de Jubilación, STS 22/09/09 –rcud 3849/08–].

3.- La exclusión del error nos lleva a aplicar los efectos económicos previstos en la nueva redacción del art. 43 LGSS. Ha de admitirse que en abstracto la cuestión pudiera resultar discutible, al tratarse de una rectificación que se lleva a cabo tras declarar que se ha producido la vulneración del principio de igualdad, y que por lo mismo pudiera sostenerse –sin que ello prejuzgue la corrección de la hipótesis– que procedía la adecuada restitución del derecho a la situación que hubiera correspondido de no haber tenido lugar el quebrantamiento del derecho fundamental [o una indemnización equivalente]. Pero lo cierto es que la parte –como hemos referido antes– ni tan siquiera apunta una solución diversa a la que deriva de la aplicación de la regla ordinaria del citado art. 43 LGSS, de manera que por vía tácita muestra su conformidad a los efectos previstos en el precepto vigente a la fecha de la solicitud revisoria, y por lo mismo no procede que de oficio nos planteemos un extremo –complejo, además– ajeno al debate de instancia, de suplicación y del recurso de casación, habida cuenta de que éste tiene naturaleza extraordinaria y limita la cognición del Tribunal a las infracciones legales que hayan sido alegadas y en la forma en que lo hayan sido, no pudiendo analizar cuestión diferente a las esgrimidas por las partes, a excepción de las materias de orden público y de derecho necesario (recientemente, SSTS 19/02/08 –rco 46/07– y 27/06/08 –rco 107/06–); cualidades éstas que no corresponden al posible señalamiento de una fecha inicial de efectos económicos diferente a la establecida en la legalidad ordinaria y que –cuando menos en este trámite– ha regirse por el principio de justicia rogada [art. 216 LECiv].

4.- Las precedentes consideraciones nos llevan –oído el Ministerio Fiscal– a rectificar la doctrina tradicional de la Sala a que hicimos referencia en el apartado tercero del fundamento anterior y cuya más reciente expresión ha tenido lugar con la arriba citada STS 13/06/08 [–rcud 809/07–] y con la de 30/06/09 [–rcud 3486/08–], y a afirmar 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, reconociendo el derecho del actor a que la base reguladora de su pensión de IPA sea calculada haciendo paréntesis del tiempo –previo al hecho causante de la IPT inicialmente reconocida– en que ha permanecido en situación de IPV [desde el 06/12/93], lo que lleva a la cifra –no cuestionada– de 1066,77 euros/mes, con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes, con retroacción de los efectos iniciales a 28/02/07. Sin que haya lugar a la imposición de costas [art. 233.1 LPL].".

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JORDI AGUSTÍ JULIA, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. FERNANDO SALINAS MOLINA, D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ, Dª MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA, Y Dª ROSA MARIA VIROLES PIÑOL RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 21-01-2010 (Rec.-57/2009) DICTADA EN SALA GENERAL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso número 57/2009 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas :

PRIMERA.- No existe discrepancia en cuanto a los hechos, haciendo mío el resumen de los mismos que se efectúa en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia votada mayoritariamente en Sala General.

Tampoco discrepo por lo que respecta a la estimación del recurso en cuanto, como consecuencia de apreciar la existencia de lesión del derecho fundamental de igualdad, se inaplica el instituto de la "cosa juzgada", y por ende, se le reconoce al trabajador demandante una base reguladora de la pensión que ya venía percibiendo, en cuantía de 1.066,77 euros, con más las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes.

Si, por el contrario, discrepo, profundamente, del pronunciamiento sobre los efectos económicos iniciales, que la sentencia fija en 28 de febrero de 2.007, y cuyo razonamiento al respecto se efectúa en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

SEGUNDA.- En mi opinión, el criterio mayoritario no es acorde : a) con el derecho a la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución –artículo 24.1- proclama y garantiza; y, b) con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la legalidad ordinaria y los derechos fundamentales.

Ciertamente, que con respecto al punto controvertido al que hacíamos referencia, la sentencia se plantea hasta cuatro fechas distintas de inicio de los efectos económicos : a) la del reconocimiento inicial de la Incapacidad Permanente (01-07-99), computando una base reguladora que ahora se califica de no ajustada a derecho; b) la de primera solicitud revisoria de la pensión (29-06-00), que es rechazada por entender que concurría la excepción de cosa juzgada; c) la declaración de Incapacidad Permanente Absoluta (23-09-05), que insiste en la misma –e incorrecta- base reguladora; y, d) la de tres meses de retroactividad a la fecha nueva solicitud revisoria (28-05-07), que concluye por esta sentencia con la rectificación interesada; si bien, al final, elige la menos favorable para el demandante, es decir, la última de las señaladas -que únicamente tiene en cuenta la última revisión solicitada-, sobre la base de aplicar el artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por la Disposición final tercera uno de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

No menos cierto es, que la postura mayoritaria entiende que la cuestión "en abstracto" –como ella misma la califica- pudiera resultar discutible, al tratarse dice, textualmente "de una rectificación que se lleva a cabo tras declarar que se ha producido la vulneración del principio de igualdad, y que por lo mismo pudiera sostenerse –sin que ello prejuzgue la corrección de la tesis- que procede la adecuada restitución del derecho a la situación que hubiera correspondido de no haber tenido lugar el quebrantamiento del derecho fundamental [o una indemnización equivalente]." No obstante el planteamiento de esta hipótesis que comparto plenamente y que en mi opinión, debería convertirse en tesis-, finalmente se da una contestación negativa, en términos de legalidad ordinaria, sobre la base de que la parte demandante no apunta a una solución diversa a la que se deriva de la aplicación de la regla ordinaria del citado artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, y que de oficio no procede el planteamiento de esta cuestión, habida cuenta la naturaleza extraordinaria del recurso de casación que limita la cognición del Tribunal a las infracciones legales que hayan sido alegadas y en la forma en que lo han sido, no pudiendo analizar cuestión diferente a las esgrimidas por las partes, a excepción de las materias de orden público; cualidades éstas que no corresponden –sigue argumentando la postura mayoritaria- al posible señalamiento de una fecha de efectos económicos diferente a la establecida en la legalidad ordinaria y que ha de regirse por el principio de justicia rogada del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERA.- Es precisamente con esta decisión de la postura mayoritaria de resolver la cuestión con parámetros de legalidad ordinaria, y no con el tratamiento que debe darse en el supuesto –como aquí acontece- de la violación de un derecho fundamental, con la que mi discrepancia es absoluta. Como se desprende del artículo 9.1 del Texto Constitucional, la Constitución y el ordenamiento jurídico no constituyen compartimentos estancos, sino que se hallan interrelacionados, armando una estructura inseparable, actuando las normas y principios constitucionales como "normas parámetro", es decir, como contexto hermenéutico necesario y como orientaciones generales para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico. Todo ello comporta que los órganos judiciales vengan obligados a llevar a cabo una "interpretación integradora" de la legalidad ordinaria conforme a la Constitución, pues –como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero- el texto constitucional es el contexto al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales" que, por consiguiente, no pueden limitarse a una interpretación literal o aislada de aquellas normas, sino que deben acomodarlas a la Constitución (STC 24/1990, de 15 de febrero).

Reiteradísima es la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación de la legalidad y derechos fundamentales, y así en la sentencia 48/1991, de 28 de febrero, con cita de las sentencias 34/1983 de 6 de mayo; 15/1985, de 9 de febrero; 7/1985, de 29 de abril y 24/1990, de 15 de febrero, se insiste en que la legalidad debe ser interpretada en el sentido más favorable a los derechos fundamentales, por lo que si el órgano judicial no aplica la normativa legal en ese sentido incurre en lesión del derecho constitucional de que se trate.

La sentencia votada mayoritariamente, al aplicar en sus estrictos términos el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, sin tener en cuenta la vulneración –cuya existencia declara- del principio de igualdad, prescindiendo por tanto de la señalada doctrina constitucional, devalúa –siempre según mi opinión que expreso con el máximo respeto a la postura mayoritaria- el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de nuestra Constitución. En efecto, es difícilmente conciliable con el mandato constitucional a los órganos judiciales de tutelar de forma efectiva al ciudadano, la respuesta que esta Sala da en su sentencia a la reclamación del trabajador demandante. En efecto, adviértase, que el trabajador, desde el año 1998, ha instado una y otra vez primero del órgano administrativo y después de los Tribunales Laborales el reconocimiento de su derecho a percibir la pensión por incapacidad permanente sobre la base reguladora que ahora se le reconoce y, cuando finalmente obtiene satisfacción a su pretensión, los efectos económicos de la misma únicamente se retrotraen tres meses a la fecha de la última solicitud de revisión, o sea con efectos de 28 de febrero de 2007. Escaso resultado –en mi opinión- para tan largo recorrido administrativo y judicial.

CUARTA.- En definitiva, lo que sostengo en el presente voto particular, es que producida la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, la Sala, en aras a la tutela judicial efectiva y en aplicación de la doctrina referenciada del Tribunal Constitucional, pudo –y debió- interpretar el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta dicha lesión del derecho fundamental, y en aplicación analógica del artículo 180 .1 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en línea con lo establecido en dicho precepto, no sólo restituir al trabajador demandante en su derecho a percibir la prestación en la cuantía inicial interesada, con los incrementos y mejoras legales procedentes, sino también otorgar la oportuna tutela resarcitoria, que aquí implica el reconocimiento de los efectos económicos de dicha revisión desde el 29 de junio de 2000, fecha de la primera solicitud de revisión en vía administrativa, a la que el Instituto Nacional de la Seguridad Social dio respuesta negativa, aplicando el instituto de la cosa juzgada y violando el derecho fundamental de igualdad del demandante en la forma que se relata en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia.

No puede resultar obstáculo a este planteamiento, lo que se argumenta por la postura mayoritaria en relación a que, expresamente, no se solicita una determinada fecha de efectos, porque como se razona acertadamente en el apartado primero del fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia –en franca contradicción con dicha argumentación- la cuestión de la fecha de

efectos económicos de la revisión "…si bien no ha sido planteada por las partes, de todas formas ha de ser resuelta por la Sala, en tanto que ello es pronunciamiento obligado de la sentencia". Efectivamente, conviene recordar, que recurrida en amparo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1991 dictada en materia de incapacidad laboral, calificándola de incongruente, por haber entrado a resolver cuestiones no planteadas ni discutidas por las partes, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 172/1994, de 7 de junio, con cita de la 171/1993, desestimó el recurso, negando la existencia de incongruencia, razonando, que "la demanda no es sólo la petición que se deduce sino también su razón o *causa petendi*".

QUINTA.- En mérito a todo lo expuesto, es por lo que procedería fijar como fecha de efectos económicos de la nueva base reguladora de la pensión por incapacidad permanente, que el demandante viene percibiendo, la ya señalada de 29 de junio de 2.000.".

1265/09

005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/01/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

TRABAJADORES FIJOS DISCONTÍNUOS. Cálculo de la base reguladora de una prestación de IPT derivada de enfermedad común. 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. Ratifica tesis de las sentencias de 25 y 29 de junio 2009 (rec. 2530 y 3024/2008), y 21 de septiembre de 2009 (rec. 366/2009).

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 29 de enero de 2010, estimando el recurso de suplicación que había interpuesto la demandante, establece que, a la hora de integrar los períodos en los que no hubo obligación de cotizar, a fin de calcular el importe de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de la trabajadora fija discontinua, los vacíos de cotización subsiguientes al reinicio de las siguientes temporadas, deben integrarse con las bases mínimas de cotización correspondientes a ese nivel de actividad laboral, 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 (Rec. 2620/2001), 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 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, nuestras Sentencias de 25 de junio de 2009 (recurso 2530/2008), 29 de junio de 2009 (recurso 3024/2008), y la de 21 de septiembre de 2009 (recurso 366/2009), 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 las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2009 (recurso 2530/2008), 29 de junio de 2009 (recurso 3024/2008), y de 21 de septiembre de 2009 (recurso 366/2009), todas ellas 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.".

1769/09

006

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 22/01/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

Síntesis

PLUS DE PENOSIDAD POR RUIDO EXCESIVO. Se discute si el PLUS DE INCENTIVOS, previsto para retribuir no sólo la cantidad de trabajo sino también las circunstancias arduas del puesto laboral, comprende en el caso concreto el PLUS DE PENOSIDAD. EL EMPRESARIO NO ACREDITA el desglose del PLUS DE INCENTIVOS.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- La cuestión planteada estriba en determinar si la retribución que percibe el actor por el trabajo penoso, como lo es la exposición al ruido, se encuentra ya incluido en el salario ya percibido, o si por el contrario se le debe retribuir en partida aparte. De acuerdo con los hechos declarados probados en la instancia y mantenidos por la Sala de suplicación, el trabajador recurrente presta sus servicios en un puesto de trabajo en el que con carácter habitual y continuado, y en todo caso durante todo el período objeto de reclamación, soporta un nivel medio diario de ruido que sobrepasa los 80 Db., siendo inferior el indicado nivel si se utilizan protectores auditivos. La sentencia de instancia deniega la pretensión del actor porque, aún concurriendo los presupuestos para devengarse el complemento por trabajos tóxicos, peligrosos o penosos, entiende que el Convenio aplicable (construcción y obras públicas de la provincia de Guadalajara, art. 37 del texto publicado en el BOP 25-11-00 vigente hasta el 31-12-06 y art. 44 del texto publicado en el BOP de 12-10-07 vigente a partir del 1-1-07, con idéntica redacción en ambos casos), ampara la no retribución por tal concepto si la misma puede entenderse comprendida en el salario ya percibido, concluyendo que tal retribución ya se produce por el concepto de "incentivos", que como señala la mentada sentencia, retribuye tanto la cantidad de trabajo como "las circunstancias arduas" del puesto laboral.

La sentencia recurrida, revoca la de instancia al considerar que, "de la sentencia recurrida no se deriva en modo alguno, por defecto de la actividad probatoria, qué parte de los incentivos retribuya la cantidad de trabajo, y en qué condiciones, y qué parte retribuye el trabajo penoso, correspondiendo tal carga probatoria a la empresa que ha decidido el establecimiento de los tan citados incentivos, y que por la diligencia exigible a un ordenado administrador y empleador asume, entre otras, la responsabilidad de mantener una estructura salarial clara que no genere confusiones y en definitiva perjuicios para sus

trabajadores". Por ello entiende que no se cumple el presupuesto del articulado del convenio colectivo aplicable, ya que no consta si lo que abona la empresa demandada "por trabajos arduos, alcanza o no el incremento previsto en el pacto colectivo (20% del salario base), lo cual constituye el presupuesto ineludible para considerar plenamente consumido el incremento en cuestión".

Señala el recurrente como sentencia de contraste, la de fecha 22 de enero de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que en supuesto con identidad sustancial al presente llegó a solución contraria, por lo que se ha de examinar el cumplimiento de las exigencias de los arts. 217 y 222 de la Ley procesal.

Dicha sentencia, mantiene que "al haberse declarado probado en autos que percibe en nómina un determinado importe con el que se retribuye tanto la cantidad de trabajo como las circunstancias arduas de su puesto laboral (hecho probado 13º), sin que sean de recibo las alegaciones del recurrente, en absoluto justificadas, sobre todo si se tiene en cuenta que para considerar que se trataba únicamente de incentivos por el trabajo realizado, con exclusión de las circunstancias arduas del puesto de trabajo, habría de haberse acreditado que la cantidad percibida mensualmente varía en función de los objetivos cumplidos o por un rendimiento determinado (como sucede con los incentivos propiamente dichos), lo que no se ha efectuado en el caso de autos, con lo que cabría la compensación y absorción, dado que no aparece que las partidas salariales a compensar sean heterogéneas, como pretende la parte recurrente".

SEGUNDO.- Cita la recurrente en el capítulo de la infracción jurídica los artículos 26.5 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 37.2 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de la provincia de Guadalajara para los años 2002 y 2006. Se trata de aplicar el art. 37 del Convenio colectivo que, en lo que aquí interesa, dice así: "Trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos. 1. A los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberá abonárseles un incremento del 20% sobre su salario base. Si estas funciones se efectuaran durante la mitad de la jornada o en menos tiempo, el plus será del 10%. 2. Las cantidades iguales o superiores al plus fijado en el artículo que estén establecidas o se establezcan por las empresas, serán respetadas siempre que hayan sido concedidas por los conceptos de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad, en cuyo caso no será exigible el abono de los incrementos fijados en este artículo. Tampoco vendrán obligadas a satisfacer los citados aumentos, aquellas empresas que los tengan incluidos, en igual o superior cuantía, en el salario de calificación del puesto de trabajo".

Como se ha indicado, la sentencia recurrida concluye razonadamente que de la prueba practicada, en relación con la estructura del salario percibido por el actor, no ha quedado acreditado si la partida correspondiente a la compensación por el trabajo penoso alcanza o no el incremento previsto en el texto pactado en el convenio, (20% del salario base), y ello por desconocerse qué parte de los incentivos salariales corresponden a la cantidad de trabajo y sus condiciones y qué parte retribuye específicamente el trabajo penoso, y es claro que la carga probatoria del pago correspondía al pagador, es decir, al empresario. En otras palabras, si no se discute que el actor tenga derecho a devengar el plus de penosidad de referencia, es carga del empresario acreditar que se lo ha abonado, y no se acredita con la simple invocación de que se le abona en el capítulo de incentivos, sino que es preciso diferenciar en nómina lo que se percibe por cada concepto de los que se integran en el genérico de incentivos, y por tanto, lo que percibió por el concreto plus de penosidad, pues siguiendo la pauta interpretativa de los contratos plasmada en el art. 1288, la oscuridad introducida por el empresario en la nómina no puede favorecer a éste.".

1245/09

007

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 25/01/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

JUBILACIÓN PARCIAL . CESE DE TRTABAJADOR RELEVISTA. SUSBROGACIÓN. Cese de trabajador relevista en empresa en que sigue prestando servicios el jubilado parcial por haber sido subrogado aquél por una tercera empresa asume derechos y obligaciones de la anterior.- La empresa originaria no contrató a otro relevista.- Devolución acordada por INSS contra empresa del importe pensión jubilación correspondiente al tiempo de ausencia de relevista: improcedencia. Ajuste a lo prevenido en Disposición Adicional 2ª RD 1131/2002.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, -- en interpretación la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002, regulador de la jubilación parcial y de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial --, en el supuesto de cese del trabajador relevista en la empresa en la sigue prestando sus servicios el jubilado parcial, por haber sido traspasado aquél a una tercera empresa que se subroga en los derechos y obligaciones de la anterior, y tras tal cese no contratar la empresa originaria a otro trabajador relevista, puede o no el INSS acordar la devolución contra la empresa originaria del importe de la pensión jubilación correspondiente al tiempo de ausencia de relevista, y durante el que no se cotizó por él.

2.- La sentencia recurrida, -- dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 29-diciembre-2008 (rollo 2893/2008), revocatoria de la de instancia, dictada por el JS/Madrid nº 10 en fecha 29-febrero-2008 (autos 1111/2007) --., en un supuesto en el que la empresa no había procedido a contratar a otro trabajador relevista cuando el inicialmente contratado en el momento de la jubilación parcial, pasó a formar parte de otra empresa distinta a causa de la transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes en el que venía trabajando, entiende que existe responsabilidad empresarial por no haber efectuado la referida contratación al menos durante el tiempo que mediase hasta que el trabajador sustituido alcanzase la edad que le permitiera acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. Se argumenta en la sentencia recurrida, en esencia, que, en otro caso, se mantendría el derecho a la jubilación parcial de que ya disfrutaba el trabajador, sin obligación alguna de la empresa de emplear a un relevista, lo que es contrario al espíritu y finalidad de la norma, puesto que la contratación del relevista, busca fomentar el empleo y que no se produzca reducción alguna del nivel de empleo ni de ocupación en la empresa y este fin solo se cumple si se mantiene al menos el empleo completo del jubilado parcialmente.

3.- La sentencia que invoca como de contraste la empresa recurrente, -- dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ/Madrid en fecha 29-diciembre-2006 (rollo 3547/2006) --, en un supuesto de hecho análogo relativo a la misma empresa, llega a la solución contraria, razonando que "*se han cumplido los objetivos de fomento del empleo que marca la norma, y que en modo alguno puede apreciarse indicio de fraude porque el relevista sigue desempeñando el mismo trabajo pero por imperativo legal, al existir una transmisión de la línea de transporte, ha sido transferido a la nueva concesionaria, pero mantiene el mismo puesto de trabajo, y además por el mismo contrato que suscribió con TRAPSA el día …, con las mismas funciones, idéntica categoría y salario y demás condiciones laborales*".

4.- Concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias necesario para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 LPL), como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, pues ante el mismo hecho de que el jubilado parcial permanezca en una empresa y el trabajador relevista pase a otra distinta, mientras que la sentencia recurrida entiende que es necesaria la contratación de un nuevo relevista, la sentencia de contraste razona que no puede entenderse que haya habido infracción del espíritu de la normativa aplicable, puesto que los objetivos de fomento de empleo fueron alcanzados y al mantener la nueva empresa el mismo puesto de trabajo con el mismo contrato y condiciones, no existe fraude alguno.

5.- Como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 3.1 y 6.4 del Código Civil, 12.6 y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, 10 y disposiciones adicionales 1ª y 2ª del Real Decreto 1131/2002) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido sobre dicho concreto extremo.

SEGUNDO.- 1.- La invocada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002 contiene, en lo que interesa a la solución del caso, la siguiente regulación: "*1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración*

determinada … 3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.- En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese … 4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

2.- La jurisprudencia unificadora, -- en especial en STS/IV 9-julio-2009 (rcud 3032/2008), en la que se entiende procedente la responsabilidad empresarial al abono a la entidad gestora del importe proporcional de la prestación de jubilación parcial por retraso en el cumplimiento de su deber de contratar a un relevista sustituto, en caso de cese por excedencia voluntaria del trabajador relevista anterior --, ya ha tenido ocasión de interpretar la citada Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002. Así, ha entendido que: a) el apartado 1 de dicha disposición adicional 2ª establece un deber del empresario de sustitución del trabajador relevista que hubiera cesado en el trabajo por otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo o en situación de trabajador temporal de la misma empresa; b) el apartado 3 detalla el alcance del deber anterior mediante especificaciones por un lado de la modalidad contractual de la nueva contratación, que ha de ser también un contrato de relevo, y por otro lado del plazo para llevarla a cabo, que no puede exceder de quince días; y c) el apartado 4 determina la consecuencia desfavorable del "*incumplimiento*" de las "*obligaciones establecidas*" a cargo del empresario en los apartados anteriores, que es el abono a la entidad gestora del importe de la pensión por un período de tiempo delimitado por dos fechas precisas: la del "*momento de la extinción del contrato*" y la del acceso a la "*jubilación ordinaria o anticipada*" por cese en el empleo a tiempo parcial del jubilado parcial.

3.- Por su parte, precisa la STS/IV 8-julio-2009 (rcud 3147/2008) que "*el citado apartado 4, calificado por las Sentencias de anterior cita como ´de evidente contenido sancionador y antifraude´ constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste*".

4.- Ha destacado la jurisprudencia que los preceptos transcritos de la disposición adicional 2ª plantean numerosos problemas interpretativos, que han de ser resueltos con ayuda de diversos instrumentos hermenéuticos; y a alguno de estos problemas interpretativos, distinto del que ahora nos ocupa, ha dado ya respuesta la doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo en sus SSTS/IV 29-mayo-2008 (rcud 1900/2007), 23-junio-2008 (rcud 2930/2007), 23-junio-2008 (rcud 2335/2007), 16-septiembre-2008 (rcud 3719/2007) y 19-septiembre-2008 (rcud 3804/2007), referidas todas ellas a determinar si es exigible o no la responsabilidad empresarial prevista en la citada disposición adicional en supuestos de extinción de los contratos conexos a tiempo parcial, el del jubilado y el del relevista, como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo, llegando a la solución de inexistencia de responsabilidad empresarial dado que "*al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente tampoco existe obligación de contratar trabajador relevista, como se deduce a 'sensu contrario' de lo dispuesto en el número 2, en donde si se mantiene la obligación de contratar solo cuando el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación y no se procediera a su readmisión, ya que la extinción de la relación laboral de este trabajador fue autorizada en el correspondiente expediente de regulación de empleo y no constituye por tanto despido improcedente, sino una figura próxima al despido procedente*".

5.- Existe, asimismo, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la interpretación del término "*cese*" referido al trabajo a los efectos de la referida disposición adicional, como sintetiza la citada STS/IV 9-julio-2009, entendiéndose que "*no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa. La opción por una interpretación extensiva, que comprenda estos supuestos de cese temporal, o por una interpretación estricta, que limite el alcance de la expresión al cese definitivo, dependerá normalmente de la finalidad de la disposición en la que el término aparezca*"; añadiéndose que "*en el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término ´cese´, que incluya los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista*". Se concluye, destacando la finalidad de esta singular figura y las consecuencias de su aplicabilidad al concreto supuesto enjuiciado, que "*la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional*".

TERCERO.- 1.- Del análisis de la doctrina jurisprudencial expuesta se deduce que una de las finalidades de la normativa de jubilación parcial y contrato de relevo es la del mantenimiento del empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial, que, por ello, cuando se produce el "*cese*", en una amplia interpretación de tal concepto, del trabajador relevista no se cumple con aquella finalidad normativa de mantenimiento de empleo de no contratarse por la empresa a un nuevo trabajador relevista, en el plazo reglamentariamente fijado, y que el incumplimiento del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista justifica la responsabilidad empresarial prevista a favor de la Entidad Gestora, partiendo de que dicha norma (nº 4 Disposición Adicional 2ª RD 1131/2002) al tiempo que determina la responsabilidad civil derivada de tal incumplimiento, tiene un evidente contenido sancionador y antifraude.

2.- La norma analizada, por otra parte, a diferencia de otras modalidades de fomento de creación de empleo previstas legalmente, -- como las reguladas en la ahora vigente Disposición adicional 10ª ET, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en la que se dispone que dicha medida "*deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo*", que ha sido objeto de interpretación en dos SSTS/IV 22-diciembre-2008 (rcud 3460/2006 y 856/2007) dictadas en Sala General --, no se ha articulado de una manera genérica que luego pueda ser objeto de concreción para cumplir con unos "*objetivos coherentes con la política de empleo*". Por el contrario, la normativa sobre jubilación parcial configura sus objetivos, en cuanto a creación de empleo se refieren, de una mera mucho más limitada, circunscribiéndolos, en principio, al ámbito de la concreta empresa en la que el trabajador jubilado parcial presta sus servicios e interrelacionando de forma directa el concreto contenido del contrato de éste y sus vicisitudes con las de la contratación del trabajador relevista; pretendiéndose que, como mínimo, el tiempo de trabajo que deja libre el jubilado parcial se cubra por el relevista para que no se pierda nivel de empleo en la concreta empresa, y estableciéndose en base a dicha interrelación los mecanismos de control de la regularidad de dichas figuras contractuales a los efectos laborales y de seguridad social.

3.- La singularidad del supuesto ahora enjuiciado consiste en que, por transmisión parcial de la concesión del servicio de transportes por parte de la empresa de transporte de viajeros demandada de una de sus diversas líneas de transporte, en concreto aquella en la que prestaba servicios el relevista, éste pasó a integrarse por subrogación en la nueva empresa a la que se cedió parte de la actividad empresarial, calificada de sucesión empresarial en la sentencia recurrida, manteniéndose en la plantilla de la empresa originaria el jubilado parcial y sin que por esta última empresa se contratara a ningún otro posible trabajador relevista en sustitución del trabajador subrogado por la tercera empresa. Ante tal singular realidad, cabe interpretar que:

a) El originario trabajador relevista ha consolidado su empleo en la nueva empresa, por lo que efectivamente se ha generado empleo y el puesto de trabajo creado se mantenía en la fecha de los hechos enjuiciados;

b) Dado que la trasmisión de las concesiones de transporte comporta la de los medios materiales adscritos a la misma y debe estarse a la normativa laboral de subrogación de las relaciones de los trabajadores de la anterior (arg. ex art. 75.4 Ley 16/1987 de 30-julio, de Ordenación de los Transportes terrestres, y art. 94.4 Real Decreto 1211/1990 de 28-septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres), lo que no se cuestiona en este litigio, la nueva empresa se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones respecto al trabajador relevista subrogado tras la transmisión de la concreta concesión de línea de trasporte por la empresa originaria, y la subrogación se produce en las mismas condiciones y presupuestos que el trabajador relevista tenía en este extremo contractual en la empresa originaria e incluso en las obligaciones de Seguridad Social del empresario anterior (arg. ex art. 44 ET redactado por Ley 12/2001 de 9-julio);

c) Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve.

d) Por último, no cabe entender que exista una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justifique la aplicación de la norma ex nº 4 de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002 que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, "*tiene un evidente contenido sancionador y antifraude*".

4.- La aplicación de la doctrina y razonamientos expuestos al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, comporta entender que la doctrina jurídicamente correcta es la mantenida en la sentencia de contraste, por lo que procede casar y anular la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación desestimar el de igual clase interpuesto por el INSS y la TGSS y confirmar la sentencia de instancia estimatoria de la demanda presentada por al empresa ahora recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir y sin imposición de costas (arts. 226.2 y 233.1 LPL).".

008

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 08/02/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López

Síntesis

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DESPIDO. EL "DIES A QUO" PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: Es el del cese real y efectivo de la prestación de servicios en la empresa (un Ayuntamiento), y no aquel otro en el que finaliza el devengo teórico de las vacaciones que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido. La presentación de la RECLAMACIÓN PREVIA suspende el plazo de caducidad hasta que se notifica la resolución denegatoria o hasta que transcurre un mes desde su presentación. EL MES DE AGOSTO ES HÁBIL A TALES EFECTOS, NO ASÍ LOS SÁBADOS, DOMINGOS Y FESTIVOS.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1. La cuestión principal que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si los días que transcurren desde que se notifica la extinción del contrato, que en este caso coincide con el cese en la actividad, hasta la fecha en que se interpone la reclamación previa administrativa han de tenerse en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad de veinte días hábiles de la acción de despido.

2. La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera el 25 de diciembre de 2007 (autos nº 725/07) declara la improcedencia del despido, tras rechazar la caducidad de la acción aducida en juicio por la entidad demandada con el siguiente argumento literal: "*La fecha inicial del cómputo a efectos de la caducidad de la acción que nos ocupa no cabe entenderla desde el 22 de junio de 2007 (fecha en que el demandante dejó efectivamente de desarrollar funciones laborales para la fundación demandada) sino computable a partir del 6 de julio de 2007, momento éste en que el demandante fue nuevamente dado de baja en la Seguridad Social tras finalizar el período de vacaciones retribuidas no disfrutadas … y desde entonces no cabe entender transcurriera en exceso el plazo de ejercicio de la acción de despido que nos ocupa"*.Este razonamiento tiene su sustento fáctico en el tercer párrafo del ordinal tercero de la declaración de hechos probados, inmodificado en suplicación, conforme al cual*: "Se remitió preaviso al demandante de finalización de su contrato, así tras la finalización de la jornada laboral del día 22 de junio de 2007, siendo dicho día dado de baja en la Seguridad Social, y siendo dado de alta al día siguiente 23 de junio de 2007 y estando en tal situación hasta el 6 de julio de 2007 bajo régimen de ``vacaciones retribuidas no disfrutadas´´"*.

3. Recurrida en suplicación la anterior sentencia por ambas partes (la empresa insistiendo en la caducidad y postulando el trabajador una mayor antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización), la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la suya de fecha 18 de diciembre de 2008 (R. 610/08), tras rectificar o, mejor, completar la declaración fáctica para añadir que el actor presentó su reclamación previa el día 13 de julio de 2007 (dato éste que no constaba en el relato de instancia), desestimó los dos recursos y confirmó el fallo del Jugado de lo Social, que, según vimos, había declarado la improcedencia del despido y había condenado a la Fundación Municipal de Juventud, Cultura y Deporte del Ayuntamiento de Rota (Cádiz) en los términos legales.

Para rechazar la alegación de caducidad aducida nuevamente en su recurso de suplicación por la entidad condenada, el Tribunal de Sevilla sostiene –literalmente-- que el art. 69.3 de la Ley de Procedimiento Laboral "*ha sido interpretada por la jurisprudencia, sentada entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2004, en el sentido de la concesión de 20 días tras la resolución de la reclamación previa para interponer la demanda, sin reflejar los que se habían agotado al interponer la reclamación previa. En el caso de autos* [se añade] *la reclamación previa se interpuso el 13 de julio de 2007, por lo que debió entenderse desestimada por silencio, de acuerdo con el artículo 69.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el plazo de un mes, es decir, el 13 de agosto de 2007. Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta* [concluye], *los 20 días para interponer la demanda, desde esta fecha transcurrieron el 11 de septiembre de 2007, por lo que el 3 de septiembre que la presentó la parte actora, no había caducado la acción de despido*".

Es evidente, pues, que lo que hace la sentencia impugnada es despreciar los días transcurridos entre la fecha de la extinción contractual (que coincide, como literalmente reconoce, con auténtico valor fáctico, la sentencia de instancia con la "*fecha en que el demandante dejó efectivamente de desarrollar funciones laborales para la fundación demandada*": fundamento jurídico 2º) y la fecha de la reclamación previa, computando así los 20 días de caducidad, exclusivamente, a partir del día en el que, por silencio administrativo, se rechazó la vía previa. Y como la reclamación previa hay que entenderla desestimada al mes de su interposición, esto es, el 13 de agosto de 2007, y la demanda se presentó ante el Juzgado el 3 de septiembre de ese mismo año, y entre ambas

fechas, descontados sábados, domingos y festivos, obviamente, no se superó el plazo de caducidad, según dijimos, rechaza el recurso empresarial y confirma el pronunciamiento de instancia.

4. Frente a la precitada sentencia de la Sala andaluza se alza ahora en casación unificadora la parte demandada, sin que el actor haya comparecido en esta sede, aduciendo implícitamente la vulneración del art. 69.3 de la LPL y ofreciendo como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 22 de septiembre de 2006 (R. 27/05). En ella, según se deduce de los hechos que se declaran probados, se analiza un caso en el que un ayuntamiento notificó al demandante, en fecha 28 de octubre de 2003, la extinción de su contrato de trabajo, y el día 18 del siguiente mes de noviembre éste presentó la reclamación previa, habiendo transcurrido entre ambas fechas 16 días hábiles. El 18 de diciembre se desestimó la reclamación administrativa y ese mismo día se le notifico al trabajador dicha resolución, interponiéndose la demanda el 16 de enero del siguiente año 2004, por lo que habían transcurrido 21 días hábiles entre el 18 de diciembre de 2003 y el 16 de enero de 2004: la sentencia de instancia declaró caducada la acción de despido.

La Sala de suplicación estimó el recurso de tal clase interpuesto por la parte actora y, dejando sin efecto la declaración de caducidad, acordó devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que resolviera sobre el fondo porque, según razona, "*declarado en la sentencia [de instancia] que han transcurrido veintiún días hábiles entre la fecha de efectividad del despido, resulta de plena aplicación el contenido de lo dispuesto en el citado art. 135.1 de LEC que permite que cuando la presentación de un escrito se encuentre sujeta a plazo, dicha presentación podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, con lo cual el transcurso de los veintiún días que la sentencia señala obliga a entender que la demanda se ha presentado en plazo*".

La sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo que se cita como contradictoria en el presente recurso de casación unificadora entiende que, a tenor de lo expuesto, resultaba evidente que la de suplicación no había computado, a los efectos del plazo de caducidad, el tiempo transcurrido entre la fecha en que se notifica la extinción del contrato y aquella en que se formula la reclamación previa. Nuestra sentencia referencial (TS 22-9-2006) pues, revoca la decisión de la Sala de suplicación al establecer, tal como ya habíamos hecho en varios precedentes anteriores (TTSS 21-7-1997 y 28-6-1999, R. 4545/96 y 2269/98), que, cuando se trata de la reclamación previa a la vía judicial laboral por despido, la oportunidad de la presentación de la reclamación previa está condicionada a la no caducidad de la acción, como resultaba del art. 49, párrafo 4º, de la LPL de 1980, que disponía, igual que la actualmente vigente, que el tiempo anterior y el posterior al de la tramitación de la reclamación previa deben computarse a efectos de la referida caducidad. Así pues, se dijo literalmente que "*como se trata de demanda frente a una entidad de derecho público, a tenor de lo dispuesto en los artículos 63 y 69 de la Ley de Procedimiento Laboral el trámite de conciliación se sustituye por la reclamación previa en vía administrativa, que también suspende el plazo de caducidad para la interposición de la demanda*".

En consecuencia, la resolución referencial casa y anula la sentencia de suplicación y, resolviendo el debate plantado en dicha sede, confirma la sentencia de instancia, que había declarado caducada la acción de despido y había desestimado así la demanda del trabajador.

5. Concurre el requisito de la contradicción entre las sentencias sometidas al juicio de identidad que exige el art. 217 de la LPL, tal como admite el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, porque una (la recurrida) rechaza la caducidad y la otra (la referencial) la acoge, siendo así, como se desprende del análisis de cada una de ellas efectuado más arriba, que en ambos casos, al margen de las razones que motivaron las sentencias de instancia, se trataba de determinar si el período transcurrido entre la fecha de interposición de la reclamación previa y aquella otra en la que se deniegue ésta expresamente, o haya de entenderse rechazada de manera tácita por el transcurso del plazo del que la Administración dispone para contestar, debe considerarse suspendido (con la consecuencia de que se reanuda el cómputo despreciando los días transcurridos entre ambas fechas: tesis de la sentencia de contraste) o interrumpido (con la consecuencia de reiniciar de nuevo el cómputo completo del plazo: tesis de la sentencia impugnada) el instituto de la caducidad.

SEGUNDO.- 1. La cuestión debatida ahora en unificación de doctrina ha de ser resuelta de acuerdo con lo expuesto en la sentencia de contraste, pues, como en ella dijimos, así se expresa, con toda claridad y sin ninguna duda o ambigüedad, el art. 73 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando establece que "*La reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad reanudándose éstos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada*". Además, en tal sentido se manifiesta de forma reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala. Cabe citar (entre otras) las sentencias de 21 de julio de 1997 (R. 4545/96), en la que se sostiene que "... *la oportunidad de la presentación de la reclamación previa está condicionada a la no caducidad de la acción por despido, como resulta del art. 49, párrafo 4º de la ley procesal laboral -- texto de 1980 --, que dispone que el tiempo anterior y el posterior al de la tramitación de la reclamación previa deben computarse a efectos de la caducidad referida (STS/Social 30-I-1987)*". Puede verse igualmente la STS de 28 de junio de 1999, de Sala General, (R. 2269/98) que señala también: "*como se trata de demanda frente a una entidad de derecho público, a tenor de lo dispuesto en los artículos 63 y 69 de la Ley de Procedimiento Laboral el trámite de conciliación*

se sustituye por la reclamación previa en vía administrativa, que también suspende el plazo de caducidad para la interposición de la demanda".

2. La sentencia impugnada aplica una tesis que poco tiene que ver con el caso de autos, pues, tanto la sentencia de esta Sala que dice servirle de sustento (TS 17-12-2004, R. 6005/03), reiterada por cierto en la más reciente de esta misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 17 de septiembre de 2009 (R. 4089/08), al igual que la doctrina del Tribunal Constitucional que en ambas se cita (TC 193 y 194/1992 y 214/2002, entre otras), analizan un problema distinto, cual es el que se deriva de un error causado por la Administración en el establecimiento o fijación del plazo para reclamar frente a una resolución propia en materia de despido (el error de la Administración no puede perjudicar al actor), cosa que aquí no sucede en absoluto.

En efecto, la sentencia de contraste, que, como se adelantó, contiene la buena doctrina, lo que decide es que el plazo de caducidad del despido queda suspendido (no se interrumpe y reinicia su cómputo completo) durante el período que transcurre entre el día en el que se interpone en plazo la reclamación previa (el 13-7-2007 en el caso) y aquél otro en el que recae la oportuna resolución administrativa que le da respuesta, o hasta que se cumple el plazo de un mes del que la Administración dispone para dictarla (el 13-8-2007 en el caso). Esta tesis, aplicada al presente supuesto, conduce, tal como postulaba la empleadora en su recurso de suplicación, y ahora insiste en ello, a la desestimación de la demanda porque, según se verá enseguida, la acción por despido estaba caducada.

3. Comprobada pues la realidad de la contradicción entre las sentencias comparadas, y partiendo --se insiste—de que la buena doctrina sobre la materia que es objeto del recurso no es la que contiene la resolución recurrida sino la de contraste, al tratarse de una cuestión que, como la presente, puede analizarse incluso de oficio (TS6ª 24-9-1984: "*la caducidad figura en nuestro ordenamiento jurídico como una institución que actúa automáticamente, siendo aplicable de oficio, opera «ex lege» para determinar la pérdida de un derecho o acción, por su no ejercicio durante el plazo señalado por la Ley; sin que las partes ni los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo, sin más; su fundamento radica en dar seguridad al tráfico jurídico y así envuelve la definitiva pérdida de los derechos y acciones para su titular que no los ha ejercido dentro del plazo que la ley le ha marcado; es, por ello, que no cabe al juzgador entrar en el examen y valoración de la conducta de la contraparte si el actor ha actuado su derecho, o acción, después de transcurrido ese plazo, dado que uno y otra han dejado de existir en la realidad jurídica, pues de lo contrario la caducidad no cumpliría su específica finalidad de normalización del orden jurídico -Sentencias de 25 de junio y 7 de octubre de 1963 y 3 de julio de 1967 de la Sala de lo Civil y de 4 de mayo de 1984, de esta Sala*"), máxime si, como así mismo sucede, ya ha sido debatida en el juicio oral y en el propio trámite de suplicación, la solución que se impone, cuando, según procede en las sentencias de unificación, hemos de resolver el debate planteado en suplicación (art. 226.2 LPL), no puede ser otra que la de estimar el recurso de tal clase interpuesto en su día por la empleadora y, revocando la sentencia de instancia, concluir desestimando la demanda, ya que la acción de despido estaba afectada por el instituto de la caducidad.

4. En aplicación, pues, de la jurisprudencia representada por la sentencia de contraste, como dijimos, el recurso debe prosperar porque, en efecto, extinguido el contrato y habiendo dejado el actor de desarrollar efectivamente sus funciones laborales el día 22 de junio de 2007, cuando interpuso la reclamación previa (el 13-7-2007) ya se habían consumido, sin contar sábados y festivos, catorce días del plazo establecido en los arts. 59.3 del ET y 103.1 de la LPL. Después, entre el 13 de julio (reclamación previa) y el 13 de agosto (vencimiento del plazo para contestar a dicha reclamación previa), la caducidad permaneció suspendida por disposición expresa del art. 73 de la LPL. Pero como quiera, en fin, que entre el 13 de agosto de 2007 y el día en el que se presentó la demanda de despido (el 3 de septiembre de 2007), transcurrieron con creces los seis días que restaban para el cumplimiento del plazo, computando como hábiles los del mes de agosto (TS, entre otras, de 13-7-2000, R. 3313/99; 28-12-2000, R. 3579/99; 13-3-2001, R. 3133/99; 10-4-2001, R. 3487/99, y las que en ellas se citan), aunque sin tomar en consideración los domingos y festivos, ni los sábados (TS, también entre otras, 25-7-2005, R. 2062/05; 29 y 31-5-2007, R. 1324/06 y 4076/05; 19-9-2007, R. 770/06; o 21-12-2009, R. 726/09), es obvio que la acción estaba caducada.

Y ello es así, no sólo porque, en contra de lo acordado en la sentencia impugnada, la vía previa sólo suspende (no interrumpe) la caducidad, sino también, y de este modo resolvemos el debate planteado en suplicación, porque el *dies a quo* para el cómputo es el del cese real y efectivo en la prestación de servicios en la empresa (TS 25-9-1995, R. 39/95), no aquel otro, como erróneamente decidió el Juez de instancia, en el que finaliza el devengo teórico de las vacaciones que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido, y cuyo tratamiento legal (artículos 125.1, [situación asimilada al alta con cotización], 209.3 [situación de desempleo y nacimiento del derecho a la pertinente prestación] y 210.4 [cómputo a efectos prestacionales] de la Ley General de la Seguridad Social) ninguna relación tiene con el plazo normativamente establecido para impugnar el despido.

TERCERO.- En definitiva pues, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, con la consecuente anulación de la sentencia impugnada y, al resolver el debate planteado en suplicación, sin necesidad de pronunciarnos sobre el de tal clase interpuesto por el trabajador pero acogiendo favorablemente el de la empresa, debemos revocar también la sentencia de instancia, para concluir desestimando íntegramente la demanda. Sin costas".

2334/09

009

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 09/02/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Fernando de Castro Fernández

Síntesis

CONTRATO DE RELEVO. La obligación de reintegrar a la Seguridad Social el importe de la pensión del trabajador jubilado parcialmente, no supone sanción, sino un acto de gestión. EL PLAZO DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR RELEVISTA –QUINCE DÍAS– ES IMPERATIVO Y OBLIGA A LA EMPRESA A ACTUAR CON DILIGENCIA. SE RECTIFICA DOCTRINA PRECEDENTE DE LA SALA.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- El presupuesto fáctico objeto de enjuiciamiento –conforme al relato de hechos declarados probados– es el que sigue: a) con efectos de 01/11/04 le fue reconocida Jubilación parcial a un trabajador de la empresa recurrida, con categoría profesional de Encargado; b) para sustituirle, la empresa contrató a sucesivos trabajadores con la categoría de Aprendiz, que prestaron servicios del 01/11 al 19/11/04 [cese en periodo de prueba], del 01/12 al 24/01/05 [cese voluntario], del 07/02/05 al 13/05/05 [cese en periodo de prueba], 25/05/05 a 03/03/06 [despido disciplinario] y del 04/04/06 a 28/04/06 [cese en periodo de prueba] y ya con categoría Peón del 26/06/04 al 21/12/08; c) la empresa gestionaba a través del Servicio Regional de Empleo las correspondientes ofertas de empleo; y d) el INSS declaró a la empresa responsable del pago de la prestación por importe de 3.260, 92 euros, correspondientes a los periodos 04/03/06 a 03/04/06 y 29/04/06 a 21/06/06.

2.- Interpuesta demanda, la sentencia dictada en 07/03/08 por el Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid [autos 980/07] estimó la pretensión actora, por considerar: a) que la DA Segunda, apartado 4, del RD 1131/02 [31/Octubre] es una obligación de medios que no de resultado y que la empresa había sido adecuadamente diligente en la búsqueda de sustituto para el relevista; y b) que la referida norma tiene naturaleza sancionadora, por lo que incurre en *ultra vires* respecto de los arts. 164.4 LGSS y 5.1 LISOS, a la par que infringe los principios de legalidad y tipicidad, así como las garantías de los arts. 24 y 25.1 CE. Argumentos que –formalizado recurso de suplicación– reitera la STSJ Madrid 26/02/09 [rec. 4212/08].

3.- En su recurso para la unificación de doctrina, el INSS denuncia la infracción de la DA Segunda –apartado 4– del RD 1131/2002 [31/Octubre], en relación con los arts. 12.6 ET, 166 LGSS y 25.1 CE. Y señala como decisión de contraste la STJ País Vasco 15/11/05 [rec. 1684/05].

4.- Se cumple adecuadamente la exigencia que impone el art. 217 LPL –como requisito de viabilidad para el RCUD– -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, lo que ha de verificarse por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 –rcud 1219/08–; 13/10/09 –rcud 3568/08–; 13/10/09 –rcud 4174/08–; 15/10/09 –rcud 2553/08–; y 09/11/09 –rcud 3747/08–). Y se cumple la exigencia, porque –a diferencia de la sentencia recurrida– la decisión de contraste considera que el precepto de cuya interpretación tratamos –DA Segunda RD 1131/2002– no comporta el ejercicio de facultad sancionadora alguna, sino un acto de gestión en materia de Seguridad, y el plazo de quince días es un término inexorable que obliga al empresario a actuar con la mayor diligencia en orden a la contratación del trabajador relevista; y condena al reintegro de la pensión en supuesto de básica identidad con el de autos, aunque referido a la sustitución del trabajador relevista: habiendo cesado el mismo en 17/Julio, la empresa presentó oferta de trabajo en la Oficina de Empleo el 06/Agosto, pospuso la preselección a septiembre [por permanecer la empresa cerrada en Agosto] y contrató en 1/Octubre a un trabajador que había sido remitido en la primera quincena de Septiembre por el indicado Organismo.

SEGUNDO.- 1.- No compartimos el criterio de la decisión recurrida, cuando afirma que la previsión contenida en el apartado 4 de la DA Segunda del RD 1131/02 ostenta naturaleza sancionadora, de forma que al carecer de cobertura con rango de Ley incurre en vicio de *ultra vires*, a la par que infringe los principios de legalidad y tipicidad, y desconoce las garantías de los arts. 24 y 25.1 CE.

2.- Ciertamente hemos de reconocer que esa naturaleza fue la que esta Sala le atribuyó en dos ocasiones [sentencias de 23/06/08 –rcud 2335/07– y 16/09/08 –rcud 3719/07–] al examinar supuestos de simultánea extinción del contrato de trabajo de relevista y jubilado parcial en el marco de un ERE [en las otras dos ocasiones en que se planteó el mismo tema, ninguna afirmación se hizo sobre su naturaleza: SSTS 29/05/08 –rcud 1900/07– y 23/06/08 –rcud 2930/07–]. Pero no lo es menos que ese parecer fue parcialmente corregido –aunque sin negar expresamente su cualidad antifraude– cuando afirmamos que la DA 2ª RD 1131/2002 «constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus

trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste» (SSTS 08/07/09 –rcud 3147/08–; y 09/07/09 –rcud 3032/08–). Y en la presente ocasión vamos más lejos, afirmando ya con toda rotundidad que la norma de que tratamos no tiene finalidad punitiva.

3.- A esa conclusión nos lleva el primer canon interpretativo –de entre los previstos en el art. 3 CC–, que es el «sentido propio de sus palabras» (recientemente, SSTS 04/05/06 –rec. 2782/04–; 13/03/07 –rco 39/06–; 31/10/07 –rcud 4181/06–; 27/05/08 –rcud 4775/06–; y 11/02/09 –rcud 450/08–), pues la norma de que tratamos afirma que «en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario *deberá abonar* a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada». Y la expresión «deberá abonar» sitúa la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no represivos, de manera que no establece –las palabras empleadas lo evidencian– ninguna suerte de sanción que *pueda o deba* imponer el INSS, sino un efecto –legalmente delimitado– para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir un contrato –el de relevo– que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste; consecuencia aquélla que más bien se aproxima a un reintegro de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba, lo que aleja el supuesto del ejercicio del *ius puniendi*; porque, en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída *ex* arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET, y que era requisito *sine qua non* para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto –contratar un relevista en los términos legalmente previstos– de lo que se presenta como un negocio a tres bandas [INSS, beneficiario de la prestación y empresario]; pero nunca como un «castigo» al incumplidor.

4.- En esta línea ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse sanciones administrativas cualesquiera formas de reacción frente a conductas ilícitas; en efecto, ante las mismas, el ordenamiento jurídico puede establecer meramente un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas [reintegro de la prestación] alterado por acción u omisión [en este caso demora en la contratación del relevista], porque en sentido técnico, la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares. Así la ha entendido la jurisprudencia constitucional al sostener que la «finalidad represiva, retributiva o de castigo» es específica de las sanciones [Sentencias 239/1988, de 14/Diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13/Noviembre, FJ 4; y 132/2001, de 8/Junio, FJ 3], afirmando concretamente la más reciente 276/2000 [16/Noviembre; FJ 3] que «ni el "nomen iuris" empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables [SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, FJ 3]. Y que –por más que resulte significativa–, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata ... se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos [STC 239/1988, FJ 2; ATC 323/1996, FJ 3]... Y es que ... el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuiciamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse [SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2]».

TERCERO.–1.- La inmediata derivación de este planteamiento –inexistencia de sanción– es que la DA Segunda RD 1331/02 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla [los preceptos antes referidos], ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora ya desde la STC 18/1981 [8/Junio].

2.- Sentado lo anterior hemos de acoger la infracción que se denuncia respecto de la tan referida Disposición Adicional, tras recordar que para sustituir al trabajador parcialmente jubilado en 01/11/04, la empresa recurrida contrató a sucesivos trabajadores que prestaron servicios del 01/11 al 19/11/04, del 01/12 al 24/01/05, del 07/02/05 al 13/05/05, de 25/05/05 a 03/03/06, del 04/04/06 a 28/04/06 y del 26/06/04 al 21/12/08. Y si bien entre las primeras contrataciones mediaron interrupciones que no superaron la previsión legal de quince días [11, 14 y 12 días, respectivamente], en las dos últimas el periodo sin cobertura de relevista fue muy superior [31 y 59 días], estando así justificada la declaración de responsabilidad llevada a cabo por el INSS.

Entendemos que frente a este objetivo incumplimiento no cabe argumentar –como la sentencia recurrida hace– que se trata de una obligación de medios que no de resultado y que la empresa ha de verse exonerada de toda responsabilidad por el hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo. Así lo consideramos, porque el compromiso que el empresario adquiere en la jubilación parcial de uno de sus empleados es que al mismo tiempo haya de concertar el contrato de relevo, y los términos categóricos con los que la ley se manifiesta [«siempre que con carácter simultáneo se celebre», en la dicción del art. 166.2 LGSS; «la empresa deberá concertar simultáneamente», al decir del art. 12.6 ET; «si... se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo... los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo

de quince días naturales», conforme a la DA Segunda RD 1331/02], evidencian una imperatividad que apunta a una obligación de resultado, siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato. Diligencia que no apreciamos –sin más– en el hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo –quince días– legalmente previsto [en el caso, según vimos, 31 y 59 días].

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

1605/09

010

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 09/02/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Cambio de centro de trabajo que no exige cambio de residencia. La Administración Pública empleadora, a falta de normativa, puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones que un empresario privado.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la Administración Pública empleadora, en este caso la Junta de Andalucía, puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado, o, por el contrario, debe entenderse necesario que por parte de la Administración empleadora, además de dictarse resolución administrativa motivada, se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio.

2.- La sentencia recurrida, -- dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha 17-julio-2008 (rollo 1046/2007), confirmatoria de la de instancia, dictada por el JS/Sevilla nº 10 el día 9-junio-2005 (autos 985/2005) --, recae en un supuesto en que la trabajadora demandante tras haber accedido a la condición de personal fijo quedando adscrita como ordenanza, en la categoría Grupo V, en el IES "*La Paz*" de Sevilla, recibe notificación de una resolución administrativa en la que, indicándosele como fundamento que el IES al que estaba inicialmente adscrita se encontraba con una plantilla que excedía de las necesidades de personal en su categoría, por lo que se hacía necesaria la adscripción del personal excedente a otro con plantilla insuficiente, y posteriormente, ofertados los centros que disponían de plantilla deficitaria de la referida categoría, la actora optó por el IES "*Antonio Domínguez Ortiz*" ubicado también en Sevilla. La sentencia recurrida estima la demanda, fundándose en la falta de motivación de la actuación administrativa y la falta de prueba, argumentando que "*La sentencia del TS de 25-01-1999 (Sala 4ª) ha declarado que ´la presunción de que la Administración se comporta con arreglo a derecho no le releva de la obligación de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades que la llevaron a adoptar el traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la Dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder guareciéndose en una facultad legal´*", que "*Con base en tal exigencia, debe concluirse que el actuar administrativo en el caso de autos no se ajusta al requisito de motivación que se invoca por la recurrente y ello por las razones que se exponen*", añadiendo que "*Partiendo de que la plaza adjudicada lo fue en el IES La Paz de Sevilla, con carácter definitivo, no puede sin más y sin probar la causa que lo motiva, adscribirla al IES Antonio Domínguez Ortiz de Sevilla por una supuesta falta de plantilla de la categoría de la actora en este Centro, no estando ante una simple modificación accidental, STS de 28/2/07, Rec. 184/05, que sí entraría en el ámbito del ´ius variandi´ y en consecuencia, se impone al fracaso del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia*".

3.- La sentencia invocada como de contraste por la Administración Pública recurrente, -- STSJ/Andalucía, sede de Málaga, de fecha 13-noviembre-2003 (rollo 727/2003) --, en un supuesto de hecho análogo de traslado de personal laboral a un centro distinto de la misma ciudad y sin modificación de categoría ni de grupo profesional, en el que el cambio de centro de trabajo se les notifica verbalmente, y constando en los hechos probados que "*El Departamento de Laboratorio de Control de Calidad de Málaga ha venido reduciendo de forma importante su carga de trabajo. Por el contrario, las necesidades del Departamento de Servicio de*

Vigilancia y conservación de Carreteras, al verse incrementadas, han motivado la necesidad de mano de obra para atender las mismas", desestima el recurso de suplicación formulado por los trabajadores demandantes argumentando que "*no nos encontramos ante el supuesto contemplado en el art. 19 del Convenio Colectivo que regula la movilidad funcional; así las presentes demandas se formulan en base a una reclamación genérica de derechos y no bajo esta modalidad regulada en el art. 39 del ET, pero es que si fuera éste el caso según doctrina de esta Sala el traslado del trabajador de centro de trabajo que no implique cambio de residencia en un facultad discrecional de la empresa, que no requiere motivación ni justificación alguna, y que se encuentra incluida dentro del ámbito de su poder de organización y dirección*", así como que "*La determinación de los trabajos que el operario ha de efectuar es en principio facultad del empresa ligado a su poder de dirección, con los límites de la clasificación y promoción profesional (arts. 4, 16 y 23 ET; Sentencia del Tribunal Supremo de 27/12/1991 y 3 junio 1992), y prevalece el interés de tutelar la necesaria adaptación de la empresa privada a las necesidades de producción, del mercado, exigencias de la clientela y el fin de lucro de la empresa*".

4.- Concurre, como se deduce de lo expuesto, entre ambas resoluciones comparadas el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, incluso "*a fortiori*" (dado que en la sentencia de contraste no consta la existencia de acto expreso administrativo indicador de las causa del cambio de centro de trabajo), pues ante hechos sustancialmente iguales la respuesta judicial es distinta ante idénticas pretensiones; y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 20 Estatuto de los Trabajadores –ET- y 11 del Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión planteada, debe tenerse en cuenta la normativa convencional contenida, dada la fecha de los hechos, en el "*VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía*" (BOJA 28-noviembre-2002), en cuyo art. 11, relativo a la organización del trabajo, se dispone que "*La organización del trabajo es facultad y responsabilidad de la Administración a través de su personal directivo, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y el mantenimiento y mejora de los cauces de participación colectiva de las organizaciones sindicales firmantes del presente Convenio*"; y en su art. 22, regulador de la movilidad geográfica, se establece, entre otros extremos, relativos a criterios y condiciones, que "*1. El traslado forzoso que exija cambio de residencia requerirá la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen*" y que "*2. La decisión de traslado deberá ser notificada a la persona afectada, así como a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días naturales a la fecha de su efectividad. Dicha notificación expresará las causas que motivan el traslado, el centro de trabajo al que se le traslada y la fecha a partir de la cual debe surtir efecto*".

2.- Aun siendo posterior a los hechos ahora enjuiciados, y por ende inaplicable al presente supuesto, debe destacarse que el art. 83 de la Ley 7/2007 de 12-2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), relativo a la provisión de puestos y movilidad del personal laboral, dispone que "*La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera*".

TERCERO.- 1.- La solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia de contraste, puesto que debe entenderse que, a falta de normativa legal, reglamentaria o convencional en la que pudieran mejorarse válidamente a favor de los trabajadores las condiciones contenidas en la normativa estatutaria (arts. 3.1. ET, 28.1 y 37.1 CE y 10.3 LOLS con los límites ex SSTC 208/1993 de 28-junio, 225/2001 de 26-noviembre y SSTS/IV 10-junio-2003 –rco 76/2002, 28-febrero-2007 -rcud 184/2005), la Administración Pública empleadora, en este caso la Junta de Andalucía, puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado (arg. ex arts. 20, 29, 40 y 41 ET en relación con los arts. 11 y 22 "*VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía*"), sin que sea necesario que por parte de la Administración empleadora, además de dictarse resolución administrativa motivada, se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio; y siempre, como acontece con carácter general, que la actuación administrativa se ajuste estrictamente a la legalidad no incurra en abuso de derecho o fraude de ley ni vulnere derechos fundamentales.

2.- La anterior conclusión se fundamenta, entre otros, en los siguientes razonamientos:

a) La sentencia recurrida incide en el error jurídico de entender que un cambio de centro de trabajo en la misma localidad sin que, lógicamente, implique cambio de residencia ni comporte tampoco cambio de categoría y/o grupo profesional, comporta más que una "*simple modificación accidental*" que excede del ámbito del "*ius variandi*", sin que la STS/IV 28-febrero-2007 (rcud 184/2005), que expresamente se invoca, justifique tal conclusión al referirse a un tipo distinto de modificación de condiciones de trabajo (modificación horaria), aunque en nuestra sentencia fija el criterio general, establecido por la jurisprudencia unificadora, de distinción entre modificaciones sustanciales y accidentales indicando que "*por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral,*

entre ellas las previstas en la lista ´ad exemplum´ del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ´ius variandi´ empresarial".

b) Incide también la sentencia recurrida en el error de afirmar que no existe una resolución administrativa motivada, cuando de los propios hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, se evidencia en este concreto caso su existencia y contenido suficiente. Pero, además, pretende fundamentar la referida exigencia en la STS/IV 25-enero-1999 (rcud 1568/1998), la que, como destaca con rotundidad el Ministerio Fiscal en su detallado informe, en modo alguno hace referencia al art. 54 de la Ley 30/1992, sino que se trata de un supuesto de auxiliares administrativos con plazas en propiedad en tareas de atención primaria del INSALUD que impugnan traslados que la Administración ha efectuado en base al art. 87 de la Ley 4/1986 de 25-abril (Ley General de la Salud), -- en el que se dispone "*El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del área de Salud*" --, traslado que la Sala revoca por no haberse establecido en la resolución administrativa las concretas "*necesidades imperativas de la organización sanitaria*" que en tales específicos supuestos justifican el traslado, limitándose a transcribir el precepto legal, por lo que no existían datos para poder valorar si la Administración se ajustó a la normativa aplicable, argumentándose en la citada sentencia de esta Sala que "*al concederse a la dirección del servicio la facultad de realizar traslados por necesidades imperiosas de la organización sanitaria, se otorga poder a la misma para valorar y apreciar la concurrencia de las mismas. Pero esta presunción de que la administración se comporta con arreglo a derecho no la releva de la obligación de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades que la llevaron adoptar el traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder guareciéndose en una facultad legal, como en el caso concreto denunció la actora que atribuyo el traslado a una sanción encubierta, y aunque la carga de la prueba de esta desviación de poder sea de quien la alega, es preciso que previamente se motive adecuadamente el traslado acordado. Y esta motivación no se cumple, con la mera trascripción del precepto legal, como ocurre en el caso de autos, si no que es preciso indicar las concretas necesidades que imponen el traslado acordado*". Y además, concluye el Ministerio Fiscal, que en el presente caso la resolución que decide el traslado describe su causa (exceso de plantilla), pudiendo haberse impugnado el mismo por la demandante sobre la base de la inexistencia de tal causa, lo que no se ha efectuado.

c) El traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario. En este sentido, entre otras (SSTS/IV 19-diciembre-2002 –rcud 3369/2001, 18-marzo-2003 –rcud 1708/2002, 16-abril-2003 –rcud 2257/2002, 19-abril-2004 –rcud 1968/2003, 14-octubre-2004 –rcud 2464/2003, 18-diciembre-2007 –rcud 148/2006, 5-diciembre-2008 –rcud 1846/2007), la STS/IV 26-abril-2006 (rcud 2076/2005), concluye que "*desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto –art. 40– exige cambio de residencia (Sentencias de 14/10/04 –rcud 2464/03; 27/12/99 –rcud 2059/99–; 18/09/90 –rec. 134/90–; 05/06/90 recurso por infracción de ley–; 16/03/89 –recurso por infracción de ley–), hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de «elemento característico del supuesto de hecho del art. 40.1 ET» (Sentencia de 12/02/90 –recurso por infracción de ley–) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse «débil o no sustancial» cuando no exige «el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET» (Sentencias de 18/03/03 –rcud 1708/02–; 16/04/03 –RCUD 2257/02–; 27/12/99 –rcud 2059/99–)*", con ello resulta obligado colegir que "*los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio [bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento] están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET, no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa [art. 64.1.4º b) ET, para el supuesto de traslado –total o parcial– de las instalaciones]*". E incluso se afirma que aunque hipotéticamente tales cambios pretendieran encuadrarse como un supuesto de movilidad funcional, la conclusión sería la misma, argumentando que "*Así, en la Sentencia de 27/12/99 –rec. 2059/1999– se decía: «Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el art. 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el art. 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional [a los citados cambios de centro], como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica ´lato sensu´, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del ´ius variandi´ del empresario» (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la STS 19/12/02 –rec. 3369/01–). Poder empresarial, añadimos ahora, que hemos de entender –con autorizada doctrina– como «ius variandi» común, en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el art. 41 ET*".

d) Se ha destacado por la jurisprudencia unificadora que "*el ET no impone a las manifestaciones del poder de dirección ninguna exigencia de motivación causal ni de comunicación a los representantes de los trabajos y las que establece para las de movilidad funcional son menos intensas que las que enumera el art. 41; y ni en unas ni en otras, otorga al trabajador afectado el derecho*

extintivo que si le atribuye en las modificaciones sustanciales" (SSTS/IV 25-septiembre-2002 –rcud 1582/2001, 19-diciembre-2002 –rcud 3369/2001).

e) Por último, en el supuesto concreto ahora enjuiciado, la sentencia recurrida no hace referencia a dato alguno que por sus características funde su decisión de configurar como sustancial el cambio de centro de trabajo impugnado, por lo que debe estarse a la anterior regla general, dado que el cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de una misma localidad, como se sintetiza también en la citada STS/IV 26-abril-2006, "*no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesoria, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria*".

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar, –de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal –, que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que, en consecuencia, la sentencia recurrida ha de ser casada y anulada; lo que comporta, además, la estimación del recurso de suplicación formulado por la Administración Pública empleadora, revocando la sentencia de instancia, y desestimando la demanda; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).".

2855/09

011

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 16/02/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

Conflicto Colectivo: Convenio aplicable: El Convenio Colectivo de ámbito inferior, posterior en el tiempo, siempre que sea de ámbito superior a la empresa. Se aplica el Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Bizkaia.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social número 5 de los de Bilbao, dictó sentencia el 29 de octubre de 2008, autos núm. 352/08, estimando la demanda interpuesta por D. Diego Ignacio, en nombre y representación de Central Sindical LAB, contra D.Manuel y Eginsoft S.L., declarando que el Convenio Colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa demandada, que prestan servicios en los centros de trabajos de Bilbao, es el de oficinas y despachos para la provincia de Vizcaya, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento. Tal y como resulta de dicha sentencia la empresa Eginsoft S.L. tiene por objeto social la asistencia técnica de softward en todos sus tipos y gamas, prestaciones de servicios relativos a la programación, formación técnica y comercial de personal, explotación técnica de ordenadores y comercial de personal, compraventa de ordenadores al por mayor y al por menor, servicios de mediación en la compra y venta de ordenadores e instalación de ordenadores, estando clasificada en el grupo V, subgrupo 01, categoría P, correspondiente a servicios de captura de información por medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Se publicita como un centro de cálculo especialista en gestión de bases de datos, constituyendo una franquicia de la cadena informática dirigida a expertos en dicha materia, PC BOX/PC hora, estando vinculada la mayor parte de la actividad laboral de sus empleados a dicha franquicia. Cuenta con tres centros de trabajo en Bilbao, uno de alta en el IAE por el ejercicio de la actividad de explotación electrónica por cuenta de terceros, donde se lleva la administración de la empresa y se realizan actividades de grabación, depuración y validación informática de datos encargados por los clientes. Los otros dos se encuentran en alta en el IAE por el ejercicio de la actividad de venta al por menor de oficina y maquinaria, realizándose actividades de venta de material informático y componentes de ordenadores, reparación, montaje y servicio postventa de equipos informáticos, inherentes a su condición de franquiciado de PC BOX/PC hora. La empresa se rige por el Convenio Colectivo Nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización y Contable (B.O.E. 1-9-95), pretendiendo el promotor del conflicto que se declare que el convenio aplicable es el de Oficinas y Despachos para la provincia de Vizcaya (B.O.P. 20-10-95).

Recurrida en suplicación por la demandada Eginsoft S.L., la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 16 de junio de 2009, recurso 998/09, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que, dado que la actividad principal de la empresa es la de servicios informáticos, es factible su inclusión tanto en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de empresas y Contable como en el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la provincia de Bizkaia, pero, de acuerdo con la preferencia aplicativa que confiere el párrafo segundo del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a

las materias no expresadas en el párrafo tercero de dicho precepto, resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, regla de derecho necesaria que prevalece sobre lo normado en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

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 del País Vasco el 10 de Junio de 1997, recurso 2659/96, firme en el momento de publicación de la recurrida, pues la misma adquirió firmeza el 3 de julio de 1997, tal como resulta de la certificación expedida por el señor Secretario de la Sala.

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

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

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 10 de junio de 1997, recurso 2659/96, estimó el recurso de suplicación interpuesto por Eginsoft S.L., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Bizkaia, dictada el 2 de mayo de 1996, en autos 149/96, sobre cantidad, seguidos a instancia de Doña Inmaculada y Doña Begoña contra Eginsoft S.L., Dirección de lo Contencioso-Administrativo del Gobierno y FOGASA, revocando la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de las pretensiones formuladas. La sentencia entendió que tanto el Convenio Colectivo de ámbito nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable como el Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Bizkaia incluyen en su ámbito de aplicación a las empresas de servicios de informática -actividad de la empresa recurrente Eginsoft S.L.- por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores ha de concederse preferencia al convenio colectivo en vigor respecto al que invade posteriormente su ámbito de aplicación, no siendo aplicable el convenio invasor del primeramente vigente, salvo pacto en contrario, por lo que ha de concederse preferencia al Convenio Nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable. Añade que además este es el Convenio aplicable atendiendo al criterio de especialidad, pues el Convenio Provincial tiene un ámbito de aplicación más amplio.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues la empresa demandada es la misma Eginsoft S.L., los hechos de los que parten ambas sentencias son idénticos, siendo la solución alcanzada contradictoria pues en tanto la sentencia recurrida entiende que es de aplicación el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, la de contraste resuelve que es aplicable el Convenio Colectivo Nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, siendo irrelevante, a efectos de la contradicción, que una sentencia haya recaído en un conflicto colectivo y la otra en un conflicto individual, como reiteradamente ha declarado esta Sala.

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 84 del Estatuto de los Trabajadores, invocando la interpretación que del mismo ha efectuado la sentencia de contraste, es decir, atendiendo al criterio de especialidad, por ser más específico el Convenio de ámbito nacional que el provincial, cuyo ámbito de aplicación es más amplio.

La cuestión debatida se ciñe a determinar si a la empresa Eginsoft S.L. le es aplicable el Convenio Colectivo de ámbito nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable (BOE 1-9-95) o el de Oficinas y Despachos para la provincia de Bizkaia (BOP 20-10-95), teniendo en cuenta que se admite pacíficamente por las partes que, en principio, ambos convenios pueden ser aplicables, dado su ámbito de aplicación y el objeto social y actividad de la empresa.

La cuestión ha sido ya unificada por esta Sala, entre otras en sentencia de 7 de noviembre de 2005, recurso 170/2004, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ella se contiene la fundamentacion de derecho que sigue : *"En primer lugar, debe decirse que el Convenio Estatal se ha firmado entre las partes negociadoras al amparo de lo establecido en el artículo 83.2 ET, en el que se establece que "Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores".*

Pero inmediatamente después, el Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada al artículo 84 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, previene que "en todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los Sindicatos y las Asociaciones Empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación". No obstante, esa posibilidad de negociación no es absoluta, puesto que el tercer y último párrafo del mismo precepto restringe esas facultades en relación con una serie de materias, pues se dice que "en el supuesto previsto en el párrafo anterior se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica".

La interpretación jurisprudencial de esos preceptos que se ha hecho por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se contiene en numerosas sentencias que cita especialmente la parte recurrida en su escrito de impugnación y las dos que recoge el recurrente, tal y como antes se dijo, entre otras muchas.

Pero hay dos de ellas que se refieren específicamente al Convenio Estatal de la Madera, que por razones de proximidad con el debate aquí suscitado, son las que vamos a citar específicamente para resolver el litigio, pues contienen la doctrina que por razones de seguridad jurídica aquí se va a seguir.

Son las sentencias de 22 de septiembre de 1.998 (recurso 263/1997) y 21 de enero de 2.004 (recurso 21/2003). En la primera de ellas se resolvió sobre la demanda planteada por distintas asociaciones empresariales del sector de la madera, de ámbito provincial, así como una federación y una confederación empresariales (esta última entidad referente a todo el territorio catalán), formulada conjuntamente, en la que se sostenía que los artículos 5, 8 y 10 del Primer Convenio Colectivo Estatal de la Madera vulneraban lo dispuesto en el art. 84, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

En la segunda, dictada en Sala General, se ratificó --al desestimarse el recurso-- la decisión adoptada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de noviembre de 2.002, en cuya parte dispositiva se decidió estimar la demanda y declarar que "el inciso 'movilidad funcional' de la letra a) y la integridad de la letra b), ambos de la regla 1ª del artículo 4 del II Convenio Estatal de la Madera, publicado en el BOE de 24 de enero de 2.002 por Resolución de 28 de diciembre de 2.001, de la Dirección General de Trabajo, son nulos y carecen de vigor, virtualidad y eficacia en relación con aquellos convenios colectivos o acuerdos colectivos, que refiriéndose también al sector de derivados del cemento, sean de ámbito inferior al estatal pero superior al de empresa, siempre que éstos convenios o acuerdos cumplan los requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores y en cuanto no traten de la regulación de las materias que detalla el párrafo tercero del mismo artículo".

Los razonamientos esenciales que condujeron a tales decisiones cabe resumirlos en que el citado párrafo segundo del art. 84 ET concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro que el mandato establecido en la referida disposición "no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional". La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases "en todo caso" y "a pesar de lo establecido en el artículo anterior", dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala procede la desestimación del recurso formulado, ya que el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia es posterior al Convenio Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, es de ámbito inferior al mismo, pero superior al de empresa, por lo que ha de ser aplicado.

CUARTO.- El recurrente alude en su escrito a que debió aplicarse el Convenio Nacional por ser dicho Convenio más específico que el Provincial, cuestión que no puede ser examinada por la Sala ya que constituye una cuestión nueva, planteada por primera vez en la fase del recurso de casación para la unificación de doctrina. En efecto, en el escrito de formalización se hace referencia a que hay un convenio más específico, cual es el del Convenio del Metal, y que la empresa siguiendo el criterio de la sentencia de 10 de junio de 1997, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el criterio de la especialidad, ha venido aplicando el Convenio Colectivo Nacional de Empresas Consultoras y de Estudios de Mercado.

Tampoco puede ser examinada por la Sala la alegación del recurrente de que el Convenio Colectivo Estatal se extiende hasta el 31 de diciembre de 2009, en tanto el Provincial abarca hasta el 31 de diciembre de 2008, por lo que al haber expirado el Convenio Provincial el Estatal pasaría a ocupar su lugar, pues tal cuestión no ha sido planteada con anterioridad, constituyendo una cuestión nueva, cuyo conocimiento está vedado a la Sala.".

2127/09

012

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 17/02/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá

Síntesis

PENSIÓN DE JUBILACIÓN TRABAJADORA MIGRANTE (UE). INTEGRACIÓN DE LAGUNAS para el cálculo de la Base Reguladora. Equiparación al Régimen General de las cotizaciones efectuadas en Suiza. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho

"PRIMERO.- 1.- La trabajadora demandante –ahora recurrente- tiene reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una pensión de jubilación sobre una base reguladora de 446,93 euros mensuales y un porcentaje del 92%, lo que supone una pensión de 292,92 euros mensuales, tras aplicar una prorrata temporis del 71,24% a cargo de la Seguridad Social Española. Todo ello con efectos económicos de 12 de abril de 2066. La demandante acredita cotizados en España un total de 4.894 días más 292 días cuota, de los cuales 2.893 corresponden al Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, acredita 2.983 días cotizados en Suiza. Para el cálculo de la pensión de jubilación el INSS ha tenido en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de 1 de abril de 1991 a 31 de marzo de 2006, de acuerdo con las reglas del artículo 161.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social, computando una base de cotización cero en los períodos en que no hubo obligación de cotizar.

2.- Previo agotamiento de la preceptiva vía previa administrativa, la recurrente formuló demanda solicitando, en lo que aquí interesa, el reconocimiento de una base reguladora de 499,06 euros mensuales, resultado de completar con bases mínimas los mencionados períodos en los que no hubo obligación de cotizar, previo reconocimiento de la pensión por el Régimen General de la Seguridad Social. El Juzgado de instancia desestimó la demanda, e interpuesto recurso de suplicación, éste fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 10 de marzo de 2009 (rec. 35/2008) y Auto de aclaración de fecha 30 de abril de 2009; sentencia que es la que aquí se recurre en Unificación de doctrina por la representación legal de la demandante.

2.- Como sentencia de contraste aporta la recurrente la dictada por la propia Sala de lo Social de Cataluña en 30 de octubre de 2000 (rec. 1899/2000) en la cual, se contemplaba la pretensión de una trabajadora que interesaba se le fijase una mayor base reguladora de la pensión por Incapacidad permanente reconocida, totalizando períodos de seguro en España y Francia por no reunir cotizaciones suficientes a la Seguridad Social española, sobre la base de reconocer la pensión por el Régimen General e integrar con bases mínimas los períodos sin obligación de cotizar. La sentencia estimó la pretensión argumentando que aún aceptando el criterio restrictivo del término "adquisición" a que se refiere el Reglamento 1408/1971 CE, el precepto es aplicable sin duda ya que el derecho a la prestación sólo pudo adquirirse tras computar el período de cotización realizado a un estado miembro distinto del de procedencia; período que debe computarse "como si se tratara de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplica". Y como las cotizaciones en Francia lo fueron como trabajadora por cuenta ajena, han de computarse "como si se tratara de períodos cumplidos" en España (Régimen General) y cabe aplicar entonces las previsiones del artículo 140 de la Ley General de la Seguridad Social.

3.- Como puede apreciarse nos encontramos ante dos sentencias que contemplaron situaciones sustancialmente iguales puesto que en ambas se abordó la solicitud de prestación de sendas trabajadoras, las dos afiliadas en España al Régimen General y a otro régimen (el de Empleados de Hogar en la recurrida y el de Autónomos en la de contraste), y las dos con cotizaciones insuficientes en España para completar el período de carencia exigido; sin embargo a una de ellas -la afectada por la sentencia recurrida- no le fueron tomadas en consideración aquellas cotizaciones exteriores para el cálculo de la base reguladora, mientras que sí que lo fueron en la de contraste para esa misma finalidad. Concurriendo por ello el requisito de la contradicción que exige el artículo 117 de la Ley de Procedimiento Laboral para dar viabilidad al presente recurso de casación unificadora, que, por lo tanto, procede admitir, al resultar irrelevante que un supuesto los períodos de seguro a tener en cuenta fueran en Francia y en el otro supuesto en Suiza, así que como en un caso se trate de una pensión de jubilación, y en el otro de una pensión por incapacidad permanente.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión controvertida que se concreta en determinar si, al igual que el período cotizado por la demandante le fue computado para el cálculo del período de carencia de conformidad con el principio comunitario de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios, debe de ser el mismo tenido o no en cuenta a los únicos efectos de considerar que deben de integrarse las lagunas con las bases mínimas de cotización correspondientes a los períodos no cotizados por no existir obligación de hacerlo, aplicando lo dispuesto en el artículo 140.4 de la Ley General de la Seguridad Social por la remisión que habría de hacer al mismo

en aplicación de la previsión concreta que en tal sentido se contiene en el artículo 26 del Decreto 2346/1969, de 25 de diciembre, regulador del Régimen Especial del Servicio Doméstico, ha sido ya resuelta –en sentido afirmativo- en la Sentencia de esta Sala de fecha 25 de febrero de 2000 (rec. 1471/1999), cuya doctrina en este punto reitera la posterior sentencia de 6 de octubre de 2004 (rec. 3504/2003).

2.- En efecto, en el apartado dos del fundamento jurídico segundo de la señalada sentencia de 25 de febrero de 2000, se efectúan los siguientes razonamientos :

"1) A la demandante le fue calculada la pensión sobre las cotizaciones correspondientes a los últimos ocho años, pero con la consecuencia de que sólo le fueron tenidas en cuenta las cuotas correspondientes a los dos últimos años, pues en los seis anteriores no tenía acreditadas cotizaciones en ningún Régimen de la Seguridad Social, y ello se hizo así porque en el Régimen Especial en el que ella había cotizado no rige la integración de lagunas que sí que se aplica en el Régimen General, de conformidad con lo que se deduce de la Disposición Adicional Octava en relación con el art. 140.4 del Texto Refundido vigente de la Ley General de la Seguridad Social; 2) Dicha demandante, si las cotizaciones efectuadas en Francia como portera (57 trimestres, desde 1962 a 1976) las tuviera acreditadas en España, se hubiera beneficiado de aquella integración de lagunas en tanto en cuanto, al sumar en el Régimen General más días cotizados (57X90=5.130) que en el Régimen Especial de Empleadas de Hogar (732), la pensión de invalidez total se le hubiera calculado por las normas del Régimen General, porque así lo dispone expresamente el art. 26.2.c) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social del Servicio Domestico, en donde expresamente se señala que "cuando el empleado de hogar o trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente, las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado el mayor número de cotizaciones"; y en el Régimen General rige el principio de integración de lagunas de acuerdo con el art. 140.4 LGSS; 3) En consecuencia, sólo se le podría negar esa integración de lagunas que la actora reclama si se partiera de la base de que las cotizaciones efectuadas en la seguridad Social francesa no se equipararan a las hechas en el Régimen General. Pero esa diferencia de trato no estaría justificada desde la normativa comunitaria que nos vincula con el efecto directo propio de la misma, porque el principio desigualdad de trato que preside la construcción del derecho europeo y que viene recogida a efectos de Seguridad Social en el art. 51 del Tratado de Roma (actual art. 42 después del Tratado de Amsterdam) y desarrollada en numerosas sentencias del TJCE (entre las que como más recientes en relación con este principio de no discriminación en materia de Seguridad Social pueden citarse las SS de 24-IX-1998 (C-357197), 22-X-1998 (C-143/1997) o 25-II-1999 (C-320/1995), tiene como razón esencial de su existencia la de que ningún trabajador se vea discriminado por el hecho de haber ejercido la libertad básica de circulación intracomunitaria, discriminación que se produciría si aquellas cotizaciones se valoraran de otra forma que no fuera como en el Régimen General y común español, cuando fueron hechas en el Régimen común francés, si se tiene en cuenta que el único que aparece como especial en el Reglamento (CEE) 1408/71, a estos efectos es de la minería y el de los trabajadores agrícolas por cuenta propia -Anexo IV E, al que remite el art. 37.1 de dicho Reglamento-.

Téngase en cuenta, por otra parte, que esta equiparación sólo se reclama a los antedichos efectos, dado que en este supuesto ni se discute el principio de globalización de cotizaciones -que ya fue aplicado por el INSS al computar las de los países para estimar cubierto el período de carencia-, ni se producen problemas derivados del principio "prorrata temporis", en tanto en cuanto el INSS, como el órgano competente del Estado francés han partido de la base, según consta en los autos, de que estamos ante una prestación que se rige por lo dispuesto en la Sección 1ª del Capítulo II del Título III (arts. 37 a 39) del precitado Reglamento Comunitario en el que cada institución asume el pago íntegro del total de las prestaciones resultantes."

3.- Por consiguiente, y en aplicación de esta doctrina –ratificada como ya se ha dicho en la sentencia de 6 de octubre de 2004 (rec. 3504/2003)-, debe entenderse que el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida a la demandante deberá efectuarse tomando en consideración las bases mínimas de cotización correspondientes a los períodos durante los que no tenía obligación de cotizar, lo que conlleva aceptar la pretensión en tal sentido formulada por dicha demandante en cuanto al reconocimiento de una base reguladora de 499,06 euros mensuales, en lugar de la que fue reconocida con el sólo cómputo de sus cotizaciones reales.

TERCERO.- 1.- En su consecuencia y de conformidad con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, procederá casar y anular la sentencia recurrida para resolver el debate en términos de suplicación y estimar en parte el indicado recurso para aceptar la petición de la recurrente en el sentido de que la base reguladora sobre la que habrá de computarse la pensión de jubilación reconocida a la demandante habrá de ser de 499,06 euros. mensuales en lugar de la reconocida. Sin que proceda la imposición de las costas, por no concurrir las circunstancias requeridas por el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.".

C-65/09

013

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 18/02/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahún

Síntesis

ACUERDO DE EMPRESA: prueba y naturaleza. Eficacia del plasmado en acta de la Comisión Paritaria y distinción con las funciones de ésta. HORARIO.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- Las tres sociedades mercantiles demandadas se alzan en casación común u ordinaria – mediante un único recurso- frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictada el 28 de abril de 2009 en los autos nº 192/2008, seguidos por conflicto colectivo a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT).

La demanda del sindicato pretendía que se declarara la obligación de la parte demandada de formalizar como Anexo al convenio de empresa el acuerdo verbal sobre jornada continuada para los días 5 de enero y miércoles de Semana Santa. En el acto del juicio el delegado de personal y el Comité de empresa de JC DECAUX ESPAÑA, S.L.U. se adhirieron a la demanda.

En el art. 19 del Convenio colectivo de empresa – suscrito el 19 de marzo de 2007 entre la empresa y los representantes unitarios- se señala la jornada de trabajo y horario disponiéndose:

"La jornada laboral queda fijada en 39 horas semanales, en cómputo anual.

A. Grupos I, III y IV.
Horario: Invierno (1 de enero a 30 de junio y de 1 de septiembre a 31 de diciembre):
Lunes a jueves de 9h a 18h15 interrumpido con una hora para el almuerzo.
Viernes de 8h.00 a 15 h00. 20 minutos de descanso.
Verano (1 de julio a 31 de agosto) Lunes a viernes de 8h00 a 15h00 20 minutos de descanso.

B. Grupo II:
El personal de este grupo efectuara jornada continuada durante todo el año de 39 horas.
El horario, con los descansos mínimos establecidos por ley, será el siguiente:
Invierno y verano (1 de enero a 30 de junio y de 1 de septiembre a 31 de diciembre):
Lunes a jueves de 7h.00 a 15h00
Viernes de 7h00 a 14h00 20 minutos de descanso…"

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso se acoge al apartado d) del art. 205 de la ley de Procedimiento Laboral y denuncia error en la apreciación de documentos obrantes en autos, "en relación con el art. 90 del Estatuto de los trabajadores".

Esta Sala IV ha venido sosteniendo de modo reiterado (véase, por todas, la STS de 5 de noviembre de 2008 – rec. 74/2007-) que, para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico.

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas.

c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

En el presente caso, la parte recurrente ni indica cual de los apartados del relato de hechos probados elaborado por la Sala de instancia debe ser modificado, suprimido o añadido; ni, consiguientemente, ofrece texto alternativo.

Lo que se pretende con el motivo es un revisión jurídica del núcleo argumental de la sentencia, como ya se evidencia por la cita del art. 90 del Estatuto de los trabajadores que lleva a quienes recurren a razonar sobre la inexistencia de acuerdos verbales y sobre la necesidad de que los pactos se plasmen por escrito, cuestiones que no son susceptibles de ser abordadas por la vía procesal utilizada en este motivo.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo, como acertadamente propone el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- El resto del recurso se concentra en un solo motivo, amparado en el apartado e) del precitado art. 205, invocando los arts. 85.2 d) y 3.1 b) y 82.3 del Estatuto de los trabajadores.

Alegan las recurrentes que los acuerdos alcanzados en el seno de la comisión paritaria no podían imponer una excepción a la jornada prevista en el art. 19 del Convenio colectivo y que, además, el hecho de que durante los dos años subsiguientes -2007 y 2008- se alterara la jornada en los días y términos establecidos por dicho acuerdo, obedecía a "meras concesiones voluntarias que la empresa puntualmente realizó a los trabajadores…". A ello añaden que, en todo caso, la representación empresarial en el seno de la comisión paritaria en la reunión de 7 de junio de 2007 no contaba con la mayoría necesaria para suscribir un acuerdo.

La solución del litigio debe adoptarse partiendo necesariamente de los hechos que se declaran probados y que no han sido modificados en esta alzada. En concreto, consta que:

1º) El 7 de junio de 2007, a solicitud de la representación social, se acordó con la representación de la empresa que la jornada continua para los días 5 de enero y miércoles de Semana Santa, comprometiéndose la empresa a redactar un documento de anexo al convenio – Hecho Probado Tercero-.

2º) La jornada continuada en las dos fechas indicadas se llevó a efecto en los años 2007 y 2008.

3º) Es asimismo circunstancia fáctica que aparece en los razonamientos de la sentencia, con valor de hecho probado no controvertido en el recurso, el que la fijación de los horarios para los tales fechas no alteraba la jornada anual pactada.

Pese al orden en que se desarrollan los argumentos del recurso, la primera cuestión a discernir es la de la existencia misma del acuerdo sobre el que la parte actora asentaba su pretensión.

La parte empresarial demandada niega su celebración. Sin embargo, como pone de relieve la Sala de instancia, el acta de la comisión paritaria sirve de elemento probatorio de la conclusión del mismo y ello con independencia de cuáles puedan ser las funciones y el alcance de las decisiones de este tipo de Comisión. Es evidente que en aquel acto la empresa admitió su compromiso de precisar el horario para los dos días controvertidos.

Llegados a este punto, no puede aceptarse la postura empresarial consistente en negar ahora capacidad contractual a quien aparecía como representante empresarial en aquella comisión, puesto que la falta de poder de representación aquí aducida no queda corroborada por prueba documental alguna, ni se infiere de la citada acta en que, si bien es cierto no aparece el mismo número de firmas que integrantes de la comisión, tampoco consta la discrepancia de ninguno de sus miembros con los contenidos del acta. Sirve, pues, la misma como medio probatorio a los efectos antes indicados.

A lo dicho se añade lo ya apuntado sobre la conducta empresarial de los dos años anteriores en que se ha venido aplicando en la práctica la misma jornada continua objeto de la controversia, ratificando de este modo el compromiso asumido pro la empresa.

CUARTO.- Como recordábamos en la sentencia de 14 de marzo de 2007 -rec. 38/2006-, *"Esta Sala IV ha tenido numerosas ocasiones de ocuparse de cuestiones relativas al cometido y competencia de la comisión paritaria a la que se refiere el art. 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, bastando con citar, por todas, ya que contiene un significativo resumen de la doctrina en la materia, nuestra Sentencia de 20 de mayo de 2004 (rec. 17/03), en el último párrafo de cuyo fundamento 2º se señala: «No cabe olvidar que, de acuerdo con la doctrina unificada de ésta Sala [SS. de 10-2-92 (rec. 1048/91), 15-12-94 (rec. 540/94), 28-1-00 (rec. 1760/99), 11-7-00 (rec. 3314/99), 5-4-2001 (rec. 1326/00), 30-10-01 (rec. 2070/00) y 10-6-03 (rec. 67/2002), entre otras], las Comisiones Paritarias designadas al amparo del art. 85.3.e) ET e integradas por representantes de los sindicatos firmantes del Convenio, tienen atribuidas exclusivamente funciones de interpretación, gestión y administración del Convenio y sus decisiones no tienen valor de convenio colectivo ni, por ende, eficacia normativa. Su competencia no se extiende pues a funciones de naturaleza negociadora cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de lo pactado, con la lógica consecuencia de que cualquier acto emanado de aquellas modificando el contenido del Convenio habría de ser declarado nulo»*".

No obstante, no estamos aquí ante una decisión adoptada por la Comisión paritaria en interpretación del convenio, sino frente al establecimiento de un compromiso, de alcance colectivo, cuya ratificación y constancia aparece plasmada con ocasión de la reunión de la comisión paritaria. Mediante él se introduce una mejora en el convenio que no altera la condición sustancial relativa a la duración de la jornada anual y que, a su vez, es confirmada por la conducta empresarial consistente en ejecutar lo acordado en los dos años sucesivos a la firma del propio convenio.

Ahora bien, cabe hacer, no obstante, algunas matizaciones a los razonamientos de la sentencia recurrida, puesto que en ella se viene a insinuar la naturaleza estatutaria del pacto al señalar que, de un lado, los integrantes de la comisión paritaria eran exactamente los mismos que los integrantes de la comisión negociadora del convenios y, de otro y en todo caso, que la decisión de las partes no es sino un acto de administración del convenio.

Además de que no consta que la composición de la comisión paritaria se correspondiera con la de la comisión negociadora, lo decisivo es que el convenio colectivo ya se había firmado y se hallaba en vigor, por lo que cualquier proceso de negociación ulterior debiera de haberse ceñido, no sólo a las reglas de vigencia de los convenios colectivos, establecidas en el Estatuto de los trabajadores, sino a las de la legitimación aplicables a cada momento y, por ende, al procedimiento asimismo establecido en las disposiciones legales.

Por otra parte, tal y como ha quedado ya indicado al recoger nuestra doctrina en torno a las funciones de las comisiones paritarias establecidas en los convenios colectivos, la fijación del derecho a jornada continua – con horario concreto- en las fechas controvertidas excede de la mera administración del convenio, pues la lectura del art. 19 del mismo no permite afirmar que quede abierta a esa gestión y administración ulterior una cuestión como ésa. La literalidad de la cláusula paccionada no deja lugar a dudas sobre la falta de encaje en el mismo de la excepción relativa a los días 5 de enero y miércoles de Semana Santa objeto de este litigio, de suerte que su concesión no surge de dicho texto, sea cual sea el método interpretativo que se utilice. Por ello, la comisión paritaria no estaba haciendo ninguna interpretación del precepto, ni estaba incardinando ese horario específico en la aplicación de la jornada de trabajo. De ahí que haya de afirmarse que el hecho de que la cuestión del compromiso relativo a esos horarios aparezca en el acta de la reunión de la comisión paritaria es solo una cuestión de coincidencia temporal y de constatación documental que sirven para afirmar la existencia del acuerdo y, por ende, el reconocimiento del derecho por parte de la empresa.

Por tanto, bien puede hablarse de un acuerdo no estatutario que incide en un punto no establecido en el convenio colectivo; sin que, no obstante, pueda equipararse la naturaleza de éste con la sus cláusulas. Como tal acuerdo de carácter extraestatutario tiene una naturaleza contractual, con una vida no necesariamente vinculada a la duración del convenio, susceptible de ser alterado por las partes contratantes o por la ulterior negociación de eficacia normativa que eventualmente lo contradiga y deje sin efecto.

Hacemos estas consideraciones a fin de precisar así la declaración del fallo de la sentencia recurrida, tal y como admite la propia parte actora en su escrito de impugnación. No obstante, debe desestimarse el recurso que limita sus motivos a los hasta ahora analizados.".

C-39/09

014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 23/02/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Ramón Martínez Garrido

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO. Convenio colectivo Estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing). DESCANSO SEMANAL. Art. 26: disfrute del descanso semanal de dos fines de semana al mes coincidiendo con disfrute de vacaciones anuales fraccionadas en el mismo mes. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- El presente litigio se ha planteado a propósito a la interpretación que haya de hacerse del art. 26 del III Convenio colectivo Estatal de Telemarketing que, dentro del Capítulo destinado a la regulación del tiempo de trabajo, regula los fines de semana con el tenor literal siguiente:

"Se garantizará a cada trabajador el disfrute de dos fines de semana al mes.

A estos efectos se considera como fin de semana el período de 48 horas comprendido entre las cero horas del sábado y las veinticuatro horas del domingo".

Pretenden los demandantes, ahora recurrentes, que a los trabajadores afectados se les reconozca el derecho a gozar de dos fines de semana de descanso al mes con independencia de que el disfrute de las vacaciones anuales se haga de forma fraccionada. Ello hace referencia a lo dispuesto en el art. 28 del Convenio, según el cual:

"Las vacaciones serán de treinta y dos días naturales.

Se podrán dividir en períodos de siete días continuados, debiéndose disfrutar en período estival, preferentemente, al menos 14 días continuados, respetando las necesidades del servicio.

Podrán disfrutarse cuatro días sueltos, bien de forma separada o conjuntamente, cualquier día laborable del año, de común acuerdo entre empresa y trabajador.

Las vacaciones comenzarán siempre en día laborable para el trabajador.

El período de disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador.

El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute de las vacaciones.

Los trabajadores con contrato temporal de más de cuatro meses e inferior a un año podrán optar entre el disfrute de las vacaciones proporcionales al tiempo trabajado o su liquidación al final del contrato, sin perjuicio de que, en cualquiera de los dos supuestos, el trabajador prefiera que el salario de sus vacaciones le sea prorrateado mensualmente.

Los trabajadores con más de un año de actividad laboral se regirán por el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores.

Si el trabajador causara baja antes del 31 de diciembre del año en que haya disfrutado las vacaciones se le descontará de la liquidación correspondiente el importe de los días disfrutados en exceso.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan".

La empresa demandada ha entendido que esos dos fines de semana de descanso cada mes, no pueden disfrutarse cuando, dentro del mismo mes el trabajador haya hecho uso de una o dos semanas de vacaciones como parte de los 32 días de las vacaciones anuales. Los sindicatos accionantes pretenden tener derecho a esos dos fines de semana de descanso, aún en el supuesto de que en el mismo mes hubieran disfrutado de una o dos semanas de vacaciones.

La sentencia de instancia, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento que había invocado la demandada y, al propio tiempo, desestimó la demanda, argumentando que el precepto convencional que regula el descanso de los fines de semana no se ve conculcado por las vacaciones partidas, pues éstas incluyen en todo caso el correspondiente fin de semana.

SEGUNDO.- Los sindicatos CGT, CCOO y UGT formulan sendos recursos de casación común que contienen todos ellos las mismas censuras jurídicas. Denuncian la infracción del art. 26 del convenio colectivo del sector del telemarketing, bien en relación con los arts. 37.1 y 38 del Estatuto de los trabajadores (recurso de UGT), bien en atención a los arts. 3 y 1281 del Código civil (recurso de CGT y CC.OO.). En todo caso, aun cuando los textos de los escritos de formalización de los recursos no sean idénticos, la coincidencia esencial de sus planteamientos y argumentaciones hace que hayamos de dar respuesta conjunta a los mismos, al no introducirse matices relevantes entre uno y otro.

La cuestión que se somete a nuestro conocimiento ha sido ya objeto de anterior pronunciamiento de esta Sala en las sentencias de 9 y 16 de diciembre de 2009 (rec. 7/2009 y 148/2008). Se trata de pleitos idénticos en los que lo único que cambia es la empresa demandada, siendo los mismos tanto el objeto del proceso, como el resto de las partes litigantes.

Decíamos allí que "*el cuadro normativo de la garantía de dos fines de semana de descanso al mes debe completarse con la consideración de que la distribución del tiempo de trabajo, tal y como está regulado en el convenio colectivo aplicable, no es una distribución regular para todas las semanas*".

Por otra parte, el propio convenio establece en su art. 24 "una cierta acumulación del descanso semanal en periodos de 14 días, de forma que el trabajador ha de disponer de un día de descanso en cada semana, pero puede disfrutar de dos días de libranza la semana en la semana siguiente". A nuestro criterio, el art. 24 del convenio es indisociable de lo que dispone el art. 26, en el que se está regulando "un aspecto normativo concreto y determinado del derecho al descanso semanal, que es el de la determinación de lo días en que el derecho se hace efectivo".

La anterior doctrina no supone la negación de la existencia de dos clases de derecho a descanso - el semanal, con su específica concreción en fines de semana, y el anual-, sino la coordinación de ambos y el necesario ligamen que ha de establecerse entre el descanso y la actividad laboral, de suerte que ésta constituye el presupuesto básico y necesario para el nacimiento del derecho al disfrute de aquél. Es evidente, por otra parte que aquel trabajador que haya tomado dos semanas de vacaciones en un mes ha dejado de trabajar los dos fines de semana comprendidos en el periodo de vacaciones, por lo que añadir otros dos fines de semana en el mismo mes iría contra lo convenido en convenio.

Todo lo dicho supone, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación de los recursos de los sindicatos. Sin costas (art. 233 de la Ley de Procedimiento Laboral).".

945/09

015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 02/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

SOVI.- APLICACIÓN DE LA L.O. PARA LA IGUALDAD. La "cotización asimilada" (112 días por parto) establecida en Ley Igualdad (DA 44ª LGSS) resulta de aplicación al extinguido Régimen SOVI.- Reitera doctrina SSTS/IV 21-diciembre-2009 (rec. 201/2009) y 21-diciembre-2009 (rec. 426/2009), dictadas en Sala General.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora se refiere a la acreditación de cotizaciones al extinguido Régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) a efectos de completar el período mínimo de carencia que se exigía en el mismo para la adquisición del derecho a pensión. Más en concreto, lo que pretende la actora y recurrente en casación es que se le computen como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), introducida por el epígrafe 23 de la Disposición Adicional 18ª de la Ley Orgánica 3/2007 de 22-marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo contenido literal es el siguiente: «*Períodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.*».

2.- Los datos que hemos de tener en cuenta para resolver el presente recurso, tal como constan en el relato fáctico de la sentencia de instancia, incombatidos por el INSS y la TGSS en el recurso de suplicación que frente a ella interpusieron, son los siguientes: a) la actora, nacida el 16-diciembre-1937, tiene acreditados 1.707 días de cotización hasta el 31-diciembre-1966, y el día 18-noviembre-1965 tuvo una hija; b) la demandante solicitó del INSS pensión de vejez SOVI y por resolución de fecha 8-mayo-2007 le fue denegada por no reunir el período de cotización exigible de 1.800 días, sin haber estado afiliada al Retiro Obrero.

3.- Con base en estas circunstancias la actora pretendió el reconocimiento del derecho a percibir la pensión SOVI reclamada, lo que le fue reconocido en la instancia (en sentencia dictada en fecha 3-noviembre-2008 JS/La Rioja nº 2 –autos 691/2007) y confirmado en la sentencia de suplicación ahora recurrida (STSJ/La Rioja 20-febrero-2009 –rollo 55/2009).

4.- El INSS ahora recurrente invoca como contradictoria la STSJ/Aragón 27-mayo-2008 (rollo 433/2008), que se refiere también a la acreditación del período mínimo de carencia exigido por la legislación del SOVI para acceder a la pensión de vejez, e igualmente se pretendía el cómputo de las cotizaciones asimiladas previstas en la nueva DA 44ª de la LGSS ya que la allí actora, nacida el 7-noviembre-1942, había sido madre de tres hijos, acreditando 1.705 días de cotización, pero su pretensión le fue denegada por entenderse no eran computables 112 días de cotización asimilada (DA 44ª LGSS) por el parto del primero de sus hijos.

5.- Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, concurre el presupuesto o requisito de contradicción exigido por el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificadora, porque, tratándose de supuestos sustancialmente iguales, en los que únicamente se cuestionaba el cómputo en el régimen del SOVI de las bonificaciones de cotización por parto previstas a partir de la Ley Orgánica 3/2007 en la DA 44ª de la LGSS, una – la sentencia recurrida – acepta el cómputo y la otra – la referencia- le nieva validez y eficacia, con la contradictoria consecuencia de que, por ello, la primera concede la prestación de vejez SOVI y la segunda la deniega.

SEGUNDO.- **1.-** La cuestión planteada ya ha sido resuelta, a favor de la aplicabilidad al SOVI de la "*cotización asimilada*" (como regla, 112 días por parto) establecida en la Ley para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres y reflejada en la disposición adicional 44 LGSS, en las SSTS/IV 21-diciembre-2009 (rcud 201/2009) y 21-diciembre-2009 (rcud 426/2009), dictadas ambas en Sala General, cuyos razonamientos compartimos y asumimos, siendo del tenor siguiente:

2.- "*La naturaleza jurídica de las pensiones del SOVI ha sido analizada desde antiguo en numerosas ocasiones por esta Sala, afirmándose el ´carácter 'residual' de este régimen de protección, del que deriva su conservación con arreglo a su propia normativa para las situaciones expresamente previstas en las disposiciones transitorias de la LGSS, sin que en principio les sean de aplicación los preceptos dictados para el actual sistema de la Seguridad Social´ (TS 16-3-1992, RCUD 2273/1991), lo que impide que el mismo ´pueda ser considerado como uno más entre los regímenes de Seguridad Social que componen el sistema de la Seguridad Social en su actual configuración, regímenes [los actuales] que se caracterizan por una compartimentación socioeconómica de la población asegurada, que da lugar a diferencias de acción protectora y/o cotización, y no por una segmentación cronológica de la misma ´ (TS 28-5-1993, RCUD. 2201/1992)*".

3.- "*Nuestra doctrina se ha basado siempre en la literalidad de la Disposición Transitoria 2ª.1 de la Ley 24/72, de 21 de junio, que se refería a quienes en fecha 1 de enero de 1967, cualquiera que fuere entonces su edad, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o bien hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, prescribiendo que ´conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social´. En términos sustancialmente iguales se manifiesta la Disposición Transitoria 2ª.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y la Disposición Transitoria Séptima del vigente Texto Refundido 1/1994 de 20 de junio*".

4.- "*Y pese a que hayamos aplicado el régimen de responsabilidad proporcional a las empresas incumplidoras de sus obligaciones de alta y cotización al SOVI producidas a partir del 1 de julio de 1959, aunque sin anticipo de la prestación por parte de la entidad gestora, ello no ha sido óbice para que hayamos reiterado más recientemente que es ´claro que las normas que regulan el otorgamiento de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social y la doctrina que esta Sala ha construido en su aplicación e interpretación no es aplicable a la pensión SOVI´ (TS 16-5-2006, RCUD 3995/2004)*".

5.- "*En esta misma línea interpretativa, cabe citar nuestra sentencia de 25-7-1995 (RCUD 2899/1994), seguida, entre otras muchas, por las de 2-10-1995, 7-12-1995 y 15-11-1996 (RCUD 1137/1995, 1291/1995 y 662/1996), que, al tratar sobre el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, y por razones perfectamente aplicables al presente caso, tampoco considera una prestación del sistema de Seguridad Social a las pensiones del SOVI. A conclusión similar hemos llegado más recientemente aún cuando, matizando doctrina anterior sobre pensiones afectadas por la normativa comunitaria, afirmamos con claridad que ´la carrera de seguro del SOVI se cerró en 31 de diciembre de 1966, de forma tal que las cotizaciones efectuadas al sistema de la Seguridad Social con posterioridad a dicha fecha en ningún caso pueden servir para acceder a la pensión del SOVI´ (TS 29-1-2008, RCUD 5046/2006). Las cotizaciones insuficientes en el período en el que estuvo vigente el SOVI no pueden completarse, en fin, con las efectuadas a otros regímenes después del 1 de enero de 1967 (TS 3-11-2008, RCUD 3948/2007)*".

6.- "*Ahora bien, sin que ello suponga alterar la anterior doctrina hasta ahora reseñada, la cual continua plenamente vigente, a la hora de interpretar la nueva previsión normativa contenida en la vigente DA 44ª de la LGSS, no puede obviarse que la misma ha sido introducida por la Disp. Ad. 18ª.23 por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuya literalidad se ha reproducido en el Fundamento Anterior, lo que obliga a abordar la cuestión suscitada en el litigo desde la perspectiva marcada por dicha Ley*".

7.- "*Su art. 1.1 LOIMH señala la finalidad de la misma es ´hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres…. sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 CE, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria´*".

8.- "*Con ello el legislador nacional dio un decisivo paso adelante en el avance hacia la igualdad real, a la vista de la incapacidad demostrada por las fórmulas tendentes a instaurar exclusivamente la igualdad formal, de suerte que el objetivo de la ley es solventar eficazmente las desigualdades surgidas de una relegación histórica de las mujeres en la sociedad, incluso cuando esa marginación se halla cubierta por una norma. Se supera así el principio de igualdad formal, mayoritariamente alcanzado ya pero claramente insuficiente, y que comporta la prohibición de la discriminación, para acoger el más moderno de igualdad de oportunidades que incluye nuevas instituciones antidiscriminatorias, medidas de acción positiva y el control de la discriminación indirecta, en clara congruencia con los principios y disposiciones de la legislación comunitaria sobre discriminación (en este sentido, art. 3 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, siguiendo la línea iniciada por el art. 5 de la Directiva 43/2000 – para la discriminación racial o étnica - y el art. 7 de la Directiva 78/2000 – para discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación-)*".

9.- "*Como recordaba ya la STC 216/1991, de 14 de noviembre ´la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico –inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho– no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva´. Y, en relación a la LOIMH señala la STC 12/2008, de 29 de enero, que ´el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material´*".

10.- Por su parte, el art. 4 LOIMH señala que "*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*".

11.- "*Los dos preceptos antes trascritos, así como todos los de contenido general del Título I, impregnan cualquiera de las cláusulas del articulado de la Ley, el cual no puede ser interpretado sino a la luz de aquéllos*", añadiendo que "*La LOIMH tiene una naturaleza transversal que impide la catalogación de las normas a las que afecta en el sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la que se hace en la sentencia recurrida. El principio de transversalidad, que se recoge en dicho art. 4 - consagrado también en la normativa europea (gender mainstreaming, definido en el art. 29 de la Directiva 2006/54/CE), se plasma aquí de modo expreso y con vocación de generalidad, como ya hizo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género – con afectación en varias ramas del Derecho-, superando los tímidos intentos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación familiar y laboral de las personas trabajadores, y de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la LOIMH señala: ´la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto´. En suma, todos los ámbitos de actuación están afectados por los principios de la LOIMH y sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no es baladí el hecho de que cuantitativamente el grueso de las normas de la LOIMH pertenecen a dichos campos*"; y concluyendo que "*Por consiguiente, una norma como la analizada – DA 44ª LGSS- exige un canon de interpretación amplio que permita la consecuencia de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional*".

12.- "*La Disp. Ad. 44ª LGSS, introducida por la Disp. Ad. 18ª.23 LOIMH, se refiere a ´cualquier régimen de Seguridad Social´, lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. Y ello porque la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (16 semanas), mientras disfrutan del descanso de maternidad – y así lo contempla el precepto, al excluir de su aplicación a quienes hubieren cotizado por las 16 semanas-. Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina, el juicio sobre el valor de la norma*

encaminada a paliar la discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia".

13.- "*Es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero la lectura de la Disp. Ad. 44ª LGSS … lo que el precepto hace es no excluir expresamente a quienes estuvieron integradas en el SOVI*". Destaca que "*Los cánones interpretativos que venimos indicando hacen que el beneficio otorgado por la DA. 44ª LGSS sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro. La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad*".

14.- "*Por lo demás, las pensiones SOVI tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema, y es éste el de la contributividad el requisito que la Disp. Ad. 44ª LGSS impone, cumplido el cual no se excepcional ninguna de tales pensiones*" y que "*Tras la desaparición del régimen SOVI ha habido disposiciones legales que, pese a dar respuesta a situaciones posteriores, han afectado al modo de configuración de los derechos derivados de aquel extinto régimen. Así sucedió con la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, que si bien, sí es cierto que era una norma expresa, lo que busca era acomoda la nueva realidad social la situación de discriminación real que se derivaba de la configuración de las prestaciones de viudedad tal y como venían establecidas en aquél. En el presente caso, ya hemos dicho que si bien no hay expresa mención al SOVI, la interpretación que ha de hacerse de la Disp. Ad. 44ª LGSS no permite afirmar su exclusión*"; concluyendo que "*Por último, sin prejuzgar aquí la eventual controversia que la aplicación a las pensionistas del SOVI del beneficio puede suscitar cuando los nacimientos se hubieran producido con posterioridad a 1 de enero de 1967 pues no es éste el caso que se resuelve ahora … añadimos a lo dicho que el beneficio otorgado en la Disp. Ad. 44ª se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad – ex Disp. Transitoria 7ª. 3-, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause*".

TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de casación unificadora interpuesto, dado que la buena doctrina es la que se contiene en la sentencia recurrida, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas.".

1490/09

016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 09/03/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

INCAPACIDAD TEMPORAL. ALTA MÉDICA. Alta por la Inspección Médica, por considerar que la IT deriva de contingencias profesionales. Falta de contradicción.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Pontevedra dictó sentencia el 15 de septiembre de 2005, autos 663/04, desestimando la demanda formulada por D. Santiago contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Gallego de Saúde y el Concello de Marín sobre incapacidad temporal, interesando el actor se declare su derecho a permanecer en incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y, subsidiariamente, de enfermedad común, desde el alta médica.

Tal como resulta de dicha sentencia el actor es policía local en el Ayuntamiento de Marín, habiendo iniciado situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común el 7 de abril de 2004, con el diagnóstico de "acoso laboral" (depresión), habiendo procedido la Inspección Médica a darle de alta el 16 de julio de 2004, haciendo constar que considera que el proceso

de IT es motivado por cuestiones laborales, tratándose pues de contingencia profesional y no de contingencia común por lo que, en caso de considerarse incapacitado, deberá dirigirse a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que es la gestora competente en materia de contingencias profesionales. El 19 de julio de 2004 el actor se personó en las dependencias de la Mutua, acompañado por varios compañeros, y la Mutua, tras ponerse en contacto con el Concello, que negó la existencia de contingencia laboral, no expidió parte de baja, basándose en los informes médicos aportados y en que en la entrevista que mantuvo con el trabajador y los compañeros que le acompañaron, no apreció síntomas de depresión. Iniciado expediente de determinación de contingencia el INSS declaró el carácter común de la contingencia, por resolución de 19 de abril de 2005.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 10 de marzo de 2009, recurso 5597/05, desestimando el recurso interpuesto. La sentencia entendió que la recurrente no continua en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común -que era la pretensión principal al haberse aquietado frente a la desestimación de que dicha situación derivaba de accidente de trabajo- ya que, en primer lugar, el "alta de inspección" emitida por la Inspección Médica del Servicio Galego de Saúde no supone un reconocimiento de la situación de incapacidad temporal, sino remisión a la Mutua y, en segundo lugar, no existe ningún dato fáctico en los incombatidos hechos probados del que se puedan deducir las exigencias de imposibilidad para trabajar y de necesidad de asistencia sanitaria, exigidos por el artículo 128 de la LGSS, ya que el único dato que consta es una reunión junto con varios compañeros con la facultativa de la Mutua, que no consideró la existencia de la situación de incapacidad temporal.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 18 de septiembre de 2008, recurso 5583/05.

La letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso debe ser desestimado, por falta de contradicción.

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

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 18 de septiembre de 2008, recurso 5583/05, estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Manuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Pontevedra el 15 de septiembre de 2005, en autos 662/04, declarando el derecho del actor a percibir las prestaciones económicas y asistenciales que corresponden a la situación de incapacidad temporal, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social, al SERGAS, a la Mutua FREMAP y al Concello de Marín, a estar y pasar por dicha declaración y a facilitar las prestaciones económicas y asistenciales que correspondan, dentro del límite de sus respectivas responsabilidades. Consta en dicha sentencia que el actor es policía local en el Ayuntamiento de Marín, habiendo iniciado situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, el 5 de abril de 2004, con el diagnóstico de "born-out" habiendo procedido la Inspección Médica a darle de alta el 16 de julio de 2004, haciendo constar que considera que el proceso de IT es motivado por cuestiones laborales, tratándose pues de una contingencia profesional por lo que, en caso de considerarse incapacitado, deberá dirigirse a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que es la Gestora competente en materia de contingencias profesionales. El 19 de julio de 2004 el actor se presentó en las dependencias de la Mutua, acompañado por varios compañeros y la Mutua, tras ponerse en contacto con el Concello, que negó la existencia de contingencia laboral, no expidió parte de baja. Iniciado expediente de determinación de contingencia el INSS declaró el carácter común de la contingencia, por resolución de 19 de abril de 2005. La sentencia entendió que, a tenor del artículo 1.4 del R.D. 515/97, en redacción dada por R.D. 1117/98, solo los facultativos del Servicio Público de Salud -entre los que se encuentra la Inspección Médica- y los facultativos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos de prestaciones, pueden emitir un alta médica, que debe reunir los requisitos de motivación establecidos en dicho precepto -resultado del reconocimiento médico realizado y causa del alta- sin que ello hubiera ocurrido en el caso enjuiciado, por lo que el alta emitida por la Inspección Médica es nula toda vez que no refleja la causa de la misma, y por ello la situación de la baja médica en la que se encuentra el demandante deriva de enfermedad común, lo que ha sido expresamente reconocido en el procedimiento de determinación de contingencia.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste existen evidentes similitudes. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores con la categoría de policía local del Ayuntamiento de Marín, que inician un proceso de incapacidad temporal, inicialmente calificado de enfermedad común, iniciando dicho proceso en el mes de abril de 2004, el día 7 el trabajador de la sentencia recurrida y el día 5 el de la sentencia de contraste, expidiéndose en ambos casos el alta por la Inspección Médica el día 16 de julio de 2004, presentando la misma exactamente el mismo contenido, a saber, que analizadas las características del proceso de incapacidad temporal y consultados los informes o declaraciones de los facultativos responsables se emite alta cerrando el proceso, por cuanto el mismo es motivado por cuestiones laborales, tratándose pues de una contingencia profesional y no

contingencia común, por lo que, caso de considerarse incapacitado para el trabajo deberá dirigirse a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales por ser la entidad gestora competente en materia de contingencias profesionales. En ambos casos se inició expediente de determinación de contingencia, resolviendo el INSS el 19 de Julio de 2005 que el proceso de IT derivaba de enfermedad común. En ambos supuestos los trabajadores acudieron a la Mutua, que se puso en contacto con el Concello, que denegó la existencia de contingencia laboral, no procediendo la Mutua a expedir parte de baja.

Existen, sin embargo, entre ambas sentencias diferencias relevantes que impiden que pueda apreciarse el requisito de la contradicción exigido por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, mientras en la sentencia recurrida consta que no aparece ningún dato fáctico en los incombatidos hechos declarados probados del cual se puedan deducir las exigencias de imposibilidad para trabajar y de necesidad de asistencia sanitaria -establecidas en el artículo 128 de la LGSS- constando, por contra, la reunión del trabajador demandante junto con varios compañeros con la facultativa de la Mutua que no consideró la existencia de incapacidad temporal basándose en los informes médicos aportados y en que en la entrevista, que duró aproximadamente una hora, no apreció en el demandante datos clínicos de depresión -fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia al que se remite la recurrida- por lo que no existen motivos para mantener la situación de incapacidad temporal, tales datos no constan en la sentencia de contraste, que si bien constata la reunión del trabajador demandante con la facultativa de la Mutua, no contiene dato alguno referente a que ésta se basara en informes médicos y en la entrevista mantenida con el trabajador para apreciar que no concurría la situación de incapacidad temporal, limitándose a señalar que la Mutua no expidió parte de baja derivado de contingencias profesionales. Por otro lado, la sentencia de contraste razona que el parte de alta emitido por la Inspección Médica es nulo, toda vez que no refleja la causa de la misma, cuestión que no ha sido examinada por la sentencia recurrida. Por todo ello, aunque las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes no son contradictorias, lo que en este trámite procesal conduce a la desestimación del recurso formulado.".

4084/08

017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 11/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Fernando de Castro Fernández

Síntesis

TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS. Se consideran como tales los trabajadores contratados por la Comunidad de Madrid en sucesivas ocasiones bajo la modalidad de Obra o servicio determinado para la prevención y extinción de Incendios forestales. Necesidad reiterada en el tiempo aunque intermitente.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** 1.- La STSJ Madrid 22/10/08 [rec. 2576/08] desestimó el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid frente a la sentencia que con fecha 18/03/08 [autos 1022/07] había sido pronunciada por el Juzgado de lo social nº 30 de los de Madrid, acogiendo la demanda planteada y declarando que los accionantes ostentaban cualidad de trabajadores fijos discontinuos, a pesar de haber sido contratados bajo la modalidad de obra o servicio determinado en sucesivas campañas anuales de Incendios Forestales de la Comunidad de Madrid [INFOMA].

2.- La decisión se recurre por la demandada, que invoca como contradictoria la STSJ Madrid 18/09/06 [rec. 1888/06] y denuncia la infracción de los arts. 12.3 y 15 ET, en relación con el art. 20.1 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid y el art. 1 RD 2720/1998 [18/Diciembre].

3.- Concurre el requisito de contradicción que para la viabilidad del recurso de casación unificadora establece el art. 217 LPL, como informa el Ministerio Fiscal, pues en ambas decisiones contrastadas se debaten contrataciones realizadas por la misma Comunidad Autónoma [Madrid], con igual modalidad contractual [obra o servicio determinado] y para idéntica actividad [vigilancia, control, detección y extinción de incendios], llegando una y otra a diferente conclusión, pues en tanto la decisión recurrida considera que la naturaleza del contrato es la de fijo discontinuo, la de contraste entiende que si bien la actividad puede ser cíclica y anual, sin embargo la contratación no tiene que ser permanente, ya que pueden variar las planificaciones en cada temporada, por lo que califica como lícita la utilización del sistema de contratación temporal por servicio determinado.

4.- Se deriva de la anterior exposición que la cuestión a dilucidar en las presentes actuaciones es la relativa a si la sucesiva –anual– contratación de trabajadores por parte de la Administración pública, para atender obligaciones que están dentro de sus permanentes competencias pero que se manifiestan en periodos anuales concretos, puede ser válidamente instrumentada a través

de contratos para obra o servicio determinado, o si contrariamente la naturaleza jurídica de la relación debe calificarse fija discontinua.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter general se ha sostenido –para las Administraciones Públicas– que no es viable la contratación para obra o servicio si no se trata de una actividad ocasional o singular, si no nos encontramos ante una actividad ordinaria permanente, porque en tal supuesto no se cumple uno de los requisitos legales exigidos a la contratación para obra o servicio determinado, que prescribe la duración limitada aunque incierta de la obra o servicio al que se incorpora el trabajo contratado (valgan de ejemplo las SSTS 07/07/03 –rcud 4185/02–; 21/10/04 –rec. 4921/03–; 01/04/09 –rcud 3833/07–; y 10/11/09 –rcud 313/09–). Y aunque excepcionalmente, para ciertos planes o programas públicos singulares u ocasionales, sí se ha reconocido en principio la existencia de obra o servicio determinado de duración limitada, como los de prevención de incendios (de ello trataremos más adelante), los que consisten en organizar y gestionar campamentos infantiles de verano (STS 23/09/97 –rcud 289/97–), las guarderías para campañas de aceituna (SSTS 10/12/99 –rcud 415/99–; y 30/04/01 –rcud 4149/00–), las ayudas a domicilio (SSTS 11/11/98 –rcud 1601/98–; 18/12/98 –rcud 1767/98–; y 28/12/98 –rcud 1766/98–), y las actividades formativas del INEM (aparte de otras anteriores, SSTS 25/01/94 –rcud 2818/91–; 10/11/94 –rcud 593/94–; y 07/05/98 –rcud 2709/97–), de todas formas se ha declarado que la admisión de esta modalidad contractual en supuestos que se reiteran periódicamente no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración (SSTS 10/04/02 –rcud 2806/01–; 07/07/03 –rcud 4185/02–; 25/11/03 –rcud 1356/03–; y 22/03/04 –rcud 349/03–). Por ello, cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, incluso pese a la existencia de una subvención, pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones y que la financiación de los servicios obligatorios no revela que el servicios sea temporal por naturaleza, ni justifica por si sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos (entre las últimas, SSTS 07/07/03 –rcud 4185/02–; 25/11/03 –rcud 1356/03–; y 22/03/04 –rcud 349/03–).

2.- De otra parte, es afirmación jurisprudencial que el objeto de la modalidad contractual de trabajos fijos de carácter discontinuo está separada de los contratos eventuales o por obra o servicio determinados por una línea divisoria sutil, de modo que si la naturaleza del trabajo es ocasional, imprevisible, esporádico o coyuntural, los contratos temporales serán idóneos para su cobertura; pero si el trabajo se reitera en el tiempo de una manera cíclica o periódica, debe ser proveído con la modalidad de contrato para trabajos fijos de carácter discontinuo, no siendo admisible su cobertura por contratos temporales. Como recuerda la STS 05/07/99 –[rcud 2958/98–], haciendo suyas las palabras de la STS 26/05/97 –rcud 4140/96– «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 períodos limitados». Será posible –pues– la contratación temporal cuando 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» (en términos parecidos, aparte de otras muchas más antiguas, SSTS 30/05/07 –rcud 5315/05–; 26/05/08 –rcud 3802/06–; 21/01/09 –rcud 1627/08–; 14/07/09 –rcud 2811/08–; y 15/09/09 –rcud 4303/08–).

TERCERO.- 1.- Tal como hemos adelantado, en el concreto supuesto de prevención y extinción de incendios forestales durante la época estival, la Sala había mantenido que tal actividad no se configuraba como una actividad fija y periódica discontinua, sino que resultaba plenamente subsumible en el contrato temporal para obra o servicio determinado. Y se argumentaba al efecto la dependencia presupuestaria [disponibilidades anuales], la posible variación de las planificaciones anuales [en atención a las características de cada temporada] e incluso la suficiencia que habían de acreditar los interesados en las pruebas físicas y de otro orden previstas en las respectivas bases de convocatoria (así, las SSTS 10/06/94 –rcud 276/94–; 03/11/94 –rcud 807/94–; 10/04/95 –rcud 1223/94–; y 11/11/98 –rcud 1601/98–). Pero tal criterio fue rectificado por la Sala en sentencia de 14/03/03 [–rco 78/02–], para la que «La naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control».

2.- Esta última doctrina es la que se ha seguido en reciente sentencia de 19/01/10 [–rcud 1526/09–] y la que igualmente hemos de reproducir en ésta, con la precisión –oportunamente traída a colación por el Ministerio Fiscal– de que esta conclusión es perfectamente compatible con el criterio sustentado por la Sala en los supuestos de adjudicación del servicio contra incendios a la

empresa «Transformación Agraria, S.A.», pues –a diferencia del caso de que tratamos– en aquéllos «existe para TRAGSA una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente ... mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollando» [STS 06/06/08 –rcud 5117/06– y todas las que en ella se citan].".

2244/09

018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/03/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

CONTRATO DE RELEVO. REINTEGRO DE PRESTACIONES. La obligación de reintegrar a la Seguridad Social el importe de la pensión del trabajador jubilado parcialmente no supone sanción, sino un acto de gestión. El plazo de contratación del trabajador relevista –quince días- es imperativo y obliga a la empresa a actuar con la diligencia necesaria para cumplirlo. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** 1.- El presupuesto fáctico objeto de enjuiciamiento –conforme al relato de hechos declarados probados– es el que sigue: a) con efectos de 01/05/04 le fue reconocida Jubilación parcial a un trabajador de la empresa recurrida; b) para sustituirle, la empresa celebró con una trabajadora contrato de relevo el mismo día (01/05/04); c) la relevista solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006; d) el 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008; e) en ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista; f) El INSS dictó una primera resolución reclamando a la empresa el abono de la prestación desde el 1 de mayo al 28 de septiembre de 2006, así como una segunda resolución reclamando las cuantías correspondientes al tiempo de excedencia, en concreto desde el 29 de septiembre de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007.

2.- Impugnadas ambas resoluciones por la empresa, la sentencia de instancia ha entendido que la licencia sin sueldo no puede equipararse a cese, al contrario de lo que sucede con la excedencia voluntaria, por lo que la empresa sólo tenía obligación de contratar a un nuevo relevista durante el segundo periodo referido, por lo que estima parcialmente la demanda, anulando la primera de las resoluciones del INSS.

3.- Impugnada la sentencia de instancia por la empresa demandante, la sentencia recurrida –revocando la de instancia- anula la segunda resolución del INSS que declaró a la empresa responsable del pago de la prestación de jubilación parcial abonada a un trabajador durante los periodos de tiempo correspondientes a la excedencia voluntaria de la trabajadora relevista, al no sustituirla por otro trabajador en el plazo de los quince días siguientes al inicio de la excedencia. La Sala de suplicación fundamenta su decisión en que no resulta de aplicación una norma de naturaleza sancionadora como es la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, sosteniendo que carece de respaldo legal y vulnera los derechos de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la C.E.), al no limitarse a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidas en la ley, sino que por el contrario, regula la materia sin sometimiento a directriz legal previa en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras.

4.- El INSS recurre en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de la DA Segunda –apartado 4– del RD 1131/2002 [31/Octubre], en relación con los arts. 12.6 ET, 166 LGSS y 25.1 CE. Y señala como sentencia de contraste la STJ País Vasco 15/11/05 [rec. 1684/05].

5.- Dicha sentencia de contraste, desestima la demanda de la empresa, en la que se solicita se deje sin efecto la reclamación de la Entidad Gestora de la cantidad abonada a un trabajador en concepto de jubilación parcial, por no haber cumplido en el plazo la obligación de contratar un relevista, respecto a un periodo durante el cual aquel no prestó trabajo por haberse producido una "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo. El recurso se basa en la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que previene que en el caso de cese del trabajador relevista, el empresario debe sustituirlo en plazo no superior a quince días laborales, y que si no cumple esa obligación, deberá abonar a la Seguridad Social el importe de la prestación de jubilación parcial devengada desde aquel momento hasta que el pensionista acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. La Sala de suplicación aplica la norma reglamentaria, precisando que la misma no faculta al INSS para ejercitar potestad sancionadora alguna, lo que conllevaría su nulidad por vulnerarse en tal caso los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas, recogidos expresamente en el artículo 25.1 de la C.E., sino para realizar un acto de gestión en

materia de Seguridad Social, en ejercicio de los derechos que le corresponden, como consecuencia del incumplimiento por el empresario de las condiciones establecidas en el artículo 12.6 del ET para que sus consiguientes beneficios para ambas partes de la relación y quebranto económico para la Entidad Gestora de la prestación.

6.- Se cumple adecuadamente la exigencia que impone el art. 217 LPL –como requisito de viabilidad para el RCUD– -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, lo que ha de verificarse por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 –rcud 1219/08–; 13/10/09 –rcud 3568/08–; 13/10/09 –rcud 4174/08–; 15/10/09 –rcud 2553/08–; y 09/11/09 –rcud 3747/08–). Y se cumple la exigencia, porque –a diferencia de la sentencia recurrida– la decisión de contraste considera que el precepto de cuya interpretación tratamos –DA Segunda RD 1131/2002– no comporta el ejercicio de facultad sancionadora alguna, sino un acto de gestión en materia de Seguridad, y el plazo de quince días es un término inexorable que obliga al empresario a actuar con la mayor diligencia en orden a la contratación del trabajador relevista; y condena al reintegro de la pensión en supuesto de básica identidad con el de autos. Y sin que a ello obste que en la sentencia recurrida se plantea el debate en relación con un periodo de excedencia voluntaria, y esta no es la situación abordada en la sentencia de contraste, que analiza un supuesto de "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo, pues esta diferencia no puede estimarse relevante, primero porque en la sentencia recurrida no se sostiene que la excedencia no constituya cese, centrándose la decisión en la ilegalidad-inconstitucionalidad de la norma reglamentaria aplicada por la Administración de la Seguridad Social; y en segundo lugar, porque como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de julio de 2009 (rec. 3147/08), analizando un supuesto de excedencia, ha llegado a la conclusión de que el mismo es equivalente al cese, además de poner de manifiesto el evidente carácter sancionador y de medida antifraude de la norma reglamentaria, pero sin plantear ninguna cuestión de adecuación de la norma a la Constitución o a la legalidad ordinaria.

SEGUNDO.- Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2010 (rec. 2334/2009), dictada en supuesto sustancialmente idéntico, lo que impone por un principio básico de seguridad jurídica, que igual solución haya de darse al supuesto ahora enjuiciado:

"(…) 1.- No compartimos el criterio de la decisión recurrida, cuando afirma que la previsión contenida en el apartado 4 de la DA Segunda del RD 1131/02 ostenta naturaleza sancionadora, de forma que al carecer de cobertura con rango de Ley incurre en vicio de *ultra vires*, a la par que infringe los principios de legalidad y tipicidad, y desconoce las garantías de los arts. 24 y 25.1 CE.

2.- Ciertamente hemos de reconocer que esa naturaleza fue la que esta Sala le atribuyó en dos ocasiones [sentencias de 23/06/08 –rcud 2335/07– y 16/09/08 –rcud 3719/07–] al examinar supuestos de simultánea extinción del contrato de trabajo de relevista y jubilado parcial en el marco de un ERE [en las otras dos ocasiones en que se planteó el mismo tema, ninguna afirmación se hizo sobre su naturaleza: SSTS 29/05/08 –rcud 1900/07– y 23/06/08 –rcud 2930/07–]. Pero no lo es menos que ese parecer fue parcialmente corregido –aunque sin negar expresamente su cualidad antifraude– cuando afirmamos que la DA 2ª RD 1131/2002 «constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste» (SSTS 08/07/09 –rcud 3147/08–; y 09/07/09 –rcud 3032/08–). Y en la presente ocasión vamos más lejos, afirmando ya con toda rotundidad que la norma de que tratamos no tiene finalidad punitiva.

(…) A esa conclusión nos lleva el primer canon interpretativo –de entre los previstos en el art. 3 CC–, que es el «sentido propio de sus palabras» (recientemente, SSTS 04/05/06 –rec. 2782/04–; 13/03/07 –rco 39/06–; 31/10/07 –rcud 4181/06–; 27/05/08 –rcud 4775/06–; y 11/02/09 –rcud 450/08–), pues la norma de que tratamos afirma que «en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario *deberá abonar* a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada». Y la expresión «deberá abonar» sitúa la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no represivos, de manera que no establece –las palabras empleadas lo evidencian– ninguna suerte de sanción que *pueda o deba* imponer el INSS, sino un efecto –legalmente delimitado– para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir un contrato –el de relevo– que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste; consecuencia aquélla que más bien se aproxima a un reintegro de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba, lo que aleja el supuesto del ejercicio del *ius puniendi*; porque, en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída *ex* arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET, y que era requisito *sine qua non* para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto –contratar un relevista en los términos legalmente previstos– de lo que se presenta como un negocio a tres bandas [INSS, beneficiario de la prestación y empresario]; pero nunca como un «castigo» al incumplidor.

(…) En esta línea ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse sanciones administrativas cualesquiera formas de reacción frente a conductas ilícitas; en efecto, ante las mismas, el ordenamiento jurídico puede establecer meramente un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas [reintegro de la prestación] alterado por acción u omisión [en este caso demora en la contratación del relevista], porque en sentido técnico, la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares. Así la ha entendido la jurisprudencia constitucional al sostener que la «finalidad represiva, retributiva o de castigo» es específica de las sanciones [Sentencias 239/1988, de 14/Diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13/Noviembre, FJ 4; y 132/2001, de 8/Junio, FJ 3], afirmando concretamente la más reciente 276/2000 [16/Noviembre; FJ 3] que «ni el "nomen iuris" empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables [SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, FJ 3]. Y que –por más que resulte significativa–, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata … se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos [STC 239/1988, FJ 2; ATC 323/1996, FJ 3]… Y es que … el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuiciamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse [SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2]»".

TERCERO.- 1.- Así, como concluye la referida sentencia, la inmediata derivación de este planteamiento –inexistencia de sanción– es que la DA Segunda RD 1331/02 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla [los preceptos antes referidos], ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora ya desde la STC 18/1981 [8/Junio].

2.- Sentado lo anterior, en el supuesto presente (en que la cuestión objeto de recurso queda centrada y limitada a la interpretación de la referida Disposición Adicional segunda, punto 4 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, y en concreto en determinar si contiene una sanción, o si su previsión no puede ser calificada de tal y es sólo un acto de gestión de prestaciones de jubilación parcial); hemos de acoger la infracción que se denuncia de la tan repetida Disposición Adicional, puesto que para sustituir al trabajador parcialmente jubilado en 01/05/2004, la empresa recurrida contrató a una trabajadora mediante contrato de relevo. Dicha trabajadora (relevista) solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006, y el 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008; en ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista. Ello motiva que esté justificada la declaración de responsabilidad llevada a cabo por el INSS.

3.- Entiende esta Sala del Tribunal Supremo, que frente a este objetivo incumplimiento no cabe argumentar –como la sentencia recurrida hace– que se trata de una obligación de medios que no de resultado y que la empresa ha de verse exonerada de toda responsabilidad por el hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo.

Así lo consideramos, porque el compromiso que el empresario adquiere en la jubilación parcial de uno de sus empleados es que al mismo tiempo haya de concertar el contrato de relevo, y los términos categóricos con los que la ley se manifiesta [«siempre que con carácter simultáneo se celebre», en la dicción del art. 166.2 LGSS; «la empresa deberá concertar simultáneamente», al decir del art. 12.6 ET; «si… se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo… los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de quince días naturales», conforme a la DA Segunda RD 1331/02], evidencian una imperatividad que apunta a una obligación de resultado, siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato. Diligencia que no apreciamos –sin más– en el hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo –quince días– legalmente previsto (STS. 09/02/2010 –rec. 2334/2009).".

2149/09

019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Fernando de Castro Fernández

Síntesis

INCAPACIDAD PERMANENTE. FIJACIÓN DE LA BASE REGULADORA. Tratándose de trabajador al que se le extingue el contrato en situación de Incapacidad Temporal y pasa a ser abonada la prestación por el INSS, sin obligación de cotizar, el periodo no cotizado se cubre con bases mínimas, sin que quepa aplicar la doctrina del «paréntesis». Reitera constante doctrina.

Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- 1.- La cuestión sometida a debate en las presentes actuaciones es la relativa a la determinación de la base reguladora [BR] de la prestación por Incapacidad Permanente [IP] en aquellos supuestos en que el trabajador inicia situación de Incapacidad Temporal [IT] –por enfermedad común– durante la vigencia de la relación laboral y persiste en ella tras la extinción de su contrato, pasando a percibir el correspondiente subsidio a través de pago directo del INSS.

2.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Santiago de Compostela en 07/11/07 [autos 537/05], desestimó la demanda interpuesta y confirmó el criterio de la EG, por limitar la aplicación –pretendida por el beneficiario– de la doctrina del «paréntesis» a los supuestos de Invalidez Provisional [IPV] e IT prorrogada, y considerar –como había resuelto el INSS– que procedía integrar la laguna cotizatoria en la forma prevista por el art. 140.4 LGSS. Decisión que revoca la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 03/04/09 [rec. 528/06], que para justificar la utilización de la indicada técnica –«paréntesis»– argumenta la STS 21/09/06 [–rcud 2183/05–].

3.- Se recurre por el INSS en unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 140.4 LGSS y señalando como referencial de contraste la STS Castilla y León 19/11/05 [rec. 2020/05]. Decisión ésta que contempla supuesto idéntico al de autos [trabajador al que se le extingue el contrato de trabajo estando en situación de IT y pasa al pago directo de prestaciones por el INSS, sin cotización alguna hasta la declaración de IP] y que resuelve en forma diversa a la de la recurrida [integra lagunas cotizatorias con las bases mínimas]. Con lo que se cumple adecuadamente la exigencia que impone el art. 217 LPL –como requisito de viabilidad para el rcud– -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, consistente en pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 –rcud 4174/08–; 15/10/09 –rcud 2553/08–; 09/11/09 –rcud 3747/08–; 30/11/09 –rcud 4161/08–; y 10/02/10 –rcud 194/09–).

SEGUNDO.- 1.- La doctrina de la Sala –destacadamente consolidada– determinan la estimación de un recurso que incluso cuenta con el apoyo, todo hay que decirlo, de la sentencia en la que se ha basado la decisión recurrida.

2.- Ello es así, porque es constante afirmación nuestra que la función de la llamada doctrina del «paréntesis» –en lo que se refiere a la determinación de la BR– no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas de cotización que pueden producirse en la carrera de seguro de un trabajador por razones ajenas a su voluntad, dado que ello ya ha sido remediado por el legislador con la regla del art. 140.4 LGSS [integración de los vacíos de cotización por la base mínima], sino que su cometido se limita a los supuestos de IPV e IT prorrogada más allá del plazo en que hay que cotizar [la prórroga de IT del art. 131 bis 2 LGSS], pero no a los restantes casos, porque el mecanismo corrector se articula en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación de un término en sí mismo tan equívoco como es el de «hecho causante», sin que pueda «extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario», que son atendidas por la regla general del art. 140.4 LGSS, y no por la doctrina del «paréntesis», que de ser utilizada con generalidad quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la BR (SSTS 01/10/02 –rcud 3666/01–, dictada en Sala General ... ; 25/10/02 –rcud 1/02– ... 14/06/06 –rcud 4375/04–; 21/09/06 –rcud 2183/05–; y 26/12/07 –rcud 4112/06–).

3.- Más concretamente, para el singular supuesto de autos, de trabajador cuyo contrato se extingue en situación de IT y que sin solución de continuidad pasa a percibir una prestación definitiva de otra naturaleza [no alcanzando –por consiguiente– la situación real de desempleo], hemos entendido con reiteración que el art. 222.1 LGSS [redacción dada por la Ley 24/2001, de 27/Diciembre] sólo contempla la cotización de la EG de las prestaciones por desempleo para quien accede de la IT al desempleo, pero no la de quien pasa directamente a la IP, en cuyo caso la cotización es inexistente [así se deduce de la EM de la citada Ley],

por lo que siendo inaplicable la técnica del «paréntesis», «la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora se computen las bases mínimas conforme al art. 140.4 LGSS»; y además hemos proclamado que esa diferente regulación de los supuestos a efectos cotizatorios durante la situación de IT [distinguiendo entre IT seguida de desempleo e IT que pasa directamente a IP] no es discriminatoria (así, SSTS 05/07/07 –rcud 689/06–; 05/07/07 –rcud 3402/06– .... 05/11/08 –rcud 802/07–; 25/02/09 –rcud 1877/08–; y 26/05/09 –rcud 2410/08–).

4.- Indicábamos al inicio de esta fundamento jurídico que la STS 21/09/06 [–rcud 2183/05–] no solamente no abona la tesis de la recurrida, sino que –antes al contrario– refuerza el planteamiento de la decisión de instancia y el recurso de la EG. En efecto, tras señalar en aquélla los orígenes de la doctrina del «paréntesis» [con la STS 07/02/00 –rec. 109/99–, pronunciada por el Pleno de la Sala] y la circunstancia de que posteriormente la técnica se hubiese aplicado extensivamente a las situaciones de desempleo involuntario [cuando no media obligación cotizatoria a cargo del INEM], finalmente destacábamos que «la jurisprudencia más reciente limita la aplicación del "paréntesis" a los exclusivos supuestos de IPV e IT prorrogada»; y reproducíamos al efecto –literalmente– la argumentación expuesta en el apartado 2 de este propio fundamento, citando –precisamente– las mismas sentencias de esta Sala que en el mismo apartado hemos relacionado; para llegar a la conclusión que la técnica de que tratamos era inviable en supuesto –incluso– de IPV no precedente a la declaración de IP.".

2921/09

020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/03/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

MINERÍA DEL CARBON. PREJUBILACIONES: AYUDAS. Interpretación art. 9 Real Decreto 808/2006 de 30-junio (ayudas prejubilaciones empresas mineras del carbón): si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o de la media de las bases normalizadas, conforme al primer párrafo del art. 9.4º, resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del art. 9.4º y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse.- Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora es de estricta interpretación jurídica consistente en la determinación del papel que juegan los distintos topes establecidos en los párrafos primero y segundo del art. 9.4º del Real Decreto 808/2006 de 30-junio (en el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones, destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón), en orden a la fijación del importe final de la "*cantidad bruta garantizada*" en concepto de ayudas a cargo del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras.

2.- Las referidas ayudas están encuadradas en el marco de los planes de reestructuración y racionalización de la actividad de determinadas empresas mineras de carbón, los que podrán llevar asociadas la concesión de ayudas por costes laborales, destinadas a financiar procesos de reducción de plantilla mediante prejubilaciones, estableciéndose que "*estas ayudas se realizarán mediante la subrogación por parte del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras (en adelante Instituto), en las obligaciones indemnizatorias adquiridas por la empresa minera de carbón con sus trabajadores, como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo, de acuerdo con el procedimiento y sujeción a los requisitos y límites establecidos en este Real Decreto*" (art. 2.1 y 2 Real Decreto 808/2006).

3.- En los extremos que más directamente nos afectan del cuestionado art. 9 del Real Decreto 808/2006, relativo a la "*cuantificación de las ayudas*", se establece que "*A efectos del pago de las ayudas por costes laborales por prejubilaciones, el Instituto asumirá las obligaciones indemnizatorias de las empresas como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo, con arreglo a los siguientes criterios de cuantificación:*

1º Serán objeto de ayuda por costes laborales las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores que extingan su contrato de trabajo como consecuencia de un plan de reestructuración y racionalización de las empresas y reúnan los requisitos para su incorporación al plan de prejubilación, hasta alcanzar los sesenta y cinco años de edad equivalente (edad de acceso a la jubilación ordinaria).

2º Estas ayudas garantizarán el reconocimiento del 80 por 100 de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta, considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación a la prejubilación con el prorrateo de pagas extraordinarias. A estos efectos, se considerarán como efectivamente trabajados los meses en los que se haya trabajado, al menos diecinueve días, incluidas las vacaciones disfrutadas y los permisos retribuidos ….

3º Al importe de la cantidad bruta garantizada, se le incrementará, en concepto de compensación por la renuncia al vale del carbón, la cantidad de 216,36 €, en cómputo anual.

4º La cantidad bruta garantizada, excluido el importe correspondiente al vale del carbón, no podrá exceder, en ningún caso, el importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del Régimen General de la Seguridad Social vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral, ni ser inferior al 80 por 100 de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado el trabajador en el período de los seis últimos meses anteriores a la fecha de extinción.

No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo, no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8 por 100 del 80 por 100 del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración. A estos efectos, se computarán los meses con quince o más días trabajados, incluidas vacaciones disfrutadas y los permisos retribuidos".

SEGUNDO.- 1.- La sentencia ahora recurrida en casación unificadora (STSJ/Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 17 de junio de 2009 –rollo 0861/2009), revocando la sentencia de instancia estimatoria de la demanda (SJS nº 1 de Ponferrada de fecha 24-febrero-2009 –autos 221/2008), estima el recurso de suplicación formulado por la representación del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (Instituto para la reestructuración de la Industria de la Minería y el Carbón y Desarrollo alternativo de las Comarcas Mineras), desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra; interpreta el cuestionado art. 9 del Real Decreto 808/2006 afirmando que, si bien en su apartado cuarto consta de dos párrafos aparentemente contradictorios, "*no existe en realidad contradicción entre los dos párrafos porque el primero no establece la cuantía concreta de la cantidad bruta garantizada sino solamente los topes máximo y mínimo de la misma, y el párrafo segundo complementa el anterior al decir que ´no obstante´ la cantidad bruta garantizada según el procedimiento establecido en el párrafo anterior ´en todo caso´ no podrá desviarse en más o menos de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores lo que significa que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y normalizada conforme al primer párrafo excediera más del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador habría de reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior habría de incrementarse*", concluyendo que ello no significa variar de contenido el párrafo primero sino completarlo en el sentido de que no obstante lo que resulte del calculo conforme al párrafo primero ´en todo caso´ la cantidad no podrá exceder del 8% del 80% del salario medio, limitación que además tiene por objeto evitar el absurdo que supondría que el actor percibiera en situación de prejubilación una mayor cantidad que la que percibía como salario medio estando en activo.

2.- La sentencia invocada como de contraste por el beneficiario ahora recurrente en casación unificadora (STSJ/Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 14-mayo-2008 –rollo 259/2008), interpreta, en esencia, que los topes máximo y mínimo del segundo párrafo del art. 9.4º del Real Decreto 808/2006 serán siempre los primeros topes aplicables para fijar la "*cantidad bruta garantizada*" por referirse a los salarios reales y que, por su parte, los topes máximo y mínimo del primer párrafo del referido art. 9.4º, por referirse a las bases de cotización, siempre se aplicarán con posterioridad. Se argumenta, en síntesis, que "*la operación consistirá en fijar primero el salario promedio de los seis últimos meses y después en comprobar si dicho salario se desvía del promedio de los doce últimos meses en mas de un 8 % aplicando el tope correspondiente si así fuese*" y que "*a continuación habrán de aplicarse los topes máximo y mínimo de cotización de cotización sobre la cantidad resultante, de manera que no puede excederse la base máxima de cotización por accidentes de trabajo ni puede bajarse respecto del 80 % de la base normalizada de cotización promedio*"; concluyendo que "*ello quiere decir que existen dos topes concurrentes, tanto por arriba como por abajo*" y que "*en todo caso habrá de aplicarse el mayor de los dos topes inferiores y el menor de los dos inferiores, que es la única forma lógica de coordinar la aplicación simultánea de ambos*".

3.- Concurre 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 y no cuestionándose en ninguna de las referidas resoluciones discrepancia alguna sobre la cuantía del salario percibido ni respecto de las bases normalizadas de cotización en los periodos computables, 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.

TERCERO.- 1.- El beneficiario recurrente en casación unificadora invoca como infringido por la sentencia de suplicación impugnada el art. 9 del Real Decreto 808/2006 de 30-junio; oponiéndose a la estimación del recurso la Abogacía del Estado y en el mismo sentido se manifiesta el Ministerio Fiscal en su informe.

2.- La calidad normativa del cuestionado art. 9 del Real Decreto 808/2006 de 30-junio es deficiente al contener una primera regla de fijación de la "*cantidad bruta garantizada*" de las ayudas en su nº 2 para luego, en su complejo nº 4 y en párrafos distintos, fijar una serie de topes máximos y mínimos relativos unos a bases de cotización y otros a promedios salariales que incluso establece una determinación temporal distinta de la tenida en cuenta para la fijación de la inicial "*cantidad bruta garantizada*", lo que puede justificar distintas tesis interpretativas, como las formuladas en las sentencias que han sido objeto de comparación, ambas de la misma Sala de lo Social; si bien posteriormente, con una loable finalidad unificadora la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia, constituida en Sala General, resolvió en posteriores sentencias seguir el criterio mantenido en la resolución ahora recurrida en casación unificadora.

3.- Entendemos, como señala esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de fecha 5 de octubre de 2009 –recurso 4035/2008- que: "(…) el criterio correcto es el contenido en la sentencia recurrida, partiendo: **a)** por una parte, de la previsible finalidad normativa derivada de los topes salariales establecidos en el párrafo segundo del citado art. 9.4ª tendente a evitar que se produzcan posibles incrementos excesivos en las retribuciones de los últimos seis meses, -- que es el periodo temporal tenido en cuenta en el art. 9.2º para fijar la inicial "*cantidad bruta garantizada*" ("*Estas ayudas garantizarán el reconocimiento del 80 por 100 de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta, considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación a la prejubilación con el prorrateo de pagas extraordinarias …*") --, con respecto a las retribuciones de los doce últimos meses, que es tope ex párrafo segundo del art. 9.4º ("… *no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8 por 100 del 80 por 100 del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración*"), por lo que en tales supuestos de incremento salarial comparativo en ambos períodos, como resulta en el caso ahora enjuiciado, es de aplicación el tope del 8 % sobre los doce meses; y **b)** por otra parte, del expreso y terminante tener literal de la primera frase del citado párrafo segundo del art. 9.4º, al disponer, cerrando la normativa relativa a los diversos tipos de tope que establece, que "*No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo …*", lo que no deja margen suficiente para llegar a entender, como efectúa la sentencia de contraste, que los topes del segundo párrafo del art. 9.4º deban serán siempre los primeros topes aplicables por referirse a los salarios reales y que los topes del primer párrafo del referido art. 9.4º, por referirse a las bases de cotización, siempre se aplicarán con posterioridad, sino que, como informa el Ministerio Fiscal, el orden de aplicación de los topes es el resultante del propio art. 9.4º, primero los del párrafo primero del art. 9.4º y una vez establecida la cuantía conforme a ellos, se debe aplicar, en su caso, el límite que aparece en el segundo párrafo, al decir "*no obstante*", y esa cantidad así calculada "*no podrá desviarse en ningún caso*" de la banda que al alza o a la baja con un margen de desviación del 8 % del 80 % del salario medio".

4.- Lo que, en definitiva, comporta que lo que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima ("*no podrá exceder, en ningún caso, el importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del RGSS vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral*") y/o de la media de las bases normalizadas ("n*i ser inferior al 80 por 100 de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado el trabajador en el período de los seis últimos meses anteriores a la fecha de extinción*"), conforme al primer párrafo del citado art. 9.4º, resultara que así calculada ("*No obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo, no podrá desviarse …*") excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador ("*, no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8 por 100 del 80 por 100 del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración*"), entran en juego los topes del párrafo segundo del art. 9.4º y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse.

5.- Por todo lo expuesto, y dado que esta Sala ya ha sustentado el criterio expuesto, entre otras, en la STS/IV 21-septiembre-2009 (recurso 64/2009), y 5-octubre-2008 (recurso 4035/2008), procede la desestimación del recurso de casación unificadora formulado por el beneficiario, confirmando la sentencia de suplicación impugnada; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).".

4116/08

021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez

Síntesis

MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO, sin cumplir las formalidades establecidas en el art. 41 del ET. Debe decidirse en proceso ordinario, por lo que contra la decisión de instancia cabe recurso de suplicación. En cuanto al fondo, falta de contradicción.

Fundamentos de Derecho:

" PRIMERO.- El proceso de origen fue incoado a instancia de 19 trabajadores de "Sogecable, S.A.", en solicitud de que se declarara la nulidad de la medida empresarial consistente en modificar los horarios de trabajo, modificación ésta que los actores consideraban no ajustada a derecho porque se adoptó sin que hubiera mediado acuerdo con los representantes de dichos trabajadores.

El correspondiente Juzgado de lo Social desestimó la demanda, por entender que tal acuerdo no era preceptivo en el caso; pero tal decisión fue revocada en sede de suplicación por la Sentencia dictada el día 27 de Octubre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, apoyándose, en esencia, en que al tratarse de modificación de condiciones de trabajo pactadas en el Convenio Colectivo de la mencionada empleadora, resultaba preciso el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, conforme a lo previsto en el tercer párrafo del art. 41.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Contra esta resolución ha interpuesto la demandada el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringido el art. 41 del ET, y en concreto su apartado 1. Y aporta para el contraste la Sentencia dictada el día 21 de Noviembre de 2006 por la homónima Sala y Tribunal del País Vasco, a la que después haremos referencia con más detalle, porque antes hemos de tratar la cuestión relativa a si la resolución de instancia era o no susceptible de recurrida en suplicación. Problema éste que, por afectar a la competencia o incompetencia funcional de la Sala, ha de examinarse incluso de oficio, tal como en tantas ocasiones hemos resuelto: Sentencias, por todas, de 18-I-2007 (rec. 4166/05), 2-II-2009 (rec. 278/08) ó 19-II-2009 (rec. 249/08).

SEGUNDO.- Se trata, pues, de esclarecer si en el supuesto que nos ocupa resulta adecuado el proceso previsto y regulado en el art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) –en cuyo caso no cabría recurso contra la sentencia de instancia, a tenor del segundo párrafo de su apartado 4- ó si, por el contrario, la modalidad procesal adecuada es la del proceso ordinario. Cuestión ésta ya resuelta por esta Sala, pudiendo citarse al respecto nuestra Sentencia de 25 de Junio de 2003 (rec. 4699/02), seguida, entre otras, por las de 10 y 11 de Noviembre de 2009 (recs. 3528/08 y 1305/0), razonando la primera de ellas (FJ 2º) en el sentido de que <<la doctrina unificada estaba ya contenida en las Sentencias de ésta Sala de 10 de abril del año 2.000 y la invocada de contradicción de 18 de septiembre de 2.000. Resumidamente la tesis de ambas resoluciones que hoy, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal hemos de ratificar es que el proceso del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral únicamente es viable cuando la modificación sustancial se ha realizado cumpliendo los requisitos del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Ese proceso tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal como se concibe en el artículo 41 del Estatuto. Cuando, las modificaciones obedecen a un pacto entre empresa y trabajador, o bien cuando no se han cumplido por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del periodo de consultas, cuando se trata de modificaciones colectivas o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el caso de las individuales, no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida>>.

Lo mismo se infiere de nuestra Sentencia de 28 de Febrero de 2007 (rec. 184/05), seguida por la de 28 de Septiembre de 2009 (rec. 146/08), en el sentido de que la modificación de las condiciones de trabajo –en concreto la relativa a la jornada-, cuando estas condiciones vienen pactadas en convenio colectivo, requiere acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, so pena de nulidad, aun cuando la medida afecte a un escaso número de empleados en relación con el total de la plantilla de la empresa.

Como quiera que en el presente caso el horario que la empresa modificó estaba fijado en su Convenio Colectivo, era preciso el acuerdo entre la empleadora y los representantes de los trabajadores, acuerdo que no se logró, de tal suerte que, al no haberse cumplido esta exigencia, el procedimiento a seguir no es el del citado art. 138 de la LPL sino el ordinario, por lo que contra la decisión del Juzgado cabía recurso de suplicación. Así pues, queda esclarecida la concurrencia de la competencia funcional de la

Sala de suplicación para conocer del recurso de dicha clase y, consiguientemente, también la de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo para entender del presente recurso de casación unificadora.

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede a continuación examinar la cuestión relativa a si entre la resolución recurrida y la ofrecida como de contraste (la Sentencia dictada el día 21 de Noviembre de 2006 por la homónima Sala y Tribunal del País Vasco) concurre la cualidad de contradictorias que, como condición de procedibilidad, requiere el art. 217 de la LPL, cualidad ésta que les han negado, tanto la parte recurrida en su escrito de impugnación, como el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

A este efecto, hemos de decir que la citada resolución de contraste recayó en un proceso de conflicto colectivo relativo a la modificación por parte de "El Corte Inglés, S.A." de la jornada de los trabajadores de determinado centro de trabajo. Estos trabajadores tenían una jornada reducida y, tras la entrada en vigor de un nuevo convenio en el que se establecía una jornada ordinaria inferior a la hasta entonces vigente, dichos empleados pretendieron que su jornada se les redujera aún más, minorándola en la misma proporción en la que se había reducido la de los demás por virtud del nuevo convenio; pretensión ésta que resultó desestimada.

Es conocida por reiterada la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (Sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas). Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

Aplicando esta doctrina al caso que aquí enjuiciamos, es de ver que, en efecto, las dos resoluciones en presencia no son contradictorias en el sentido legal, pues los supuestos de hecho enjuiciados por cada una de ellas son diferentes, ya que la recurrida se refiere a una modificación de horario impuesta unilateralmente por la empresa, mientras que la referencial juzgó una pretensión de un grupo de trabajadores –con jornada reducida- que trataban de lograr una mayor reducción de su jornada con base en un nuevo convenio que reducía la jornada ordinaria.

Así pues, el recurso pudo haberse inadmitido en el trámite que regula el art. 223.2 de la LPL, de tal manera que lo que procede ahora, dado el actual momento procesal, es su desestimación, con la obligada secuela de acordar la pérdida del depósito y la condena en costas de la parte recurrente, esto último a tenor del art. 233.1 del invocado Texto procesal.".

2783/09

022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 26/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Síntesis

SOVI. APLICACIÓN DE LA LEY ORGANICA PARA LA IGUALDAD. Abono de años de cotización por nacimiento de hijo a las prestaciones del SOVI. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** La sentencia recurrida, confirmando la de instancia, ha reconocido a la demandante el derecho a percibir una pensión de vejez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), por considerar que se reúne el periodo de cotización necesario para acceder a la protección, si a los días de cotización acreditados -1795-, se añaden los 112, que, de conformidad con

la disposición adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social, se atribuyen por parto; un parto que en el presente caso tuvo lugar en 1964. Contra este pronunciamiento recurre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de mayo de 2008, que, en un supuesto que guarda con el presente la necesaria identidad, niega la prestación solicitada, porque entiende que la atribución de cotizaciones que establece la disposición citada no es aplicable para completar el periodo de cotización del SOVI, régimen de protección no integrado en el Sistema de Seguridad Social y en el que, por su carácter residual, el periodo de cotización tiene que estar cumplido en 1 de enero de 1967, conforme a la disposición transitoria 7ª de la Ley General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Existe la contradicción que se alega. Pero no puede acogerse la denuncia de la infracción del artículo 7.2 de la Orden de 2 de febrero de 1940 en relación con la disposición transitoria 44ª de la Ley General de la Seguridad Social, porque la doctrina ha sido ya unificada por las sentencias del Pleno de la Sala de 21 de diciembre de 2009 (recursos 201/2009 y 406/2009), seguida por numerosas sentencias posteriores -entre ellas, la de 19 de enero de 2010- que se pronuncia en sentido contrario a la pretensión impugnatoria que aquí se deduce. La doctrina de la Sala pone de relieve que la finalidad de la norma contenida en la disposición adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social, que deriva de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, es la de hacer real esa igualdad, compensando en este punto mediante una medida de acción positiva las mayores dificultades que, como consecuencia del embarazo y el parto, pueden tener las mujeres en orden a la regularidad de su carrera de seguro y al acceso a la protección social pública. Por ello, siendo el SOVI un régimen público de protección social de carácter contributivo, no hay razón alguna para excluirlo por su eventual carácter residual del ámbito de aplicación de aquella medida que cumple también su función compensatoria con respecto a trabajadoras como la actora.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener el organismo recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.".

1838/09

023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 29/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

DESPIDO OBJETIVO. PRUEBA DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA NEGATIVA. Motivos de impugnación: falta de simultaneidad en puesta a disposición de la indemnización procedente y, subsidiariamente, inexistencia de situación económica negativa.- Falta de contradicción.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** La trabajadora cuyo despido objetivo por alegadas circunstancias económicas (art. 52.c Estatuto de los Trabajadores –ET) fue declarado procedente en la instancia (SJS/Reus nº 1 5-mayo-2008 – autos 549/2007, aclarada por auto de fecha 26-junio-2008) y en suplicación (STSJ/Catalunya 12-febrero-2009 –rollo 8052/2008), impugna esta última sentencia en casación unificadora invocando, como primer y principal motivo, la falta de puesta a disposición de la indemnización procedente simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita (art. 53.1.b ET) con la derivada petición de declaración de nulidad del despido por motivos formales con la pretensión de que dicha nulidad se declare de oficio por la autoridad judicial (arts. 53.4 ET y 122.2.b Ley de Procedimiento Laboral –LPL) e invocando como contradictoria, a efectos de lo dispuesto en el art. 217 LPL, la correspondiente sentencia (STSJ/Castilla-León sede de Burgos 24-enero-1995 –rollo 1013/1994). Con carácter subsidiario, propugna la declaración de improcedencia del referido despido objetivo por entender no haberse acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita (arts. 53.5 ET y 122.1 LPL), invocando para este segundo y subsidiario motivo otra sentencia idónea como contradictoria (STSJ/Catalunya 11-diciembre-2001 –rollo 4974/2001).

SEGUNDO.- 1.- Con relación al primer motivo de impugnación, dispone el art. 53.1.b) ET que "*La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: " b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades*", preceptuando el propio art. 53.4 ET que "*Cuando el empresario no cumpliese los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio*".

2.- Para que la autoridad judicial puede efectuar de oficio la declaración de nulidad cuando el empresario no cumpliese el requisito, exigido en el apartado 1.b) del art. 53 ET, de puesta a disposición del trabajador la indemnización procedente simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, es necesario que exista constancia en autos de la falta de entrega en todo o en parte de dicha cantidad o de las circunstancias que permitan entender que aun puesta efectivamente a disposición no se efectuó con la simultaneidad legalmente requerida.

3.- En la sentencia invocada como de contraste, aunque en los hechos probados inalterados de la sentencia de instancia, no figuraba circunstancia alguna relativa a la efectiva puesta a disposición de la referida indemnización por despido objetivo y constaba únicamente la afirmación contenida en la comunicación escrita de que los trabajadores despedidos tenían a su disposición a partir de dicho momento, no obstante, con valor fáctico, en la referida sentencia de suplicación ahora invocada se afirma que "*no ha quedado constatado que les fuera realmente abonada la citada indemnización a los actores*" y, a petición expresa de éstos formulada como motivo en el recurso de suplicación declara la nulidad del despido objetivo, aun añadiendo que "*habiendo esta Sala, por imperativo legal, hacer tal declaración de nulidad de oficio*".

4.- En la sentencia ahora impugnada en casación unificadora, tampoco figuraba entre los hechos declarados probados de la sentencia de instancia circunstancia alguna relativa a la efectiva puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo y la ahora recurrente tampoco instó en suplicación una posible revisión fáctica sobre tal concreto extremo, pero concluye, con valor de afirmación fáctica, que no consta probado el no pago de la indemnización e incluso se afirma que la actora rehusó, ante testigos, hacerse cargo del cheque empresarial, cuya copia figura en autos, sin haber negado la veracidad de tal documento en el acta del juicio; razonándose que "*Ara bé, hem d'observar que no pot la Sala entrar en la present litis a aplicar la dita lògica cassacional, per manca d'acció recursal i falta de fonament fàctic. En efecte, escau observar com la pretensió de nul·litat per impagament de la indemnització no consta al legada a la demanda. D'aquí que la sentència no en faci cap esment. I, d'altra banda, hem de ressenyar que el no pagament de la indemnització tampoc consta provat, sense que en cap moment s'hagi pretès la modificació fàctica d'aquest extrem. Per contra, en el foli 293 -com encertadament esmenta la impugnant- consta la còpia de la carta d'acomiadament de l'empresa, en la què s'esmenta per escrit que l'actora rebutjà fer-se càrrec del xec, la còpia del qual s'aporta, sense que en l'acta del judici sigui observable que negació de veracitat de l'esmentat document. En aquesta tessitura és obvi que el motiu no pot prosperar, atès que aquest motiu de nul·litat mai ha format part de la pretensió processal de la demandant fins als actuals moments, al què hem d'afegir que l'obligació de l'empresa consisteix en posar a disposició dels treballadors el pagament de la indemnització, de tal manera que si aquests la rebutgen allò que lògicament no es pot pretendre és la declaració de nul·litat, sense perjudici, en el seu cas, de la reclamació ´ad hoc´, cas d'impagament posterior, a través de la corresponent demanda de quantitat (STS UD 22.01.2007)*".

5.- De lo hasta ahora expuesto, en relación con lo preceptuado en el art. 217 LPL sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina ("*El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos*"), se deduce la falta de identidad, especialmente de los hechos y derivadamente de los fundamentos, exigida legalmente para que exista la contradicción viabilizadora de la casación unificadora.

6.- No concurre, por tanto, como destaca igualmente el Ministerio Fiscal en su informe, la identidad de hechos, puesto que en la sentencia de contraste aparece una adición con valor fáctico en sus fundamentos de derecho relativa a que "*no ha quedado constatado que les fuera realmente abonada la citada indemnización a los actores*", mientras que en la sentencia recurrida se parte de hechos contrarios, en concreto, con igual valor de afirmación fáctica, se afirma que no consta probado el no pago de la indemnización e incluso se añade que la actora rehusó, ante testigos, hacerse cargo del cheque empresarial, cuya copia figura en autos, sin haber negado la veracidad de tal documento en el acta del juicio; sin que tampoco en el ámbito de este recurso casacional proceda valorar lo acertado o no de tales circunstancias fácticas como pretende la parte recurrente.

TERCERO.- 1.- La misma suerte respecto a la inadmisibilidad del recurso por falta del presupuesto o requisito de contradicción que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación, debe correr el segundo motivo del recurso invocado como subsidiario.

2.- Tras la modificación fáctica efectuada en la sentencia de suplicación invocada como de contraste (fundamento segundo) y las afirmaciones contenidas en su fundamento de derecho tercero, se concluye que el empresario, cuya carga de la prueba le incumbía, no ha probado la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, no justificándose la situación económica negativa, concluyendo que no se acredita "*el sustrato fáctico de la carta de despido*". Por el contrario en la sentencia recurrida, no aceptada la modificación fáctica pretendida por la trabajadora recurrente, se mantiene la existencia trascendente de perdidas económicas, las que tanto en instancia como en suplicación se entendió que justificaban la procedencia del despido objetivo efectuado por la empresa, sin que pueda ser tampoco objeto del recurso de

casación efectuar una nueva valoración de la prueba, pues como se interpreta, entre otras, en la STS/IV 29-febrero-2008 (rcud 2594/2004), afirmándose que "*es doctrina reiterada que el un recurso de casación para la unificación de doctrina dada su especial naturaleza ´no es posible revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba ni por la vía directa de la denuncia de un error de hecho, ni por la indirecta de una denuncia de infracción de las reglas sobre valoración legal de la prueba, sobre la distribución de su carga o sobre los límites de las facultades de revisión fáctica de la Sala de suplicación (ss. de 9-7-91 (rcud. 148/91), 12-11-91 (rcud. 866/91), 9-2-93 (rcud. 1496/92), 14-3-00 (rcud. 2148/99), 9-10-00 (rcud. 1169/00), 26-6-01 (rcud. 1886/00) y 21-3-02 (rcud. 2456/01), entre otras muchas)*". Por lo que, en definitiva, tampoco respecto de este subsidiario motivo, concurre la identidad de hechos que el citado art. 217 LPL exige para viabilizar el recurso de casación unificadora.

CUARTO.- En atención a las precedentes consideraciones y de acuerdo con el razonado informe emitido por el Ministerio Fiscal, entendemos que el recurso formulado no cumple con la exigencia "contradicción" de que tratamos y que bien pudiera haber sido inadmitido conforme a las prevenciones del art. 223.2 LPL; motivo de inadmisión que se transforma en causa de desestimación en el presente momento procesal, sin efectuar pronunciamiento sobre costas (art. 233.1 LPL).".

1736/09

024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 12/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Síntesis

EFECTOS DE LA NULIDAD DE UN CONVENIO COLECTIVO POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. Salarios reclamados al amparo de un precepto del Convenio Colectivo que resultó anulado por resolución judicial. Se discute si los efectos de la sentencia anulatoria deben producirse "ex tunc" o "ex nunc". La Sala decide que tales efectos se producirán "ex tunc", al tener la acción de nulidad naturaleza declarativa y no constitutiva (Reitera doctrina).

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar el momento a partir del cual ha de surtir efectos una declaración de nulidad parcial de un Convenio Colectivo efectuada por sentencia firme, si ha de ser desde la fecha de la sentencia -efecto *ex nunc*- o desde el momento en que se pactaron los preceptos o disposiciones contrarias a derecho -efecto *ex tunc*-.

En el caso presente se trata del artículo 11.10 del Convenio colectivo de la empresa "Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A." (AUDASA), que fue parcialmente anulado por la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2.005 (recurso 131/2004), y en el que se establecía, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *"El tiempo de descanso para el personal que realice jornada continuada que tiene el carácter de tiempo efectivo de trabajo entre veinte y treinta minutos en todas las estaciones de peaje, excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno -en cuyo caso y para no interrumpir la atención al usuario se llevará a efecto en la cabina- se mantiene en los mismos términos y condiciones que han venido rigiendo hasta el día de la fecha....".* La referida sentencia de esta Sala anuló del precepto la expresión *"excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno -en cuyo caso y para no interrumpir la atención al usuario se llevará a efecto en la cabina".*

La trabajadora demandante prestaba servicios para la referida empresa, sujeta por tanto al citado Convenio y desde su entrada en vigor, en calidad de cobradora de peaje en cabina, en turnos de noche en los que permaneció sola en cabina, de forma que no pudo llevar a cabo los descansos a los que se refería el precepto antes transcrito, lo que motivó que plantease demanda de reclamación de cantidad, que fue resuelta por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Vigo, que en sentencia de 18 de noviembre de 2.005 desestimó la pretensión actora por entender que ningún derecho retributivo asistía a la demandante antes de la anulación del precepto en cuestión.

Se interpuso recurso frente a la decisión de instancia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la sentencia de 20 de marzo de 2.009 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó en parte el recurso y con él la demanda, declarando el derecho de la actora al percibo de 655,70 euros en concepto de descanso no disfrutado, aplicando, a las no prescritas, el valor de la hora ordinaria a cada una de las realizadas en la forma antes relatada, aplicando para ello efectos *en tunc*, desde la entrada en vigor del Convenio, a la declaración judicial de nulidad parcial del artículo 11.10 del mismo, razonando, en esencia, que al ser declarativa -y no constitutiva ni de condena- la sentencia anulatoria, habría de producir

tales efectos, porque la sentencia del Tribunal Supremo no hizo más que constatar una situación (la nulidad de un precepto convencional) que ya existía desde que el convenio se aprobó, por lo que no cabía atribuir al mismo ningún efecto jurídico desde su aprobación.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo ha interpuesto frente a la referida sentencia de suplicación la empresa AUDASA, denunciando como infringido el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el art. 3.1.b) del mismo y art. 164.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, proponiendo como sentencia válida para la contradicción la dictada el 18 de enero de 2.002 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, pues la sentencia de 9 de Marzo de 2009, de la Sala de Galicia, no era firme en el momento de publicarse la sentencia recurrida, que es -como antes se dijo- de fecha 20 de marzo de 2.009.

La sentencia de la Sala de Málaga, como va a verse enseguida, contempla un supuesto que guarda en relación con el de la 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. Se resuelve en ella el caso de la reclamación de una trabajadora de diversas diferencias salariales correspondientes al periodo mayo 1.999 y julio de 2.000, con base en la aplicación de las tablas salariales del Convenio de Oficinas y Despachos de la Provincia de Málaga, que había sido anulado por sentencia de la Sala de lo Social de Málaga de 16 de noviembre de 2.001. La sentencia de contraste entiende que es a partir de ese momento -*ex* nunc- cuando el Convenio anulado deja de producir efectos, y por ello entiende que la reclamación de cantidad de la demandante tiene que prosperar "*pues en la fecha en la que se devengaron dichas diferencias el Convenio aún no había sido anulado".*

Aunque se trate de Convenios distintos y reclamaciones de cantidad diferentes, la contradicción entre las sentencias comparadas existe, pues el núcleo de la contradicción reside en el hecho de que ante la anulación por sentencia de un Convenio, los efectos que se atribuyen a tal decisión sobre una reclamación salarial que se apoya en el texto anulado son opuestas: en un caso desde la entrada en vigor del texto anulado y en el otro desde la declaración judicial de tal nulidad.

TERCERO.- Procede entonces que la Sala entre a conocer del fondo del asunto, aplicando en este caso la doctrina ya unificada en supuestos prácticamente idénticos y contenida en las SSTS de 16 de febrero de 2.010 (recurso 1734/2009) y 15 de marzo de 2.010 (recurso 2275/2009), con arreglo a la que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina ajustada a derecho.

En ambas decisiones de la Sala se afirma que *"... las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo -o parte de él como es el caso enjuiciado- no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico -en este caso la ley, a la que nunca pueden contradecir los convenios, pues el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores previene que los convenios se mantendrán "dentro del respeto a las leyes"-, de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es una de las denominadas por la doctrina procesalista "declarativas negativas", y sus efectos son los que se contemplan en el art. 6.3 del Código Civil ... de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá "ex tunc". A salvo únicamente el caso de que la ley estableciera un efecto distinto para algún o algunos supuestos concretos de contravención legal, supuestos éstos que aquí no concurren".*

Y se añade por último que sólo quedarían fuera de la afectación de nulidad "... aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación del precepto convencional, que ya hubieran sido refrendadas por sentencia firme, de forma similar a lo que establece respecto de la anulación de los reglamentos el art. 73 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio -reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-, pero nunca los actos de gestión empresarial, para los que el efecto "ex tunc" de la declaración de nulidad únicamente podrá verse afectado por la prescripción o por la caducidad".

CUARTO.- De conformidad con la doctrina que acaba de transcribirse, el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la empresa debe ser desestimado, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, puesto que la sentencia recurrida aplicó la prescripción a los periodos de la reclamación de la demandante que se vieron afectados por ella y para determinar la cantidad adeudada por la empresa como consecuencia del tiempo de trabajo no descansado se aplicó -como norma sustitutoria de la anulada- lo dispuesto en el propio Convenio Colectivo en su valoración de la hora ordinaria, con lo que se llevó a cabo una adecuada aplicación de la eficacia temporal y material que resultaba atribuible a la Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2.005 que había declarado la nulidad del precepto del inciso del artículo 11.10 del Convenio antes transcrito.

La desestimación del recurso comporta la pérdida del depósito y mantenimiento de la consignación, en su caso (artículo 226.3 LPL), así como la condena en costas de la parte recurrente (artículo 233.1 LPL).".

C-60/09

025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 13/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Fernando de Castro Fernández

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO. DISTINCIÓN ENTRE LAS COMISIONES NEGOCIADORAS Y LAS APLICADORAS. No limita el DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL excluir a la CGT –no firmante del Convenio Colectivo– de participar en Comisiones creadas por la Comisión Negociadora del Convenio, con el voto en contra de aquel sindicato. En todo caso previamente las propuestas han de pasar por el Comité Intercentros, del que sí forma parte la CGT.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** 1.- Se recurre en la presente casación la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en 26/Marzo/2009 [autos 202/08] y por la que se desestimó la demanda que en impugnación de convenio colectivo había sido formulada por la «Confederación General del Trabajo» [«CGT»] frente a la «Compagnie des Wagons-Lits España, SA» [«W-L»], el Comité Intercentros, la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, la «Federación de Comunicación y Transportes Ferroviarios del Sindicato Comisiones Obreras» [«CCOO»] y la «Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar del Sindicato Unión General de Trabajadores» [«UGT»], interesando dicha demanda que fuese declarada la nulidad de los Acuerdos de la Comisión Negociadora y del Comité Intercentros, «en cuanto se refieren a la constitución de comisiones negociadoras del convenio colectivo» y que se le indemnizase con 6.250 euros por daños y perjuicios.

2.- El recurso denuncia –con amparo en el art. 205.e) LPL– la infracción de los arts. 28.1 y 37 CE, 2 LOLS, 87 y 88 ET, y 3 y 1281 CC. Denuncia que se sustenta en la argumentación –cobijada en la interpretación de las funciones encomendadas por el acuerdo que las creaba– de que las impugnadas Comisiones tenían naturaleza negociadora.

SEGUNDO.- 1.- El tema que se debate ya ha sido resuelto por consolidada doctrina de esta Sala, que parte de las afirmaciones llevadas a cabo –entre otras– por las SSTC 73/1984 [27/Junio] y 184/1991 [30/Septiembre], en las que se distingue entre Comisiones «negociadoras» y meramente «aplicadoras». Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas –normas– para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se les dé; por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación y en consecuencia considera el Tribunal Constitucional que todos los Sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a formar parte de la Comisión «negociadora» y que su exclusión atenta al principio de libertad sindical. Las Comisiones «aplicadoras» son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados (en tan sentido, las SSTS 21/12/94 –rco 2734/93–; 28/01/00 –rco 1760/99–; 11/07/00 –rco 3314/00–; 29/01/04 –rco 18/03–; 24/05/01 –rco 3816/00–; 08/04/02 –rco 1201/01–; 06/07/06 –rco 212/04–; 26/12/06 –rco 14/06–; 28/12/06 –rco 140/05–; 01/06/07 –rco 7/06–; y 15/01/08 –rco 59/06).

2.- Y en aplicación de tal doctrina, sostiene la Sala: a) que la exclusión de un Sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva; b) que esta «limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo; y c) que cuando no concurran los anteriores datos, los signatarios de un convenio colectivo, en uso de la autonomía colectiva, pueden prever la creación de comisiones reservadas a quienes suscribieron el convenio, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo (así, por ejemplo, las SSTS de 29/01/04 –rco 18/03–; 06/07/06 –rco 212/04–; 26/12/06 –rco 14/06–; 28/12/06 –rco 140/05–; y 10/06/09 –rco 105/08–).

3.- La precedente doctrina determina que el recurso no deba prosperar, habida cuenta de los incuestionados –al menos formalmente– hechos que la sentencia recurrida ha declarado probados: a) la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo había acordado –con el voto favorable de todos sus doce miembros, a excepción del representante de CGT– la constitución de diversas Comisiones [sobre consolidación de horas; adecuación funciones/categorías; sistema de incentivos; formación; y plan de igualdad]; b) la CGT no participa en dichas Comisiones, «por no ser firmante del Convenio»; c) «las conclusiones, estudios y

deliberaciones habidas en el seno de dichas comisiones son sometidas a la consideración del Comité Intercentros, el cual, en definitiva es el que decide sobre la admisión o rechazo de las propuestas»; y d) en el Comité Intercentros «participa la CGT».

Pues bien, si las Comisiones –cuya nulidad demanda la CGT, que se negó a firmar el Convenio Colectivo– no tienen cualidad negociadora, porque así se declara probado en la sentencia recurrida y esta afirmación no trata de rebatirse en el correspondiente apartado revisorio [no cabe que el Sindicato cuestione argumentalmente tal dato, sino que previamente debiera haber instado –y obtenido– su modificación por el cauce adecuado del art. 205.d) LPL, de error en la apreciación de la prueba], sino que su finalidad es de simple estudio y formulación de propuestas al Comité Intercentros, que es quien las acepta o rechaza, y que de este Comité sí forma parte la CGT [junto con UGT y CCOO], es claro que no puede apreciarse la limitación del derecho de libertad sindical por el que se acciona y que, por lo mismo, no puede accederse a la nulidad de las diversas Comisiones creadas y al reconocimiento de una indemnización privada –por lo dicho– de todo fundamento.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –con el estudiado informe del Ministerio Fiscal– que la sentencia recurrida es plenamente ajustada a Derecho y que –en consecuencia– la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [art. 233.2 LPL].".

790/09

026

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 14/04/2010
Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

JUBILACIÓN ANTICIPADA. ES JUBILACIÓN INVOLUNTARIA Y NO VOLUNTARIA, A EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3ª.1.2ª DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CESE que tiene su origen y base en un ERE, por el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrado con 59 tranajadores. NO ES EXIGIBLE, EN EL CASO, LA INSCRIPCIÓN ININTERRUMPIDA COMO DEMANDANTE DE EMPLEO DURANTE LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA SOLICITUD.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** 1.- La sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en 3 de febrero de 2009 (rec. 12/2009). En ella se contemplaba la situación de un trabajador (nacido el 27/02/1946) de la empresa Nurel S.A. que, vió extinguida su relación laboral en virtud de autorización de la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo, precedida de un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores de fecha 16/07/2002. El 27/02/2008 solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada que el INSS le denegó alegando no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. El último periodo de inscripción en la oficina de empleo es del 15/11/2004 al 16/02/2005. En los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud el recurrente percibió de la empresa la cantidad de 27.780,52 € y las cuotas del convenio especial, en un importe total del que no se hace cuestión a los efectos del art. 161 bis.2 apartado d), párrafo segundo. La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia y desestima la demanda aplicando la doctrina de la STS de 7.2.2008 (rec. 4237/2006) que, en relación con la jubilación anticipada de un trabajador de Telefónica, considera involuntario el cese producido en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo. La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el que se pactó expresamente que "con el fin de mitigar en lo posible las consecuencias de dicha medida –la extinción de 59 contratos- la misma afectará únicamente a los trabajadores de NUREL S.A. que de mutuo acuerdo con la empresa así lo convengan".

Lo que alega la entidad gestora al resolver la reclamación previa es que al solicitante no le es aplicable lo dispuesto en el art. 161 bis 2 d) párrafo segundo, porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

2.- La indicada sentencia es recurrida por el demandante en origen en casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2008. Consta probado en dicha sentencia que: el actor, nacido el 30.11.1945, trabajó en Endesa hasta el 30.11.2000; percibió prestaciones de desempleo desde el 1.12.2000 hasta el 30.11.2002 y suscribió un convenio especial desde el 1.12.2002 que continuaba en vigor cuando solicitó la pensión de jubilación anticipada el 30.11.2006; mediante acuerdo colectivo de fecha

21.7.1998 el actor percibió de la empresa la cantidad total de 233.622,93 € durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación. La entidad gestora le denegó el derecho al percibo de la pensión por no cumplir el requisito de haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses antes de la solicitud, pero la sentencia declara no ajustada a derecho esa resolución con fundamento en el art. 161.3 LGSS en la redacción dada por la Ley 35/2002, cuyo número 3 d) exime de la inscripción como demandante de empleo y del cese por causa no imputable al trabajador, pero no exige que el cese sea por causa involuntaria para estar exento de la inscripción, criterio que corrobora el art. 1 del RD 1132/2002 reproducido en el apartado 4 párrafo primero del art. 161.3 d) LGSS. La sentencia acaba razonando que la relación laboral en principio se extinguiría de forma involuntaria por el expediente de regulación de empleo, pero como además hubo un acuerdo colectivo –el actor suscribió el 30.11.2000 un documento con la empresa en el que consta no solo su afectación por el ERE, sino las condiciones descritas, modificadas por otro posterior de septiembre de 2005 como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 35/2002, se dan ambos supuestos de forma sucesiva.

3.- La sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006) en la que apoya su pronunciamiento la sentencia recurrida señala textualmente que " no puede hablarse…, de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada asimismo involuntaria".

En el caso de este recurso el juez de instancia estima la demanda razonando que si bien la extinción del contrato del actor se debió a un expediente de regulación de empleo, debe calificarse de voluntaria por la existencia del acuerdo anterior entre las partes al que se ha hecho referencia; y entendiendo que el contrato se extinguió tanto con base en un acuerdo colectivo como en un acuerdo individual llega a la conclusión de que está en el supuesto del art. 161 bis 2.d) LGSS, párrafo segundo. La Sala de suplicación por el contrario, decide que el acuerdo individual entre empresa y trabajador para la inclusión de éste entre los afectados por el expediente de regulación de empleo implica que el cese en el trabajo se produjo por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, por lo que, faltando el requisito del apartado b) del art. 161.1 LGSS, aquél no tiene derecho a la jubilación anticipada.

4.- De la comparación de ambas sentencias, ha de concluirse que concurre el requisito de contradicción en los términos previstos en el art. 217 de la LPL.; y sin que a ello obste que en un supuesto estuviera ya vigente la reforma introducida por la Ley 40/2007, que exonera de aquel requisito a los supuestos en que el cese sea consecuencia de acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación (siempre que se produzca el abono de la cantidad prevista, cuya cuantía en el presente recurso es indiscutible que excede de la estipulada en el párrafo segundo del art. 161 bis 2) LGSS, pues lo cierto es que, en cuanto aquí interesa , nada nuevo aporta la Ley 40/2007.

SEGUNDO.- 1.- Superado el requisito de la contradicción (art. 217 LPL), procede examinar el motivo de recurso relativo al fondo del asunto.

Entiende el recurrente que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste. Refiere que el 2º párrafo del art. 161 bis 2 de la LGSS, exige el abono de determinadas cantidades por la empresa, y que el mismo se haga "en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación", sin señalar nada respecto a la forma de la extinción; lo que exige es que producido la misma, se abonen unas sumas al trabajador mediando un pacto previo con la empresa, bien de carácter colectivo, bien individual. Y en el caso concreto, la extinción de la relación laboral se produce mediante el uso que la empresa hace de la autorización que se le concede en el marco de un expediente de regulación de empleo, pero tanto dicho mecanismo de extinción de relaciones laborales, como el abono de las correspondientes cantidades, se producen en virtud y como consecuencia de un acuerdo colectivo entre la representación de los trabajadores y la empresa.

2.- Como se ha señalado, el actor solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación anticipada ante el INSS, que le fue denegado por no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia (que había estimado la pretensión) y desestima la demanda aplicando la doctrina contenida en la STS de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006).

La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La Entidad Gestora al resolver la reclamación previa, alegaba que al solicitante no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 161 bis 2 d), párrafo segundo, porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

3.- La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006), cuya doctrina reproduce la sentencia recurrida, califica como forzosa la jubilación anticipada allí examinada, señalando que:

"(…) 1.- La recurrente denuncia como infringida por la sentencia que recurre la norma reguladora de este tipo de situaciones contenida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 208.1 de la misma en cuanto que de dichas normas se desprende a su juicio que una extinción del contrato de trabajo que unía al trabajador con su empresa, por estar fundada y articulada bajo las previsiones de una resolución administrativa que autorizó un expediente de regulación de empleo no puede ser calificada de extinción voluntaria a los efectos previstos en los indicados preceptos.

2.- Para la solución del supuesto aquí contemplado hay que partir, en definitiva, de la realidad de unos hechos que afirman cómo la extinción del contrato de trabajo del actor se produjo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo resuelto por Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 16 de julio de 1999 en el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que estos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción y el pase a la situación de prejubilado y con esa garantía previa con la que prestó su consentimiento a dicha extinción; por ello, el que hubiera consentimiento del trabajador no permite afirmar que su cese fuera voluntario o por causa imputable a la voluntad del trabajador por cuanto derivó de la existencia de una causa objetiva previa independiente de su voluntad. Por lo tanto, no puede serle de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo primero de la regla 2ª de la Disposición transitoria tercera de la LGSS, como esta Sala ya dijo con toda claridad en la sentencia del Pleno de fecha 25 de octubre de 2006 (rec.- 2318/05), seguidas por otras muchas en el mismo sentido, con referencia precisamente a un supuesto igual al resuelto por la sentencia de contraste, en el que se advirtió como en estos casos de cese precedido de un expediente de regulación de empleo " No puede hablarse..., de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada así mismo involuntaria".

Doctrina que reitera la contenida en la STS de 24 de octubre de 2006, según la cual el cese en virtud de Expediente de Regulación de Empleo (ERE) tiene carácter involuntario, y que dio lugar a la revisión de oficio por parte del INSS de determinados expedientes tramitados bajo el criterio de la voluntariedad del cese, con efectos de la notificación de la referida sentencia. Doctrina y medida que incorpora la Disposición final tercera 2 de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007 de 4 de diciembre) al señalar que:

"2. A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la referida Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo ***tienen carácter involuntario****. Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada, así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados".*

4.- Sentado cuanto antecede, ha de señalarse que no se cuestiona en la litis que el actor reúna los requisitos exigidos en el art. 161.bis 2 de la LGSS, salvo la inscripción como demandante de empleo en el periodo señalado. La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si al actor le es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra d) del art. 161 bis 2 de la LGSS - en relación a la no exigencia de los requisitos exigidos en los apartados b) y d) -, que en su redacción actual (dada por Ley 40/2007), señala que:

" (...) Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social".

En consecuencia, no es exigible al actor, el único requisito ahora cuestionado de encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, pues con independencia del carácter involuntario de su extinción contractual por ERE, lo cierto es que la indemnización percibida (no discutida) tras producirse tal extinción, lo fue en virtud de la obligación adquirida mediante "acuerdo colectivo" (sea estatutario o extraestatutario) o "contrato individual de prejubilación", conforme al redactado introducido por la Ley 40/2007, aplicable al caso atendiendo a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada (27/02/2008).

TERCERO.- La consecuencia de cuanto precede, visto el informe del Ministerio Fiscal, no puede ser otra que la estimación del recurso, al apreciarse las infracciones denunciadas, y revocando la sentencia recurrida, ha de resolverse el debate en suplicación, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia que declaró el derecho del actor al percibo de la pensión de jubilación anticipada con efectos desde la fecha de la solicitud, en la cuantía y las condiciones legalmente establecidas. Sin costas.".

1789/09

027

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 22/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

Síntesis

LITISPENDENCIA. DESPIDO. No procede su estimación, ni en procesos por despido con relación a otro anterior por cesión ilegal de mano de obra, en el que no haya sentencia firme, ni viceversa, ni en los de resolución de contrato y despido. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** La controversia objeto del presente recurso de casación para unificación de doctrina se reduce a determinar si debe estimarse o no la excepción de litispendencia en un proceso por cesión ilegal de trabajadores, cuando en un proceso por despido, entre las mismas partes, en el que se planteó esa cuestión, ha recaído sentencia que todavía no ha ganado firmeza.

La cuestión ha sido resuelta de forma contradictoria por las sentencias comparadas. La sentencia recurrida ha estimado la excepción de litispendencia, mientras que en la sentencia de contraste, dictada por esta Sala el día 25 de octubre de 1995 (Rec. 318/1995), se ha resuelto que no. Ambas sentencias se han dictado en supuestos sustancialmente iguales en los términos requeridos por el artículo 217 de la L.P.L. para la procedibilidad del recurso de casación unificadora: en ambos casos existía una proceso de despido en el que había recaído sentencia que no había ganado firmeza y en el que se había planteado la existencia de cesión ilegal de mano de obra, cuestión sobre la que se seguía otro proceso con ese único objeto, proceso en el que se planteó la excepción de litispendencia que ha sido resuelta de forma distinta por las sentencias comparadas. Concurre, pues, el requisito de existencia de pronunciamientos dispares que viabiliza el presente recurso, ya que, pese a la identidad de situaciones fácticas y jurídicas, la misma pretensión ha sido resuelta de forma contradictoria. Procede, por tanto, entrar a conocer de la cuestión planteada y a unificar las doctrinas divergentes que mantienen las sentencias comparadas.

SEGUNDO.- La cuestión suscitada ya ha sido unificada por esta Sala en favor de la tesis mantenida por la sentencia de contraste, que con reiteración (S.TS. de 21 de diciembre de 2000 (Rec. 27/00), 23 de marzo de 2004 (Rec. 3896/02), 7 de julio, 20 y 30 de septiembre de 2005 (Rec. 1968, 1990 y 1992 de 2004) y de 17 de abril de 2007 (Rec. 722/06)), para fundar su decisión, ha señalado: <<"*en nuestro Derecho procesal la litispendencia es una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta, identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia*".>>.

<<La aplicación de esta doctrina conduce a la estimación del motivo de recurso, porque, la única identidad apreciable entre las controversias que se comparan afecta al elemento subjetivo -la identidad de partes-, pues el objeto de la pretensión es distinto -reclamación por cesión ilegal y reclamación por despido- y también lo es la causa de pedir, que en un caso se vincula a un cese que se considera ilícito y en el otro en la cesión ilegal de trabajadores entre empresas. La sentencia funda la litispendencia únicamente en los elementos comunes de identidad de partes y, la existencia o inexistencia de despido y cesión ilegal de trabajadores, pero es claro que esos elementos de conexión, que serían susceptiblen de determinar un efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia dictada en el primer pleito sobre la del segundo, no determinan las exigencias necesarias para apreciar la identidad propia de la litispendencia, pues ésta requiere como señala la citada sentencia de 23 de marzo de 2004, "*la completa identidad del artículo 1252.1 del Código Civil (hoy artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no la parcial propia del efecto positivo (artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que exige sólo la identidad subjetiva y la actuación del pronunciamiento de una sentencia como un `antecedente lógico´ de la otra*". Así lo ha apreciado la Sala en las sentencias citadas, en las que las reclamaciones de fijeza actuaban como elemento prejudicial determinante en los procesos por despido y, también lo ha estimado en otros supuestos semejantes de vinculación positiva, como en el caso de la declaración de cesión ilegal y el

despido (sentencia 25 de octubre de 1995) o el de la resolución del contrato de trabajo y el despido (sentencia de 21 de diciembre de 2000).>>.

TERCERO.- Lo anteriormente razonado determina de conformidad con el Ministerio Fiscal la estimación del recurso para casar y anular la sentencia combatida y, resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de rechazar la excepción de litispendencia, lo que implica la nulidad de actuaciones y su reposición al momento de dictar sentencia por el juzgador de instancia, para que dicte nueva resolución resolviendo las restantes cuestiones de fondo planteadas. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.".

1132/07

028

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 18/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Síntesis

IRPF. INCREMENTOS PATRIMONIALES. Enajenación de bienes afectos a la explotación agraria. Cese aparente: valoración de la Sala de Instancia. La jubilación no puede, sin más, equipararse al cese en la actividad a efectos tributarios.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** El recurso de casación se deduce contra la sentencia de 8 de febrero de 2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 18 de julio de 2003, desestimatoria de la reclamación económico administrativa formulada contra acuerdo de liquidación practicado por el Inspector Jefe de la Delegación de Valladolid de la AEAT de fecha 20 de diciembre de 1999, referente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1997 y cuantía de 310.436,69 euros (51.652.320 pesetas).

La sentencia de instancia, en lo que ahora interesa y que constituye el único punto conflictivo que se plantea en el recurso de casación, centra el debate consistente en si las cantidades percibidas por el recurrente en la venta del negocio agrícola son rendimientos propios del negocio sujetas a tributación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, Dos, de la Ley 18/91, del IRPF o, como mantiene el recurrente, se trata de un incremento patrimonial irregular, sujeto a tributación, de conformidad con los artículos 44 a 51 de la Ley 18/91; señaló lo siguiente:

"1) El hoy recurrente, con fecha 21 de abril de 1997, se da de baja en la actividad agrícola, en la que estaba acogido al régimen de estimación objetiva, desde el año 1995.

La causa del cese es la de jubilación, según consta en la correspondiente declaración censal del IAE.

Simultáneamente a dicho cese, se da de alta en la actividad de alquiler de locales, epígrafe 861, 2, del referido impuesto.

2) Con fecha 21 de abril de 1997, arrienda a su hijo D. Eduardo diversas fincas rústicas (11) por el periodo de un año (cláusula segunda del contrato).

Las fincas arrendadas se destinarán a la explotación y aprovechamiento agrícola (cláusula tercera).

D. Eduardo manifiesta en el contrato ser un profesional de la agricultura (cláusula cuarta).

3) Con fecha 1 de julio de 1997, por escritura otorgada ante el Notario D. José Millaruelo Aparicio, D. Ramón y su esposa Dª María Dolores venden a D. José Manuel, que actúa en representación de la entidad mercantil Urmeseta, S.A., las citadas fincas por 131.000.000 pesetas.

Por contrato privado de 2 de julio de 1997 el hoy recurrente y su esposa venden a la referida entidad, Urmeseta, S.A., que actúa representada por D. José Manuel, diversa maquinaria y utillaje agrícola por importe de 19.149.499 pesetas.

4) El hoy recurrente, su esposa y sus hijos son accionistas de la sociedad Urmeseta, S.A.

5) Según consta en el informe ampliatorio, extremo no discutido en la demanda, el personal que figuraba contratado por el hoy recurrente pasa a ser contratado por su hijo y por la sociedad citada.

6) La entidad Urmeseta, S.A. ha continuado ejerciendo la actividad agrícola, tal como pone de relieve el Acuerdo de liquidación".

Especial importancia en la ratio decidendi de la sentencia de instancia posee la afirmación contenida en la misma en el sentido de que "El párrafo tercero del artículo 41, establece una presunción de afectación (puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2000-TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, S. 18 de marzo de 2000, recurso 150/1999 (RJ 2000\2998-), que es de aplicación al caso, puesto que la enajenación de los bienes se produce, en todo caso, dentro del periodo a que se refiere el precepto, una vez que el sujeto pasivo se jubiló; lo cual no puede identificarse con cese de la actividad, que por cierto tampoco tuvo lugar, puesto que la documentación obrante en autos y en el expediente evidencia que el hoy demandante siguió ejerciendo la misma actividad".

La sentencia, por tanto, claramente distingue la jubilación del cese, que no tienen porqué coincidir, o lo que es lo mismo, puede haber jubilación y no cese de la actividad; y concluye que no hubo cese en la actividad, no cese objetivo de esta, que tampoco obviamente, sino subjetivo del sujeto pasivo, como sin duda se desprende de los términos antes empleados, "el demandante siguió ejerciendo la misma actividad".

Todo lo cual le lleva a concluir en que "Nos hallamos ante la apariencia de un cese empresarial, con teórica desafectación de los bienes que la integran, que no puede ser aceptada por la Sala, pues el negocio está en pleno funcionamiento cuando se transmite, negocio que continúa con la misma actividad agrícola y con el mismo perfil de explotación por parte de la sociedad Urmeseta, S.A., integrada por el propio recurrente... En definitiva, nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 41, Dos, de la Ley 18/91, formando dicho incremento de patrimonio parte del rendimiento neto de la actividad".

SEGUNDO.- La parte recurrente articula un solo motivo de casación, al amparo del artº 88.1.d) de la LJCA, por infracción de lo dispuesto en el artº 41 de la Ley 18/1991 y de su interpretación jurisprudencial, con cita y exégesis de lo recogido en la sentencia de este Tribunal de 11 de mayo de 2004.

Dado los términos y el desarrollo argumental que realiza la recurrente en casación, es oportuno advertir que el recurso ordinario de casación encuentra uno de sus límites tradicionales, por lo que aquí interesa, en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia. Por ello, cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba, debe tomar como presupuesto elemental que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidir el proceso corresponden a la soberanía de la Sala de instancia, sin que pueda ser suplantado, o sustituido, en tal actividad, por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no ha sido recogido, como motivo de casación, en el orden contencioso-administrativo. Habiendo, por demás, articulado la parte recurrente su recurso sólo y exclusivamente en un solo motivo del apartado d), del artº 88.1, ninguna referencia se contiene al apartado c). Por ello, en la resolución de la controversia que se nos somete, la Sala debe partir de un hecho que se antoja fundamental que se tiene por probado en la sentencia de instancia, el ya referido, que no hubo cese en la actividad del sujeto pasivo a pesar de su jubilación.

Para la recurrente no concurren los requisitos exigidos en el artº 41 de la LIRPF, pues "con el cese por jubilación de mi mandante, los bienes antes explotados dejaron de estar afectos a la actividad empresarial" y "porque, en cualquier caso, al producirse la desafectación por el cese de mi mandante, el plazo de tres años no era aplicable".

Como se ha indicado, debe rechazarse el planteamiento que realiza la parte recurrente, puesto que la sentencia de instancia deja sentado que no hubo cese en la actividad empresarial, lo que resulta indiscutible en casación, y por consiguiente, no puede aceptarse que se hubiera producido la desafectación de los bienes afectos a la actividad que fueron transmitidos. A nuestro entender hierra la recurrente cuando afirma que la sentencia lo que considera es que la actividad objetivamente considerada siguió sin solución de continuidad, porque, como resulta de una claridad insoslayabe, la sentencia apoya su decisión en la continuación de la actividad empresarial desde el punto de vista subjetivo, con independencia de que, naturalmente, objetivamente continuara la actividad agrícola.

Cierto es que la sentencia que sirve de argumento al Tribunal de instancia, de la Sala de Valencia de 9 de julio de 1998, fue casada y anulada por la del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, pero en modo alguno la sentencia de instancia entra en contradicción con lo recogido en ésta.

La Sentencia de 11 de mayo de 2004, sienta la siguiente doctrina: "El artículo 41. Dos de la Ley 18/1991, de 6 de Junio, del IRPF contiene, como ya hemos criticado, una extraña e ilógica norma por la cual tratándose de actividades empresariales y

profesionales el concepto de "rendimiento neto de estas actividades" incluye los incrementos y disminuciones de patrimonio derivados de cualquier elemento patrimonial afecto a las mismas y, en su caso, el que resulte de la transmisión "inter vivos" de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo".

Este confuso precepto hace una distinción que pasa inadvertida para la mayor parte de los que se encaran con el, y es la relativa a la transmisión de elementos patrimoniales afectos o desafectados previamente de la actividad.

En el caso de los elementos "afectos", su enajenación o transmisión generaba incrementos o disminuciones de patrimonio que se regían por normas similares a las del Impuesto sobre Sociedades, es decir sin aplicación de los porcentajes de reducción en función del tiempo transcurrido desde la adquisición de dichos elementos patrimoniales "afectos", incluida la transmisión "inter vivos", en su caso, de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional.

El otro supuesto es el de la transmisión de elementos patrimoniales que estuvieran afectos a la actividad empresarial o profesional, pero que posteriormente hubieran sido desafectados para pasar al patrimonio no empresarial o profesional del sujeto pasivo.

A esto se refiere, el apartado dos, del artículo 41, cuando utiliza "en su caso", referido a la transmisión "inter vivos" de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, porque, a continuación, el artículo 42, pasa a regular en su apartado tres, lo que sucede cuando los elementos patrimoniales han sido desafectados.

Si ha sido así, los elementos patrimoniales pasan al patrimonio personal del sujeto pasivo y tal operación no constituye "alteración patrimonial", lo que significa que no generan incremento ni disminuciones de patrimonio, y por ello entran en el patrimonio personal por su coste histórico de adquisición.

Sin embargo, a continuación, el apartado tres contiene un párrafo que dice: "Se entenderá que no ha existido desafectación, salvo en los supuestos de cese en el ejercicio de la actividad, si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde la fecha de aquélla". Esta norma significa que, cuando el sujeto pasivo cese en su actividad empresarial o profesional, en ese mismo momento se entiende desafectado su total patrimonio empresarial o profesional, de modo que su posterior enajenación genera incrementos o disminuciones de patrimonio que se rigen por las normas generales del IRPF (art. 44 y siguientes) a los cuales si se les aplican las reducciones porcentuales en función del tiempo transcurrido desde su adquisición".

Doctrina, como se ha dejado sentado, que precisa para la desafectación del patrimonial empresarial el cese en la actividad, y como resulta patente, es lo que rechaza el Tribunal de instancia. Sin que la valoración de la prueba y su resultado, más en los términos en los que se plantea el recurso de casación, pueda ser objeto de impugnación casacional.

TERCERO.- Sólo resta por examinar si la jubilación determina el cese en la actividad.

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

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

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

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

"1.- El disfrute de la pensión por vejez será incompatible con todo trabajo de pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

2.- El disfrute de la pensión por vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad". Este segundo párrafo fue objeto de interpretación por la Resolución de 13 de agosto de 1999 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre el alcance de la expresión "funciones inherentes a la titularidad del negocio", señalando que todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA.

Lo cual nos debe llevar a concluir que no existe una vinculación entre la exigencia del ejercicio de una actividad de forma habitual, personal y directa en el ámbito laboral y el fiscal.

Por ello, se hace preciso analizar en cada caso, las condiciones personales del sujeto pasivo, constituyendo la jubilación una cuestión jurídica ajena a la normativa tributaria. Y por ende, sin que vaya necesariamente unido a la situación de jubilación el cese en la actividad empresarial.

CUARTO.- Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LJ y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 5.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado de la recurrida.".

2872/08

029

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 4ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 23/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí

Síntesis

COMITÉ ECONÓMICO SOCIAL EUROPEO: Se desestima el derecho de la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) a participar como miembro de las Organizaciones Sindicales del Estado Español en el Comité Económico Social Europeo.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO.-** La representación procesal de la Unión Sindical Obrera que en la instancia impugnó la desestimación presunta por silencio administrativo de su petición formulada -en fecha veintiocho de julio de dos mil seis-, ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la que solicitaba que se le declarara y reconociera el derecho a forma parte como miembro del Comité Económico Social Europeo, recurre en casación la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha treinta de abril de dos mil ocho, que le desestimó el recurso contencioso-administrativo con la mencionada desestimación presunta.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se invoca al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional un único motivo de casación por infracción de los artículos 7, 9.2, 14 y 28 de la Constitución, en relación con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, por vulneración del principio de igualdad en concordancia con el de libertad sindical, pues, para la recurrente, el hecho de excluirle la Administración para poder ser designado como miembro de las organizaciones sindicales del Estado español en el Comité Económico Social Europeo, implica un claro y evidente obstáculo y dificulta para el desempeño de sus funciones sindicales, así como una discriminación injustificada respecto de otros sindicatos que vienen gozando de estos derechos.

Por el contrario, la sentencia recurrida, considera que la participación en el Comité Económico Social Europeo no se encuadra dentro de la representación institucional, ya que constituye una facilitación de medios públicos para que los sindicatos puedan atender determinadas necesidades, en este supuesto, de participación en órganos que van a tener que ver con las políticas, medidas y preparación de cuestiones comunitarias que afecten a los trabajadores y ciudadanos del ámbito europeo en general.

TERCERO.- Las cuestiones que fueron planteadas en la instancia, que ahora, en esencia, se reproducen en el escrito de interposición del recurso de casación, merecieron debida contestación por el Tribunal "a quo" en estos términos:

<<7.1.- La circunstancia de que, estatutariamente, la organización sindical E.L.A./S.T.V. extienda su ámbito de actuación a las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra no le priva de su condición de sindicato más representativo a nivel autonómico, tal y como se ha establecido en las sentencias anteriormente anotadas; ni la misma circunstancia comporta, por tanto, la infracción del art. 7.1 a) de la Ley Orgánica 11/1985. Y la circunstancia de que dicha organización sindical carezca de implantación nacional, a diferencia de la organización sindical demandante, no comporta -desde la perspectiva de la configuración de la propuesta de representantes de los trabajadores en el C.E.S.E.- un trato desigual y desfavorable hacia la organización sindical demandante, al no ostentar esta entidad la condición de sindicato más representativo, tal y como asimismo se establece en las sentencias anotadas. La prueba incorporada al proceso contencioso-administrativo no acredita la discriminación que se alega respecto de la elaboración de la propuesta para formar parte del C.E.S.E. Por lo que carece de fundamento el motivo de impugnación denominado "Incumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Sindical".

7.2.- El Comité Económico y Social Europeo constituye una de las instituciones a las que se atribuye la realización de las funciones asignadas a la Unión Europea, estableciéndose en el art. 7.2 del Tratado Constitutivo que "el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social", cuyas normas de constitución y funcionamiento se encuentran reguladas en los arts. 257 y siguientes, precisamente en la Quinta Parte, destinada a la regulación de las Instituciones de la Comunidad. En cuyas normas se establece que el Comité "estará constituido por representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada, en particular de los productores, agricultores, transportistas, trabajadores, comerciantes y artesanos, así como de las profesiones liberales, de los consumidores y del interés general" (art. 257).

Al respecto, el Dictamen de 14 febrero 2006, del Comité Económico y Social [DOC 11 abril 2006, núm. 88/2006], denominado Representatividad de las organizaciones europeas de la sociedad civil en el contexto del diálogo civil, vino a señalar que: "... Cabe recordar y destacar que, en virtud de su composición y de la función y las tareas que le encomiendan los Tratados desde su creación, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) es históricamente un protagonista de pleno derecho, adelantado a su época, de la democracia participativa a nivel europeo y su componente más antiguo.(...) y que "la representatividad es un requisito para la participación en la medida en que confiere legitimidad", sin perjuicio de lo cual, "consciente de que su composición solo refleja parcialmente la diversidad y la evolución de lo que se denomina «sociedad civil organizada», el CESE ha tomado iniciativas y puesto en marcha reformas para garantizar que la representa de la manera más amplia posible".

Por lo que carece de fundamento sostener que "las funciones y competencias del C.E.S.E. exceden de lo considerado como representación institucional", apreciación ésta que la Sala aplicó ciertamente en sentencia de 10/03/1999 [Rec. 162/94, Secc. 4ª, promovido contra resolución de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 15 de diciembre de 1993 por la que se desestima un recurso de reposición planteado frente a Orden de dicho Departamento, de 1 de julio de 1993, dictada en desarrollo del Real Decreto 930/93, sobre composición de la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical], al señalar que "...la intervención de las representaciones profesionales en esa Comisión no es manifestación de la participación institucional en el sentido del artículo 129 Constitución Española, ni esa intervención, respecto de las organizaciones sindicales, trae causa ni deriva del artículo 28.1 C.E., no formando parte del contenido esencial de la libertad sindical, razón por la cual se optó (...) por acoger la suficiente implantación como criterio de selección, distribuyéndose los vocales de procedencia sindical en proporción al índice de audiencia electoral alcanzado en las elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios". Pero dicha apreciación no puede considerarse de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, ante lo establecido en las normas reseñadas y en las sentencias anteriormente anotadas. Y por la misma razón no es dable cuestionar la aplicación de criterios de representación adecuada en el proceso de designación de los miembros del Comité de que se trata, por el carácter consultivo de las funciones que al mismo se atribuyen (art. 262, idem) y que se encuentran desarrolladas en su Reglamento Interno.

7.3.- Finalmente, al propugnar la parte demandante la aplicación del criterio de la "notoria y suficiente implantación", en lugar del criterio de la "mayor representatividad", en el proceso de designación de los miembros del Comité de que se trata, por considerar que la aplicación de este último comporta la vulneración de los arts. 7, 14 y 28.1 CE, desconoce que, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147/2001 (Sala Primera), de 27 junio (Recurso de Amparo núm. 2642/1996), "en coherencia con el origen del concepto de representatividad, consignado en el art. 3.5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el criterio de la mayor representatividad se considera objetivo y razonable para establecer la participación de los representantes de los trabajadores en los organismos internacionales y desarrollar tareas de representación institucional (Informe 36, caso núm. 190, párrafo 195 del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT y SSTC 53/1982, de 22 de julio, y 65/1982, de 10 de noviembre) y constituye un criterio válido para constatar la significación de las organizaciones que aspiren a desarrollar actividades que produzcan efectos más allá de sus afiliados...".

Es de recordar, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 4 julio 2006 (Recurso de Casación núm. 63/2005), que con cita de la Sentencia de la misma Sala de 17/06/2003, señala que "la concesión de determinadas facilidades o beneficios para los sindicatos que tengan la condición de más representativos ni infringe «per se» la igualdad sindical ni implica trato desigual, ni violación de los derechos y garantías que se atribuyen legalmente al resto de los sindicatos". Y la

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 5 julio 2006 (Recurso núm. 4050/2000), en la que se analiza "la validez de las funciones y prerrogativas reconocidas a los sindicatos más representativos desde el patrón que significa la necesaria observancia del principio de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos (derivado de los artículos 28.1 y 14 CE", significando que "sí es constitucionalmente válida la diferenciación que significa limitar o reconocer aquella representación institucional solamente a los sindicatos más representativos".

Lo cual conduce a rechazar el motivo de impugnación denominado "El requisito de la mayor representatividad no se encuentra constitucionalmente justificado", dentro del cual la parte demandante destaca su condición de miembro de la Confederación Europea de Sindicatos y, por ello, su proyección a nivel europeo, como circunstancia que justificaría su inclusión en la propuesta a elevar dentro del proceso designación de miembros del Comité, sin tener en cuenta -al hacer valer dicha condición- las determinaciones contenidas al respecto en las normas rectoras del mismo.>>

CUARTO.- Este razonamiento del Juzgador en plenamente acorde con el criterio de nuestra Sala en nuestras sentencias de uno de diciembre de dos mil tres -recurso de casación número 7917/2000- y nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho, recaída en el procedimiento especial de la parcialmente derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se planteó una cuestión idéntica a la aquí debatida.

Los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias que se reproducen literalmente por el Tribunal "a quo" en el apartado quinto del fundamento de derecho quinto de su sentencia nos sirven para desestimar este recurso de casación, pues las pretensiones deducidas en aquellos procesos, y singularmente en la segunda de ellas son las mismas, y, por otra parte, la doctrina contenida en las mismas no aparece modificado por nuestras posteriores sentencias de dieciocho de junio de dos mil seis -recurso de casación 59/2001- y dieciocho de mayo de dos mil seis -recurso de casación 42/2004- en las que enjuiciábamos la legalidad del Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero, que desarrollaba la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, en las que anulamos el artículo 7 punto 2 de la citada Disposición general por restringir y alterar los términos de la ley que trataba de desarrollar.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, la Sala haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita el importe máximo a reclamar por este concepto la cantidad de tres mil euros (3.000 €) que deberá ser abonada a la Abogacía del Estado.".

211/06

030

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 29/03/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo

Síntesis

PRESCRIPCIÓN. Doble interrupción cuando no han transcurrido cinco años desde la reanudación de la primera interrupción.
La sentencia contiene Voto particular.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La Sentencia recurrida parte de los siguientes datos fácticos que se recogen en el Fundamento de Derecho Segundo:

"Las anteriores actuaciones administrativas tienen su origen en tres actas de disconformidad que números 03482596, 03482641 y 03482623. En el acta relativa al IRPF, ejercicio 1988 [de fecha 20 de julio de 1993] se proponen las siguientes modificaciones de la base imponible declarada: 1º) Incrementar los rendimientos del capital inmobiliario en 52.211.993 pts; 2º) Computar como incrementos patrimoniales un importe de 34.000.000 pts puesto de manifiesto con ocasión de la inversión efectuada el 4 de enero de 1988 en Bonos Hidrol. Y 5.517.512 pts más que corresponden al incremento generado por la venta de los citados bonos y 3º) Incluir un incremento patrimonial de 206.000.000 pts puesto de manifiesto en la inversión realizada con fecha 5 de febrero de 1988 en un producto financiero denominado "Inverseguro A", de la entidad Allianza Ercos. Los hechos constituyen, a juicio de la Inspección, infracción tributaria grave, proponiéndose una sanción del 150% de la cuota resultante.

En el preceptivo informe ampliatorio el actuario indica que según los datos en poder de la Inspección, D. Roberto ingreso el 27 de diciembre de 1987, tres cheques del Banco de España por importe total de 359.689.335 pts en el Banco Manufacturer

Hanover Trust Co. Sucursal de España, para la suscripción de bonos Hidrol.. Asimismo el 4 de enero de 1988 ingresó otros tres cheques por importe total de 34.000.000 pts en el mismo banco y con el mismo destino. La inversión fue reembolsada el 12 de febrero siguiente según instrucciones de D. Roberto, obteniéndose un total de 399.208.712 pts, lo que determina una plusvalía de 5.517.512 pts. El mismo dia, y siguiendo también las instrucciones del contribuyente, se invirtió un importe de 396.171.849 pts en Allianz Ercros, en un producto financiero denominado "Inverseguro A" apareciendo como pagador de las primas D. Roberto. Al vencimiento de las pólizas, que se produce en el ejercicio 1988, la entidad abonó al obligado tributario la cantidad invertida más unos rendimientos de 33.591.148 pts; se comprueba además que el Sr. C suscribió otra póliza más por importe de 206.000.000 pts que venció el 16 de diciembre de 1988 proporcionando un beneficio de 18.620.845 pts. De estos hechos se deduce que los rendimientos obtenidos por el contribuyente en las pólizas Inverseguros A en el ejercicio 1988 ascienden a 52.211.993 pts y los incrementos de patrimonio a 245.517.512 pts, tal y como consta en el acta relativa al IRPF de dicho ejercicio. El Obligado tributario manifesto ante la Inspección que las operaciones anteriores fueron realizadas en nombre y por cuenta de su madre Dª Rosario Mesonero Nicomedes, manifestaciones que no cuentan con ningún apoyo documental, por lo que el actuario considera procedente la imputación de las mismas a D. Roberto que es la persona que figura como ordenante de las operaciones en la documentación remitida por las citadas instituciones financieras.

El 21 de septiembre y 16 de noviembre de 1993 el interesado presentó alegaciones en las que entre otros extremos admite en relación con la inversión de 34.000.000 realizada el 4 de enero de 1988, que se regularice como incremento de patrimonio no justificado ya que no dispone de ningún medio de prueba para acreditar el origen de estos fondos. En consecuencia también admite la parte proporcional del incremento producido por la inversión de este capital en bonos Hidrol. Y como rendimientos del capital mobiliario la parte proporcional de lo generado por la inversión en las pólizas "Inverseguro A" y el importe retirado por el contribuyente el 12 de febrero de 1988. El capital restante aduce que no pertenece a él sino a su madre y como prueba de este hecho acompaña una certificación que acredita el origen de los fondos a nombre de su madre, una copia del acta notarial en la que la titular asume estos hechos y un certificado emitido por la entidad "Comercial 25 S.A." según el cual, al vencimiento de las citadas pólizas, Dª Rosario adquirió Cédulas Hipotecarias al portador, lo que prueba que continuó en posesión del capital.

El 17 de mayo de 1994 el interesado presentó escrito ante la Delegación de Madrid, indicando que había transcurrido en exceso el plazo previsto en el art. 64.4 del Reglamento de la Inspección y que en virtud de lo previsto en los arts. 42 y 43 de la Ley 30/1992 entendía que la Administración había estimado sus pretensiones por lo que solicitaba que le fuera expedida una certificación estimatoria de las alegaciones contenidas en su escrito de alegaciones y se diera por terminada la actuación inspectora. En la misma fecha presentó declaración complementaria por el IRPF ejercicio 1988 ingresando un importe de 18.280.253 pts.

A la vista de los escritos de alegaciones formulados el Inspector jefe acordó ampliar actuaciones con el fin de examinar la nueva documentación. El actuario emitió un nuevo informe complementario poniéndose nuevamente el expediente de manifiesto al contribuyente que hizo las alegaciones que consideró pertinentes.

El 19 de mayo de 1997 el Inspector Jefe practicó liquidación tributaria por el IRPF ejercicio 1988 confirmando la propuesta del acta salvo en lo referente a la sanción que se adapta al nuevo régimen previsto por la Ley 25/1995 de 20 de julio, resultando así una deuda tributaria por importe de 288.523.870 pts, integrada por cuota de 152.855.557 pts, intereses de demora de 62.235.232 pts y sanción de 91.713.334 pts. Con la misma fecha se practican liquidaciones por el Impuesto Extraordinario del Patrimonio relativo a los ejercicios 1987 y 1988 confirmando igualmente las propuestas contenidas en las actas incoadas.

Disconforme con las liquidaciones el interesado formuló reclamación económico administrativa ante el Tribunal Regional de Madrid, que por resolución de 28 de abril de 1999 acordó estimarla en parte, confirmando la liquidación relativa al IRPF ejercicio 1988 y declarando prescrito el derecho de la Administración a practicar liquidación por el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de los ejercicios 1987 y 1988.

Frente a esta resolución por el interesado se interpuso recurso de alzada con el resultado desestimatorio que ya consta."

SEGUNDO.- El recurso de casación del Abogado del Estado se refiere única y exclusivamente a la parte estimatoria de la sentencia que acoge un plazo de 4 años de prescripción para las sanciones. El representante de la Administración del Estado fundamenta el recurso en un único motivo, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, en el que denuncia la infracción del artículo 64 de la Ley General Tributaria, el artículo 9.3 de la Constitución y los artículos 4 y 24 de la Ley 1/98, que aprueba el Estatuto del Contribuyente en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2000.

La Administración recurrente, en síntesis, basa su argumentación en la irretroactividad del nuevo plazo de prescripción establecido por la Ley 1/1998. La Abogacía del Estado considera que ello se acomoda a las exigencias de seguridad jurídica que, por imperativo constitucional, deben ser protegidas, tanto respecto de la posición de los contribuyentes como de la propia Administración actuante (art. 9.3 de la Constitución). La doctrina establecida en la sentencia recurrida supone, en consecuencia, la

aplicación de una retroactividad de grado máximo de la nueva norma que considera introducida por la Ley 1/1998, con arreglo a la cual los procedimientos inspectores dirigidos a la regularización de una deuda tributaria, no pueden interrumpir el plazo de prescripción de la acción para sancionar los incumplimientos relacionados con dicha deuda tributaria. Al obligar a abrir expedientes sancionadores separados respecto de los expedientes previos de comprobación y liquidación, generaría la prescripción de numerosísimos procedimientos que, de acuerdo con la legislación entonces vigente, venían siendo tramitados conjuntamente en sus aspectos de liquidación de cuota tributaria y de sanciones.

Y desde ese planteamiento solicita de la Sala que se fije como doctrina legal la siguiente: Los expedientes administrativos dirigidos a la investigación, comprobación o liquidación de hechos imponibles, que tuvieran efectos interruptivos de la prescripción, según la normativa entonces vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, extienden estos efectos interruptivos de la prescripción respecto de la acción sancionadora hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley 1/98, sin que pueda determinarse una prescripción separada de la acción sancionadora, sino desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998.

TERCERO.- La doctrina a la que se refiere el Abogado del Estado en su motivo de casación es la contenida en (sentencias de 25 de Septiembre de 2001, 10 de Mayo de 2004, 17 y 24 de Mayo de 2005, entre otras, consiste en que el nuevo plazo de la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación de 4 años (art. 64.a de la Ley General Tributaria), opera sobre todos los periodos abiertos y en curso y, así, en todos los casos en que el 1 de Enero de 1999 (fecha de entrada en vigor del nuevo plazo -Disposición final séptima- Ley 1/1998, de 26 de Febrero) hubiera transcurrido el plazo de cuatro años contado desde el "dies a quo", la prescripción se habrá producido, precisamente el 1 de Enero de 1999, y en aquéllos que hubiera transcurrido un plazo menor prescribirá el derecho cuando después de esta fecha se cumpla el plazo de cuatro años, contados obviamente desde el "dies a quo". Sin embargo, si el mencionado periodo temporal de inactividad administrativa ha concluido antes del 1 de Enero de 1999, el plazo prescriptivo aplicable es el anteriormente vigente de 5 años y el régimen imperante es el existente antes de la citada Ley 1/1998.

Ahora bien, esta doctrina sólo resulta aplicable a las liquidaciones tributarias propiamente dichas, pero no a las infracciones, ya que en esta materia deben aplicarse los principios propios del derecho sancionador, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, entre otras, en sus recientes sentencias de 20 de febrero y 10 de mayo de 2007, recursos de casación núms. 6422/2001 y 63/2002.

CUARTO.- En estas sentencias decíamos: *"Esta Sala tiene declarado, con base en el art. 25 de la Constitución, que el precepto aplicable a una infracción administrativa es la ley que está vigente en el momento de la comisión de infracción, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas en el nivel de la legislación ordinaria, por el art. 128.1 de la Ley 30/1992, según el cual será de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa.*

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando a sensu contrario, a partir de la prohibición de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el art. 9.3 de la Constitución, ha elaborado el principio de la retroactividad de las leyes sancionadoras posteriores más favorables, criterio hoy asumido, a nivel general por el art. 128.2 de la Ley 30/1992, según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

A su vez, el art. 4.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, reiterando en cierto modo el principio establecido en el citado 128.2 de la Ley Procedimental, dispone que "las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado".

La cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripciòn de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias.

La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción.

Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable.

Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo . Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83/1989, de 10 de Mayo, 157/1990, de 18 de octubre, 12/1991, de 28 de enero, 62/2001, de 17 de marzo y 63/2005 de 14 de marzo mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material

También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993, 12 de febrero de 2002, 19 de Noviembre de 2003 y 30 de marzo de 2004.

Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991, de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

Ante esta valoración de alcance de la prescripción hay que concluir que la retroactividad establecida en el art. 4,3 de la Ley 1/1998 es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas.

Frente a la anterior no cabe alegar que las normas sobre prescripción suponen una plasmación concreta del principio general de seguridad jurídica y que afectan a cualesquiera relaciones y situaciones jurídicas entre el contribuyente y la Administración, pues todo ello no es óbice para que en relación con el derecho sancionador se apliquen los principios propios de esta materia.

Tampoco cabe invocar que la Ley 1/1998 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el 19 de marzo de 1998, y que el apartado 2 de su disposición final 7ª estableció que el nuevo plazo de cuatro años entraba en vigor el 1 de enero de 1999, porque lo único que podría pretenderse con la posposición del momento de entrada en vigor del nuevo plazo de prescripción era otorgar unos meses a la Administración para que pudiese ultimar actuaciones en curso en relación a la cuota e intereses, aunque se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años, pero sin que ello pudiera afectar a la materia sancionadora, ya que el nuevo plazo de prescripción, por la naturaleza de esta institución, obligaba a revisar las sanciones impuestas, cuando las actuaciones inspectoras se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años o tales actuaciones se hubieran paralizado por más de seis meses dando lugar a que se completase el citado plazo de cuatro años desde el dies a quo."

De los hechos descritos y de la sentencia citada se sigue de modo inexorable la desestimación del recurso del Abogado del Estado, pues dado que el ejercicio del que deriva la sanción es 1988, el "dies ad quo" es el 30 noviembre de 1989; y hasta del 17 de mayo de 1994 - fecha de presentación de la declaración complementaria- han transcurrido más de cuatro años.

QUINTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Roberto se fundamenta también en un único motivo formulado al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, por infracción de los artículos 30.3. a) y b) y 41.4 del Reglamento General de Inspección de los tributos (RGIT), en relación con el indebidamente aplicado al caos artículo 66.c) de la Ley General Tributaria de 1963 (LGT/1963) y el inaplicado artículo 66.a) de la misma LGT/1963.

Razona el motivo señalando que la Audiencia Nacional, en su sentencia de 17 de noviembre de 2005, no profundiza en el estudio del escrito de 17 de mayo de 1994 que acompañaba a la declaración complementaria y al pago de la misma y por ello declara la interrupción de la prescripción por aplicación del artículo 66 letra c) LGT.

El mencionado pago se realiza dentro del procedimiento inspector y como consecuencia del mismo, es decir, en un expediente administrativo de inspección que dura desde la primera citación hasta el día 19 de mayo de 1997 con la notificación del acto administrativo de liquidación.

El pago y liquidación realizados por el recurrente el 17 de mayo de 1994 tienen un tratamiento legal propio y autónomo, distinto al de los demás pagos o ingresos realizados por el contribuyente fuera de un procedimiento inspector.

Según argumenta el recurrente, "está suficientemente probado y reconocido por la Audiencia Nacional en la sentencia [que] existen dos interrupciones injustificadas de la actuación inspectora. Y los efectos de estas interrupciones son exactamente las transcritas como artículo 31 quáter del Real Decreto 939/1986, Reglamento de Inspección, que produce el efecto de que no se considera interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones realizadas hasta la interrupción injustificada o hasta la finalización del plazo de duración de las mismas. Y como la segunda interrupción finaliza el 2 de diciembre de 1994 ya había expirado el plazo de 5 años que terminaba el 30 de noviembre de 1994, tal como reconoce expresamente la sentencia recurrida [...]. Es decir, la presentación de la declaración complementaria de la renta de personas físicas ejercicio 1988 y su pago, realizada el día 17 de mayo de 1994, da por finalizada la falta de actividad inspectora imputable al propio Actuario, y se convierte en la fecha inicial del plazo de la nueva interrupción reconocida por la Audiencia Nacional [...] La fecha de la notificación de la

liquidación 19/05/1997 no es válida para este segundo cómputo que hace la Audiencia Nacional, puesto que olvida que esta segunda interrupción finaliza el 2 de diciembre de 1994 y al producirse una nueva interrupción injustificada entre el 17 de mayo de 1994 y 2 de diciembre del mismo año vuelve a producirse el efecto de no considerarse interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones realizadas hasta la interrupción injustificada, o hasta el plazo de finalización de las mismas, tal como establece el artículo 31. quáter párrafo segundo del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, Real Decreto 939/86. Es decir, que comienza a contarse el plazo el día 2 de diciembre de 1994, tal como reconoce la propia Audiencia Nacional en la Sentencia recurrida en casación en su fundamento jurídico cuarto, en su último párrafo, <<y en consecuencia el plazo de cinco años para la prescripción de la cuota e intereses de demora se habría cumplido el 30 de noviembre de 1994".

SEXTO.- La tesis del recurrente no se adecúa a la jurisprudencia de esta Sala y, por tanto, no puede ser acogida. En efecto, es doctrina reiterada que aunque exista paralización de las actuaciones inspectoras por más de seis meses, esta circunstancia no conlleva sin más la prescripción, cuando se dicta y notifica el acto de liquidación antes del transcurso de los cinco años establecidos, como entiende la sentencia de instancia.

La no interrupción del plazo de prescripción por parte de las actuaciones inspectoras, cuando se dan las circunstancias del artículo 31.3 y 4 del RGIT es independiente de la necesidad, en todo caso, del transcurso del lapso temporal previsto para la existencia y consumación de la prescripción, por lo que la falta de eficacia interruptiva de las actuaciones inspectoras por su paralización injustificada durante más de seis meses no priva de eficacia a la propia liquidación derivada de aquellas, realizada antes de transcurrir el reiterado plazo de cinco años (SSTS 9 de abril y 24 de mayo de 2005, 1o de mayo y 31 de junio de 2006 y 12 de julio de 2007).

Y sobre la base de la anterior premisa, resulta, por tanto, acorde con el ordenamiento jurídico el criterio de la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional impugnada que parte, en efecto, de la existencia de dos interrupciones injustificadas del plazo de prescripción: La primera de las paralizaciones entre el 16 de noviembre de 1993 y el 17 de mayo de 1994, y la segundo entre el 17 de mayo de 1994 y 2 de diciembre de 1994. Pero, sin embargo, considera que el plazo de prescripción vuelve a computarse de nuevo desde el 17 de mayo de 1994 (final de la primera interrupción) y si ello es así, el 19 de mayo de 1997 (cuando se notifica la liquidación) no ha transcurrido el plazo de cinco años, con independencia de la segunda de las interrupciones. O, dicho en otros términos, la falta de eficacia interruptiva de las actuaciones inspectoras como consecuencia de la segunda paralización, no impide que tenga eficacia la notificación de la liquidación que se produce antes de que se consume la prescripción, al no haber transcurrido el correspondiente plazo desde el dies a quo que constituye el mencionado 17 de mayo de 1994 (final de la primera paralización) Cfr SSTS 25 de enero y 8 de febrero de 2005, 10 de mayo, 3 y 12 de julio de 2007, entre otras).

SEPTIMO.- Procede, por todo lo expuesto, desestimar el presente recurso de casación, lo que, preceptivamente determina la imposición de costas, si bien que la Sala, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, limita los honorarios de los Abogados de la partes, en cuanto recurridas, a la cifra máxima de 1.200 euros.".

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. EMILIO FRIAS PONCE a la sentencia dictada en el recurso de casación núm. 211/2006.

Con el debido respeto a la opinión de la mayoría, disiento de la sentencia en cuanto desestima el recurso de casación interpuesto por D. Roberto porque, en mi criterio, la declaración complementaria presentada el 17 de mayo de 1994, una vez producida la paralización injustificada del procedimiento inspector, por el transcurso de más de seis meses desde el 16 de noviembre de 1993, en que se formulan las alegaciones al acta relativa al IRPF, ejercicio 1988, de fecha 20 de julio de 1993, no interrumpe la prescripción por aplicación del antiguo art. 66 letra c) de la LGT de 1963.

El art. 31 del Reglamento General de Inspección de Tributos de 25 de abril de 1986, en su redacción originaria, señalaba en el apartado 4 que "La interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras, producida por causas no imputables al obligado tributario, producirá los siguientes efectos:

a) Se entenderá no producida la interrupción del cómputo de la prescripción como consecuencia del inicio de tales actuaciones.

b) Los ingresos pendientes realizados después de la interrupción de las actuaciones inspectoras, sin nuevo requerimiento previo, comportarán el abono del correspondiente interés de demora sin que proceda la imposición de sanción por la ausencia inicial de dicho ingreso. Las demás declaraciones o comunicaciones presentadas fuera de sus plazos reglamentarios se entenderán realizadas espontáneamente a cuantos efectos procedan".

Es cierto que este precepto ha sido interpretado por la Sala en el sentido de que aunque exista paralización de las actuaciones inspectoras por más de seis meses, esta circunstancia no conlleva sin más la prescripción, cuando se dicta y notifica el acto de liquidación antes del transcurso de los cinco años establecidos. También es cierto que una declaración complementaria presentada

antes del inicio del procedimiento inspector determinaba la interrupción de la prescripción, por aplicación de lo dispuesto en el art. 66.1c) de la LGT de 1963.

Ahora bien, una vez iniciado el procedimiento inspector, que suponía la interrupción de los plazos de prescripción, según el art. 66 a), el ingreso realizado con posterioridad no podía comportar la existencia de otra causa de interrupción de la prescripción, pues las actuaciones ya estaban interrumpidas por la acción administrativa conducente a la liquidación del impuesto, produciendo sólo los efectos que señalaba el art. 31.4.b) del Reglamento, en caso de la interrupción injustificada de las actuaciones. Siendo todo ello así, si la inactividad de la Administración continuó hasta el 2 de diciembre de 1994, fecha en que se notifica al interesado el complemento de actuaciones, a la vista de las alegaciones presentadas, es patente que la reanudación de las actuaciones, después de la inicial interrupción no justificada, tuvo lugar transcurrido el plazo de los cinco años desde la fecha de finalización del plazo reglamentario para presentar la declaración, 30 de noviembre de 1989, lo que justificaba también la prescripción de la cuota de intereses de demora, como alegó el recurrente.

En definitiva, a mi juicio, el pago parcial realizado por el recurrente el 17 de mayo de 1994, por haberse realizado en el curso de un procedimiento inspector, tiene un tratamiento legal distinto al de los ingresos realizados por el contribuyente antes del inicio de las actuaciones inspectoras, y no puede tener virtualidad interruptiva con las consecuencias que todo ello comporta.".

4151/07

031

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 7ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 08/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas

Síntesis

DERECHO DE HUELGA. SERVICIOS MÍNIMOS EN TELEMADRID. Falta de justificación específica de la necesidad de mantener la programación informativa normal y la programación grabada habitual. DESPROPORCIÓN DE LOS SERVICIOS.

Fundamentos de Derecho:

" **PRIMERO**.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2009 en el recurso 1070/06 que estimó parcialmente el recurso que, por el procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, había interpuesto la Confederación General del Trabajo contra la Orden 2797/06, del Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, de 30 de noviembre, por la que se fijan los servicios mínimos en el ente público Radio Televisión Madrid y sus Sociedades para el mantenimiento de servicios esenciales en la huelga convocada para el día 5 de diciembre de 2006.

SEGUNDO.- Para examinar la cuestión planteada procede tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) La Orden de 30 de noviembre de 2006 nº 2797/2006 (BOCM nº 188 de 4 de diciembre de 2006) estableció que el ejercicio del derecho de huelga por el personal del Ente Público Radio Televisión Madrid y sus Sociedades "Televisión Autonomía Madrid, Sociedad Anónima", y "Radio Autonomía Madrid, Sociedad Anónima", se llevara a cabo sin perjuicio del mantenimiento de los servicios esenciales en cada uno de los centros y en jornada normal. A tal efecto, se consideran servicios esenciales para la comunidad aquellos que sean los necesarios para la preparación, producción y emisión de la programación informativa, la emisión de programación grabada dentro de los horarios habituales de difusión, la emisión de avances informativos, la programación y difusión de las declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público a que se refiere el artículo 22 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, y aquellos que sean precisos para asegurar la continuidad de las emisiones. En concreto, en cuanto a la emisión televisiva, se consideran servicios mínimos los necesarios para la preparación y producción de los "Telenoticias", del informativo "Diario de la Noche", del informativo "Buenos Días", así como del programa informativo "Alto y Claro" y el debate informativo "Madrid Opina". En cuanto a la programación radiofónica, se consideran servicios mínimos los necesarios para la preparación, producción y emisión de la programación informativa, "Informativo Matinal", "Madrid en Comunidad", "El Rompeolas", así como todos los boletines informativos. Además, en ambas programaciones se consideran servicios mínimos los servicios técnicos necesarios para garantizar la continuidad de la emisión de la programación informativa descrita y de la programación pregrabada de emisión propia.

b) La Orden impugnada justificaba sus razonamientos en la necesidad de compatibilizar, de una parte, el mantenimiento de los servicios esenciales al nivel imprescindible y, de otra, la mínima limitación posible del derecho de huelga, de tal forma que queden salvaguardados, en la medida de lo posible, el interés general de la comunidad (que se halla implícito en la consideración

legal de estos servicios como esenciales) y el derecho fundamental a la huelga del que son titulares los trabajadores, y a tal efecto tenía en cuenta las siguientes circunstancias: i) El carácter esencial que revisten los servicios públicos de la radiodifusión sonora y la televisión, no solamente por determinación expresa del legislador, sino también por su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, consagrados en el artículo 20.1.d) de la Constitución española (circunstancia de la que, igualmente, derivaría su carácter de servicios públicos esenciales aun sin necesidad de declaración legal expresa, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional reflejada en las sentencias 26/1981, de 17 de julio, y 51/1986, de 24 de abril); ii) La procedencia de precisar, dentro de la total extensión de la prestación de estos servicios públicos esenciales y aplicando un criterio lo más estricto posible, aquellos aspectos cuyo mantenimiento debe considerarse indispensable (con la finalidad de asegurar la satisfacción del interés público afectado), de aquellos otros que pueden quedar suspendidos temporalmente como consecuencia de la huelga, sin grave merma del interés general de la comunidad; y iii) Asegurar la continuidad de las emisiones durante su horario habitual, tanto de la programación grabada como en lo referente a la programación y emisión de los programas informativos, que son considerados imprescindibles para el mantenimiento de los servicios públicos esenciales de información a la comunidad, siendo el fundamento en el que se ampara su emisión el de la garantía legal de observancia en los mismos de los principios constitucionales plasmados en el artículo 4 de la Ley 4/1980.

c) La sentencia recurrida, tomando en consideración los servicios afectados y la duración de la misma constreñida a un solo día, estima parcialmente el recurso y argumentaba de manera extractada:

- La Orden fija, con base en la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión configura la radiodifusión y la televisión "como servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de información de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer", los servicios que considera esenciales y para los que fija los servicios mínimos.

- El preámbulo de la Ley 4/80 configura la radiodifusión y la televisión -genéricamente- como servicio público esencial, pero ello, entendemos, no implica que todo servicio esencial y, concretamente, todo servicio de radiodifusión y televisión pueda quedar lesionado o puesto en peligro por cualquier situación de huelga, sino que, como afirma la STC 26/81, de 17 de julio, será necesario examinar en cada caso la extensión territorial, personal y duración que alcanza la huelga.

- En este caso, la huelga es de un día de duración y afecta a la televisión de la Comunidad de Madrid, que concurre, en la prestación del servicio de televisión y radiodifusión, con otras emisoras de televisión y radio tanto públicas como privadas, cuyas emisiones llegan gratuitamente, en general, a todos los habitantes de la Comunidad. Luego, esa limitación territorial de la huelga -en la que no se deja, en modo alguno, desprovista a la población de la cobertura informativa irrenunciable- y su escasa duración no afecta al servicio público esencial de televisión y radiodifusión, por lo que no quedaría justificado, desde la perspectiva del derecho a fundamental a la huelga, el establecimiento de servicios mínimos de clase alguna.

- Consiguientemente, la Sala no encuentra justificado el establecimiento de servicios mínimos, por lo que, a su juicio, la Orden impugnada vulnera el derecho de huelga del sindicato accionante.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid se basa en un único motivo de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA manifestando su discrepancia con la sentencia recurrida en el sentido de que, en el presente caso, de acuerdo con lo que cabe inferir de la STC 193/2006, de 19 de junio, la disposición impugnada "sí precisa con claridad qué concretos contenidos o programas de la información televisiva y radiofónica tendrán la consideración de servicios mínimos". Y en cuanto a la consideración de la programación grabada como servicio mínimo, la Administración recurrente solicita de esta Sala la posibilidad de retomar el criterio mantenido por una jurisprudencia no muy anterior en el tiempo por considerarlo más conforme a derecho (se citan las SSTS de 2 de abril de 2004, 7 de noviembre de 2003 y 17 de enero de 2003) y según el cual se consideraba la difusión de una programación previamente grabada como un instrumento de equilibrio entre el derecho de huelga y la preservación de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 20.1.d) de la CE.

CUARTO.- El escrito de interposición no se ajusta plenamente a lo que preceptúa el artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, pues, en el único motivo de casación articulado, no se llega a concretar por la Administración recurrente qué norma o jurisprudencia considera infringidas por la Sentencia de instancia, como debería haber hecho. Y en el segundo, en lugar de cuestionarla -pues el objeto del recurso de casación es, precisamente, esa resolución judicial-, se dedica a subrayar la conformidad a Derecho de la Orden impugnada. No obstante, como estas incorrecciones no impiden a la Sala apreciar cuál es la línea de razonamiento seguida por la recurrente y deducir las infracciones en las que está pensando cuando desarrolla el citado motivo, en aras de la efectividad del contenido constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, entiende la Sala que debe entrar en el examen de las cuestiones de fondo que aquí se plantean.

En primer lugar, se plantea en el recurso que la fijación de unos servicios mínimos del 19,37% de la plantilla el día de la huelga para la preparación, producción y emisión de los concretos contenidos o programas informativos que precisa el artículo 2 de la orden impugnada no puede equipararse a "un funcionamiento normal o rendimiento habitual" como exige la jurisprudencia constitucional. Por el contrario, añade la recurrente, los argumentos expresados por el Tribunal a quo permiten extraer la consecuencia de que los trabajadores "pueden convocar indiscriminadamente huelgas de 24 horas de duración sin que la autoridad gubernativa autonómica tenga la posibilidad de establecer servicios mínimos de clase alguna".

Cita la recurrente, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de junio de 2006, números 191 y 193 de 2006, en las que manifiesta en su fundamento jurídico segundo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer de medidas precisas para su mantenimiento, o dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, o libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual, ni asegurar su funcionamiento normal.

Sin embargo, tal conclusión que extrae la parte recurrente en ningún momento se ha cuestionado, pues el extremo relativo al grado de cobertura de los servicios mínimos la Sala de instancia ni tan siquiera considera justificado el establecimiento de tales servicios mínimos, atendida la limitación territorial y temporal de la huelga.

QUINTO.- Abundando en las razones que justifican confirmar la vulneración constitucional que ha sido apreciada por la sentencia de instancia en la "*programación informativa*" que establecía la Orden autonómica que fue objeto de impugnación, debe reiterarse lo que sobre esta cuestión ha declarado la reciente sentencia de 24 de febrero de 2010 de esta Sala y Sección (casación 1425/2008), que se expresó en estos términos:

«Comenzando por el reproche referido en concreto a la *"programación informativa"*, debe decirse que la validez de la que sea establecida con el carácter de servicio mínimo no depende tan sólo de que, por quedar paralizadas o canceladas otras programaciones de contenidos diferentes, la emisión de aquélla en las mismas condiciones de las habituales haga posible durante la huelga una disminución de la totalidad de la actividad televisiva o radiofónica en relación con la que sea emitida en circunstancias de normalidad, ni que el personal establecido para la prestación de los servicios mínimos sea notablemente inferior al contingente que integra la plantilla ordinaria.

Como tampoco será suficiente para declarar esa validez, según parece preconizar el recurso de casación, que hayan sido precisados los concretos contenidos o programas informativos que son mantenidos con el carácter de servicios mínimos.

La validez de la *"programación informativa"* que sea establecida con dicho carácter de servicio mínimo exigirá que queden debidamente expresadas o identificadas las singulares circunstancias o datos de hecho que demuestren en dicha *"programación informativa"* el cumplimiento de estas dos exigencias que siguen. Por un lado, su *"necesidad"* para garantizar, en el mínimo que resulta exigible, los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información del artículo 20 de la Constitución; y, por otro, su *"proporcionalidad"*, esto es, que la actividad informativa mantenida como servicio mínimo comporta una disminución, no sólo de la total actividad televisiva o radiofónica de cualquier clase de contenido que es desarrollada en circunstancias de normalidad, sino también una apreciable reducción de la actividad informativa que es realizada en esas mismas circunstancias de normalidad.

Así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde, según recuerda el Tribunal Constitucional, de actuar como un eficaz medio de presión a través de la exteriorización de los efectos que produce el paro laboral.

Esas circunstancias o datos de hecho cuya consignación siempre es necesaria, en el caso de la huelga aquí controvertida imponían a la Orden impugnada haber dejado constancia de lo siguiente: emisoras televisivas y de radiodifusión de titularidad pública existentes en la Comunidad de Madrid que tienen también una programación informativa; población residente en ese territorio que tiene acceso a dicha programación; y programación informativa que en circunstancias de normalidad emite el Ente público afectado por la huelga y sus sociedades, con expresión, en su caso, de sus contenidos informativos específicos y diferentes a los que difunden esas otras emisoras.

Por tanto, no figurando tales datos o circunstancias en la Orden impugnada, esa primera censura planteada en el recurso de casación sobre la *"programación informativa"* no merece ser acogida".

SEXTO.- Finalmente, la solicitud formulada por la recurrente sobre la conveniencia de que esta Sala retome la doctrina sentada en Sentencias de 17 de enero y 7 de noviembre de 2003, entre otras, en relación con la consideración de la programación

pregrabada como servicio mínimo, carece de fundamento pues olvida que de ese criterio ya nos habíamos apartado desde la Sentencia de 16 de mayo de 2005 (recurso de casación 6940/01), como recuerda la representación procesal de la C.G.T.

Además, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 183, 184, 191 y 193, todas de 19 de junio de 2006, anuló las Sentencias esta Sala de 17 de enero de 2003 y 7 de noviembre de 2003 a que se remite la recurrente.

En consecuencia, la doctrina vigente se inicia con la citada Sentencia de 16 de mayo de 2005 y enlaza con la Sentencia de 15 de septiembre de 1995 (recurso 524/1995), al asumir los criterios expresados en los Votos particulares a dichas resoluciones y que se resumen en considerar no justificada la restricción al derecho a la huelga que supone la imposición como servicio mínimo de la emisión de la programación grabada habitual. En esa misma línea de razonamiento esta Sala se ha pronunciado con relación a diferentes resoluciones administrativas que, con ocasión de otras convocatorias de huelga, catalogaban como servicios esenciales la emisión de programación grabada y de la normal programación informativa en las sentencias de 26 de marzo de 2007 (casación 1797/2003), 28 de marzo de 2007 (casación 1800/03), 19 de abril de 2007 (casación 1314/2003), 2 de julio de 2007 (casación 4187/2003) y 19 de noviembre de 2007 (casación 5755/04 y 7750/04), a cuyo contenido nos remitimos, indicándose pautas similares en las posteriores sentencias de 28 de mayo de 2008 (cas. 4470/06) y 27 de junio de 2009 (cas. 161/07), así como en la más reciente de 24 de febrero de 2010 (cas. 1425/08) en un asunto similar al actual en la que se transcriben los fundamentos jurídicos 4 a 9 de la STC 193/2006 (coincidente con la STC 183/2006), anteriormente consignados.

SEPTIMO.- Los razonamientos expuestos conducen al rechazo del motivo formulado y a la desestimación del recurso de casación. A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto señala como cifra máxima a la que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado, sin perjuicio del derecho a reclamar del cliente los que resulten procedentes, la de 1.500 euros. Para la fijación de la citada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto, a la importancia del recurso derivada de su complejidad y a la dedicación exigida para la formulación de la oposición.".

5720/04

032

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 08/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

Síntesis

EXTEMPORANEIDAD DE LA ACCIÓN: Recurso de alzada del Director de Inspección Financiera y Tributaria de la A.E.A.T. contra resolución de un TEAR.

Fundamentos de Derecho:

"**PRIMERO**.- La Sentencia resuelve las cuestiones planteadas por la parte actora, tanto formales, como de fondo, en la forma que se expone a continuación.

Por lo que respecta a las cuestiones formales suscitadas en la demanda, se afirma en la Sentencia:

CUARTO.-: Sobre la extemporaneidad del recurso de alzada interpuesto por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. De lo actuado en el expediente administrativo, se desprenden los siguientes hechos: 1) Que con fecha 29 de diciembre de 1998, el TEAR de Valencia se pronunció sobre la reclamación económico-administrativa formulada por el Sr. B. 2) Que la notificación de esa resolución se practicó al interesado en fecha 18 de febrero de 1999. 3) Que con fecha de 2 de febrero de 1999 tuvo entrada en el Registro de la Delegación de Hacienda de Madrid la notificación de la resolución del TEAR. 4) Que en fecha de 26 de febrero de 1999, dicha resolución fue notificada al Director del Departamento. 5) Que contra la resolución del TEAR, el Sr. Barreda interpuso recurso de alzada por escrito de fecha 19 de febrero de 1999, mientras que el Director del Departamento presentó escrito anunciando la interposición del recurso ordinario de alzada en fecha 4 de marzo de 1999. 6) Que del recurso de alzada interpuesto por el Centro directivo se dio traslado al Sr. B, quien formuló alegaciones en fecha 2 de julio de 1999. Y 7) Que mediante providencia de fecha 23 de julio de 1999, se procedió a la acumulación de los expedientes.

En relación con la extemporaneidad del recurso de alzada, si bien es cierto que con fecha de 2 de febrero de 1999, tuvo entrada en la Delegación de Hacienda de Madrid la notificación de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional, se ha de indicar que la recepción de la notificación por parte del órgano legitimado para interponer el recurso de alzada, el Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, de la Agencia Tributaria, al amparo de lo dispuesto en el art. 120.1, del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas de 1996, se produjo en fecha 26 de febrero de 1999. A ello debe añadirse el plazo del trámite previsto en el art. 103, del citado Reglamento, según el cual: "Cuando los Tribunales Regionales y Locales dicten resoluciones, en única o primera instancia, por las que se estime la reclamación, en todo o en parte, remitirán en el plazo de cinco días una copia de la resolución dictada a los órganos legitimados para recurrir de acuerdo con los artículos 120 y 126 del Reglamento." Por último, estos preceptos se han de poner en relación con el art. 19.2, de la Ley 30/92, la eficacia de las "comunicaciones" entre órganos administrativos se hace depender de la "recepción", al establecer: "Las comunicaciones entre los órganos administrativas podrán efectuarse por cualquier medio que asegure la constancias de su recepción".

Por otra parte, debe señalarse que, el art. 121.1, del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, dispone: "El recurso de alzada se interpondrá ante el Tribunal Regional o Local que hubiera dictado la resolución que se recurra, en el plazo improrrogable de quince días, contado desde el siguiente al de su notificación o comunicación a que se refieren los artículos 102 y 103 de este Reglamento."

El contenido del escrito de interposición del recurso de alzada debe reunir una serie de requisitos, conforme establece el art. 123.1, del citado Reglamento, pues en él "deberá exponer el recurrente los motivos en que se funde", pudiendo "acompañar los documentos que estime pertinentes", precisando el precepto "sin que en la segunda instancia sea procedente la puesta de manifiesto del expediente para alegaciones", salvo las excepciones previstas en el apartado 2, del artículo anterior y en el apartado 2, del artículo siguiente", de forma que "después de la presentación de este escrito no se admitirá documento alguno y el Tribunal mandará devolver de oficio los que se presenten, sin ulterior recurso".

En el presente caso, como se desprende de lo actuado en el expediente administrativo, y así se recoge en la resolución impugnada, la resolución dictada por el TEAR de Valencia, en fecha 29 de diciembre de 1998, estimatoria en parte de la reclamación económico-administrativa interpuesta por el ahora recurrente, fue notificada al interesado en 18 de febrero de 1999, y en fecha de 26 de febrero de 1999, al Director General del Departamento. Con fecha 4 de marzo siguiente, el Director del Departamento de Inspección de la A.E.A.T. presenta escrito anuncio de interposición del recurso de alzada, limitándose a manifestar que consideraba no ajustada a derecho la resolución, siendo en escrito de 14 de mayo de 1999 en donde invoca los motivos jurídicos de impugnación; vía alegaciones, escrito del que se da traslado al recurrente, que es contestado por escrito de 2 de julio de 1999.

De la narración de estos hechos, se aprecia que la interposición del recurso de alzada está dentro del plazo reglamentario, si bien el escrito en el que se formalizó debió de subsanarse al adolecer de uno de los requisitos exigidos, conforme dispone el art. 50, del Reglamento de Procedimiento de 1996, en relación con el art.71, de la Ley 30/92. Sin embargo, la posible indefensión se subsanó por la formalización del escrito de alegaciones, que formalizaron las partes intervinientes. En este sentido, la Sala entiende que la interposición del recurso no era extemporáneo, resolviéndose en la resolución impugnada las cuestiones planteadas en los escritos de alegaciones. Por ello, se han de desestimar los motivos invocados en relación con esta alegación.

Por otra parte, al incumplimiento de los plazos dentro del régimen interno de la Administración, relativos a comunicaciones, no se le pueden atribuir los efectos invalidantes que patrocina el recurrente, al amparo de lo establecido en el art. 63.3, de la Ley 30/92, según el cual: "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo", pues, primero, no ha producido indefensión al recurrente, y segundo, las normas reglamentarias reguladoras del recurso de alzada no atribuyen a dichos plazos la relevancia pretendida, al no tratarse de unos plazos determinantes del nacimiento o extinción de derechos, sino que deja intactas las perspectivas jurídicas de los recurrentes."

Por lo que afecta a la cuestión de fondo, la Sentencia, partiendo de estimar que existía una simulación del precio, razona del siguiente modo:

"UNDÉCIMO.- *Afectando la simulación en la fijación del precio de las acciones, la Administración tributaria, a la hora de fijar el precio, parte de las normas valorativas del art. 20.8.b), de la Ley 44/78, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, (redacción dada por la Ley 48/85, de 27 de diciembre; y art. 88.3, de la Ley 33/87, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988), que establece: "En la enajenación de valores mobiliarios que no coticen en Bolsa, representativos de participaciones en el capital de sociedades, el incremento o disminución patrimonial se computará por la diferencia entre el coste medio de adquisición y el importe real efectivamente percibido, deducidos, en su caso, los gastos originados por la transmisión que corran a cargo del vendedor. No obstante, cuando el citado importe real no se corresponda con el que habrían*

convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, la Administración considerará como valor de enajenación el mayor de los dos valores siguientes: a) El teórico resultante del último balance aprobado. b) El que resulte de capitalizar el tipo del 8 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances."

El punto central de la liquidación practicada es la determinación del "importe real" de las acciones. Si dicho importe coincide con el que "habrían convenido partes independientes", se aplica la regla general (primer párrafo); en el supuesto de que el "importe real efectivamente percibido" por el transmitente "no se corresponda" con el que habrían "convenido partes independientes", se aplica la regla excepcional (segundo párrafo), que recoge dos criterios, predominando el valor mayor resultante de entres ambos criterios alternativos. Se distingue, por tanto, entre "precio convenido en condiciones normales de mercado" y "precio convenido fuera de las condiciones normales de mercado". La aplicación de una de estas reglas exige la acreditación de la discrepancia valorativa de las acciones, de que el precio de enajenación coincidía o no con el precio de mercado, es decir, que el importe "efectivo" no coincide con el de "mercado", debiéndose acudir al "teórico" o al "capitalizado".

En el presente caso, se concluye que el precio convenido en la cotización de las acciones de Aznar SA ha sido configurado intencionalmente, no reflejando el precio que hubiera resultado de la libre concurrencia de operadores en Bolsa, al haber participado los propios socios o personas afines. Ello provoca que la regla de valoración a aplicar sea la "regla excepcional", y dentro de ella, cualquiera de los criterios alternativos que contiene, siempre coincidiendo con el de "mayor de los valores".

La Inspección, a la enajenación de las acciones realizada en el ejercicio 1988 y 1989, aplica el primero de los criterios ,"valor teórico"; mientras que las realizadas en los ejercicios 1990 y 1991, aplica el criterio del "valor de capitalización". Los conceptos utilizados por la Inspección en el cálculo y las operaciones realizadas no son discutidas, sino el propio criterio legal aplicado.

La exclusión de la aplicación de la "regla general" viene determinada por los hechos que determinaron el "precio simulado" de las aciones, conforme se ha declarado en los anteriores Fundamentos Jurídicos. Al no existir paralelismo entre "precio efectivo" y "precio convenido entre partes independientes en condiciones normales de mercado", entra en juego la "regla excepcional", tendente a fijar el valor de las acciones, que refleje los elementos que en las condiciones normales de mercado vienen a determinar el precio de enajenación de las acciones sin interferencias interesadas.

En este sentido, los criterios utilizados por la Inspección se adecuan al mandato legal.

La otra cuestión que se discute es, que si de los importes valorativos calculados por la Administración procede la deducción de los "gastos" por concepto de las transmisiones y tributos inherentes a la transmisión. Es cierto que en el art. 20, de la Ley 44/78, citada, se permite la deducción del precio de enajenación de los gastos derivados de la transmisión de los títulos valores, pero como declara la resolución impugnada, en el presente caso, además de que por el órgano liquidador ya se tuvieron en cuenta, no proceden que minoren el precio de enajenación en el sentido patrocinado por el recurrente, primero, porque el procedimiento de enajenación de los referidos títulos, dada la calificación jurídica declarada, no es causa legítima para que sean tenidos en cuenta, no pudiendo ser aprovechado como beneficio fiscal; y segundo, porque la alegación del recurrente lo es con referencia a una hipotética transmisión de las acciones mediante las correspondientes pólizas o escrituras públicas, lo que no se ha producido."

Por último, la Sentencia, de un lado, en cuanto a la cuestión de los intereses de demora, sigue la doctrina que sentara esta Sala en la de 30 de octubre de 1997 y entiende que debe aplicarse el tipo vigente en cada uno de los ejercicios que integran el período de liquidación, según lo dispuesto en la Ley 25/1995, de 20 de julio, y de, otro, confirma la sanción impuesta por la Administración, al entender que no procede la aplicación del artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia impugnada, la parte recurrente opone en su recurso de casación diecisiete motivos, de los cuales, los dos primeros se amparan en el artículo 88.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio y el resto en el artículo 88.1 d) de la misma Ley. En tales motivos se alega:

1º) Violación de lo dispuesto en los artículos 24.1 de la Constitución, 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por incongruencia interna de la sentencia, al entender la parte recurrente que no existe la necesaria conexión entre la normativa aplicable y la decisión judicial, incurriendo en manifiestas contradicciones a lo largo de los distintos fundamentos jurídicos; en particular se señala que en unos casos se afirma que no existió simulación y en otros que existió tal negocio anómalo.

2º) Violación de los mismo preceptos, en razón a entender que la sentencia incurre también en incongruencia omisiva o "ex silentio", al no responder a la cuestión planteada de la doble imposición que supone la liquidación, por no considerar como valor de adquisición en las sucesivas transmisiones el valor de comprobado en la compraventa previa.

3º) Infracción de los artículos 40.1 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reclamaciones Económico-Administrativas, y artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que sirva para sostener que las resoluciones del TEAR y TEAC son incongruentes al no corresponderse con las alegaciones formuladas ante ellos.

4º) Infracción del artículo 40.3 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reclamaciones Económico-Administrativas, por entender que tanto el TEAR como el TEAC incurrieron en incongruencia "extra petita", al resolver sobre cuestiones no planteadas en la reclamación o en el recurso, sin conceder trámite para alegaciones.

5º) Infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 37 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo y 121 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reclamaciones Económico-Administrativas y 3 y 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, al estimarse que el recurso de alzada no se interpuso por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria en el plazo de quince días, que deben contarse desde el día 2 de febrero de 1999, en que la resolución del TEAR tuvo entrada en la Delegación de la AEAT en Madrid.

6º) Con carácter subsidiario, infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 37 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo y artículos 103 y 121 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas y 3 y 19.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la doctrina sentada en las Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 2002, 26 de enero y 26 de abril de 2004, a cuyo tenor el plazo máximo de interposición de los recursos de alzada a interponer por el Director General del Ramo no puede exceder de la suma de cinco días, plazo éste de remisión por el TEAR de las resoluciones estimatorias, más el tiempo en que se recibe la comunicación de dicho tipo de resoluciones, más quince días.

7ª) Infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 50 y 123 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas y 3.1 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

8º) Infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 120.2.a) de la Ley General Tributaria de 1963, 11.5 y 31.1 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Inspección de los Tributos y artículo 54.1.f) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, entendiendo la recurrente que las actuaciones inspectoras, que comenzaron con carácter y alcance general, debieron concluir con una regularización completa de la situación tributaria del contribuyente, no pudiendo limitarse referidas actuaciones una vez comenzadas y a través del informe que acompaña al acta de disconformidad; se añade que la limitación no se acordó por el órgano competente, esto es, el Inspector Jefe y que no resulta motivada.

9º) Infracción de los artículo 9.3 de la Constitución y 50 del Reglamento de Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, al considerarse que las actas que fueron suscritas en 28 de diciembre de 1995 no tienen el carácter de previas.

10ª) Infracción de los artículos 20.8. a) y b) de la Ley 44/1978, de 8 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según redacción dada por Ley 48/1985, de 27 de diciembre, y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puesto que no pueden desconocerse los Acuerdos adoptados por las Juntas Sindicales de los Ilustres Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao y Valencia, de 12 de enero de 1987 y 30 de junio de 1987, admitiendo a contratación pública bursátil, los títulos emitidos por la sociedad Aznar, S.A.; lo mismo ocurre con las Ordenes Ministeriales de 18 de mayo de 1989, 29 de marzo de 199015 de marzo de 1991 y 13 de marzo de 1992, que aprobaron la relación de valores cotizados en Bolsa con su cambio medio, del cuarto trimestre de los años 1988, 1989, 1990 y 1991, respectivamente.

11º) Infracción de los artículos 25 y 28 de la Ley General Tributaria y 1274, 1275 1276 y 1277 del Código Civil, al entenderse por la recurrente que la liquidación calificó la compraventa de acciones de Aznar, S.A. como simulación a la fijación del precio de las acciones, conclusión de la que aquella discrepa.

12º) Con carácter subsidiario, y para el caso de que esta Sala estime que procede la aplicación del artículo 20.8.b) de la Ley 44/1978, de 8 de Septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, infracción de dicho precepto y del 114 de la Ley General Tributaria de 1963, por entenderse que la aplicación de los valores objetivos previstos en el primero requiere que se pruebe que el importe real efectivamente convenido no se corresponde con el que habrían estipulado partes independientes, en condiciones de mercado.

13º) Infracción de la las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con el artículo 31.1 de la Constitución y 20.8.b) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, motivo que se articula con carácter subsidiario para el caso de que la Sala entienda ser de aplicación el último de los preceptos indicados, pues entonces "el valor de adquisición debe cuantificarse en función del valor de transmisión determinado por la Administración en la compraventa previa, pues en caso contrario, se genera un claro supuesto de doble imposición en flagrante violación de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad previstos en el artículo 31.1 de la Constitución".

14º) Infracción del artículo 20.6 de la Ley 44/1978, pues se obvía en el cálculo del valor de enajenación el cómputo de los gastos y tributos inherentes a la transmisión que hubieran sido satisfechos por el transmitente.

15º) Infracción de los artículos 4.3 y 34.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero de Derechos y Garantías del Contribuyente, por no instruirse procedimiento separado para la imposición de la sanción.

16º) Infracción de los artículos 24.2 y 25 de la Constitución y 77 y 79 de la Ley General Tributaria, pues la conducta del recurrente no fue antijurídica, ni culpable y la sanción se impuso con infracción del principio "non bis in idem" y

17º) Infracción del artículo 82.1.d) de la Ley General Tributaria de 1963, por no poderse apreciar agravante de ocultación, por cuanto esta circunstancia queda subsumida en el tipo.

TERCERO. - Procede estudiar primeramente los motivos formales alegados en relación a la extemporaneidad del recurso de alzada interpuesto por el Director de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal Tributaria, ya que de estimarse alguno de ellos haría innecesario el estudio de los demás.

Pues bien, debe señalarse que como quinto motivo se alega infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 37 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo y 121 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reclamaciones Económico-Administrativas y 3 y 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, al entenderse que el recurso de alzada no se interpuso por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, en el plazo de quince días, que deben contarse desde el día 2 de febrero de 1999, en que la resolución del TEAR tuvo entrada en la Delegación de la AEAT en Madrid.

Conviene tener en cuenta que frente a la alegación de extemporaneidad realizada en el escrito de demanda, adjuntando a la misma fotocopia de anverso y reverso del oficio de remisión de la resolución del TEAR de Valencia, donde constaba su entrada en la Delegación Regional de la AEAT en Madrid, el 2 de febrero de 1999, el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, aparte de negar valor a lo que calificaba de una simple fotocopia, opuso ser de sobra conocido que en la Calle Guzmán el Bueno de Madrid, se encuentra la Delegación Regional de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, así como la Administración de Guzmán el Bueno, pero no tiene su sede el Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

Por su parte, la Sentencia impugnada (Fundamento de Derecho Cuarto) reconoce que la comunicación del TEAR de Valencia adjuntando la resolución dictada tuvo entrada en la Delegación de Hacienda de Madrid en 2 de febrero de 1999, pero considera que el plazo para la interposición del recurso de alzada debe computarse desde que aquella se recibió por el Director del Departamento en 26 siguiente, por lo que habiéndose interpuesto el recurso de alzada en 4 de marzo de 1999, debía considerarse deducido dentro del plazo.

Y frente al motivo de casación alegado por la recurrente, el Defensor de la Administración, en su escrito de oposición, considera que el plazo de interposición del recurso de alzada solo puede contarse desde la fecha en que la resolución del TEAR de Valencia entró en el Registro del Organo legitimado para la interposición de aquél.

Así planteada la controversia, conviene aclarar que en el presente caso no estamos ante una comunicación del TEAR, dirigida al órgano administrativo encargado de la ejecución, y que en este caso se habría cursado a la Delegación de la AEAT en Castellón, sino ante la dirigida al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, dando cuenta de la resolución dictada, que tuvo entrada primeramente en la Delegación de Hacienda de Madrid en 2 de febrero de 1999, no recibiéndose, sin embargo, por aquél hasta el 26 siguiente.

Pues bien, para dar la respuesta al motivo, partimos de que en relación a la extemporaneidad del recurso de alzada, esta Sala viene manteniendo el criterio de que "*cuando el que interpone el recurso ordinario de alzada es un Director General del*

Ministerio de Economía y Hacienda, legitimado para ello, debe actuarse en materia de notificaciones, si cabe todavía, con mayor rigor, pues nos hallamos ante un recurso excepcional y ante la comunicación inter-órganos del Ministerio de Economía y Hacienda". Valgan por todas, las Sentencias de 19 y 24 de octubre de 2007.

En el presente caso, llama la atención el tiempo transcurrido entre la recepción de la resolución del TEAR en la Delegación de Hacienda de Madrid (2 de febrero de 1999) y la recepción por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria hasta (el 26 siguiente,) de tal forma que quedó consumido entre las dos fechas un espacio temporal de veinticuatro días, que es incluyo mayor del que se dispone para interposición del recurso de alzada.

De aquí que se afirme en el recurso de casación, con referencia a la interpretación de la Sala de instancia, que "es muy peligrosa, pues deja en manos de la Administración el cómputo del plazo del recurso y, por tanto, de firmeza de los actos administrativos". Y a continuación, se invoca la Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1987, en la que se dijo que "*el requisito de la fecha de las notificaciones - esto es lo que aquí se discute- está sometido a un régimen normativo que, por razones de seguridad jurídica, aspira a que dicha fecha se concrete en términos objetivos, de tal suerte que su fijación no depende, en lo que ahora importa, de la voluntad del interesado destinatario de la notificación: no debe quedar a su arbitrio el señalamiento del momento en que aquélla tuvo lugar.*

Por ello, independientemente de que desde el Registro General se cumpla o no el deber de remitir la comunicación a la Dependencia interesada el mismo día en que se reciba, la fecha de la notificación ha de ser la de la anotación en aquel Registro, pues en otro caso la fijación de tal fecha quedaría al arbitrio de la Dependencia a la que, en último término, hubiera de llegar el documento."

Igualmente se invoca la Sentencia de 13 de julio de 1999, que para desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra Sentencia de la Sala de instancia que había declarado extemporáneo el recurso contencioso-administrativo deducido en nombre de la Administración General del Estado contra determinada Orden dictada por la Generalidad de Cataluña, razonó del siguiente modo*: "SEGUNDO.- La sentencia debe confirmarse, pues, conforme en ella se indica, la resolución desestimatoria del recurso de reposición tuvo entrada en la Secretaría General de la Delegación del Gobierno en Cataluña el 14 de febrero de 1.990, y el recurso contencioso-administrativo se interpone el 8 de mayo de 1990, cuando ya había transcurrido suficientemente aquel plazo de dos meses. Frente a esta conclusión no puede acogerse la alegación del Abogado del Estado de que el cómputo debe realizarse a partir del momento en que tiene entrada la comunicación en el Ministerio de Cultura, órgano al que se dirige la comunicación, pues, sobre no haberse probado que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 66.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de que en las veinticuatro horas siguientes debe cursarse al órgano que corresponda, el propio precepto establece en su apartado 5, que <<"se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores>>."*

Pues bien, actuando a la luz del criterio con el que debe contemplarse esta materia, y que antes hemos expuesto, debe darse la razón a la parte recurrente, que ha puesto de manifiesto que la solución adoptada por la Sala de instancia afecta de forma sustancial al principio de seguridad jurídica en cuanto a la firmeza de los actos administrativos, siendo además de plena aplicación la jurisprudencia que cita.

En consecuencia, debe considerarse que la fecha de notificación al Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, es la de entrada de la comunicación en la Delegación de Regional de Madrid de la A.E.A.T., sin que frente a ello puedan oponerse consideraciones tales como complejidad de servicios, volumen de trabajo o cualquier otra similar, que no son propias de los principios que deben regir la comunicación inter-organos de un mismo Departamento y que, en cualquier caso, no pueden perjudicar al contribuyente, tanto más cuanto que el mismo cuenta con la confianza legítima que deriva de haber recibido una resolución del TEAR que resulta favorable a sus intereses.

La conclusión final que se alcanza, por tanto, es la de estimación del motivo, lo que hace innecesario el estudio de los demás, incluso del séptimo, en el que se denuncia que el escrito de interposición del Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria no contenía alegaciones y en donde esta Sección viene manteniendo igualmente doctrina que favorecería a la parte recurrente.

CUARTO.- Así pues, la aceptación del quinto motivo conduciría por sí solo, y sin necesidad del estudio de los demás alegados, a la estimación del recurso y a la casación de la sentencia impugnada, en cuanto desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, y en la medida en que en ella se consideró deducido dentro de plazo y se estimó el recurso de alzada del Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT.

Ahora bien, resulta también preciso tener en cuenta que en su día, la parte hoy también recurrente interpuso recurso de alzada contra la resolución del TEAR de Valencia, de 29 de diciembre de 1998, en lo que respecta al mantenimiento de la calificación de

"previa" del acta de Inspección, si bien la resolución del TEAC, de 11 de octubre de 2001, lo desestimó, con base en lo dispuesto en el artículo 50.2.c) del Reglamento General de Inspección ("cuando la Inspección no haya podido ultimar la comprobación o investigación de los hechos o bases imponibles y sea necesario suspender las actuaciones, siendo posible la liquidación provisional"), así como en la circunstancia de ser el hecho imponible susceptible de desagregación en sus diferentes elementos o componentes (artículo 50.2. b) del propio Reglamento).

Por tal razón, la representación procesal de la Sra. Aznar Tena interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en solicitud de que, "en cualquier caso", la sentencia que habría de dictarse reconociera el carácter general de las actuaciones inspectoras culminadas con las actas de 28 de diciembre de 1995 y liquidaciones de 30 de mayo de 1996, y, en consecuencia, el también carácter preclusivo de la regularización efectuada, pretensión ésta no estimada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2004.

Y como el recurso de casación se dirige también contra la sentencia de referencia por la razón expuesta, deben estudiarse y resolverse los motivos que la recurrente dedica a ello y que son el octavo y noveno, a los que debe darse respuesta, a fin de otorgar completa tutela judicial.

Pasando a hacerlo así, hay que poner de manifiesto primero, que la Sentencia basa su desestimación en los razonamientos contenidos en el siguiente Fundamento de Derecho:

"*DUODÉCIMO.- Por lo que se refiere a las alegaciones sobre cuestiones formales, entiende la recurrente que es improcedente el carácter de Previa del Acta levantada, pues la comprobación practicada por la Inspección ha sido general y completa.*

El art. 144 de la Ley General Tributaria dispone: "Las actuaciones de la Inspección de los Tributos, en cuanto hayan de tener alguna trascendencia económica para los sujetos pasivos, se documentarán en diligencias, comunicaciones y actas previas o definitivas". En este precepto no se establece un criterio diferenciador entre ambas actas.

La Orden Ministerial de 10 de abril de 1975 , que desarrolla el Decreto 2062/1974 , sobre funcionamiento y competencia de la Inspección de Aduanas, en el núm. 4, establecía: "las actas previas se utilizarán para documentar las actuaciones de coordinación territorial o funcional y, en general, para las actuaciones que tengan por finalidad la toma o comprobación de datos para la emisión de informes o para facilitar posteriores actuaciones da las que pueda deducirse alguna repercusión económica para los interesados", frente a las definitivas que, "son las que contienen la totalidad de los requisitos enumerados en el artículo 145 de la Ley General Tributaria ".

Con el Real Decreto 2077/1984, de 31 de octubre, sobre régimen de determinadas actuaciones de la Inspección de los Tributos y de las liquidaciones tributarias derivadas de las mismas, (que sustituyó al Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, sobre régimen de las liquidaciones tributarias, que fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984), se introdujo un criterio diferenciador residual, al suprimir uno de los supuestos contemplados con anterioridad, cual era el referente al acta previa sin liquidación incorporada, ("acta de simple constancia de hecho"), a la que se le daba un carácter excepcional.

Es el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos , la norma que por primera vez define el "acta previa". En su art. 50.1 dispone: "Son actas previas las que dan lugar a liquidaciones de carácter provisional, a cuenta de las definitivas que posteriormente se puedan practicar". Del texto de este precepto se desprende que el carácter de una u otra acta se hace depender del carácter de la "liquidación" practicada, si definitiva, si provisional. En este sentido, el mismo artículo, apartado 2.a), segundo párrafo, establece que: "La liquidación derivada del acta previa tendrá el carácter de a cuenta de la que como complementaria o definitiva se derive del acta de disconformidad que simultáneamente se incoe".

Otra de las notas características de las "actas previas" es la de la posibilidad de dejar parte de los hechos imponibles inspeccionados, pero no comprobados o sin investigar, permitiéndose su posterior estudio, ("cuando la Inspección no haya podido ultimar la comprobación o investigación de los hechos o bases imponibles y sea necesario suspender las actuaciones, siendo posible la liquidación provisional").

Dada la naturaleza de estas actas y sus efectos, el art. 50.4 del Reglamento General de la Inspección, exige que: "cuando la Inspección extienda un acta con el carácter de previa deberá hacerlo constar expresamente, señalando las circunstancias determinantes de su incoación con tal carácter y los elementos del hecho imponible o de su valoración a que se haya extendido ya la comprobación inspectora".

Pues bien, en el presente caso, la Inspección dio carácter de "previa" al acta, al limitar las actuaciones inspectoras de comprobación a la liquidación en relación con los hechos imponibles derivados de las operaciones de la venta de acciones, y en

concreto, el posible incremento o disminución patrimonial derivados de dichas prácticas bursátiles. En este sentido, es conforme a las citadas normas el carácter de "previa" del acta, como hizo constar el Inspector actuante, siendo de aplicación también lo establecido en el art. 11.5 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos , que permite a la Inspección la delimitación del ámbito de sus actuaciones, al disponer: "Las actuaciones de comprobación e investigación de carácter general podrán limitar su objeto cuando en el curso de su ejecución se pongan de manifiesto razones que así lo aconsejen y se acuerde por el Órgano competente. Del mismo modo, a juicio de los actuarios, se podrá ampliar el ámbito de aquéllas actuaciones que inicialmente tuvieran carácter general"; y de lo actuado en el expediente administrativo, se aprecia que la Inspección se atuvo a lo establecido en dicha norma reguladora de su actuación, sin que se haya producido indefensión.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta la complejidad de las actuaciones comprobadoras, puesta de manifiesto por las sucesivas diligencias extendidas por la Inspección, a las que se refiere el recurrente en su escrito de demanda, pero que se centraban en el aspecto de la autoliquidación discutida, la disminución patrimonial declarada por el recurrente, para lo cual se tuvo que acudir al conjunto de las operaciones realizadas con las acciones de la mercantil AZNAR, S.A. En este sentido, la Sala entiende que las actuaciones inspectoras no atentan contra el principio de seguridad, al constar la limitación del ámbito de la comprobación, en relación con la autoliquidación del recurrente..."

Pues bien, en el motivo octavo se alega infracción de los artículos 9.3 de la Constitución, 120.2.a) de la Ley General Tributaria de 1963, 11.5 y 31.1 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Inspección de los Tributos y artículo 54.1.f) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se aduce: **a)** que la limitación de actuaciones no puede acordarse en el informe que acompaña al acta de disconformidad; **b)** que "habiéndose comprobado el hecho imponible (transmisión de acciones de Tres A, S.A.) y su valoración (la documentación fue aportada en la primera diligencia de Inspección de 9 de noviembre de 1994) no puede posteriormente limitarse las actuaciones diciendo que solo se han comprobado las acciones de la entidad AZNAR, S.A., con lo que las liquidaciones practicadas el 30 de mayo de 1996 tienen carácter de definitivas, con independencia de como hayan sido calificadas por la Administración (artículo 120.2.a) de la LGT"; **c)** que las actuaciones inspectoras, que comenzaron con carácter y alcance general, debieron concluir con una regularización completa de la situación tributaria del contribuyente, no pudiendo limitarse referidas actuaciones una vez comenzadas y a través del informe que acompaña al acta de disconformidad; se añade que la limitación no se acordó por el órgano competente, esto es, el Inspector Jefe y que no resulta motivada.

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

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

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

Se trata de los mismos motivos opuestos en el recurso de casación número 5442/04, interpuesto por la representación procesal de Dª Francisca Aznar Tena y en la que se dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008.

La única diferencia es que aquí, a partir del Acta de 28 de diciembre de 1995, se pretende cerrar cualquier posibilidad de actuación posterior de la Inspección, mientras que en el recurso de casación 5442/04 lo que se impugnaba es la actuación inspectora ya producida al formalizar Acta con carácter definitivo por el ejercicio de 1991, reflejando el incremento patrimonial derivado de la venta de las acciones de "TRES A, S.A.", llevada a cabo en el referido ejercicio de 1991, pero imputado al ejercicio 1992.

Pues bien, en la Sentencia de referencia dijimos en forma que resulta igualmente aplicable al presente caso:

"QUINTO.- La recurrente, al igual que otros miembros de su familia se vio sometida a actuaciones inspectoras de carácter general, por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los ejercicios 1987 a 1992, ambos inclusive, según comunicación de la Inspección de 19 de mayo de 1994 y dentro de las cuales, con fecha 28 de diciembre de 1995, se formalizó Acta previa como

consecuencia de incremento patrimonial producido en la venta de acciones de la entidad "AZNAR, S.A." que determinó liquidación por IRPF, de fecha 30 de mayo de 1996. A dicha Acta previa se hace mención en la definitiva por el ejercicio 1991, formalizada en 18 de septiembre de 1996, reseñada en el Antecedente Primero de esta Sentencia (debe precisarse que con esta fecha se dicta también la que resuelve el recurso de casación 2042/2005, interpuesto por D. Juan Bs, esposo de la recurrente, a partir de la referida liquidación de 30 de mayo de 1996 y en donde se pretendía la declaración del carácter preclusivo de la regularización efectuada en la misma).

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

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

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

Se aduce:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y partiendo de dicha conclusión, y por tanto de la legalidad del acto de Inspección al levantar el Acta de 28 de diciembre de 1995, lo que no cabe duda es que ni su formalización supone "per se" limitación de actuaciones con atribución de dicho derecho al sujeto pasivo, ni por supuesto puede producirse dicho efecto en un informe ampliatorio, dado el carácter de éste último. Por ello tiene razón el acuerdo liquidatorio de 8 de octubre de 1997 cuando afirma, como antes vimos, que "No se trata pues de limitar el objeto de las actuaciones inspectoras...., sino de poner de manifiesto que finalizada la comprobación inspectora de una parte de la documentación aportada por el sujeto pasivo (relativo a las acciones de AZNAR, S.A.) se estima procedente por la Inspección proponer, mediante acta previa, la regularización tributaria dimanante de la misma, dentro de las facultades que para ello le otorga el art. 50.2 del Reglamento General de Inspección de los Tributos"; igualmente cuando concluye que "no hay que confundir la limitación del objeto, de general a parcial, regulada en el art. 11 del R.G.I.T., que resulta ser de competencia plena del Inspector Regional, con la incoación de un acta previa, dentro de los supuestos contemplados en el art. 50 del mismo texto reglamentario. Circunscribir a la aplicabilidad del art. 11.5 el caso presente, considerando únicamente la literalidad de la palabra "parcial" supone limitar intencionadamente unas actuaciones de comprobación e investigación complejas, que rebasan el análisis de la simple documentación aportada por el contribuyente".

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

Tales contribuyentes son:
(……..)
(……..)

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

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

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

En consecuencia, se rechazan los motivos alegados.

QUINTO.- La aceptación del motivo quinto y la consiguiente estimación del recurso y casación de la sentencia, obligan, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, a resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate y ello debe hacerse estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Dª Francisca Aznar Tena, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de octubre de 2001, la cual debe anularse en el extremo en que consideró deducido dentro de plazo y estimó el recurso de alzada del Director General de Inspección Financiera y Tributaria, de la Agencia Estatal Tributaria, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia de 29 de diciembre de 1998.

SEXTO.- No ha lugar a la imposición de costas y en cuanto a las de instancia cada parte abonará las suyas.".

6281/07

033

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 23/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Síntesis

Solicitud de cancelación de la inscripción del bautismo.

Fundamentos Jurídicos:

"**PRIMERO.-** Por la representación procesal de **D. Sergi** se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el **10 de Octubre de 2.007** por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se desestima el recurso contencioso administrativo **nº 199/2006** interpuesto por aquel, contra Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de, **9 de mayo de 2.006**, en la que se estima parcialmente la reclamación formulada por **D. Sergi** pues, si bien no se accedía a su pretensión de que se cancelase la anotación de su bautismo en el Libro de Bautismos, se ordenaba que el Arzobispado remitiese al reclamante certificación en la que se haga constar que se ha anotado en su partida de Bautismo el hecho de que ha ejercitado el derecho de cancelación, debiendo en otro caso motivar las causas para no practicar dicha nota marginal, con apercibimiento de incurrir, si no procediera así, en las infracciones previstas en el art. 44 de la LOPD.

SEGUNDO.- Esta Sala no puede desconocer que las cuestiones aquí planteadas, a excepción de la relativa al procedimiento sancionador, a que dedica el recurrente el apartado sexto de su escrito de interposición, han recibido ya respuesta de esta Sala, siguiendo lo que ya es jurisprudencia consolidada, en la **Sentencia de 7 de noviembre de 2008**, dictada en el recurso de casación

nº **5785/2007**- interpuesto contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el recurso 155/2006 – que declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Arzobispado de Valencia, estima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de **9 de mayo de 2.006,** por su disconformidad a derecho, sin que la peculiaridad de que lo que en aquel recurso se esgrimieron como motivos de oposición se esgriman ahora como motivos de casación, pueda alterar el sentido y el alcance de los pronunciamientos de este Tribunal cuyos fundamentos, de acuerdo con los principios de unidad de doctrina y de igualdad de trato en aplicación de la ley, plenamente asumimos.

TERCERO.- De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, recogida en las Sentencias de esta Sala de fechas 17, 19, 20 y 22 de septiembre de 2003 (recursos de casación 4453, 6838 y 3790 de 2001, 5365 y 7468 de 2000), 7 y 13 de julio de 2004 (recursos de casación 858/2002 y 1978/2002), 6 de abril de 2005 (recursos de casación 3530/2002, 3243/2002, 791/2002, 1245/2002, 1257/2002, 1742/2002 y 1973/2002), 9 de septiembre de 2005 (recurso de casación 1255/2002) y 31 de enero de 2006 (recurso de casación 8019/2002), hay que concluir que **el presente recurso de casación carece de objeto** toda vez que, como se puso de manifiesto a las partes por Providencia de 14 de mayo de 2009, la **resolución de la Agencia Española de Protección de datos, de fecha 9 de mayo de 2006**, recurrida en la instancia y de que este recurso trae causa, fue anulada por **Sentencia de esta Sala, de fecha 7 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación nº 5785/2007**, razón por la que, en principio, resultaría innecesario examinar los motivos de casación aducidos, con la finalidad de obtener la anulación de la sentencia recurrida que confirma una resolución de la Agencia Española de Protección de datos que ya ha sido declarada nula por sentencia firme.

CUARTO.- Ahora bien, habiendo puesto de manifiesto el recurrente que en la instancia interesó la acumulación de ambos recursos y que dicha petición fue desestimada con el argumento de que los recursos derivaban de expedientes administrativos diferentes - no obstante lo cual la Audiencia Nacional dictó sendas sentencias en los mismos términos, a pesar de que sus pretensiones eran antagónicas, examinaremos los motivos de casación aducidos.

QUINTO.- El motivo primero, en el que se denuncia infracción de los artículos 16 y 18 de la Constitución española en cuanto regulan los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la libertad religiosa, no cumple las exigencias del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, que impone la expresión razonada del motivo, de los previstos en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, en que se ampare el recurso y carece manifiestamente de fundamento al adolecer de un análisis razonado entre la jurisprudencia invocada y la concreta fundamentación jurídica de la sentencia recurrida (artículo 93.2.d) LRJCA)

Los motivos, **segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto,** deducidos bajo los epígrafes "Sobre la cancelación y su forma" "Sobre los derechos de terceros", "Sobre la coordinación de los derechos del titular de los datos y la autonomía de la iglesia católica en la regulación de sus archivos" "Datos especialmente protegidos" y "Sanción", no cumplen las exigencias del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, que impone la expresión razonada del motivo, de los previstos en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, en que se ampare el recurso, habiéndose formulado como si de una apelación se tratara (art. 93.2.d). Conviene recordar que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, por todos, en auto de 11 de julio de 2007, dictado en el Recurso de Casación 8738/2003, <<la expresión del "motivo" casacional en el escrito de interposición no es una mera exigencia rituaria desprovista de sentido, sino elemento determinante del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que la sentencia debe pronunciarse. Como reiteradamente ha dicho esta Sala, la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter de recurso extraordinario que aquel ostenta, sólo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia. De ahí que no sea susceptible de admisión aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que solo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración del órgano jurisdiccional.>>

A ello se añade que en los motivos, **segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto no citan las normas o jurisprudencia que se reputan infringidas y las que se citan no se ponen en relación con la fundamentación de la sentencia recurrida.** Y en relación con la denuncia de infracción del artículo 24 de la Constitución, a que hace referencia el apartado o **motivo sexto del escrito de recurso**, por no haberse pronunciado la sentencia recurrida sobre la petición de inicio de expediente sancionador contra el Arzobispado de Valencia, aunque las razones expuestas, a las que se unen razones evidentes de economía procesal, eximen a la Sala de entrar a considerarla, interesa aclarar que, independientemente de la solución que pudiera darse a la cuestión de la legitimación activa del recurrente para solicitar a la Administración el inicio de dicho expediente sancionador, lo cierto es que, la justeza de la conducta del Arzobispado de Valencia se desprende, sin lugar a dudas, de la propia Sentencia de esta Sala**, de fecha 7 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación nº 5785/2007**, que estima el recurso interpuesto por el Arzobispado de Valencia contra la mencionada resolución de la Agencia Española de Protección de datos; todo ello sin perjuicio de observar que, dicho motivo, resultaría también indebidamente planteado habida cuenta que, el escrito de interposición no cumple, en cuanto al mismo, los requisitos del artículo 92 de la Ley Jurisdiccional que exige la expresión razonada del motivo de los previstos en el artículo 88.1 en que se ampare, citando las normas o las jurisprudencia que se consideren infringidas, al limitarse el recurrente a consignar por todo razonamiento que "la omisión de la Sentencia a quo a nuestro juicio y dicho en términos de defensa vulnera el derecho a la

tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de nuestra Constitución", a lo que se añade la circunstancia de que la denuncia a que dicho motivo se contrae tampoco se anunció en el escrito de preparación.

QUINTO.- En consecuencia, tal y como se ha formulado, el presente recurso de casación, no puede prosperar. Más aún, debió en su día ser inadmitido, tal y como ordena el artículo 93.2.b), inciso segundo, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, lo que aboca en esta fase a su desestimación.".

6371/06

034

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 27/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez

Síntesis

PROTECCIÓN DE DATOS. DERECHO DE ACCESO. Demanda contra resolución administrativa estimatoria de la solicitud particular.

Fundamentos Jurídicos:

" **PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Lorenzo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2006, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de datos de 29 de diciembre de 2003.

La sentencia impugnada hace suyo el siguiente relato de hechos recogido en la citada resolución:

"PRIMERO: D. Lorenzo ejerció el derecho de acceso ante la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura de Ceuta mediante burofax interpuesto por la entidad destinataria en fecha 13/02/2002. No consta contestación expresa por parte del responsable del fichero.

SEGUNDO: Constan en el expediente otras solicitudes de acceso remitidas por D. Lorenzo a la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura de fechas 19/04/02, 29/04/03 y 13/05/. La primera de ellas fue contestada por la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura en fecha 2/05/02 adjuntando los datos que constaban en el expediente e invitándole a personarse en las dependencias de la Dirección Provincial a efectos de completar el acceso.

TERCERO: Respecto a la solicitud de acceso de fecha 29/04/03 la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura requirió la subsanación de la solicitud y una vez que la misma fue subsanada en fecha 13/05/03 se contestó al interesado en fecha 3/06/03 invitándole a personarse en las dependencias de la Dirección Provincial a efectos de cumplimentar el acceso solicitado".

La resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 29 de diciembre de 2003 estimó la solicitud de acceso a datos personales formulada por el recurrente y, en consecuencia, ordenó a la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura en Ceuta que facilitara el acceso a los datos pedidos y que, de no existir más datos que los ya proporcionados al recurrente en ocasiones anteriores, expidiera certificación al respecto.

Disconforme con este acto administrativo estimatorio de su solicitud, acudió el recurrente a la vía jurisdiccional. Su demanda, que dista de ser un modelo de claridad, termina haciendo las siguientes peticiones

"SUPLICO A LA SALA, que se tenga por formalizado RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO contra la Resolución de la AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS de fecha 13 de Octubre del año 2003 y contra la Resolución que da conformidad a la misma, de fecha 29/12/2003, y en su día dicte Sentencia en la que, tras estimar el Recurso en su totalidad, contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Que se declare que el Acceso solicitado por mi poderdante en fecha 12/02/2002 a la DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA de Ceuta, y recibido el 13/02/2002, HA SIDO DENEGADO.

2.- Que se declare que el acceso facilitado a mi poderdante por el SECRETARIO GENERAL DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA de Ceuta, mediante escrito de fecha 02/05/2002 con Registro de Salida Nº 1369,

correspondiente a otras solicitudes de acceso y a otro procedimiento, y que ha consistido en adjuntar los 21 folios que constan en la denuncia inicial (folios 8 y 9 del expediente) que coincide con el testimonio que se acompaña del Juzgado donde se encuentran los mismos (folios 40 a 61 del documento Nº 2 que se adjunta).

*4.-*sic) *Que se declare como no probado que mi representado haya recibido la carta de fecha 27/05/2003 con registro de salida 1646 del día 03/06/2003 que el organismo denunciado dice haber remitido como "respuesta al Acceso" y estar devuelta por "desconocido", no teniendo nada que ver con la solicitud de Acceso al Director Provincial del Ministerio de Educación y Cultura de Ceuta objeto de este procedimiento.*

5.- Que se declare acordar que la DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA de Ceuta, organismo denunciado, ha de facilitar el acceso solicitado por el reclamante respecto a los datos registrados en sus ficheros, remitiendo al domicilio señalado a efectos de notificaciones certificación con una relación tasada y enumerada de los documentos existentes, conteniendo referencia identificativa de los mismos.

6.- Que de declare que el mismo organismo denunciado ha de certificar que los documentos enviados al Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Cartagena, actual Instrucción Nº 3, obrantes en los Autos de Procedimiento de Menor Cuantía 384/97 (folios 1 a 120 del documento Nº 3 que se adjunta) han sido remitidos por dicho organismo, acompañados del escrito obrante al documento Nº 25 de la denuncia inicial, y que va dirigido al Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Cartagena, con Registro de Salida Nº 1080 de fecha 10/04/2002, firmado por el Sr. Director Provincial D. Pedro José Gordillo Durán, y que dice lo siguiente: "En contestación a su escrito de fecha 12.03.2002, adjunto le remito copia del expediente de incapacitación de D. Lorenzo, D.N.I 22.950.775".

7.- Que se declare que el organismo demandado ha remitido al Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Cartagena documentos con datos personales de mi poderdante que corresponden a años anteriores al accidente de 15 de diciembre de 1992, y que nada tienen que ver con lo solicitado por el Juzgado de Cartagena, y que se han cedido sin su consentimiento.

8.- Que se declare que las alegaciones de descargo realizadas por parte del organismo denunciado han sido extemporáneas, y que por tanto, no deben ser tenidas en cuenta en el presente expediente administrativo, declarándose que ha precluido el derecho de alegaciones tras haber transcurrido más de 15 días desde la notificación del Trámite de Audiencia al organismo denunciado.

9.- Que se declare que, el cuestionado Informe Médico del que el organismo denunciado dice que "ambos informes son auténticos", tan sólo el que existe en el Expediente de Averiguación de Causas obrante en la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda en Madrid, y cuyo testimonio ha sido aportado por esta parte (folio 14 a 16 del documento Nº 2 que se adjunta) que sólo éste es el auténtico.

10.- Que se declare la Nulidad de la Resolución de la Agencia de Protección de Datos que se recurre al haberse infringido los preceptos legales que regulan dichos actos administrativos y al existir probados ERRORES DE HECHO en la misma".

La sentencia ahora impugnada, considerando plenamente ajustada a derecho la resolución de 29 de diciembre de 2003 que otorgaba al recurrente lo solicitado, desestima el recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en seis motivos. En los motivos primero y segundo, formulados al amparo de la letra c) del art. 88.1 LJCA, se alega indebida denegación de prueba e incongruencia, esto último por no haber respondido la sentencia impugnada a todos los apartados del *petitum* de la demanda. En los motivos tercero a sexto, formulados al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, se alega, desde distintos puntos de vista, vulneración de las normas reguladoras de la cesión de datos personales, siendo citados, entre muchos otros, los arts. 18 y 120 CE, así como el art. 11 LOPD y la Directiva 95/46/CE.

TERCERO.- Es conveniente comenzar el examen de este recurso de casación llamando la atención sobre algo obvio: el recurso contencioso-administrativo sirve, como se desprende del art. 31 LJCA, para obtener la anulación de actos administrativos que se reputan no ajustados a derecho o para lograr el reconocimiento de una situación jurídica individualizada -es decir, un derecho subjetivo o un interés legítimo- que se considere vulnerada por la Administración. Siendo ello así, cuando en vía administrativa ha sido estimada la solicitud del particular, no se alcanza a comprender qué pretensión puede ser luego deducida en vía jurisdiccional, pues el interés del particular está ya satisfecho. Esto es lo que ocurre en el presente caso: la solicitud de acceso a los datos personales fue acogida por la resolución de 29 de diciembre de 2003, por lo que no tiene sentido que el recurrente la tache de ilegal; y además, habiendo sido satisfecho lo pedido, tampoco tiene sentido que el recurrente sostenga que, al dictar dicha resolución, la Administración le ha vulnerado algún derecho subjetivo o interés legítimo. Pues bien, las consideraciones que se acaban de hacer son, sin duda alguna, suficientes para concluir que este recurso de casación no puede prosperar.

La verdad es que el recurrente busca obtener un pronunciamiento sobre algo distinto, como es si fue correcto del envío de información por parte de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Cultura en Ceuta a cierto Juzgado de Primera

Instancia, a requerimiento de éste; información que, al parecer, pudo tener relevancia en la suerte de un litigio en que el recurrente era parte. Pero es indiscutible que, con base en una solicitud de acceso a datos personales, que además es estimada por la Agencia Española de Protección de Datos, no cabe esperar el pronunciamiento buscado por el recurrente. El único posible objeto del recurso contencioso-administrativo era la mencionada resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 29 de diciembre de 2003; y sobre ella, confirmando su legalidad, se pronunció la sentencia impugnada.

CUARTO.- Dicho lo anterior, y para disipar cualquier posible duda, cabe observar que no se ha producido ninguna de las infracciones legales que el recurrente achaca a la sentencia impugnada. En cuanto a los pretendidos quebrantamientos de forma, la denegación de prueba no ha ocasionado indefensión alguna al recurrente, dado que era irrelevante para enjuiciar la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 29 de diciembre de 2003; y la pretendida incongruencia no es tal, no sólo porque la demanda, como quedó apuntado mas arriba, estaba lejos de la claridad y precisión legalmente requeridas, sino sobre todo porque las peticiones que el recurrente dice irresueltas eran ajenas al único posible objeto del recurso contencioso-administrativo. Y tampoco ha habido infracción de las normas relativas a la cesión de datos, porque la resolución que es objeto del recurso contencioso-administrativo versaba sobre derecho de acceso a datos personales, no sobre cesión de los mismos. Hay que destacar, en fin, que el recurrente no explica por qué la Directiva 95/46/CE sería aplicable al presente caso, ni cómo gozaría de eficacia directa al margen de toda legislación nacional de transposición, de donde se sigue que tampoco puede considerarse conculcada.

QUINTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, la desestimación del recurso de casación lleva aparejada la imposición de las costas al recurrente. Ajustándose al criterio usualmente seguido por esta Sección 6ª, quedan las costas fijadas en un máximo de tres mil euros en cuanto a los honorarios de abogado.".

4301/06

035

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 27/04/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Síntesis

NACIONALIDAD. Inexistencia de BUENA CONDUCTA CÍVICA.

Fundamentos Jurídicos:

" **PRIMERO.-** Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Ayad , de nacionalidad marroquí, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 11 de febrero de 2003, teniendo en cuenta que no ha justificado suficientemente buena conducta cívica, "ya que fue detenido por tenencia de armas, municiones y explosivos y tráfico de drogas y en la actualidad se encuentra en libertad provisional con fianza y diversas medidas cautelares."

No conforme con ello el interesado interpuso recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, en el que recayó sentencia de 24 de mayo de 2006 en el sentido desestimatorio antes descrito, señalando al efecto la Sala de instancia que: "*como resulta del expediente y de los documentos incorporados al recurso, el demandante fue detenido en Tarragona el 6 de Marzo de 1997, por los hechos expresados, por los que siguió un procedimiento contra el recurrente y otras personas ante la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, finalizado por sentencia de la sección 3ª de 27 de Enero del presente año; el Ministerio Fiscal acusaba al demandante, que se encontraba en libertad bajo fianza, de un delito contra la salud pública, por el que solicitaba una pena de 6 años de prisión y multa de once millones de euros, solicitando su defensa, alternativamente a la absolución, la condena por tentativa de delito contra la salud pública; en los hechos probados declara la sentencia que fueron incautados en un barco 7.538 kilos de hachís y detenidos en un chalet los miembros de la organización que se encontraban dispuestos para la descarga, encontrándose el demandante entre los detenidos; finalmente la sentencia condena a dos de los procesados y absuelve a cinco de ellos, entre los que se encuentra el recurrente.*

Así, resulta que en el momento de dictarse la resolución impugnada existía un procedimiento penal contra el demandante, acusado por un grave delito, hecho que ocultó en su solicitud de nacionalidad; por ello, al margen de la valoración penal de los hechos que se refleja en la ulterior resolución penal, la Administración no puede dejar de considerar a efectos de valoración de la conducta cívica la existencia de tales actuaciones judiciales, que son un hecho real y existente con independencia del resultado penal."

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se interpone este recurso de casación en cuyo único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción de los arts. 21 y 22 del Código Civil y de los arts. 11.1, 24 y 9.3 de la Constitución, alegando que la única causa de la denegación es su detención el 6 de marzo de 1997 y si bien es cierto que cuando se dictó la resolución administrativa el proceso penal estaba abierto no es menos cierto que finalmente ha podido probar su completa inocencia y ajenidad al respecto mediante la correspondiente sentencia penal, lo que había de tener algún efecto en la sentencia recurrida que finalmente no ha tenido, forzándole a tener que iniciar de nuevo todos los trámites necesarios para solicitar la nacionalidad española. Añade que ha acreditado suficientemente su buena conducta cívica, residiendo en España más de 20 años, no ha sido condenado ni sancionado, desempeño continuo de actividades laborales, cumplimiento de obligaciones tributarias, adquisición de vivienda, entendiendo que exigir una mayor probanza al respecto es prácticamente una "prueba diabólica".

TERCERO.- Para la resolución del recurso, que exige ponderar las circunstancias del caso en cuanto a la concurrencia de un determinado requisito exigido para el reconocimiento de la nacionalidad española, no puede prescindirse de la referencia a la doctrina que esta Sala viene manteniendo sobre la incidencia y alcance del requisito de la justificación de buena conducta cívica en la concesión de la nacionalidad española por residencia, que se recoge, entre otras muchas, en las sentencias de 8 de noviembre de 2004, 13 de abril de 2004, 20 de abril de 2004, a las que se refiere la de 7 de febrero de 2006, según las cuales, "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.

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.

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 trasgresión 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".

Por otra parte, la valoración de la concurrencia de tal requisito por la Administración, como elemento de legalidad de la resolución enjuiciada, ha de venir referida necesariamente a las circunstancias conocidas y justificadas, al menos, en el momento de adoptar la decisión correspondiente, pues difícilmente pueden tomarse en consideración hechos o resoluciones posteriores y por lo tanto inexistentes al momento de dictar la correspondiente resolución.

Desde estas consideraciones ninguna duda ofrece la legalidad de la denegación de la nacionalidad solicitada por el recurrente, cuando al tiempo de la solicitud y de la adopción de la resolución por la Administración se encontraba incurso en un procedimiento penal por delito contra la salud pública y sujeto a medidas cautelares de libertad provisional con fianza, obligación de comparecer apud acta, retirada de pasaporte y prohibición de salida del territorio nacional, situación que no se corresponde con el criterio ni responde a la objetiva consideración de buena conducta cívica en los términos que antes se han indicado, poniendo de manifiesto la actuación judicial en relación con conductas que merecen un reproche social suficientemente relevante para su persecución penal, que, como señala la sentencia de instancia, es un hecho que no puede ser desconocido por la Administración al dictar la resolución denegatoria y que se valora en su concreto alcance, en cuanto no se había producido resolución judicial favorable a sus intereses, como se recoge en la resolución desestimatoria del recurso de reposición.

Es cierto que al momento de dictarse la sentencia recurrida ya se había dictado la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2006 que absolvía al recurrente del delito del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, pero no lo es menos que la misma no se declaró firme respecto del recurrente hasta el auto de 24 de mayo de 2006, que se ha aportado con el escrito de interposición de este recurso, por lo que difícilmente pudo tomarse en consideración, como tal sentencia firme, por la Sala de instancia al dictar la sentencia recurrida con la misma fecha, de manera que tampoco puede imputarse al Tribunal a quo la falta de adecuada consideración de los hechos, pues no constando la firmeza de la sentencia, se encontraba en las semejantes circunstancias que la Administración al dictar la resolución impugnada, para la valoración de la conducta cívica del recurrente.

En todo caso, aun cuando razones de economía procesal como las que se invocan por el recurrente, pudieran aconsejar en determinados supuestos la toma en consideración de las circunstancias fácticas existentes al momento de dictar la sentencia de instancia, en cuanto suponen completar periodos o carencias por el mero transcurso del tiempo, no puede aplicarse el mismo criterio cuando, como en este caso, la situación existente al momento de valorar la concurrencia de un determinado requisito es sustancialmente distinta a la posterior que se invoca por el recurrente (absolución penal) y que será la que, en su caso, permitirá formular nueva solicitud si entiende que con ello se elimina el factor determinante de la denegación de la solicitud anterior.

A ello ha de añadirse que la desestimación del recurso en la instancia se apoya, además, en la falta de acreditación de aspectos positivos en su conducta, más allá de sus circunstancias personales y laborales, apreciación del Tribunal a quo que no se combate adecuadamente mediante la invocación de alguna de las vías que la jurisprudencia indica como medios de revisar la valoración de la prueba efectuada en las instancia, cuyo resultado no puede sustituirse por las apreciaciones de la parte acerca de las dificultades de acreditación de la buena conducta o la suficiencia de los medios de prueba ya aportados.

Todo ello conduce a la desestimación del motivo de casación.

CUARTO.- La desestimación del motivo invocado lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.".

5546/05

036

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 04/05/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Síntesis

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ASISTENCIA SANITARIA. FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE.

Fundamentos Jurídicos:

" **PRIMERO.-** La sentencia recoge la referencia a la situación que dio origen a la reclamación de responsabilidad patrimonial, señalando que: "*El recurrente, que sufría dolores en ambos hombros, fue diagnosticado de osteoartritis acromio-clavicular izquierda, siendo intervenido en diciembre de 1998 para realizarle una resección de la extremidad distal de la clavícula de 18 mm, no teniendo mejora tras dicha intervención, sino un empeoramiento, siendo de nuevo intervenido el agosto de 1999 de una acromiplastia y extirpación de calcificación en el espacio subacromial, mejorando algo su situación anterior, pero continuando el dolor en el hombro con los movimientos de elevación y rotación, movimientos esenciales en su profesión de escayolista*".

Fundando el recurrente su pretensión indemnizatoria en que la primera de las intervenciones no era necesaria y además no se le indicó las posibles secuelas de la intervención o posibles alternativas terapéuticas, por lo que no existió consentimiento informado, la Sala de instancia mantiene que el recurrente dio su consentimiento para la intervención, no siendo verosímil que lo diese sin ser informado adecuadamente, aunque no lo fuese por escrito, siendo evidentes los riesgos de una resección de clavícula y, valorando la pericial aportada por la parte, entiende que: "*En definitiva, la discrepancia esencial es de considerar que las actuaciones llevadas a cabo en las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, y que la resección ha sido excesiva.*

Sin embargo ello no es suficiente para considerar que las intervenciones quirúrgicas no fueron adecuadas, pues fueron precedidas de estudios radiográficos precisos que ponía de manifiesto el alcance de las lesiones, sin perjuicio de que con una intervención quirúrgica, aun habiendo sido realizada de forma técnicamente correcta, no siempre se obtiene el resultado deseado, además de los posibles efectos de la tardanza, por motivos personales del recurrente, en iniciar la rehabilitación tras la primera intervención."

SEGUNDO.- No conforme con ello, el interesado interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado como los demás al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se alega la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, por infracción de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba en cuanto a la consideración de que el paciente fue informado adecuadamente de la intervención y prestó válidamente su consentimiento, entendiendo que ello no puede deducirse de las afirmaciones de la sentencia en el sentido de que no es verosímil que diese el consentimiento sin ser informado adecuadamente y ser evidentes los riesgos de una resección de clavícula, afirmaciones voluntaristas que no tienen soporte probatorio alguno, hechas al margen de cualquier consideración del material probatorio que consta en autos.

En el segundo motivo se alega la infracción del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia de la Sala, por vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, en cuanto al hecho de dar por probado que el paciente prestó adecuadamente su consentimiento informado para la intervención, cuando la carga de dicha prueba corresponde a la Administración y esta la incumplió, señalando que la propia Administración se refiere al consentimiento respecto de la aplicación de la anestesia y posibles transfusiones, así como la intervención de 1999, pero nada dice de la intervención de 11 de diciembre de 1998.

En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción del art. 10.5 de la Ley General de Sanidad y de la jurisprudencia de la Sala, por falta de consentimiento informado que la Ley exige, con constancia escrita, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas, así como sus riesgos y complicaciones, incurriendo en un caso de mala praxis, produciendo un resultado dañoso, al no tener mejora tras dicha intervención sino un empeoramiento.

TERCERO.- Los tres motivos vienen plantear la falta de consentimiento informado en cuanto a la realización de la primera intervención a la que se sometió el recurrente el 11 de diciembre de 1998 y son susceptibles de un examen conjunto. En tal sentido y como se reconoce en la propia resolución impugnada, no existe un documento específico al respecto, refiriéndose únicamente los consentimientos en relación con la administración de anestesia y una posible transfusión sin que en relación con la intervención haya otra documentación que la referencia en la hoja de petición quirúrgica programada de la historia clínica, tras la indicación del diagnóstico y el procedimiento de recesión 1,5-2 cm clavícula, que el paciente está informado de la decisión del facultativo y da su conformidad a la intervención, firmada por el recurrente.

En esta situación no puede entenderse satisfecha la exigencia legal del adecuado consentimiento informado, pues, como señala la sentencia de 20 de abril de 2005, con referencia a la de 4 de abril de 2000, "toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, y entre otros aspectos, derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada verbal o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad vigente en el momento de la realización de la prueba, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, de conformidad con lo que dispone el apartado 6 de dicho precepto excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones en, cuyo supuesto el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso."

Es cierto que dicha exigencia ha de ser objeto de una interpretación razonable, como señala la sentencia de 4 de abril de 2000, ya que la aplicación del precepto con rigidez "dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito", sin perjuicio de que tal exigencia legal tenga virtualidad para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. Es cierto, por lo tanto, que no puede descartarse el cumplimiento de la exigencia de información adecuada para un consentimiento fundado por el hecho de que se produjera de forma verbal, pero en todo caso es preciso que se acredite que la información fue completa y satisfacía las exigencias legales que permitan a los interesados una decisión fundada en el adecuado conocimiento de la situación, los riesgos y alternativas posibles y tal acreditación, en esos casos, corre a cargo de la Administración por inversión de la carga de la prueba, según la jurisprudencia de esta Sala que se refleja en la sentencia citada y las de 25 de abril de 2005 que se refiere a la anterior y la de 1 de febrero de 2008, entre otras.

En este caso falta toda indicación de riesgos, alternativas y demás consecuencias que la intervención en cuestión podían suponer para el recurrente, incumpliendo claramente el contenido y alcance que el art. 10 de la Ley General de sanidad establece para el adecuado consentimiento del paciente, lo que lleva a la estimación del tercer motivo de casación.

Por otra parte, falta toda justificación sobre la posible existencia de la adecuada información verbal, cuya acreditación, en su caso, corresponde a la Administración según la jurisprudencia uniforme de esta Sala que antes se ha reflejado y, finalmente, siendo precisa tal acreditación resultan contrarias a las reglas de la sana crítica las apreciaciones de la Sala de instancia en el sentido de considerar no verosímil que diese su consentimiento sin ser informado adecuadamente, siendo evidentes los riesgos de una recesión de clavícula, con lo que viene a presumir, sin ninguna referencia a elementos probatorios que lo permitan, la existencia de una información que ha de acreditarse suficientemente por la Administración, además de liberar a esta de dicha carga probatoria, con lo que se incurre en las infracciones de las reglas de la sana crítica y de la carga de la prueba que se denuncian en los motivos primero y segundo.

En consecuencia han de ser estimados estos tres primeros motivos de casación.

CUARTO.- En el cuarto motivo de casación se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, por infracción de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, en cuanto a la interpretación del informe pericial aportado por la parte, rechazando la conclusión a la que llega la Sala de instancia, de que lo que en definitiva dice el perito es que las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, lo que resulta incompatible con la idea manifestada por el perito de que la primera intervención se reserva para casos en que la situación es más desastrosa. Discrepa igualmente de la referencia de la Sala a los posibles efectos de la tardanza, por motivos personales del recurrente, en iniciar la rehabilitación tras la primera intervención.

También este motivo de casación debe ser estimado, pues, aun cuando falta una concreta cita de los preceptos que disciplinan la valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica cuya infracción se denuncia por el recurrente, es lo cierto que la Sala de instancia llega a unas conclusiones sobre el alcance de la referida prueba pericial que no pueden considerarse como el resultado lógico y razonable de las apreciaciones del perito, sintetizadas en sus conclusiones, según las cuales: la primera intervención realizada el 11 de diciembre de 1998 dio como resultado el empeoramiento de la situación previa del lesionado; no es achacable al lesionado el mal resultado por el retraso en el inicio de la rehabilitación, que por su parte pudo comenzar un mes antes; tampoco puede aceptarse que este retraso sea el causante de las lesiones que determinaron la necesidad de la segunda intervención; la segunda intervención está totalmente en dependencia de la primera y el diagnóstico que la motivó está en total correlación con aquella; el estado actual de paciente es consecuencia de todo el proceso seguido, en especial de la primera intervención cuyo resultado fue fallido y que empeoró la situación previa del paciente. Todo ello tras indicar que la recesión clavicular fue excesiva o que la calcificación y tendinitis causante no existían no existían antes de la primera intervención y son una consecuencia y complicación de ella y habiendo mantenido en aclaraciones que esa primera intervención se reserva para casos en que la situación es más desastrosa, pues con tal intervención siempre quedan secuelas, por lo que inicialmente suelen llevarse a cabo otro tipo de intervenciones con menos secuelas. Deducir de estas apreciaciones y por la sola referencia del perito a que en la primera intervención pudieron corregirse otras afectaciones que ya presentaba el lesionado, que "en definitiva, la discrepancia esencial es de considerar que las actuaciones llevadas a cabo en las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, y que la recesión ha sido excesiva", no se corresponde con una examen lógico y fundado del informe pericial, que pone de manifiesto el mal resultado de la primera intervención, que considera reservada para casos más desastrosos, la referencia a intervenciones con menos secuelas, el empeoramiento de la situación previa del recurrente y la relación de la segunda intervención con el resultado de la primera, de manera que podrá discreparse de tales apreciaciones del perito, pero lo que resulta ilógico es atribuirle al mismo una apreciación de la situación y efectos que no se desprende de una valoración razonable del informe.

QUINTO.- En el quinto motivo se denuncia la infracción del art. 106.2 de la Constitución y los arts. 139, 140 y 141 de a Ley 30/92 y la jurisprudencia de esta Sala, refiriéndose a la relevancia del elemento de la antijuridicidad del daño en la exigencia de responsabilidad patrimonial, alegando que el hecho de que la recesión realizada en la primera intervención fuera excesiva junto con el resultado dañoso que le ha sido producido, determina que estemos ante un daño antijurídico que no tiene el deber de soportar.

Ciertamente y en relación con el carácter de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe hacer referencia a la doctrina general que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

En este caso, a la falta de consentimiento informado que se denuncia en los tres primeros motivos, añade el recurrente la forma o mejor el alcance de la recesión de clavícula llevada a cabo en la primera intervención, que el perito considera excesiva, intervención a la que atribuye como consecuencia el empeoramiento respecto de su situación previa e incluso el perito se refiere a la relación de la segunda intervención con los efectos de la primera, empeoramiento que se recoge en la sentencia recurrida y que, según la parte, no puede ampararse en el hecho de que no siempre se obtiene el resultado deseado, pues una cosa es que no se garantice el resultado que se persigue en la salud del paciente y otra que el resultado de la intervención lleve al empeoramiento en la situación previa. Ciertamente en este caso y frente a las afirmaciones de la parte recurrente y el perito sobre la improcedencia de la primera intervención en los términos que se llevó a cabo, que tienen un carácter genérico y no se acompañan de datos técnicos que permitan apreciar la solidez de tales apreciaciones para el caso concreto, existen los pronunciamientos de los demás informes sobre el éxito de la intervención en su técnica quirúrgica y la adopción de la decisión de intervenir tras los estudios pertinentes, lo que no permite tener por justificada mala praxis respecto de tal intervención. Sin embargo, sucede que en este caso, como ya se ha visto antes, falta una información previa al paciente sobre la existencia de ese concreto riesgo, que le permita decidir al respecto y asumir de manera documentada tales consecuencias, ante lo cual ha de concluirse que el recurrente no tenía le deber de soportar el resultado lesivo que, por lo tanto, es antijurídico.

En consecuencia y desde este punto de vista también este motivo de casación debe ser estimado.

SEXTO.- La estimación de los motivos de casación lleva a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece el art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, a cuyo efecto ha de atenderse a la valoración de los distintos elementos de prueba de que se dispone en las actuaciones, que además del informe pericial antes examinado incluyen otros que ya se reflejan en la resolución administrativa impugnada, como los emitidos por el Médico Inspector, inicial de 12 de diciembre de 2000 y complementario de 24 de abril de 2001, y la Dra. S y el Dr. B emitidos el 23 de abril de 2001, así como la documentación existente, especialmente la historia clínica del paciente. Del examen de todos ellos se desprende que la primera intervención a la que fue sometido el recurrente no solo no produjo el resultado que se perseguía para su salud sino que empeoró su situación, lo que se indica con claridad en el informe aportado al proceso y objeto de la correspondiente ratificación y aclaraciones, y se refleja en los informes valorados por la Administración en la resolución impugnada, aunque se atribuye al retraso en la rehabilitación imputable al lesionado por razones personales (viaje a Cuba), no obstante, el perito procesal analiza esta circunstancia y razona suficientemente al respecto, señalando que en cualquier caso el retraso en el comienzo de la rehabilitación solo originaría un retraso en la recuperación, pero no la aparición de la tendinitis y la calcificación, como es más que evidente.

Por otra parte, ante la discrepancia sobre la relación de ambas intervenciones, aun cuando en los informes examinados en la resolución impugnada se dice que se trata de procesos y padecimientos distintos, el informe pericial ratificado en el proceso, razona que la primera intervención no obtuvo una solución de las lesiones del hombro sino, por el contrario, el empeoramiento del dolor, constatando la aparición de lesiones secundarias a dicha intervención que no existían antes, calcificación del manguito rotator y tendinitis causante, que entiende consecuencia y complicación de ella, puesto que entre ambas el paciente no desarrolló ninguna actividad laboral o física que pudiera producirla.

Se discrepa igualmente en dichos informes sobre la corrección de la intervención, que se sostiene en los informes que se refieren al éxito desde el punto de vista de la técnica quirúrgica, sin embargo, lo que se cuestiona por el recurrente y el perito procesal, es que la recesión era excesiva y se reserva para supuestos más desastrosos. Ya hemos indicado antes que estas apreciaciones no resultan justificadas por datos y aportaciones técnicas del perito que desvirtúen la correcta ejecución de la intervención y las valoraciones y pruebas llevadas a cabo por los médicos intervinientes para justificar la decisión de intervenir y por lo tanto, no se justifica la mala praxis al respecto.

Sin embargo, no ha de olvidarse que en este caso la parte funda la antijuridicidad del daño también en la falta del adecuado consentimiento informado, que como reconoce la jurisprudencia constituye una mala praxis ad hoc, que si bien no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente (Ss. 26-2-2004, que cita la de 26-3-2002), si se produce tal responsabilidad cuando del acto médico resulta un daño, como sucede en este caso, al producirse un empeoramiento de la situación del recurrente, que no tiene el deber de soportar al no haber sido informado de los riesgos de la intervención y posibles alternativas y, en consecuencia, no haber asumido los mismos.

En estas circunstancias y apreciada la responsabilidad patrimonial en relación con ese concreto daño, empeoramiento de la situación del recurrente, queda por determinar la indemnización procedente, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta la falta de precisión y alcance de este empeoramiento, pues si bien el perito en el ratificación procesal del informe señala que antes de la primera intervención aunque con molestias podía desarrollar su trabajo y que después quedó peor y el dolor sí le impedía ejercer su profesión (el perito habla de incapacidad parcial para su profesión, aunque ha obtenido la declaración de incapacidad total para la profesión habitual), no puede perderse de vista que el mismo perito reconoce que la segunda operación ha paliado algo

los efectos de la primera y, por otra parte, que ambas intervenciones responden a unos padecimientos previos del recurrente, respecto de los cuales el Inspector Médico, en su informe, señala que no se puede determinar si tales molestias previas hubieran evolucionado de manera que, en un plazo de tiempo hubieran incapacitado al paciente para el desarrollo de su actividad laboral si no se hubieran practicado dichas intervenciones. Valorando tales circunstancias, las personales como la edad de 36 años a la que se sometió a la primera intervención y los padecimientos físicos y psíquicos a que se refiere en la demanda, la Sala estima en una ponderación del alcance de tal empeoramiento en la medida y solo en la medida que se entiende imputable a la actuación médica en cuestión, que debe fijarse como reparación de los perjuicios la cantidad de 50.000 euros, que se establece actualizada al momento de la sentencia de instancia, que devengará los intereses del art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción.".

3360/07

037

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 3ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 05/05/2010
Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Síntesis

AUDITORIA DE CUENTAS. Sanción.

Fundamentos Jurídicos:

" **Primero.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 19 de enero de 2007, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Deloitte, S.L." y Dª. María contra las resoluciones administrativas (resolución dictada el día 29 de marzo de 2004 por el Subsecretario y confirmada en alzada por el Ministro de Economía el 4 de marzo de 2005) en cuya virtud se les impuso una sanción pecuniaria de 176.657,50 euros para la sociedad y 3.005,06 euros para la persona física.

El tribunal de instancia entendió que los hechos, acaecidos en el año 2001, habían sido correctamente calificados y sancionados como sendas infracciones graves tipificadas en la letra c) del apartado 2º del artículo 16 de la Ley 19/1998, de Auditoría de Cuentas. Ello no obstante, por aplicación retroactiva favorable de la Ley 44/2002, redujo el importe de las multas impuestas.

Segundo.- El Abogado del Estado interpone el recurso de casación limitado a un solo motivo, bajo el amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. A su juicio, la Sala incurre en "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, con resultado de indefensión para esta parte, al acordar la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en consideración a razones o motivos que no han sido invocados por la parte recurrente en el propio recurso".

En concreto, considera infringidos por la sentencia "los artículos 33 y 65 de la Ley de la Jurisdicción, ambos en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de aquélla conforme a lo establecido en su Disposición Final Primera".

Tercero.- Esta Sala ha tenido ocasión de resolver diversos recursos análogos al presente en todos los cuales el Abogado del Estado sostenía la misma censura frente a las sentencias de instancia. De ellos han sido estimados los números 6288/2006, 296/2007 y 6288/2006 pues, en efecto, apreciamos que el tribunal de instancia había dejado indefenso al representante de la Administración al aplicar de modo retroactivo la nueva Ley 44/2002 sin darle oportunidad para que se pronunciara previamente sobre la incidencia del nuevo tipo infractor sobre hechos acaecidos bajo la vigencia de la Ley precedente. Baste, a estos efectos, la transcripción del último de los fundamentos jurídicos materiales de la sentencia que en el recurso número 296/2007 nos condujeron al fallo estimatorio:

"[...] La siguiente cuestión que se nos plantea es conocer si existió en el caso que analizamos algún tipo de limitación del derecho de defensa del representante de la Administración recurrente. En el presente recurso de casación y a diferencia de lo que ocurrió en el número 5758/2006 además de denunciar la inobservancia de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales el recurrente añade que la infracción ha determinado una indefensión material que se traduce en que no ha tenido oportunidad de cuestionar y alegar sobre la procedencia de la aplicación de la doctrina de la retroactividad de la Ley mas favorable, aplicación que no considera ajustada a derecho desde el momento que no se ha producido una destipificación de la infracción grave cuestionada sino una nueva definición de la misma.

Y en efecto, se constata que la actuación de la Sala sentenciadora que declinó acudir a las facultades de los artículos de la Ley de la Jurisdicción citados implicó una merma del derecho de defensa de la Administración recurrente por cuanto, en vez de requerir a las partes para que alegaran sobre el particular relativo a la aplicación retroactiva de la reforma legal operada, se limitó a emprender de oficio una operación de subsunción de los hechos objeto de sanción en el nuevo cuadro de tipificaciones contemplado en los artículos 16 y 17 de la Ley 19/88 en la modificación de la Ley 44/2002. No se trató de una simple aplicación automática y carente de complejidad de la nueva norma sino que la Sala realiza una serie de valoraciones jurídicas, como es la de determinar, tras un análisis comparativo, si la nueva norma es más beneficiosa. Para tal apreciación debía constatar si concurría el indicado elemento del efecto significativo del incumplimiento sobre el resultado del trabajo, que se incorpora ex novo con la nueva redacción y que no se contemplaba con anterioridad, que incluía como elemento de la infracción el incumplimiento de las normas que pudieran causar perjuicio económico a terceros o a la empresa o entidad auditada. Sobre este examen relacional de los preceptos y sobre la concurrencia del referido elemento, claro está, las partes procesales, en concreto, el Abogado del Estado que se muestra disconforme, no pudo formular alegación alguna.

Esta nueva operación jurídica resulta, sin duda, compleja, porque supone incardinar los hechos probados en una nueva descripción del tipo, y, desde luego, trascendente -se reduce la infracción de grave a leve, con una sustancial reducción de la sanción que pasa de ser una sanción de multa del 3 % de los honorarios facturados por actividad de auditoría de cuentas en el último ejercicio cerrado con anterioridad a la imposición de la sanción, no pudiendo ser inferior al importe de 3.005,06 euros para la entidad [...], a una multa de 2000 euros, y se pasa de una sanción de multa de 6.010,12 euros a [...], a una simple sanción de amonestación privada-, no podía acometerse sin contar con las partes procesales que gozaban con la garantía de audiencia y contradicción. Su quiebra presenta relevancia en la medida que se ha realizado la valoración jurídica del tipo infractor sin que la Administración haya podido intervenir en defensa de su posición contraria a la nueva subsunción de los hechos en la norma. En suma, la Sala de instancia fundamentó el pronunciamiento del fallo en esa nueva aplicación de la Ley sin dar ocasión a las partes de formular alegaciones que estimaran convenientes, impidiendo el debate procesal con evidente omisión del trámite del art. 33 de la Ley 29/98.

En consecuencia, procede estimar el motivo de casación y la reposición de las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia para que la Sala de instancia someta la cuestión a las partes, según lo indicado en el artículo 33.2 LJ, y resuelva en consecuencia".

La aplicación de esta doctrina al supuesto de autos, que coincide con los precedentes en sus perfiles procesales, determinará la estimación del recurso del Abogado del Estado y la subsiguiente retroacción de actuaciones en la instancia.

Cuarto.- No concurren en este caso las circunstancias que en la sentencia de 2 de junio de 2006 nos condujeron, por el contrario, a desestimar el recurso de casación número 5758/2006 formulado por el Abogado del Estado. Desestimación que fundábamos en el hecho de que entonces el defensor de la Administración no había "aprovechado la oportunidad de alegar sobre la inaplicación de dicha norma más favorable, limitándose a invocar la infracción del precepto procesal". En el que ahora analizamos, a diferencia de aquél, sí ha efectuado esta alegación.

Tampoco podemos aceptar que la omisión del tribunal de instancia haya quedado subsanada por la circunstancia que oponen los recurridos. El hecho de que, después de dictada la sentencia por la Sala de la Audiencia Nacional el día 19 de enero de 2007, el defensor de la Administración presentara ante ella un escrito el 28 de febrero de 2007 para solicitar la incorporación al proceso de un informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre la incidencia retroactiva de la nueva Ley (escrito acertadamente rechazado por el tribunal como extemporáneo), tal hecho, decimos, no desvirtúa el quebrantamiento de forma apreciado que se produjo desde el momento mismo en que el Abogado del Estado no tuvo la oportunidad procesal de alegar, antes de la sentencia, sobre la aplicación retroactiva de la Ley 44/2002.

Es cierto que, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 23 de noviembre de 2002 y entrada en vigor al día siguiente, tanto la Administración como los sancionados hubieran podido en el litigio referirse, en un sentido o en otro, a los efectos retroactivos de la modificación introducida por la Ley 44/2002 en el tipo sancionador. No habiéndolo hecho las partes del proceso, la Sala tampoco podía basar su fallo en esta circunstancia no alegada, a menos de que diera a aquellas partes la garantía procesal prevista en el artículo 33 de la Ley Jurisdiccional.

Quinto.- En cuanto a las costas, no se dan las circunstancias para imponerlas en la primera instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.”.

700/06

038

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera (Recurso de Amparo): Sentencia de 28 de septiembre de 2009 (STC. 192/2009)
Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tramps

Síntesis

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (art. 24.1 CE). Recurso contra Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por el que se inadmite a trámite el recurso de casación para la Unificación de Doctrina, interpuesto contra sentencia de TSJ. Se otorga el amparo, anulando la sentencia de instancia y la de suplicación, pero sin entrar a considerar el Auto dictado por la Sala IV del Tribunal Supremo por inadmitido en RCUD por falta de contradicción.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados
ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente
SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 700-2006, promovido por doña Juana, representada por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García y bajo la asistencia de la Letrada doña Amelia Anglés Fernández, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005 por el que se inadmite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 287-2005, interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de noviembre de 2004, por la que se desestima el recurso de suplicación núm. 932-2003 interpuesto contra la Sentencia 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. Han comparecido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, y la Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales núm. 183 de la Seguridad Social, representada por la Procuradora doña Delia Villalonga Vicens y bajo la asistencia del Letrado don José Ávila Cava. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 24 de enero de 2006, el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García, en nombre y representación de doña Juana , y bajo la asistencia de la Letrada doña Amelia Anglés Fernández, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:
a) La recurrente, que venía trabajando como auxiliar de enfermería para el Servicio Canario de Salud en una unidad hospitalaria de esterilización y quirófano, obtuvo la declaración de incapacidad permanente absoluta por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife de 28 de enero de 1999, dictada en el procedimiento núm. 537-1997. Dicha Sentencia hace constar, en relación con la utilización por parte de la recurrente de un aparato para la esterilización de utensilios médicos, que "[d]urante el desarrollo de las tareas habituales realizadas por la actora en su jornada laboral, cargaba y descargaba el aparato citado sin utilización de mascarilla, guantes o gafas de protección de ningún tipo. El aparato esterilizador, además estaba situado en una zona de paso para enfermos y personal sanitario, sin que existiera un sistema de eliminación de los residuos del gas que permitiera una ventilación adecuada, ni siquiera se habían instalado sistemas para el control de las posibles fugas, ni se aireaba el material una vez esterilizado en la forma correcta. Dicho aparato no estaba aislado, sino que se instaló en la sala en la que trabajaba a diario todo el personal sanitario, entre ellos la actora, por lo que la exposición a las emanaciones del óxido de etileno era continuo durante todo el tiempo de desarrollo de las tareas, habiendo estado la actora expuesta a dicho gas, durante más de dos años, ocho horas al día" (hecho probado cuarto). Este pronunciamiento fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de junio de 1999, dictado en el recurso de suplicación núm. 297-1999.

b) La recurrente formuló demanda para que se declarase que la contingencia de la que derivaba su incapacidad permanente absoluta era profesional, dando lugar al procedimiento núm. 796-1999 tramitado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife. La demanda fue finalmente estimada en suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 20 de diciembre de 2000, dictada en el recurso núm. 405-2000. Dicha Sentencia hace constar que "[l]a actora en el ejercicio de su profesión utilizó durante dos años (1988 a 1990) un autoclave de óxido de etileno Matachana,

modelo 46 LG con cartucho desechable, para la esterilización de los utensilios médicos, sin que se hubieran adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar la inhalación de dicho elemento" (hecho probado cuarto).

c) La recurrente, al considerar que su invalidez derivaba del incumplimiento por parte de la empleadora de las medidas de prevención de riesgos laborales por no haber tomado las medidas oportunas para impedir su exposición a una sustancia emanada por la máquina de esterilización, formuló demanda para que se le reconociese el derecho a cobrar un recargo del 50 por 100 sobre su pensión, dando lugar al procedimiento núm. 781-2001 tramitado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife. La demanda fue íntegramente desestimada por Sentencia de 1 de septiembre de 2003. 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 y, en relación con la Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 183, por falta de legitimación pasiva.

d) Esta Sentencia estableció como hecho probado quinto que el autoclave estaba "conectado al exterior y hacía su desgasificación, conforme a lo establecido en el manual de uso" y que "el local en el que se hallaba la autoclave tenía rejilla de ventilación forzada y estaba separado, mediante tabique y ventana, de la zona habitual de trabajo ... dotada de ventilación y extracción forzada, una rejilla de ventilación y cuatro de extracción". Igualmente, añadía que "durante el tiempo que estuvo en funcionamiento, todos los gases de la esterilización eran conducidos al exterior, y una vez finalizado el tiempo de desgasificación se realizaba de forma automática un vacío de aireación para eliminar el gas residual, encendiéndose seguidamente la luz de estéril, y una vez finalizado el proceso automático eran posibles aireaciones complementarias que se conectaban de forma manual sin retirar el material de la cámara, controlando el tiempo manualmente, de acuerdo con el manual de uso 'tiempos de aireación'". En el hecho probado sexto se afirma que "durante todo el año 1989 el personal adscrito al Servicio de Quirófano y Esterilización fue sometido a revisión periódica por la Unidad de Medicina Preventiva y por acuerdos de la Comisión de Salud Laboral de febrero y abril de ese año" y que "el trabajador que manipulaba en tiempo y dedicación casi exclusiva el autoclave era ... el ATS Supervisor de Medicina Preventiva, quien estaba plenamente informado de los riesgos y el funcionamiento de la máquina, y a su vez informó a otros trabajadores que ocasionalmente tuvieron que manipularla", añadiendo que "el tiempo de utilización era de dos o tres veces en semana, realizándose una carga y descarga en el periodo señalado entre cinco y diez minutos cada una, sin que fuera necesaria la presencia física constante de las personas que la manipulaban entre carga y descarga, razón por la que el tiempo de exposición era mínimo. Y finalmente, desde que la máquina entró en funcionamiento, se adoptaron las siguientes medidas de prevención: [/] Utilización de mascarilla desechable; [/] Guantes desechables; [/] Bata".

e) En esta Sentencia se argumenta que la actora no había presentado ninguna prueba que indicase la omisión de medidas de seguridad por parte de la demandada y que si bien en una previa resolución judicial que tenía como objeto determinar si las dolencias de la actora derivaban o no de accidente de trabajo se había hecho constar en su hecho probado cuarto que utilizó el aparato esterilizador "sin que se hubieran adoptada las medidas de seguridad necesarias para evitar la inhalación de dicho elemento", ésta era una imputación que tanto podía aplicarse a la empresa como a la trabajadora si no hubiese utilizado los medios puestos a su disposición. Igualmente se destaca que las Sentencias previas recaídas en los autos sobre invalidez y accidente no tenían efecto vinculante en el presente proceso, pues los hechos objeto de valoración eran diferentes y en aquellos casos la recurrente no había solicitado nada en relación con el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo.

f) La recurrente interpuso recurso de suplicación, tramitado con el núm. 932-2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que fue desestimado por Sentencia de 12 de noviembre de 2004. En esta Sentencia se insiste en que no se había logrado probar que existiese nexo causal entre el accidente de trabajo y la omisión de medidas de seguridad y que aunque la recurrente había manifestado al Inspector de Trabajo que no recibieron formación ni medio de protección personal adecuado al riesgo de exposición de óxido de etileno, existía prueba en contra que lo ponía en duda. También se señala que aunque se había considerado acreditado en los precedentes procedimientos que durante el desarrollo de las tareas habituales realizadas por la actora en su jornada laboral, cargaba y descargaba el aparato citado sin la utilización de mascarilla, guantes o gafas de protección de ningún tipo, no se había probado el porqué de la no utilización de dichos medios. A la vista de todo ello, se considera que no había quedado acreditado de manera suficiente que la empresa hubiese incumplido las medidas de seguridad y que tal circunstancias hubiese sido productora del accidente laboral sufrido por la actora, por lo que no existía el nexo causal exigido para reconocer el derecho al abono del recargo solicitado.

g) La recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, tramitado con el núm. 287-2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que fue inadmitido por Auto de 22 de noviembre de 2005 por falta de contradicción.

3. La recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), argumentando que las resoluciones judiciales impugnadas han desconocido el efecto de cosa juzgada de unos previos pronunciamientos sobre el mismo objeto, inaplicando arbitraria e irrazonablemente la prejudicialidad devolutiva, incurriendo en una patente contradicción con el relato fáctico de anteriores resoluciones judiciales firmes. De ese modo, se habría infringido la

jurisprudencia establecida en la STC 62/1984, de 21 de mayo, en que se afirmó que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 19 de noviembre de 2007, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales para la remisión de copia testimoniada de las actuaciones y el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en este procedimiento para que pudieran comparecer en el mismo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 29 de abril de 2008, tuvo por recibido testimonio de las actuaciones, por personados al Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y a la Procuradora doña Delia Villalonga Vicens, en nombre y representación de Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales núm. 183 de la Seguridad Social y, a tenor del art. 52 LOTC, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, por escrito registrado el 19 de mayo de 2008, presentó sus alegaciones interesando la desestimación del recurso de amparo, argumentando que la recurrente pretende que se valoren del mismo modo los hechos en dos procesos en los que se ventilan cuestiones diferentes. Así, señala que en los dos procesos anteriores se debatió sobre la existencia de una situación de incapacidad permanente absoluta y de si la misma derivaba de accidente de trabajo y, por el contrario, el presente procedimiento tiene como objeto la eventual responsabilidad empresarial y el consiguiente recargo de prestaciones. A partir de ello, el análisis de los hechos que se realiza en los distintos procesos debe ser diferente, toda vez que las circunstancias que pueden interesar para revolver los diferentes debates son distintas.

7. La Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales núm. 183 de la Seguridad Social, por escrito registrado el 13 de mayo de 2008, presentó sus alegaciones interesando la inadmisión del recurso de amparo, indicando que no afecta al reconocimiento judicial de la falta de legitimación pasiva de esa parte, que la recurrente no ha cumplido con los requisitos del art. 44 LOTC, y que la resolución judicial impugnada no viola derecho ni libertad de los reconocidos en los arts. 14 a 29 CE.

8. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 11 de julio de 2008, interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del art. 24.1 CE, y que se declare la nulidad de la Sentencia de suplicación con retroacción de actuaciones. A esos efectos, argumenta que esta resolución judicial desconoce la eficacia positiva de la cosa juzgada, toda vez que, a pesar de establecerse una serie de hechos probados derivados de la prueba practicada en los dos primeros procedimientos judiciales, resultaron posteriormente ignorados en el procedimiento del que trae causa este recurso de amparo, estableciéndose otros nuevos materialmente contradictorios con los primeros. Así, destaca el Ministerio Fiscal la disparidad de sustratos fácticos que se manifestaría, al menos, en lo relativo al lugar de ubicación de la autoclave, los mecanismos o sistemas anejos al mismo para su ventilación, las personas que tenían acceso a ese aparato y los medios de protección individual que los trabajadores debían emplear al trabajar con él y como, a pesar de ello, las resoluciones impugnadas mantienen la compatibilidad de su relato fáctico y el contenido en los precedentes procedimientos judiciales.

9. La recurrente en amparo, mediante escrito registrado el 5 de junio de 2008, presentó sus alegaciones reiterando lo expuesto en su escrito de demanda.

10. Por providencia de 24 de septiembre de 2009 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

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 uno 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 hacia 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-405/08

039

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sala Tercera: Sentencia de 11 de febrero de 2010
Ponente: Sr. Ó Caoimh

Síntesis

Información y consulta de los trabajadores – Directiva 2002/14/CE – Adaptación del Derecho interno a la Directiva mediante ley y mediante convenio colectivo – Efectos del convenio colectivo respecto a un trabajador no afiliado a la organización sindical firmante de dicho convenio – Artículo 7 – Protección de los representantes de los trabajadores – Exigencia de protección reforzada frente al despido – Inexistencia»

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)
de 11 de febrero de 2010 (*)

«Política social – Información y consulta de los trabajadores – Directiva 2002/14/CE – Adaptación del Derecho interno a la Directiva mediante ley y mediante convenio colectivo – Efectos del convenio colectivo respecto a un trabajador no afiliado a la organización sindical firmante de dicho convenio – Artículo 7 – Protección de los representantes de los trabajadores – Exigencia de protección reforzada frente al despido – Inexistencia»

En el asunto C-405/08,
que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Vestre Landsret (Dinamarca), mediante resolución de 16 de septiembre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de septiembre de 2008, en el procedimiento entre

Ingeniørforeningen i Danmark, en representación del Sr. Bertram Holst,

y

Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Babcock & Wilcox Vølund ApS,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),
integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente de la Sala Tercera, y los Sres. A. Rosas, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh (Ponente) y A. Arabadjiev, Jueces;
Abogado General: Sr. Y. Bot;
Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;
habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de septiembre de 2009;
consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Ingeniørforeningen i Danmark, que actúa en representación del Sr. Holst, por el Sr. K. Schioldann, advokat;
–
– en nombre de Dansk Arbejdsgiverforening, que actúa en representación de Babcock & Wilcox Vølund ApS, por los Sres. P. Knudsen y H. Werner, advokater;
–
– en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Pilgaard Zinglersen y la Sra. V. Pasternak Jørgensen, en calidad de agentes;
–
– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. N.B. Rasmussen y J. Enegren, en calidad de agentes;
oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de octubre de 2009;
dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO L 80, p. 29).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Ingeniørforeningen i Danmark (Federación danesa de ingenieros; en lo sucesivo, «IDA»), en representación del Sr. Holst, antiguo empleado de la sociedad Babcock & Wilcox Vølund ApS (en lo sucesivo, «BWV»), y Dansk Arbejdsgiverforening (Confederación de empresarios danesa; en lo sucesivo, «DA»), en representación de BWV, a propósito del despido del Sr. Holst por esta última.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El tenor literal de los considerandos decimoctavo, vigesimotercero y vigesimoctavo de la Directiva 2002/14 es el siguiente:

«18) El presente marco general [para la información y la consulta de los trabajadores adaptado al nuevo contexto europeo] tiene por objetivo el establecimiento de disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad y no impide a los Estados miembros prever disposiciones más favorables para los trabajadores.
[…]

23) El objetivo de la presente Directiva se debe lograr estableciendo un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de la información y la consulta, marco que corresponderá a los Estados miembros cumplir y adaptar a sus realidades nacionales, concediendo a los interlocutores sociales, cuando proceda, un papel preponderante que les permita definir con total libertad, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y a sus deseos.
[…]

28) Deben aplicarse procedimientos administrativos o judiciales, así como sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales a la gravedad de las infracciones en caso de que se incumplan las obligaciones que emanan de la presente Directiva.»

4 Según el artículo 1 de la Directiva 2002/14:
«1. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad.
2. Las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro de modo que se garantice su eficacia.
3. En la definición o aplicación de las modalidades de información y de consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores.»

5 Se entenderá por representantes de los trabajadores, conforme al artículo 2, letra e), de dicha Directiva, «los representantes de los trabajadores con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

6 El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/14 establece:
«De acuerdo con los principios enunciados en el artículo 1 y sin perjuicio de las disposiciones y/o prácticas vigentes más favorables para los trabajadores, los Estados miembros determinarán las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información y de consulta al nivel que proceda, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo».

7 El artículo 5 de la misma Directiva dispone:
«Los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de la empresa o el centro de trabajo, la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. Dichos acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha establecida en el artículo 11, así como cualquier posterior renovación de dichos acuerdos podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4.»

8 En virtud del artículo 7 de la mencionada Directiva:
«Los Estados miembros velarán por que los representantes de los trabajadores gocen, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y las garantías suficientes que les permitan realizar de manera adecuada las tareas que les hayan sido encomendadas.»

9 A tenor del artículo 8 de la Directiva 2002/14:
«1. Los Estados miembros establecerán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores. En particular, garantizarán que existan procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la presente Directiva.
2. Los Estados miembros establecerán las sanciones adecuadas aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva por el empresario o los representantes de los trabajadores. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.»

10 Con arreglo al artículo 9, apartado 4, de dicha Directiva, la aplicación de las disposiciones de la misma no supondrá motivo suficiente para justificar regresiones respecto de la situación ya existente en los Estados miembros en lo relativo al nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos objeto de la misma.

11 Conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2002/14, los Estados miembros debían, por una parte, adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 23 de marzo de 2005, o garantizar que los interlocutores sociales hubiesen adoptado para dicha fecha las disposiciones necesarias mediante acuerdo, debiendo adoptar los Estados miembros todas las medidas para poder garantizar en todo momento los resultados que impone la Directiva. Y, por otra parte, debían informar inmediatamente a la Comisión Europea de la adopción de dichas medidas.

Normativa nacional

La Ley relativa a la información y a la consulta de los trabajadores

12 La Ley nº 303, relativa a la información y a la consulta de los trabajadores (lov nº 303 om information og høring af lønmodtagere), de 2 de mayo de 2005 (en lo sucesivo, «Ley de 2005»), que entró en vigor el 15 de mayo de 2005, adaptó el Derecho danés a la Directiva 2002/14.

13 Esta ley se aplica a los trabajadores que no están incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo cuyo objeto sea, en particular, adaptar el Derecho danés a la Directiva 2002/14.

14 El artículo 8 de la Ley de 2005 establece que los representantes de los trabajadores a los que se debe informar y consultar en dicha calidad estarán protegidos frente al despido o cualquier modificación de sus condiciones laborales del mismo modo que los delegados de personal de categoría profesional idéntica o similar.

15 De la resolución de remisión se desprende que dicho artículo se refiere a la protección general frente al despido de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores, protección que la práctica totalidad de los convenios colectivos daneses otorga, excepto al personal directivo. Dicha protección implica que el empresario debe demostrar que existen razones imperiosas para despedir a un delegado de personal y que no ha sido posible evitar tal despido, en particular, despidiendo a otro trabajador. Sólo se puede recurrir a este tipo de despido cuando sea completamente imposible ofrecer al delegado de personal un puesto de trabajo equivalente en la empresa en la que fue elegido.

16 Habida cuenta de la posibilidad de adaptar el Derecho interno a la Directiva 2002/14 mediante convenio, el artículo 3 de la Ley de 2005 establece que ésta no será aplicable cuando la obligación del empresario de informar y consultar a los trabajadores derive de algún convenio colectivo cuyas normas sean equivalentes, como mínimo, a las de dicha Directiva.
La Ley de trabajadores por cuenta ajena

17 Todos los trabajadores a los que resulta aplicable la Ley de trabajadores por cuenta ajena (funktionærloven; en lo sucesivo, «FL») están protegidos frente al despido improcedente, en virtud de su artículo 2 b, que establece una indemnización de hasta seis meses de salario si el despido no puede considerarse procedente en virtud de su causa a la luz de la situación del trabajador o de la empresa. La protección consiste en la apreciación de si el despido es o no procedente en virtud de la causa.

18 De la resolución de remisión se deduce que la protección que confiere el citado artículo 2 b es menor que la otorgada a un delegado de personal por un convenio colectivo que imponga, en caso de despido de éste, la obligación de demostrar la existencia de razones imperiosas.
El Samarbejdsaftalen

19 Se trata de un acuerdo de cooperación entre las dos grandes organizaciones danesas de trabajadores y de empresarios, es decir, Landsorganisationen i Danmark (Confederación general del trabajo; en lo sucesivo, «LO») y DA, relativo a la organización y al funcionamiento de los consejos de empresa (en lo sucesivo, «Samarbejdsaftalen»).

20 El Samarbejdsaftalen constituye una de las medidas de adaptación del Derecho danés a la Directiva 2002/14 mediante convenio. Se aplica a las empresas de más de 35 trabajadores y prevé el establecimiento de un consejo de empresa compuesto por representantes de la dirección y de los trabajadores, denominados respectivamente colegios A y B. El colegio B está integrado por representantes de los trabajadores agrupados en el marco de LO y por representantes de otras categorías de trabajadores.

21 De conformidad con el artículo 4 del Samarbejdsaftalen:
«El plazo de preaviso de despido que corresponde a un representante del colegio B que forme parte del consejo de empresa y que no goce de protección como delegado de personal será el que determine, en su caso, el convenio, incrementado en seis semanas. No obstante, este plazo de preaviso no podrá ser mayor que el aplicable a un delegado de personal de la misma categoría profesional. Siempre que así se haya solicitado con anterioridad a las elecciones al consejo de empresa, el colegio B de éste podrá ser completado por representantes de una categoría profesional que no esté representada por los miembros ordinarios de dicho consejo o por un delegado de personal. Se entenderá por categoría el grupo de personas que desempeñan las mismas funciones o que han cursado una formación determinada. Así pues, se trata de grupos sin representación directa en el consejo de empresa, aunque con derecho a formar parte de éste si se elige a uno de sus representantes.»

22 Según la resolución de remisión, la modificación del Samarbejdsaftalen que entró en vigor el 23 de marzo de 2005 hizo posible la representación en el consejo de empresa de todas las categorías profesionales comprendidas en un convenio colectivo, incluso de aquéllas no representadas por ninguna de las partes firmantes del Samarbejdsaftalen. Se hizo posible también que el consejo de empresa se pudiera completar con representantes de categorías profesionales específicas o de categorías de personas con una formación específica.

23 De la resolución de remisión se desprende que dicha modificación abarca categorías profesionales o personas no comprendidas en un convenio colectivo, como es el caso, en concreto, de los ingenieros.

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

24 El Sr. Holst fue contratado por BWV el 1 de julio de 1984 como ingeniero de proyectos, mediante un contrato individual de trabajo. Tiene la condición de trabajador por cuenta ajena al que, según el órgano jurisdiccional remitente, se le aplica la FL.

25 En 2001 el grupo profesional de ingenieros eligió al Sr. Holst como su representante en el consejo de empresa de BWV. Dicho consejo, constituido con arreglo al Samarbejdsaftalen, está compuesto por representantes de la dirección y de los trabajadores. La representación de los trabajadores en ese consejo la integran tanto representantes de los trabajadores agrupados en el marco de LO como representantes de otras categorías de trabajadores.

26 El Sr. Holst fue despedido junto con otros trabajadores, despido que se le notificó el 24 de enero de 2006, con un preaviso de seis meses. La causa del despido fue una reducción de la plantilla de BWV. El Sr. Holst impugnó dicha causa de despido.

27 El Sr. Holst está afiliado a IDA, que actúa en representación de éste ante el tribunal remitente. IDA no forma parte de LO y no ha celebrado ningún convenio colectivo con BWV, ni para la categoría profesional de los ingenieros ni para ninguna otra categoría de trabajadores. Así pues, IDA no es parte firmante del Samarbejdsaftalen.

28 BWV emplea aproximadamente a 240 trabajadores. Es miembro de Dansk Industri, una organización empresarial que, a su vez, está afiliada a DA.

29 Como se desprende del apartado 22 de la presente sentencia, en el proceso de adaptación del Derecho danés a la Directiva 2002/14 se realizó en 2005 una modificación del Samarbejdsaftalen que permitió, según las partes firmantes, una adaptación correcta del Derecho interno a la Directiva.

30 El 8 de noviembre de 2006, IDA presentó, en nombre del Sr. Holst, una demanda ante el Byretten i Esbjerg (tribunal de primera instancia de Esbjerg) (Dinamarca), solicitando que se condenara a BWV al pago de una indemnización por el despido del Sr. Holst, con arreglo a la FL. IDA alegaba que el despido no se basaba en razones objetivas. También mantenía que el Sr. Holst, como representante de los trabajadores en el consejo de empresa, tenía derecho a una protección reforzada frente al despido, en virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/14. Afirmaba, en efecto, que el interesado tenía derecho a esa protección, con independencia de que perteneciera o no a un grupo de trabajadores incluido en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo.

31 Dansk Industri solicitó, como mandatario en ese momento de BWV, que se desestimase dicha demanda, alegando, en particular, que al resolverse el contrato del Sr. Holst se respetó el preaviso al que éste tenía derecho en virtud tanto de la FL como del Samarbejdsaftalen. Afirmaba que dicho preaviso cumplía las exigencias de la Directiva 2002/14, según resultan de su artículo 7.

32 Las partes en el litigio principal acordaron someter el asunto al órgano jurisdiccional remitente y desde ese momento DA actúa como mandataria de BWV.

33 Al considerar que la resolución del litigio principal requería una interpretación de la Directiva 2002/14, el Vestre Landsret decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Las partes en el litigio principal discrepan sobre si se ha adaptado correctamente el Derecho danés a la Directiva 2002/14 […] mediante [el Samarbejdsaftalen]. En este contexto, ¿excluye la normativa comunitaria que la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva tenga como efecto que determinadas categorías de trabajadores queden incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo suscrito por interlocutores sociales que no representan a la categoría profesional [del] interesado, y que no sea aplicable dicho convenio a la categoría profesional a la que pertenece ese interesado?

2) En el supuesto de que, por lo que se refiere al demandante en el litigio principal, se haya adaptado correctamente el Derecho danés a la Directiva 2002/14 mediante el Samarbejdsaftalen, ¿se ha adaptado correctamente dicho ordenamiento jurídico al artículo 7 de dicha Directiva cuando consta que el Samarbejdsaftalen no prevé una protección reforzada frente al despido de trabajadores de determinadas categorías profesionales?

3) Si la Ley de [2005] es aplicable al demandante en el asunto principal, los requisitos del artículo 7 de la Directiva [2002/14] respecto a "la protección y garantías suficientes que les permitan realizar de manera adecuada las tareas que les hayan sido encomendadas", ¿se oponen a una adaptación del Derecho interno a dicho precepto como la efectuada por el artículo 8 de la Ley de [2005], a cuyo tenor: "los representantes de los trabajadores a los que se debe informar y consultar en dicha calidad estarán protegidos frente al despido o cualquier modificación de sus condiciones laborales del mismo modo que los delegados de personal de categoría profesional idéntica o similar", cuando la adaptación del Derecho interno no prevé un nivel más elevado de protección frente al despido de los trabajadores de las categorías profesionales no incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

34 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adaptación del Derecho interno a la misma mediante un convenio colectivo que tiene el efecto de que una categoría de trabajadores esté incluida en el ámbito de aplicación de dicho convenio, aun cuando los trabajadores de tal categoría no estén afiliados a la organización sindical que suscribió el convenio y su sector de actividad no esté representado por esa organización.

35 Del artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2002/14 resulta que los Estados miembros podrán atribuir a los interlocutores sociales la adopción de las disposiciones necesarias para adaptar el Derecho interno a la Directiva, debiendo los Estados miembros garantizar en todo momento los resultados que ésta impone.

36 El papel de los interlocutores sociales en la definición y aplicación de las modalidades de información y de consulta previstas en la Directiva 2002/14 y, por tanto, en la adaptación del Derecho interno a ésta, no se limita a la función que les atribuye el citado artículo 11, apartado 1. En efecto, del considerando vigesimotercero de la Directiva se desprende que los Estados miembros podrán conceder a los interlocutores sociales un papel preponderante que les permita definir libremente, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y a sus deseos.

37 Asimismo, el artículo 1, apartado 2, de la mencionada Directiva establece que dichas modalidades se determinarán y aplicarán no sólo conforme a la legislación nacional, sino también con arreglo a las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro.

38 Igualmente, a tenor del artículo 5 de la Directiva 2002/14, los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. Según ese mismo precepto, dichos acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha en que se adapte el Derecho interno a la Directiva, así como cualquier posterior renovación de éstos, podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 de la Directiva y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4 de la misma.

39 Esta facultad reconocida por la Directiva 2002/14 a los Estados miembros es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual es lícito que éstos dejen, en primer lugar, que los interlocutores sociales lleven a cabo los objetivos de política social que impone una directiva en este ámbito (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 28 de octubre de 1999, Comisión/Grecia, C-187/98, Rec. p. I-7713, apartado 46, y de 18 de diciembre de 2008, Andersen, C-306/07, Rec. p. I-0000, apartado 25).

40 Dicha facultad no exime a los Estados miembros de la obligación de cerciorarse mediante las apropiadas medidas legales, reglamentarias o administrativas que todos los trabajadores puedan beneficiarse de la protección que les confiere la Directiva 2002/14 en toda su extensión. La garantía estatal debe cubrir todos los casos en que no se garantice de otra manera una protección y, especialmente, cuando la falta de protección se deba al hecho de que los trabajadores afectados no pertenezcan a un sindicato (sentencia Andersen, antes citada, apartado 26).

41 Dado que la clase de personas que pueden quedar incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo puede ser completamente independiente del hecho de que dichas personas estén o no afiliadas a alguna de las organizaciones sindicales firmantes del convenio, como sucede concretamente en el caso de un convenio colectivo declarado de aplicación general, la circunstancia de que una persona no esté afiliada a una de dichas organizaciones sindicales no implica, en sí misma, que esa persona quede excluida de la cobertura jurídica que confiere el convenio colectivo en cuestión (sentencia Andersen, antes citada, apartado 34).

42 De lo anterior se deduce que la Directiva 2002/14, en sí misma, no se opone a que un trabajador que no esté afiliado a una organización sindical firmante de un convenio colectivo que aplique las disposiciones de esa Directiva, disfrute, en aplicación de ese convenio, de la protección prevista por la Directiva en toda su extensión, aun cuando no esté afiliado a dicha organización sindical.

43 Tanto las observaciones escritas como los informes orales expuestos ante el Tribunal de Justicia ponen de manifiesto que las partes discrepan sobre la cuestión de si, con arreglo al Derecho danés, un representante de los trabajadores como el Sr. Holst está incluido o no en el ámbito de aplicación del Samarbejdsaftalen, y si, a pesar de que no esté afiliado a la organización sindical que suscribió dicho convenio, puede invocar sus disposiciones protectoras ante los tribunales nacionales.

44 Sin embargo, en el marco del procedimiento prejudicial, corresponde al tribunal remitente, y no al Tribunal de Justicia, examinar, en primer lugar, si el Sr. Holst está incluido en el ámbito de aplicación del Samarbejdsaftalen y/o de otras normas de Derecho

nacional destinadas a adaptar éste a la Directiva 2002/14; en segundo lugar, si todos los trabajadores a los que se aplica el Samarbejdsaftalen pueden, independientemente de que estén afiliados o no a una organización sindical, invocar las disposiciones protectoras de dicho convenio ante los tribunales nacionales, de modo que todos estos trabajadores gocen de la misma protección; y, por último, si dicho convenio, habida cuenta de las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales, puede garantizar a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación la protección efectiva de los derechos que les concede esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Andersen, antes citada, apartados 28, 29 y 37).

45 Atendiendo a estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el Derecho interno se adapte a ella mediante un convenio colectivo, cuyo efecto sea que una categoría de trabajadores quede incluida en el ámbito de aplicación de ese convenio, aun cuando los trabajadores pertenecientes a dicha categoría no estén afiliados a la organización sindical firmante de dicho convenio y su sector de actividad no esté representado por esa organización, siempre que el convenio colectivo garantice a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación la protección efectiva de los derechos que les concede dicha Directiva.

Sobre las cuestiones segunda y tercera

46 Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 7 de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que exige que se otorgue a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido.

47 Como ha señalado el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, al plantear estas dos cuestiones el tribunal remitente parte de dos hipótesis distintas, en función de que, conforme al Derecho danés, se aplique el Samarbejdsaftalen o bien la Ley de 2005 al despido de un representante de los trabajadores como el Sr. Holst, que no está afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales firmantes del Samarbejdsaftalen.

48 Dado que corresponde al tribunal remitente, y no al Tribunal de Justicia, determinar la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional o de un convenio colectivo vigente en Dinamarca, el Tribunal de Justicia debe limitarse a interpretar lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2002/14, teniendo en cuenta tanto el tenor literal como el espíritu de dicho artículo y, en general, el objetivo perseguido por esta Directiva.

49 En virtud del artículo 7 de la Directiva, los Estados miembros velarán por que los representantes de los trabajadores gocen, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y las garantías suficientes que les permitan realizar de manera adecuada las tareas que les hayan sido encomendadas.

50 Pues bien, ni del tenor literal ni del espíritu del artículo citado se desprende en modo alguno que, para ajustarse a las exigencias que establece, sea necesario otorgar a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido.

51 Por otra parte, tanto del decimoctavo considerando como del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2002/14 resulta que ésta tiene por objeto establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en el territorio de la Unión.

52 Así pues, tanto del propio tenor literal del artículo 7 de la Directiva 2002/14 como del hecho de que ésta se limite a establecer un marco general que fija unos requisitos mínimos se desprende que el legislador de la Unión ha conferido un amplio margen de apreciación a los Estados miembros y a los interlocutores sociales para adoptar las medidas de protección y garantías necesarias en relación con los representantes de los trabajadores, sin perjuicio de la obligación de los Estados miembros de garantizar los resultados que exige la Directiva.

53 No obstante, aunque los Estados miembros y, por consiguiente, los interlocutores sociales, gocen de un amplio margen de apreciación respecto a la protección que confiere el citado artículo 7, tal margen de apreciación no es ilimitado.

54 Según la información de que dispone el Tribunal de Justicia sobre las medidas adoptadas por el Reino de Dinamarca para adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 2002/14, un representante de los trabajadores como el Sr. Holst, que no está afiliado a una organización sindical firmante del Samarbejdsaftalen, goza de diferente protección según le sea aplicable la Ley de 2005 o dicho convenio. En el supuesto de que le sea aplicable este último, parece ser que el representante de los trabajadores puede disfrutar de un plazo de preaviso incrementado en seis semanas, en tanto que si se le aplicara la Ley de 2005, a falta de tal convenio, el representante de los trabajadores puede disfrutar al parecer de la misma protección conferida a los delegados de personal de categorías profesionales idénticas o equivalentes y, en particular, el despido sólo podría basarse en razones imperiosas.

55 En sus observaciones escritas, la Comisión considera que la existencia de estas diferencias en la protección conferida a los representantes de los trabajadores frente al despido no es, en sí misma, contraria a la Directiva 2002/14 dado que el nivel de protección requerido puede, por naturaleza, variar en función sobre todo de la clase de empresa afectada, del Estado miembro de que se trate y de la profesión de los representantes en cuestión.

56 Ciertamente, no se puede excluir que existan diferencias entre los Estados miembros, e incluso en un mismo Estado miembro, respecto a las modalidades de información y de consulta de los trabajadores a que se refiere la Directiva 2002/14, ya que ésta concede un amplio margen de apreciación a los Estados miembros y a los interlocutores sociales en lo que atañe a la definición y aplicación de dichas modalidades.

57 Por consiguiente, si bien es cierto que la Directiva 2002/14 no exige que sea idéntica la protección que se otorga a los representantes de los trabajadores por la ley o el convenio colectivo mediante los que se adapta el Derecho interno a esa Directiva, no lo es menos que esa protección debe respetar el nivel mínimo previsto en el artículo 7 de la misma Directiva.

58 A este respecto, como alega la Comisión, es evidente que el despido de un representante de los trabajadores motivado por dicha condición o por el ejercicio de sus funciones como tal no sería incompatible con la protección que confiere el citado artículo 7.

59 Así pues, el representante de los trabajadores que haya sido despedido debe contar con la posibilidad de que se compruebe, en el marco de procedimientos administrativos o judiciales adecuados, que el despido no está motivado por su condición de representante ni por el ejercicio de sus funciones como tal, y deben ser aplicables las sanciones adecuadas en los casos en que se acredite que hay una relación entre el despido de un representante de los trabajadores y dicha condición o el ejercicio de sus funciones como tal.

60 Aunque es lícito que los Estados miembros permitan, como se desprende del apartado 39 de la presente sentencia, que los interlocutores sociales adopten las disposiciones necesarias para adaptar el Derecho interno a la Directiva 2002/14, aquéllos deben, no obstante, garantizar que todos los trabajadores, y especialmente sus representantes, puedan disfrutar de la protección que les confiere la Directiva en toda su extensión.

61 Si el legislador nacional adopta, habida cuenta de las normas pertinentes del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, una medida específica para garantizar el nivel mínimo de protección previsto en el artículo 7 de la Directiva 2002/14, un convenio colectivo que establezca un nivel de protección distinto deberá, cuando menos, poder ser objeto de control por el juez nacional con objeto de que se verifique que la protección de los representantes de los trabajadores que garantiza ese último nivel de protección respeta, en conjunto, el referido nivel mínimo.

62 Pese al margen de apreciación que se concede a los Estados miembros y a los interlocutores sociales en esta materia, no puede considerarse conforme al artículo 7 de la Directiva 2002/14 un convenio colectivo que prevea una protección inferior de los representantes de los trabajadores a la que el legislador nacional ha considerado necesaria en una ley mediante la que se adapta el Derecho interno al nivel mínimo de protección previsto en dicho artículo. La cuestión de si la protección que confiere un convenio colectivo es inferior a la que otorga una ley por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva debe examinarse, asimismo, teniendo en cuenta el conjunto de las normas pertinentes del ordenamiento jurídico nacional.

63 En el litigio principal, de las observaciones expuestas ante el Tribunal de Justicia durante la vista se desprende que los representantes de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Samarbejdsaftalen pueden, en principio, disfrutar no sólo de un plazo de preaviso ampliado, sino también de protección frente al despido improcedente en la medida en que entran en el ámbito de aplicación de la FL al ser trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, parece ser que el despido motivado por la condición de representante de los trabajadores o por el ejercicio de las funciones desempeñadas como tal podría considerarse como un despido improcedente en el sentido de dicha Ley, que daría lugar a la imposición de sanciones al empresario con arreglo al artículo 8 de la Directiva 2002/14.

64 Corresponde al tribunal remitente comprobar si esa apreciación se ajusta a la realidad y cerciorarse de que en el caso de que el Sr. Holst, que no está afiliado, ni puede estarlo actualmente, a la organización sindical firmante del Samarbejdsaftalen, esté dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 2005, o bien del citado convenio o de la FL, considerada ésta aisladamente o en combinación con dicho convenio, las disposiciones que le sean aplicables puedan garantizar la protección efectiva de los derechos que le confiere la Directiva 2002/14 y en particular su artículo 7.

65 Como resulta de la respuesta a la primera cuestión y de los apartados 61 y 63 de la presente sentencia, no se aseguraría esa protección efectiva si se garantizase únicamente a los trabajadores del consejo de empresa que estén afiliados a un sindicato firmante del convenio colectivo del que se trata la posibilidad de que se compruebe que su despido no ha tenido como motivo su condición de representante de los trabajadores o el ejercicio de sus funciones como tal.

66 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que el artículo 7 de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que no exige que se conceda a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido. No obstante, cualquier medida adoptada para adaptar el Derecho interno a dicha Directiva, sea mediante ley o mediante convenio colectivo, deberá respetar el nivel mínimo de protección previsto en el citado artículo 7.

Costas

67 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.
En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) **La Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el Derecho interno se adapte a ella mediante un convenio colectivo, cuyo efecto sea que una categoría de trabajadores quede incluida en el ámbito de aplicación de ese convenio aun cuando los trabajadores pertenecientes a dicha categoría no estén afiliados a la organización sindical firmante de dicho convenio y su sector de actividad no esté representado por esa organización, siempre que el convenio colectivo garantice a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación la protección efectiva de los derechos que les concede la citada Directiva.**

2) **El artículo 7 de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que no exige que se conceda a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido. No obstante, cualquier medida adoptada para adaptar el Derecho interno a dicha Directiva, sea mediante ley o mediante convenio colectivo, deberá respetar el nivel mínimo de protección previsto en el citado artículo 7.**

C-325/08

040

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Gran Sala: Sentencia de 16 de marzo de 2010
Ponente: Sr. M. Ilešič

Síntesis

Libre circulación de los trabajadores – Restricción – Jugadores profesionales de fútbol – Obligación de firmar el primer contrato como jugador profesional con el club formador – Condena del jugador al pago de indemnización a causa del incumplimiento de esa obligación – Justificación – Objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores . Asunto: Olimpyque Lyonnais.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
de 16 de marzo de 2010 (*)

«Artículo 39 CE – Libre circulación de los trabajadores – Restricción – Jugadores profesionales de fútbol – Obligación de firmar el primer contrato como jugador profesional con el club formador – Condena del jugador al pago de indemnización a causa del incumplimiento de esa obligación – Justificación – Objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores»

En el asunto C-325/08,
que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Cour de cassation (Francia), mediante resolución de 9 de julio de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de julio de 2008, en el procedimiento entre

Olympique Lyonnais SASP

y

Olivier Bernard,
Newcastle UFC,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),
integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts y la Sra. P. Lindh, Presidentes de Sala, y los Sres. C.W.A. Timmermans, A. Rosas, P. K□ris, E. Juhász, A. Borg Barthet y M. Ilešič (Ponente), Jueces;
Abogado General: Sra. E. Sharpston;
Secretario: Sr. M.-A. Gaudissart, jefe de unidad;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 5 de mayo de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:
- en nombre de Olympique Lyonnais SASP, por Me J.-J. Gatineau, avocat;
- en nombre de Newcastle UFC, por SCP Celice-Blancpain-Soltner, avocats;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. A. Czubinski, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. I. Bruni, en calidad de agente, asistida por Sr. D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. C.M. Wissels y el Sr. M. de Grave, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. S. Ossowski, en calidad de agente, asistido por la Sra. D.J. Rhee, Barrister;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Van Hoof y G. Rozet, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de julio de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 39 CE.

2 Esa petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Olympique Lyonnais SASP (en lo sucesivo, «Olympique Lyonnais») y el Sr. Bernard, jugador de fútbol profesional, así como Newcastle UFC, club inglés, respecto al pago por estos últimos de una indemnización a causa de la infracción unilateral por el Sr. Bernard de sus compromisos derivados del artículo 23 de la charte du football professionnel (estatuto del fútbol profesional) para la temporada 1997-1998 de la Fédération française de football (en lo sucesivo, «estatuto»).

Marco jurídico

Derecho nacional

3 En la época de los hechos objeto del litigio principal el empleo de jugadores de fútbol estaba regulado en Francia por el estatuto, que tenía la condición de convenio colectivo. El título III, capítulo IV, del estatuto se refería a la categoría de jugadores «promesa», a saber, los jugadores de edad comprendida entre 16 y 22 años empleados como jugadores en formación por un club profesional conforme a un contrato por tiempo determinado.

4 El estatuto obligaba al jugador «promesa», cuando el club que le había formado lo exigía, a firmar al término de la formación su primer contrato como jugador profesional con ese club. Sobre ese aspecto, el artículo 23 del estatuto, en su versión aplicable a los hechos del litigio principal, disponía:
«[…]
Al término previsto del contrato [como jugador "promesa"], el club podrá exigir que la otra parte firme un contrato como jugador profesional.
[…]»

5 El estatuto no establecía un régimen de indemnización a favor del club formador en caso de que un jugador que concluía su formación rehusara firmar un contrato como jugador profesional con ese club.

6 En tal caso el club formador disponía no obstante de la facultad de ejercer una acción contra el jugador «promesa», con fundamento en el artículo L. 122-3-8 del code du travail francés, por incumplimiento de los compromisos contractuales derivados del artículo 23 del estatuto, para obtener la condena de ese jugador al pago de una indemnización. Dicho artículo L. 122-3-8 del code du travail francés, en su versión aplicable a los hechos del litigio principal, establecía:
«Salvo acuerdo entre las partes, el contrato por tiempo determinado sólo podrá resolverse antes de su término en caso de incumplimiento grave o de fuerza mayor.
[…]
La vulneración de esas disposiciones por el trabajador conferirá al empleador derecho a una indemnización correspondiente al perjuicio sufrido.»

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

7 Durante el año 1997 el Sr. Bernard firmó un contrato como jugador «promesa» con el club Olympique Lyonnais, con efecto desde el 1 de julio de ese año, por tres temporadas.

8 Antes de la fecha de terminación de ese contrato el club Olympique Lyonnais ofreció al Sr. Bernard un contrato como jugador profesional de un año de duración a partir del 1 de julio de 2000.

9 El Sr. Bernard rehusó firmar ese contrato y celebró en agosto de 2000 un contrato como jugador profesional con el club Newcastle UFC.

10 Al haber tenido conocimiento de ese contrato el club Olympique Lyonnais demandó al Sr. Bernard ante el conseil de prud'hommes (tribunal de lo social) de Lyon, solicitando la condena del interesado y del club Newcastle United al pago de una indemnización con carácter solidario. El importe reclamado era de 53.357,16 euros, equivalente según la resolución de remisión a la retribución que el Sr. Bernard habría percibido durante un año si hubiera firmado el contrato ofrecido por el Olympique Lyonnais.

11 El conseil de prud'hommes consideró que el Sr. Bernard había resuelto unilateralmente su contrato y le condenó, solidariamente con el club Newcastle United, a pagar al club Olympique Lyonnais una indemnización de 22.867,35 euros.

12 La cour d'appel de Lyon anuló esa resolución. Consideró en sustancia que la obligación de que un jugador que concluye su formación firme un contrato como jugador profesional con el club formador lleva consigo también la prohibición correlativa de que ese jugador firme un contrato de esa clase con un club de otro Estado miembro, lo que constituye una vulneración del artículo 39 CE.

13 El club Olympique Lyonnais interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la cour d'appel de Lyon.

14 La Cour de cassation considera que, aun si el artículo 23 del estatuto no prohibía formalmente que un joven jugador firmara un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, esa disposición tenia como efecto impedir o disuadir a ese jugador de firmar dicho contrato, dado que la vulneración de dicha disposición podía dar lugar a una condena al pago de una indemnización.

15 La Cour de cassation destaca que el litigio principal suscita una dificultad de interpretación del artículo 39 CE, ya que plantea la cuestión de si esa restricción puede justificarse por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores de fútbol profesional, que resulta de la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921).

16 En esas circunstancias la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) […] ¿Se opone el principio de libre circulación de los trabajadores establecido en el artículo [39 CE] a una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual un jugador "promesa" que al finalizar su período de formación suscribe un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro de la Unión Europea se expone a ser condenado a pagar una indemnización por daños y perjuicios?

2) En caso de respuesta afirmativa, ¿constituye la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores profesionales un objetivo legítimo o una razón imperiosa de interés general que pueda justificar tal restricción?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

17 Mediante sus cuestiones, que es oportuno examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta en sustancia si un régimen conforme al que un jugador «promesa» se expone a una condena al pago de una indemnización cuando al término de su período de formación no firma un contrato como jugador profesional con el club que le ha formado, sino con un club de otro Estado miembro, constituye una restricción en el sentido del artículo 45 TFUE, y en su caso si ésta se justifica por la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores.

Observaciones presentadas al Tribunal de Justicia

18 Según el club Olympique Lyonnais, el artículo 23 del estatuto no constituye un obstáculo a la libre circulación efectiva del jugador «promesa» ya que este último puede firmar libremente un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, con la obligación únicamente de pagar una indemnización a su antiguo club.

19 El club Newcastle UFC, los Gobiernos francés, italiano, neerlandés y del Reino Unido así como la Comisión de las Comunidades Europeas afirman, por el contrario, que un régimen como el controvertido en el litigio principal constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores, prohibida en principio.

20 En el supuesto de que se estimara que el artículo 23 del estatuto constituye un obstáculo a la libre circulación del jugador «promesa», el club Olympique Lyonnais considera, con apoyo en la sentencia Bosman, antes citada, que esa disposición se justifica por la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores, dado que su único objetivo es permitir que el club formador recupere los gastos de formación que ha efectuado.

21 En cambio, el club Newcastle UFC alega que la sentencia Bosman, antes citada, asimiló claramente toda forma de «compensación por formación» a una restricción incompatible con el principio de libre circulación de los trabajadores, puesto que la contratación y la formación de jóvenes jugadores no constituyen una razón imperiosa de interés general que pueda justificar tal restricción. El club Newcastle UFC mantiene por otra parte que, conforme al régimen controvertido en el litigio principal, las indemnizaciones se determinan según criterios arbitrarios, que no se conocen previamente.

22 Los Gobiernos francés, italiano, neerlandés y del Reino Unido así como la Comisión sostienen que el hecho de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores constituye un objetivo legítimo según la sentencia Bosman, antes citada.

23 No obstante, el Gobierno francés alega que, conforme al régimen controvertido en el litigio principal, la indemnización que podía reclamar el club formador no se calculaba en relación con los costes de formación incurridos sino con el perjuicio sufrido por ese club. Tal régimen no responde a las exigencias de proporcionalidad según ese Gobierno y según el Gobierno del Reino Unido.

24 El Gobierno italiano considera que un sistema de indemnización puede considerarse como constitutivo de una medida proporcionada para lograr el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores siempre que la compensación se determine sobre la base de parámetros bien definidos y se calcule en función de la carga soportada por el club formador. Ese Gobierno destaca que la posibilidad de reclamar una «compensación de formación» reviste una importancia especial para los clubes pequeños que disponen de una estructura y un presupuesto limitados.

25 Los Gobiernos francés, italiano, neerlandés y del Reino Unido así como la Comisión se refieren por otra parte al Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores de la Federación internacional de fútbol asociación (FIFA), que entró en vigor durante el año 2001, a saber, en fecha posterior a la de los hechos objeto del litigio principal. Ese Reglamento contiene disposiciones relativas al cálculo de las «compensaciones por formación», que se aplican a los casos en los que un jugador que llega al término de su formación en un club de un Estado miembro firma un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro. Esas disposiciones se ajustan al principio de proporcionalidad, según los Gobiernos francés y del Reino Unido y la Comisión.

26 De forma más general, el Gobierno neerlandés observa que existen razones de interés general, ligadas a objetivos de formación, que pueden justificar una normativa en virtud de la cual un empleador que dispensa una formación a un trabajador puede exigir fundadamente a ese trabajador que permanezca a su servicio, o que le pague una indemnización de no ser así. Ese Gobierno considera que una indemnización debe cumplir dos requisitos para ser proporcionada, que exigen que el importe a pagar se calcule en función de los gastos para la formación del jugador efectuados por el empleador, por una parte, y que se tome en consideración en qué grado el empleador ha podido obtener provecho de esa formación así como el período durante el que ha podido beneficiarse de ella, por otra parte.

Apreciación del Tribunal de Justicia

Sobre la existencia de una restricción de la libre circulación de los trabajadores

27 Procede recordar ante todo que, habida cuenta de los objetivos de la Unión Europea, la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho de la Unión en la medida en que constituya una actividad económica (véanse en especial las sentencias Bosman, antes citada, apartado 73, y de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, Rec. p. I-6991, apartado 22).

28 De este modo, cuando una actividad deportiva tiene carácter de actividad por cuenta ajena retribuida o de prestación de servicios retribuida, que es el caso de los deportistas semiprofesionales o profesionales, entra, en particular, en el ámbito de aplicación de los artículos 45 TFUE y siguientes, o de los artículos 56 TFUE y siguientes (véase en especial la sentencia Meca-Medina y Majcen/Comisión, antes citada, apartado 23 y jurisprudencia citada).

29 En el presente caso, consta que la actividad por cuenta ajena del Sr. Bernard entra en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE.

30 Hay que recordar a continuación que según reiterada jurisprudencia el artículo 45 TFUE no rige solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 82 y jurisprudencia citada).

31 Como sea que las condiciones de trabajo se rigen, en los diferentes Estados miembros, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, la limitación de las prohibiciones previstas por el artículo 45 TFUE a los actos de la autoridad pública podría crear desigualdades en su aplicación (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 84).

32 En el presente caso, de la petición de decisión prejudicial resulta que el estatuto tiene el carácter de un convenio colectivo nacional, por lo que entra en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE.

33 Por último, en lo que se refiere a la cuestión de si una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, constituye una restricción en el sentido del artículo 45 TFUE, es preciso recordar que el conjunto de disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro (véanse, en especial, las sentencias Bosman, antes citada, apartado 94; de 17 de marzo de 2005, Kranemann, C-109/04, Rec. p. I-2421, apartado 25, y de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apartado 31).

34 Las disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, restricciones de dicha libertad aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados (véanse en particular las sentencias antes citadas Bosman, apartado 96; Kranemann, apartado 26, e ITC, apartado 33).

35 Es preciso observar que un régimen como el controvertido en el litigio principal, conforme al que un jugador «promesa» está obligado al término de su período de formación a celebrar su primer contrato como jugador profesional con el club que le ha formado, bajo obligación de indemnización, puede disuadir a ese jugador de ejercer su derecho a la libre circulación.

36 Aun si es cierto, como señala el club Olympique Lyonnais, que tal régimen no impide formalmente que ese jugador firme un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, hace no obstante menos atractivo el ejercicio de ese derecho.

37 En consecuencia, ese régimen constituye una restricción de la libre circulación de los trabajadores garantizada dentro de la Unión en virtud del artículo 45 TFUE.

Sobre la justificación de la restricción de la libre circulación de los trabajadores

38 Une medida que obstaculiza la libre circulación de los trabajadores sólo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. En tal caso, también es necesario que la aplicación de la medida de que se trata sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse en particular la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y las sentencias antes citadas Bosman, apartado 104, Kranemann, apartado 33, e ITC, apartado 37).

39 En lo que atañe al deporte profesional, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de afirmar que, habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 106).

40 Para examinar si un sistema que restringe el derecho a la libre circulación de esos jugadores puede garantizar la realización de ese objetivo y no va más allá de lo necesario para lograrlo, es preciso tener en cuenta, como la Abogado General ha señalado en los puntos 30 y 47 de sus conclusiones, las características especiales del deporte en general, y del fútbol en particular, así como las funciones social y educativa de estos últimos. La pertinencia de esos elementos se confirma además por su mención en el artículo 165 TFUE, apartado 1, párrafo segundo.

41 Como el Tribunal de Justicia ya ha afirmado, hay que reconocer al respecto que la perspectiva de percibir compensaciones por formación es efectivamente idónea para alentar a los clubes de fútbol a buscar jugadores con talento y llevar a cabo la formación de los jóvenes jugadores (véase la sentencia Bosman, antes citada, apartado 108).

42 En efecto, los beneficios derivados de las inversiones realizadas por los clubes formadores con ese fin se caracterizan por su naturaleza aleatoria, dado que esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club (véase en ese sentido la sentencia Bosman, antes citada, apartado 109).

43 Por otra parte, los gastos causados por la formación de jóvenes jugadores sólo se compensan parcialmente, como regla general, por los beneficios que el club formador puede obtener de esos jugadores durante el período de formación.

44 En esas circunstancias, los clubes formadores podrían desalentarse de invertir en la formación de los jóvenes jugadores si no pudieran recuperar las cantidades gastadas a tal efecto en el caso de que un jugador celebrara al término de su formación un contrato como jugador profesional con otro club. Ése es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte.

45 De ello resulta que un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado puede, en principio, justificarse por el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. No obstante, dicho sistema tiene que ser efectivamente apto para lograr ese objetivo, y proporcionado en relación con éste, teniendo debidamente en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo (véase en ese sentido la sentencia Bosman, antes citada, apartado 109).

46 Respecto a un régimen como el controvertido en el litigio principal, de los apartados 4 y 6 de la presente sentencia resulta que ese régimen no se caracterizaba por el pago al club formador de una compensación por formación, sino de una indemnización a la que se exponía el jugador interesado a causa del incumplimiento de sus compromisos contractuales y cuyo importe era independiente de los gastos reales de formación soportados por ese club.

47 En efecto, como ha expuesto el Gobierno francés, en virtud del artículo L. 122-3-8 del code du travail francés esa indemnización no se calculaba en relación con los costes de formación que el club formador había soportado, sino en relación con la totalidad del perjuicio sufrido por ese club. Además, como ha señalado el club Newcastle UFC, el importe de ese perjuicio se determinaba sobre la base de una evaluación fundada en criterios no precisados por adelantado.

48 En esas circunstancias la perspectiva de percibir tal indemnización iba más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores y para financiar esas actividades.

49 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, se debe responder a las cuestiones planteadas que el artículo 45 TFUE no se opone a un sistema que, para realizar el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores, garantiza la indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador firme al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo.

50 No es necesario para garantizar la realización del citado objetivo un régimen como el controvertido en el litigio principal, según el cual un jugador «promesa» que firma al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro se expone a la condena al pago de una indemnización cuyo importe no guarda relación con los costes reales de formación.

Costas

51 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 (Gran Sala) declara:

El artículo 45 TFUE no se opone a un sistema que, para realizar el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores, garantiza la indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador firme al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo.

No es necesario para garantizar la realización del citado objetivo un régimen como el controvertido en el litigio principal, según el cual un jugador «promesa» que firma al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro se expone a una condena al pago de una indemnización cuyo importe no guarda relación con los costes reales de formación.

C-486/08

041

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sala Primera: Sentencia de 22 de abril de 2010
Ponente: Sr . E. Levits

Síntesis

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO. Acuerdos marcos sobre el trabajo a tiempo parcial – Disposiciones desventajosas previstas por la normativa nacional para los agentes contractuales que trabajan a tiempo parcial, ocasionalmente o en virtud de un contrato de duración determinada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 22 de abril de 2010 (*)

«Política social – Acuerdos marcos sobre el trabajo a tiempo parcial – Disposiciones desventajosas previstas por la normativa nacional para los agentes contractuales que trabajan a tiempo parcial, ocasionalmente o en virtud de un contrato de duración determinada – Principio de igualdad de trato»

En el asunto C-486/08,
que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landesgericht Innsbruck (Austria), mediante resolución de 14 de octubre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de noviembre de 2008, en el procedimiento entre

Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols
contra

Land Tirol,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),
integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits (Ponente), A. Borg Barthet, M. Ilešič y la Sra. M. Berger, Jueces;
Abogado General: Sra. E. Sharpston;
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 21 de enero de 2010;

consideradas las observaciones presentadas:
- en nombre del Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, por el Sr. D. Rief;
- en nombre del Land Tirol, por el Sr. B. Oberhofer, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer y el Sr. T Kröll, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno danés, por los Sres. J. Bering Liisberg y R. Holdgaard, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y C. Blaschke, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. M. van Beek y V. Kreuschitz, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada, oída la Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;
dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial»), que figura en anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998 (DO L 131, p. 10), por una parte, y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo «Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada»), que figura en anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43), por otra parte, así como sobre la interpretación del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23).

2 Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre el Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (comité de empresa de los hospitales del Land de Tirol) y el Land de Tirol en relación con determinadas disposiciones de la Ley del Land de Tirol relativa a los agentes contractuales (Tiroler Landes-Vertragsbedienstetengesetz), de 8 de noviembre de 2000 (BGBl. I, 2/2001), en su versión en vigor hasta el 1 de febrero de 2009 (en lo sucesivo, «L-VBG»), relativa a los agentes contractuales empleados ocasionalmente, a tiempo parcial o por una duración determinada, así como a aquellos que disfruten de un permiso parental.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

3 A tenor de la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, éste tiene por objeto:
«garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial».

4 La cláusula 4 del citado Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», establece:
«1) Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2) Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis.*
[…]»

5 La cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada establece que éste tiene por objeto:
«mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;».

6 La cláusula 4 del citado Acuerdo marco, titulada «Principio de no discriminación», precisa:
«1) Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2) Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis.*
[…]»

7 El artículo 14 de la Directiva 2006/54 tiene la siguiente redacción:
«1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:
[…]
c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;
[…]»

8 El artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 299, p. 9), establece:
«1. La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.
2. La presente Directiva se aplicará:
a) a los períodos mínimos […] de vacaciones anuales […]
[…]»

9 El artículo 7 de esta Directiva, titulado «Vacaciones anuales», tiene la siguiente redacción:
«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.
2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

10 El artículo 17 de la Directiva 2003/88 dispone que los Estados miembros pueden establecer excepciones a determinadas disposiciones de dicha Directiva. No se admiten excepciones respecto a su artículo 7.

11 La cláusula 2, punto 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco sobre el permiso parental», que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996,

relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L 145, p. 4), en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DO 1998, L 10, p. 24), establece lo siguiente:
«Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales.»

Normativa nacional

12 El artículo 1 de la L-VBG establece:
«1) La presente Ley se aplicará, siempre que el apartado 2 no establezca una excepción, a todos los asalariados que tengan una relación contractual de Derecho privado con el Land de Tirol (agentes contractuales).
2) La presente Ley no se aplicará a:
[…]
m) las personas empleadas por tiempo determinado no superior a seis meses de duración o sólo ocasionalmente, ni a las personas que, aun empleadas regularmente, sólo lo sean durante una jornada inferior al 30 % de la jornada a tiempo completo;
[…]»

13 El artículo 54 de esta Ley establece:
«El agente contractual tendrá derecho a unas vacaciones (vacaciones anuales) por cada año natural.»

14 El artículo 55 de la citada Ley dispone:
«1) Por cada año natural, la duración de las vacaciones, a falta de disposiciones excepcionales, será de:
[…]
5) En caso de modificación de la jornada de trabajo, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo.»

15 A tenor del artículo 60 de la L-VBG:
«El derecho a vacaciones caduca cuando el agente contractual aún no las ha disfrutado el 31 de diciembre del año natural siguiente al de devengo. Si no es posible disfrutar estas vacaciones por razones de servicio, el derecho a las vacaciones sólo expirará al término del año natural que sigue al año de que se trata. Si el empleado se ha acogido a un permiso por maternidad, con arreglo a la Ley sobre el permiso por maternidad [Tiroler Mutterschutzgesetz] de 2005 o de 1979 o de la Ley sobre el permiso parental [Tiroler Eltern-Karenzurlaubsgesetz] de 2005, el plazo para disfrutar dichas vacaciones anuales se amplía por el número de meses en que dicho permiso supere los diez meses de duración.»

16 La Ley de 12 de noviembre de 2008 (BGBl. I, 5/2009), que entró en vigor el 1 de febrero de 2009, modificó el artículo 1, apartado 2, letra m), de la L-VBG que desde entonces tiene el siguiente tenor:
«personas empleadas por un período limitado de seis meses como máximo o con carácter ocasional».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

17 La demandante del litigio principal interpuso, como órgano competente para los empleados de los hospitales del Land de Tirol, una demanda de declaración con arreglo al procedimiento especial previsto en el artículo 54, apartado 1, de la Ley relativa a las competencias y al procedimiento en materia de seguridad social y de Derecho del trabajo (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBl. Nr. 104/1985).

18 Dicha demanda, dirigida contra el Land Tirol como empleador, tiene por objeto que el Landesgericht Innsbruck declare que determinadas disposiciones de la L-VBG son incompatibles con el Derecho comunitario.

19 En estas circunstancias, el Landesgericht Innsbruck decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
«1) Es compatible con la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial […] que los empleados vinculados por contrato de Derecho privado a una entidad territorial o a una empresa pública, que trabajen menos de doce horas semanales (el 30 % de la jornada ordinaria de trabajo), sean tratados en condiciones menos favorables que los empleados comparables con jornada completa, en cuanto a retribución, categoría, reconocimiento de antigüedad, vacaciones, pagas extraordinarias, horas extraordinarias, etc.?
2) ¿Ha de interpretarse el principio de *pro rata temporis* establecido en la cláusula 4, punto 2, de dicho Acuerdo marco en el sentido de que es contrario a una disposición nacional como el artículo 55, apartado 5, de la L-VBG, según el cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones adquirido durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante sólo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida?

3) ¿Es contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, introducido por la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, una disposición nacional como el artículo 1, apartado 2, letra m), de la L-VBG, según el cual los empleados que durante un máximo de seis meses trabajen por un tiempo determinado o sólo ocasionalmente son tratados en condiciones menos favorables que los empleados comparables con jornada completa, en cuanto a retribución, categoría, reconocimiento de antigüedad, vacaciones, pagas extraordinarias, horas extraordinarias, etc.?

4) ¿Existe discriminación indirecta por razón de sexo, con arreglo al artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54 […] cuando el derecho legítimo a las vacaciones, correspondientes al año anterior del nacimiento del hijo de los trabajadores que se acogen a un permiso parental de la duración legalmente permitida de dos años, ha caducado ya al término del permiso y cuando, en la mayor parte de los casos (97 %), el empleado afectado es una mujer?»

20 Mediante resolución de 10 de diciembre de 2009, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de diciembre de 2009, el Landesgericht Innsbruck solicitó al Tribunal de Justicia que no se pronunciase sobre la primera cuestión, sino únicamente sobre las cuestiones segunda a cuarta que se le plantearon con arreglo al artículo 234 CE.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

21 En sus observaciones escritas, el Land Tirol señala que debe declararse la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia debido a que no son aplicables directamente las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas por el órgano jurisdiccional nacional.

22 A este respecto, procede recordar que es jurisprudencia reiterada que, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado miembro, particularmente en su condición de empleador (véanse en particular, en este sentido, las sentencias de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, apartados 69 y 71; de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 57, así como de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, C-537/07, Rec. p. I-0000, apartado 33). Indudablemente, éste es el caso por lo que respecta al artículo 14 de la Directiva 2006/54.

23 Asimismo, puede trasladarse esta jurisprudencia a acuerdos que, como los acuerdos marcos sobre el trabajo a tiempo parcial y sobre el trabajo de duración determinada, han nacido de un diálogo mantenido entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión Europea y han sido aplicados, conforme a su base jurídica respectiva, mediante una Directiva del Consejo de la Unión Europea, de la que, entonces, forman parte (véase, en este sentido, la sentencia Impact, antes citada, apartado 58).

24 Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado en particular que la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional (véase la sentencia Impact, antes citada, punto 2 del fallo) Asimismo, el Tribunal de Justicia ha precisado que la cláusula 4, punto 2, del citado Acuerdo marco sólo hace hincapié en una de las consecuencias que, en su caso, puede acarrear, bajo el control eventual del juez, la aplicación del principio de no discriminación a favor de los trabajadores con contratos de duración determinada sin menoscabar en modo alguno el contenido mismo de este principio (sentencia Impact, antes citada, apartado 65).

25 Habida cuenta de lo anterior así como del hecho de que la redacción de las cláusulas 4 de los acuerdos marcos sobre el trabajo a tiempo parcial y sobre el trabajo de duración determinada es *mutatis mutandis* idéntica, procede concluir que las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas por el órgano jurisdiccional nacional son incondicionales y lo suficientemente precisas para poder ser invocadas por un particular ante un tribunal nacional.

26 En estas circunstancias, debe declararse la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Sobre la segunda cuestión

27 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión pertinente, y particularmente la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, ha de interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional como el artículo 55, apartado 5, de la L-VBG, según el cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante sólo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida.

28 A este respecto, debe recordarse, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18) (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 43; de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/01, Rec. p. I-2605, apartado 29, y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, C-131/04 y C-257/04, Rec. p. I-2531, apartado 48 así como, respecto a la Directiva 2003/88, véanse las sentencias de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, Rec. I-179, apartado 22, y de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, C-277/08, Rec. p. I-0000, apartado 18).

29 En segundo lugar, debe señalarse que este principio de Derecho social de la Unión que reviste una especial importancia no puede ser interpretado de manera restrictiva (véase, por analogía, la sentencia de 22 de octubre de 2009, Meerts, C-116/08, Rec. p. I-0000, apartado 42).

30 Además, es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento (véase la sentencia Schultz-Hoff y otros, antes citada, apartado 25). Dicho tiempo de esparcimiento no pierde su interés por el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador si no se toman durante el periodo de referencia, sino en un período posterior (sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, Rec. p. I-3423, apartado 30).

31 En efecto, el trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 permite que el derecho a vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica (véanse, en este sentido, respecto a la Directiva 93/104/CE, las sentencias, antes citadas, BECTU, apartado 44, y Merino Gómez, apartado 30).

32 De lo anterior se desprende que el disfrute de las vacaciones anuales en un período posterior al período de referencia no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período posterior. Por tanto, la modificación, y, en particular, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo competo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo.

33 Por otro lado, debe señalarse que ciertamente, es apropiado aplicar el principio *pro rata temporis*, que se desprende de la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, a la concesión de las vacaciones anuales por un período de trabajo a tiempo parcial. En efecto, para tal período, la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un periodo de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas. En cambio, el citado principio no puede aplicarse *ex post* a un derecho de vacaciones anuales adquirido por un período de trabajo a jornada completa.

34 Si bien, para concluir, no puede deducirse ni de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/88 ni de la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que una normativa nacional pueda prever, entre los requisitos para la aplicación del derecho a las vacaciones anuales, la pérdida parcial de un derecho a vacaciones adquirido durante un período de referencia, no obstante, debe recordarse que esta conclusión se impone únicamente cuando el trabajador no tiene efectivamente

35 De todo lo anterior resulta que procede responder a la segunda cuestión que el Derecho de la Unión pertinente, y particularmente la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en anexo a la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, ha de interpretarse en el sentido de que es contrario a una disposición nacional como el artículo 55, apartado 5, de la L-VBG, según el cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido, sin haber tenido la posibilidad de ejercer, durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante sólo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida.

Sobre la tercera cuestión

36 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional que como el artículo 1, apartado 2, letra m), de la L-VBG, que excluía del ámbito de aplicación de esta Ley a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, o que únicamente están empleados ocasionalmente.

37 Con carácter preliminar, procede recordar que la L-VBG se aplicaba, en su versión en vigor hasta el 1 de febrero de 2009, a los trabajadores a tiempo completo así como a los empleados por un período de más de seis meses o que trabajen a tiempo parcial una jornada inferior al 30 % de la jornada a tiempo completo.

38 A raíz de la modificación legislativa señalada en el apartado 16 de la presente sentencia, todos los trabajadores a tiempo parcial disfrutaban, en las mismas condiciones que los trabajadores a tiempo completo, de los derechos concedidos por la L-VBG relativos, en particular, a la retribución, categoría, reconocimiento de antigüedad, derecho a las vacaciones, pagas extraordinarias y los incrementos por horas extraordinarias. De las notas explicativas que acompañan al proyecto de Ley resulta que esta modificación se consideró necesaria a la luz del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

39 En lo que atañe a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, entre ellos los empleados ocasionalmente, que tengan contratos de trabajo limitados a la duración de un día, siguen excluidos del ámbito de aplicación de la L-VBG, procede observar que del mero hecho de que estos trabajadores no disfruten de los derechos concedidos por la citada Ley se desprende que se les trata de manera menos favorable que a los trabajadores fijos o a los que trabajan a tiempo parcial.

40 A este respecto, debe precisarse que el disfrute de determinados derechos, que emana, según el Land Tirol, de otras disposiciones aplicables a la categoría de los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación de la L-VBG, no atenúa, en su caso, el efecto del trato desfavorable a los citados trabajadores resultante de esta exclusión.

41 Sentado lo anterior, procede recordar que, según la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y el principio de no discriminación, el trato diferente de un trabajador de duración determinada en relación con un trabajador fijo comparable no puede justificarse por razones objetivas.

42 Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «razones objetivas», a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse, en el sentido de que se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran contratos de trabajo de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 69 y 70, así como de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, Rec. p. I-7109, apartado 53).

43 Esta misma interpretación se impone, por analogía, por lo que respecta al concepto idéntico de «razones objetivas» en el sentido de la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 56).

44 En estas circunstancias, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas» en el sentido de la citada cláusula no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma general y abstracta. Bien al contrario, el referido concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida responda a una necesidad auténtica, permita alcanzar el objetivo perseguido y resulte indispensable al efecto (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartados 57 y 58).

45 Sentado lo anterior, el Land Tirol considera que el trato desigual de los trabajadores a que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra m), de la L-VBG está justificada por razones objetivas ligadas a la aplicación del el imperativo de gestión rigurosa del personal. El Gobierno austriaco indica que es extremadamente difícil y complejo desde un punto de vista administrativo crear empleos fijos que excedan las necesidades celebrando contratos de trabajo con personal para las que una relación de trabajo de larga duración no entra *a priori* en consideración. Tal enfoque impide la consecución de un objetivo legítimo de política social y de organización del mercado de trabajo.

46 No obstante, no puede estimarse tal alegación. En efecto, por una parte, la gestión rigurosa del personal está comprendida en las consideraciones de índole presupuestaria que no pueden justificar una discriminación (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartado 85). Por otra parte, la Comisión Europea subraya acertadamente que la finalidad de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada no es necesariamente la de crear empleos permanentes.

47 De lo anterior se desprende que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en anexo a la Directiva 1999/70, ha de interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional como el artículo 1, apartado 2,

letra m), de la L-VBG, que excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, o que sólo están empleados ocasionalmente.

Sobre la cuarta cuestión

48 Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si debe interpretarse que el Derecho de la Unión pertinente, y, en particular, el artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54, es contrario a una disposición nacional como el artículo 60, última frase, de la L-VBG, según la cual los trabajadores, esencialmente femeninos, que disfrutan de su derecho al permiso parental de dos años, pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al del nacimiento de su hijo.

49 A este respecto, debe indicarse que, aunque, desde el punto de vista formal, el órgano jurisdiccional remitente ha limitado su petición de decisión prejudicial a la interpretación del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54, ello no impide que el Tribunal de Justicia proporcione al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto del que conoce, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de abril de 2004, Weigel, C-387/01, Rec. p. I-4981, apartado 44, y de 21 de febrero de 2006, Ritter-Coulais, C-152/03, Rec. p. I-1711, apartado 29).

50 Por tanto, de entrada, procede recordar que según la cláusula 2, punto 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que puede ser invocada por particulares ante un órgano jurisdiccional nacional (véase la sentencia Gómez-Limón Sánchez-Camacho, antes citada, punto 1 del fallo), los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental y se aplicarán al finalizar el citado permiso.

51 Como se desprende tanto de su tenor como del contexto en que se inserta, la citada cláusula 2, punto 6, tiene por objeto evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, así como garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del citado permiso (véanse, las sentencias antes citadas Gómez-Limón Sánchez-Camacho, apartado 39, y Meerts, apartado 39).

52 En efecto, el Acuerdo marco sobre el permiso parental participa de los objetivos fundamentales inscritos en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, al que se remite este Acuerdo marco y que se menciona también en el artículo 136 CE, objetivos que están vinculados con la mejora de las condiciones de vida y de trabajo así como con la existencia de una protección social adecuada de los trabajadores, en el presente caso de aquellos que hayan solicitado o se hayan acogido a un permiso parental (véase la sentencia Meerts, antes citada, apartado 37).

53 De dichos objetivos del Acuerdo marco sobre el permiso parental, resulta que el concepto de «derechos adquiridos o en curso de adquisición» en el sentido de la cláusula 2, punto 6, del citado Acuerdo marco comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario en la fecha de inicio del permiso parental (sentencia Meerts, antes citada, apartado 43).

54 Dado que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, tal como se recordó en el apartado 27 de la presente sentencia, reviste una especial importancia, forma parte indudablemente de los derechos derivados directamente de la relación de trabajo de cada trabajador, y ello ya se trate de trabajadores o trabajadoras.

55 Dado que esta conclusión se aplica a todos los trabajadores que disfruten de su derecho al permiso parental de dos años, ya sean mujeres u hombres, no procede interpretar el artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54.

56 De todo lo anterior resulta que procede responder a la cuarta cuestión que la cláusula 2, punto 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, que figura en anexo a la Directiva 96/34, en su versión modificada por la Directiva 97/75, debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional como el artículo 60, última frase, de la L-VBG, según la cual los trabajadores, que disfruten de su derecho al permiso parental de dos años, pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al nacimiento de su hijo.

Costas

57 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 Primera) declara:

1) El Derecho de la Unión pertinente, y particularmente la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, ha de interpretarse en el sentido de que es contrario a una disposición nacional como el artículo 55, apartado 5, de la Ley del Land de Tirol relativa a los agentes contractuales (Tiroler Landes-Vertragsbedienstetengesetz), de 8 de noviembre de 2000, en su versión en vigor hasta el 1 de febrero de 2009, según la cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un trabajador, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un trabajador cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido, sin haber tenido la posibilidad de disfrutarlo, durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante sólo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional como el artículo 1, apartado 2, letra m), de la Ley del Land de Tirol relativa a los agentes contractuales, de 8 de noviembre de 2000, en su versión en vigor hasta el 1 de febrero de 2009, que excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a los trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de seis meses como máximo, o que sólo están empleados ocasionalmente.

3) La cláusula 2, punto 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, ha de interpretarse en el sentido de que es contraria a una disposición nacional como el artículo 60, última frase, de la Ley del Land de Tirol relativa a los agentes contractuales, de 8 de noviembre de 2000, en su versión en vigor hasta el 1 de febrero de 2009, según la cual los trabajadores, que disfruten de su derecho al permiso parental de dos años, pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al nacimiento de su hijo.

RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS

TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA-

18/12/2009	(RCUD. 0071/09)	-Ref. 01-
20/01/2009	(RCUD. 1239/00)	-Ref. 02-
21/01/2010	(RCUD. 0106/09)	-Ref. 03-
21/01/2010	(RCUD. 0057/09)	-Ref. 04-
21/01/2010	(RCUD. 1265/09)	-Ref. 05-
22/01/2010	(RCUD. 1769/09)	-Ref. 06-
25/01/2010	(RCUD. 1245/09)	-Ref. 07-
08/02/2010	(RCUD. 2000/09)	-Ref. 08-
09/02/2010	(RCUD. 2334/09)	-Ref. 09-
09/02/2010	(RCUD. 1605/09)	-Ref. 10-
16/02/2010	(RCUD. 2855/09)	-Ref. 11-
17/02/2010	(RCUD. 2127/09)	-Ref. 12-
18/02/2010	(RC. 0065/09)	-Ref. 13-
23/02/2010	(RC. 0039/09)	-Ref. 14-
02/03/2010	(RCUD. 0945/09	-Ref. 15-
09/03/2010	(RCUD. 1490/09)	-Ref. 16-
11/03/2010	(RCUD. 4084/08)	-Ref. 17-
15/03/2010	(RCUD. 2244/09)	-Ref. 18-
15/03/2010	(RCUD. 2149/09)	-Ref. 19-
23/03/2010	(RCUD. 2921/09)	-Ref. 20-
23/03/2010	(RCUD. 4116/08)	-Ref. 21-
26/03/2010	(RCUD. 2783/09)	-Ref. 22-
29/03/2010	(RCUD. 1838/09)	-Ref. 23-
12/04/2010	(RCUD. 1736/09)	-Ref. 24-
13/04/2010	(RCUD. 0060/09)	-Ref. 25-
14/04/2010	(RCUD. 0790/09)	-Ref. 26-
22/04/2010	(RCUD. 1789/09)	-Ref. 27-

TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-

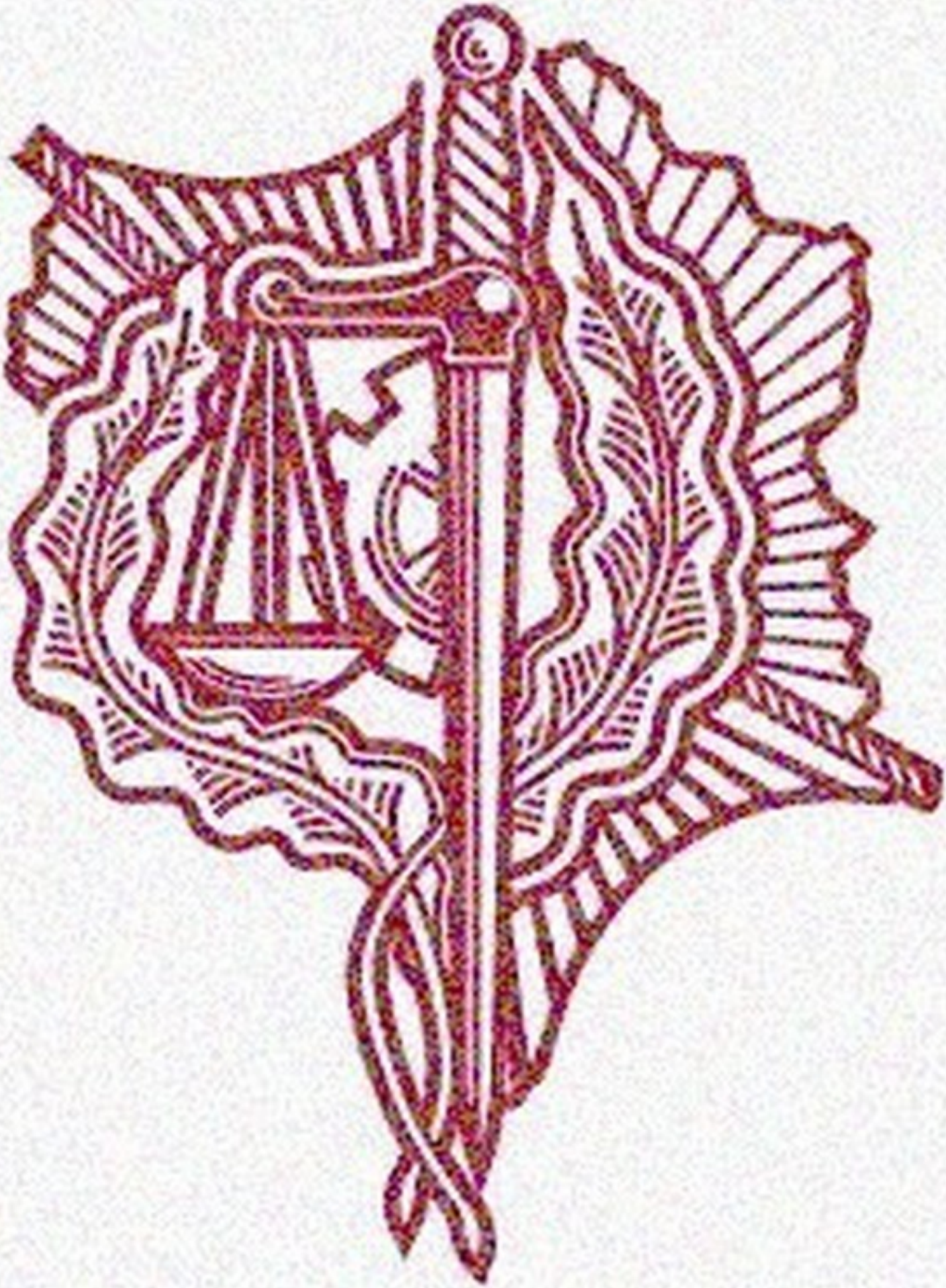
18/03/2010	(RC. 1132/07)	–Ref. 28-
23/03/2010	(RC. 2872/08)	–Ref. 29-
29/03/2010	(RC. 0211/06)	–Ref. 30-
08/04/2010	(RC. 4151/07)	–Ref. 31-
08/04/2010	(RC. 5720/04)	–Ref. 32-
23/04/2010	(RC. 6281/07)	–Ref. 33-
27/04/2010	(RC. 6371/06)	–Ref. 34-
27/04/2010	(RC. 4301/06)	–Ref. 35-
04/05/2010	(RC. 5546/05)	–Ref. 36-
05/05/2010	(RC. 3360/07)	–Ref. 37-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

28/09/2010	(STC. 192/2009)	–Ref. 38-

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

11/02/2010	(Asunto C-405/08)	–Ref. 39-
16/03/2010	(Asunto C-325/08)	–Ref. 40-
22/04/2010	(Asunto C-486/08)	–Ref. 41-



Estanislau Figueres, 17 – 43002 Tarragona
Tel. 977 22 45 13 – Fax 977 22 95 25
colegio@graduados-sociales-tarragona.com
www.graduats-socials-tarragona.org
www.graduados-sociales-tarragona.com