

# TEMIS

NÚMERO 46  
2on trimestre 2008

Revista de Doctrina i Jurisprudència social i fiscal

ELS GRADUATS SOCIALS DE CATALUNYA, A LES COMARQUES DE TARRAGONA



**Tribunal Constitucional:**  
**STC. 62/2008, de 26 de mayo de 2008**  
Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por circunstancias personales en relación con la salud: despido por enfermedad incapacitante para el trabajo

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

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

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

**Consell editorial:**

Junta de Govern de l'Il·ltre.

Col·legi Oficial de Graduats

Socials de Tarragona

**Directora Tècnica:**

Exema. 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:**

Gestión Cuatro Estudios S.L.U.,

[gestion@gestion4.net](mailto:gestion@gestion4.net)

Ctra. Pont d'Armentera/Pallaresos, 6

43007 Tarragona

Tel. 977 24 59 13

Fax. 977 24 55 49

**Publicitat:**

Gestión Cuatro Estudios S.L.U.

Dipòsit Legal: T-177-97



507/07

001

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 04/12/2007

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

**Síntesis**

REINTEGRO ANTICIPADO DE PRÉSTAMOS CONCEDIDOS A EMPLEADOS DE ENTIDADES BANCARIAS EN CASO DE DESPIDO DISCIPLINARIO. Convenio Colectivo que no contiene previsión al respecto. Cláusula que se califica de abusiva, en el caso de extinción del contrato por despido improcedente.

**Doctrina:**

"(...) En la sentencia recurrida, se analiza la cuestión relativa a la validez de la cancelación anticipada de los préstamos concedidos al trabajador –en este caso demandado– por la entidad bancaria que fue su empleadora, como consecuencia del despido de aquél que fue declarado improcedente por la Sala de suplicación, habiendo optado la empresa por la indemnización y no por la readmisión. La Sala de suplicación estima la pretensión de la empresa demandante, habida cuenta que dichos préstamos se concedieron en atención a la cualidad de empleado del prestatario, y con la garantía de reintegro que suponía el salario percibido; y estima que las cláusulas que contemplan dicho reintegro anticipado en caso de resolución de la relación laboral son válidas.

Las partes suscribieron sendas pólizas de préstamo, en fecha 10 de abril de 2002, de préstamo a empleados (préstamo al consumo); y en fecha 5 de febrero de 2004, igualmente de préstamo a empleados de Bankinter (préstamo para la vivienda). En ambas pólizas se incluye idéntica cláusula, de resolución del contrato "por extinguirse la relación laboral del titular con el Banco, cualquiera que sea su causa (expresamente se establece como causa el despido aún declarado improcedente) o por suspenderse dicha relación en razón de que el Titular pasara a la situación de excedencia o por cualquier otra causa, teniendo en cuenta (...) que este préstamo se concede en atención a la condición de empleado en activo del Titular y que su solvencia está respaldada por la retribución a la que como empleado tiene derecho".

(...) Refiere la sentencia recurrida que "(...) Tanto la doctrina científica como la Jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los arts. 49.11 y 54.1 del ET y del art. 3 del Convenio 158 de la O.I.T. Así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato de trabajo sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular.

(...) Es cierto –y en ello podría detenerse una aparente razón contraria, más de entrada que de fondo– que el art. 211 de la LPL se refiere al auto que <<declarará extinguida la relación laboral en la fecha en que se dicte>>; pero lo que el precepto contempla aquí es la relación laboral restablecida en virtud de la sentencia recaída al entablarse la acción de despido.

Así, se diferencia en nuestro Derecho la resolución unilateral del contrato de trabajo en virtud del despido acordado por el empresario, de la acción de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, regulada en el art. 1124 del Código Civil, en que la resolución sólo se

produce automáticamente cuando las partes explícitamente hayan convenido que el incumplimiento tenga la virtualidad de una condición resolutoria –entre otras, sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 6 de octubre de 1986–; en que el art. 1124 faculta para pedir la resolución a partir del incumplimiento, sin que determine la resolución automática, salvo que pacto explícito indicado –sentencias de la misma Sala de 14 de noviembre de 1962, y 28 de septiembre de 1982, entre otras muchas– (...). Es en base a ello que entiende que la empresa demandante estaba facultada para resolver los contratos de préstamo suscritos con el actor y exigir el reembolso de su saldo.

El recurso merece acogida, por cuanto, como señala la propia Sala Primera de este Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 13 de noviembre de 1998 (núm. 1084/1998), en relación con el contrato de adhesión: "(...) La calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiéndose por tal aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho (...).

La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en su redacción vigente al tiempo de celebración del contrato y de formularse la demanda, antes de su modificación por Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, daba en su artículo 10 la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos; la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro del concepto de condición general que define la propia ley en el artículo 10.2. Asimismo, el artículo 10.1.c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el núm. 3º de este apartado y entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios; se estima que la cláusula de sumisión, en el presente caso, es abusiva, porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la compradora (...). Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala: sentencias de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio de 1996, 14 de septiembre de 1996, 8 de noviembre de 1996, 30 de noviembre de 1996, 5 de julio de 1997 y 3 de julio de 1998.

(...) Todo lo cual viene ratificado por la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que consideran abusivas, entre otras y aparte de los conceptos generales, las cláusulas de sumisión, de discutible

aplicación con efecto horizontal, frente a las particulares, pero que sí ha sido admitido tal efecto directo, a efectos de declarar nula una cláusula de sumisión, por las sentencias de esta Sala de 8 de noviembre de 1986, 30 noviembre 1996 y 5 de julio de 1997 (...).

Igualmente, la misma Sala (Primera del Tribunal Supremo) en sentencia de 15 de septiembre de 1999 (núm. 763/1999), en relación a la cláusula de sumisión señala que: "(...) El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la directiva de la C.E.E., núm. 93/13 de fecha 5 de abril de 1.993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros y los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios.

En el art. 3º de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: " Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (...).

A este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina de abuso del derecho y los criterios de la Ley de Consumidores y Usuarios, y así se expresa en S. de 13-11-98 (...).

Esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 10 de febrero de 1990, en relación a los préstamos reintegrables o anticipos señala: "(...) Es cierto que ha desaparecido la causa que determinó la concesión del préstamo o anticipo. De entrada, ha desaparecido en la medida en que el recurrente no podrá obtener ya otro préstamo. En nuestro caso el préstamo se concedió cuando el contrato estaba vigente y se daban los presupuestos precisos o la razón de fondo que puso en movimiento el propósito de acción social estipulado en el Convenio Colectivo, esto es cuando existía la causa del contrato y concurrían las notas de su licitud y veracidad (artículos 1.275 y 1.276 del Código Civil).

Lo que suscita dudas es lo referente a la desaparición de los presupuestos o circunstancias sobre cuya base se produjo la voluntad negocial, dado que el préstamo se concedió porque el trabajador lo devolvería mediante los descuentos periódicos y correspondientes de sus ingresos salariales, ingresos éstos que determinaron la cantidad anticipada. Esto sugiere de inmediato la aplicación de las doctrinas que, al analizar la eficacia de los contratos, valoran los cambios de esas circunstancias que fueron tenidas en cuenta al contratar, esto es la base del negocio. Pero si se considera la base objetiva del negocio, se advierten en el caso estas dos circunstancias que atemperan la fría aplicación de la teoría de la desaparición de tales presupuestos: de un lado es claro que el pacto puede realizarse y cumplirse aunque el deudor no esté en la empresa, lo que conduce a concluir que subsisten los elementos principales del contrato convenido y el contrato mismo, que no ha perdido, pese a los cambios indicados, su contenido originario; de otro, la asunción voluntaria por el acreedor de las imprecisiones de la situación pactada, pues la "Caja" bien habituada y especializada en estas operaciones, no determinó que la extinción del contrato de trabajo generara la anticipación del vencimiento de préstamo.

Hay una fórmula de garantía, de que podría servirse, en su caso, la entidad acreedora que fortalece la aceptación de la doctrina expuesta: se trata de la eventual aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código Civil, de pérdida del derecho de aplazamiento, cuando se dieran las previsiones que dicho artículo establece. Así se apunta en la sentencia con el mero propósito de dar la mayor claridad a las posturas debatidas y sin afán de hacer pronunciamientos anticipados respecto de una materia no suscitada.

(...) Como se ve, hay un plazo de cinco años de vencimiento, de modo que el deudor habrá de satisfacer los reintegros que cumplía antes del despido, en igual cuantía y periodicidad. Esto es lo que la parte

invoca en su recurso, que en su segundo motivo aduce infracción, por no aplicación, de los artículos 1.125, 1.091 y 1.256 del Código Civil. Es cierto que la sentencia ha infringido los preceptos denunciados. La anticipación total de la deuda, cuando lo que se pactó es devolver el préstamo en cinco anualidades mediante plazos mensuales iguales, viola dicho artículo 1091, que impone el deber de cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos y en el modo y forma que se contrajeron. También se ha infringido el segundo artículo, 1.125, pues el acreedor sólo puede exigir la prestación o demandar su cumplimiento a partir de su vencimiento, que convierte el crédito aplazado en realizable o, como dice el precepto "exigible" Y aunque no se esté ante un claro supuesto de infracción del artículo 1.256 según queda expuesto a partir de lo razonado en el fundamento de Derecho anterior, sí hay constancia de las infracciones legales cometidas, que obliga a estimar el recurso y a casar la sentencia de instancia."

En el presente caso, la cláusula en cuestión, que establece la posibilidad de exigir la íntegra devolución del capital pendiente de reintegro del contrato de préstamo suscrito por las partes, a la fecha de la extinción de la relación laboral, teniendo en cuenta que la relación laboral del actor fue resuelta por despido declarado judicialmente improcedente; es claro que ha de declararse abusiva, por impuesta al trabajador, implicar un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al trabajador prestatario, pues queda en manos del empresario, no solo la extinción unilateral del contrato de trabajo por despido – que es declarado improcedente–, sino también del contrato de préstamo, sin prever alternativa alguna en tal caso, respecto a las condiciones de amortización de futuro del capital pendiente de reintegro; siendo la referida cláusula contraria al orden público laboral, y atentatoria al principio de libertad de trabajo. Así, siendo la cláusula abusiva en los términos planteados, ha de tenerse por no puesta, con las consecuencias inherentes a ello; y es en este sentido que ha de estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina, de modo que el deudor habrá de satisfacer los reintegros que cumplía antes del despido, en igual cuantía y periodicidad.

Distinta solución hubiera merecido el caso, si la cláusula examinada estableciera una posibilidad real, a la vez que no arbitraria de negociarla, de hacer contraofertas o de modificarla; o en definitiva, se hubiera previsto la posibilidad de reconversión del préstamo –si llegara el momento de la extinción de la relación laboral por la causa de despido ("aún declarado improcedente")– a las condiciones ordinarias con abandono de los privilegios extraordinarios concedidos en atención a la condición de empleado en activo del titular de la póliza".



1928/04

002

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 05/12/2007

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

**Síntesis**

SALA GENERAL. Aportación de sentencia firme por la vía del artículo 231 LPL. Cabe, en el caso concreto, que esta sentencia firme modifique los hechos de la sentencia recurrida al efecto de la existencia de contradicción. Pero en cuanto al "alcance" del documento incorporado se mantiene que no existe indefensión y que por lo tanto tampoco contradicción.

**Doctrina:**

"(...) 1.- El problema, pues, se origina, como antes se ha dicho, porque la aportación de la nueva sentencia, introduce un dato nuevo, cuál es que el período discutido se reconoce como de prórroga de la IT por encima de los dieciocho meses de duración normal. En este caso las situaciones pasan a ser equiparables, y si se acepta este documento con fuerza suficiente como para modificar la situación fáctica, las situaciones serían ya sustancialmente iguales, en cuanto que nuestra doctrina equipara esta prórroga con la antigua invalidez provisional a los efectos de cálculo de la base reguladora de la invalidez.

2.- La Sala estima que una sentencia firme posterior, que tenga por objeto idéntica pretensión que la examinada por la sentencia recurrida, puede modificar los datos fácticos declarados probados por esta última al efecto de considerar si concurre el presupuesto más singular y característico del recurso de unificación doctrinal que nos ocupa -manifestado en la triple vertiente de identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas, cuál exige el artículo 217 LPL- en virtud de los argumentos que se pasan a exponer:

1) Cabe señalar en primer lugar, que la resolución de la cuestión no ha sido pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, en las que se han mantenido dos posiciones diferentes, aunque ambas parten de que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación tiene como principal efecto -a diferencia de lo que acontece en el recurso de apelación- que se limite su instrumentalización solamente al examen de resoluciones tasadas, y únicamente en base a limitados motivos destinados a revisar el derecho y los hechos probados, mediante el examen, en este último supuesto, de limitados medios de prueba utilizados en la instancia.

La cuestión adquiere, si se quiere, más complejidad si se tiene en cuenta una doctrina, mantenida sin fisuras, por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo expresiva de que no procede en el recurso especial y además excepcional del recurso de casación para unificación de doctrina la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida (ni naturalmente de la "contraria", que sirve para justificar la contradicción, que ya goza del carácter de firme). Esta Sala, ha mantenido con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (sentencias de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 18 de febrero de 2003 (R. 597/2002), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 28 de febrero de 2005 (R. 1591/2004), pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley

de Procedimiento Laboral, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta (sentencia de 9 de febrero de 1.993 (R. 1496/1992), 19 de abril de 2004 (R. 4053/2002), 7 de mayo de 2004 (R. 4337/2002), 3 de junio de 2004 (R. 2106/2003) y auto de 17 de enero de 1997 (R. 1771/1996). Este principio, clásico en materia de casación, y que, consecuentemente, debe ser mantenido, es el que se recoge, como regla general, en el artículo 231 LPL -incluido en el Capítulo V, del Libro III LPL, bajo la rúbrica titulada "De las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación"- que literalmente dice "La Sala no admitirá a las partes documento alguno, ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos".

2) Pero esta regla general y común a los recursos extraordinarios de casación (y también de suplicación en la LPL), que se refiere a la prohibición de aportar cualesquiera documentos materiales, es decir, los que son medios de prueba y alegar hechos, que no resulten de los autos -hechos nuevos- admite una excepción, que es la también señalada en el citado artículo 231.1 LPL cuando dice "No obstante, si el recurrente presentara algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o escrito que contuviere elementos de juicio necesario para evitar la vulneración de derechos fundamentales la Sala dispondrá (...) lo que proceda mediante auto motivado".

La aplicación de este precepto ha dado lugar a resoluciones contradictorias de la Sala. Así el auto dictado por el pleno de la Sala en fecha 10 de diciembre de 2002 (Rec. 365/2002), en su razonamiento jurídico primero, se muestra contrario a la admisión de documentos en el recurso de casación para unificación de doctrina, argumentando que aunque "Este precepto se encuentra en el Capítulo V del Libro III de la Ley, dedicado a "las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación", por lo que, en principio resulta aplicable al recurso de casación para la unificación de doctrina, si bien esa aplicación tiene que tener en cuenta las características de este excepcional recurso tal como se configuran en los artículos 217 y 222 de la mencionada Ley de Procedimiento Laboral y en concreto la contradicción de sentencias como presupuesto de recurribilidad y la exclusión de los motivos de revisión fáctica. Por otra parte, la Sala ha señalado, "la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción y ésta queda fijada por el tipo de recurso", como "se desprende claramente del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé que la infracción de un precepto constitucional será suficiente para fundar un recurso de casación, pero sólo en los casos en que, según la Ley, proceda dicho recurso y en la casación para la unificación de doctrina la procedencia del recurso está condicionada a la existencia de contradicción entre las resoluciones judiciales que menciona el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y es en el ámbito de esta contradicción en el que ha de denunciarse la infracción del precepto constitucional que haya producido la lesión del derecho fundamental" (sentencia de 22.10.1991)".

Sin embargo, la sentencia de esta Sala de 5 de enero de 2000 (Rec. 4385/1998) admitió en la fase posterior a la interposición del recurso unificador de doctrina un escrito, que contenía el historial profesional de cotización a la seguridad social, emitido por la entidad gestora, con posterioridad al recurso, al efecto de establecer presupuesto de contradicción. Atendía esta sentencia al encaje de la cuestión en el derogado artículo 506.3º LEC -relativo a documentos que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada- y se matizaba su introducción en la fase del recurso en razón de que: a) la entidad gestora es la encargada de la certificación de forma provisional y la "imposibilidad" es más de apreciar si se tiene en cuenta la fecha muy remota a que se refiere la vida profesional del actor, y b) que el documento que contiene el referido informe en el documento a que se refiere el artículo 506 LEC "en el doble aspecto de constituir uno de los posibles medios de prueba y de adquirir carácter fundamental para la decisión de la controversia". (Fundamento de derecho primero 2 y 3).

3.- Esta Sala General mantiene, en el caso que examina, la integración en los hechos probados de la sentencia recurrida del nuevo hecho que se contienen en la sentencia firme dictada entre las mismas partes y sobre idéntico objeto de determinar cuál sea la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta reconocida en la sentencia impugnada, en virtud de los argumentos que se pasan a exponer:

a) En primer lugar debe señalarse que si bien el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se refiere el artículo 231 LPL, ha sido derogado por la nueva LEC 7/2000 de 7 de enero, deben ser aplicados los artículos 270 LEC que regula los supuestos de "Presentación de documentos en momento no inicial del proceso" y el artículo 271 sobre "Preclusión definitiva de la presentación y excepciones a la regla", bien sea acudiendo a la técnica de remisión legislativa -la remisión jurídica a una norma puede venir referida también a las de la misma naturaleza y carácter que la sustituye- ya a la supletoriedad establecida por la Disposición Adicional Primera 1 LPL.

Debe precisarse, también, que la redacción, mas bien imprecisa del artículo 231 LPL -cuyo origen ha de buscarse en la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1985 de 26 de noviembre, a la que haremos alusión posteriormente- ha encontrado un contenido más preciso en el artículo 271.2 LEC que limita la presentación de documentos, después de la vista o juicio, a las "sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones", siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancias o en cualquier recurso". Quizá, de este modo y manera la LEC (es de significar que en su esfera, no se admite, lo que si se admitía en la derogada de 1881, el motivo de revisión de hechos probados) ha obrado prudentemente con la finalidad de reducir las excepciones a la regla general del recurso extraordinario, a supuestos muy significados, cuál son las sentencias y resoluciones administrativas firmes.

b) En el presente caso coexiste una sentencia firme posterior que afirma con valor de hecho probado una situación, que no admite la sentencia recurrida, y que de ser aceptada modificaría el pronunciamiento de esta última resolución judicial.

El problema que plantea la contradicción, surgida con posterioridad a la sentencia recurrida, excede de lo meramente procesal para alcanzar una dimensión constitucional, como lo entendió de forma expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, con cita de otras dos anteriores.

Declaró esta sentencia que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (...)repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales e virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron(...) Ello vulneraría, en efecto el principio de seguridad jurídica(...) (del art. 9.3 CE) (...) y (...) "en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cues-

tion una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios". Debe recordarse que la repetida sentencia del TCº echaba de menos que el legislador no hubiera arbitrado mecanismos para la solución de este problema dentro de la justicia ordinaria, razón por la que dio el amparo en un supuesto parecido al que aquí se ventila, y recordamos, también, que el legislador se apresuró en la versión de la LPL de 1990 a articular el mecanismo deseado, mediante la introducción en la LPL del artículo 230 -hoy 231-, con una imperfecta redacción, pero con la clara finalidad de evitar aquellas situaciones de injusticia objetiva que se producen cuando dos sentencias contradictorias contienen afirmaciones incompatibles en cuanto a las afirmaciones de hecho, y solución que se ha acordado. Igualmente se acoge esta solución en la LEC actualmente vigente con una redacción más aceptable al permitir en su artículo 271.2, como excepción a la regla de la preclusión de la presentación de nuevos documentos después del juicio de instancia, al aceptar con carácter excepcional que puedan presentarse de forma exclusiva "(...)sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa (...)siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso...", respecto de los cuales "el Tribunal resolverá sobre la admisión y el alcance del documento en la misma sentencia". Este precepto, más que el art. 231 LPL o el art. 270 LEC es el que se acomoda a lo que el Tribunal Constitucional quiso, y la regla que, quizá haya de tenerse en cuenta, de forma exclusiva, cuando se trata de la admisión de documentos, limitando esa posibilidad de aceptación de documentos a resoluciones judiciales y administrativas firmes

(...) 1.- Pero la posibilidad de introducir documentos y, consecuentemente, los hechos que los mismos incorporan y que pueden servir para modificar los hechos de la sentencia recurrida, al efecto de determinar si concurre identidad sustancial en los hechos de la sentencia impugnada y contraria, no resuelve automáticamente si existe o no el presupuesto de contradicción, sino que, conforme al artículo 271.2 in fine LEC habrá de resolverse sobre "el alcance del documento en la misma sentencia" y concretamente, dada la dimensión constitucional del precepto, sobre si el nuevo documento y hecho que incorpora es causante de auténtica indefensión, de forma que, como quiera que el precepto y la doctrina constitucional lo que tratan de proteger es el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente para evitar la indefensión que la existencia de dos sentencias contradictorias producirían a la parte que lo aportó, sólo sería aceptable esa excepcional modificación de los hechos en los casos en los que la indefensión resultante fuera debida a un mal funcionamiento de la administración de justicia o a cualquier razón ajena a la actividad de la parte afectada, pero no sería aceptable en aquellos otros en los que de las actuaciones se deduzca que es la propia parte la que por su desidia, abandono o negligencia ha sido la causante de esa presunta indefensión, pues, ya desde su inicio, el Tribunal Constitucional (STC 156/1985, de 15 de noviembre y 48/1990 de 20 de marzo) al igual que esta Sala Social del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 3 de agosto de 1983 y 9 de marzo de 1984), ha declarado que no debe apreciarse situación de indefensión, cuando la misma trae causa en la negligencia de quien la alega o haya sido provocada directa y voluntariamente por el interesado.

2.- Lo expuesto anteriormente conduce a estimar que, a estos efectos revisorios, únicamente y con carácter excepcional, cabe aceptar las resoluciones judiciales o administrativas firmes que, atendidas las circunstancias del caso, pudieran ser calificadas como causantes de una indefensión real y no meramente formal (aplicando, como antes se ha dicho, la doctrina constitucional sobre la indefensión motivada por el propio que la alega) y por lo tanto no en aquellos casos en los que esa presunta indefensión pueda ser imputada al que la aduce.



En el supuesto de autos, aparece suficientemente claro que la hipotética indefensión, derivada de la contradicción fáctica entre las dos sentencias comparadas, tiene su origen en la falta de diligencia de la actora en el ejercicio de su derecho de defensa, puesto que si las sentencias de instancia y de suplicación dictadas en el presente procedimiento son contradictorias con la que finalmente dictó la propia Sala de lo Social de Granada en el otro procedimiento, ello se debió fundamentalmente al hecho de que en la instancia la actora ni siquiera alegó que hubiera recurrido la decisión del INSS del año 2001, habiéndose limitado en la suplicación a hacer una referencia nada explícita a tal situación, lo que impidió que ninguno de los dos tribunales pudieran tomar en consideración la posibilidad de que el periodo de 2001 a 2002 pudiera ser considerado como una prórroga de la IT, o arbitrar decisiones que pudieran impedir la contradicción producida. Es decir es la propia parte recurrente la que ha impedido, al segundo órgano judicial, tener conocimiento cabal de la situación, omitiendo la referencia al segundo proceso y no combatiendo el hecho probado cuarto; estrategia confusa perseguida por el recurrente que se traduce, incluso, en el propio periodo elegido para el cálculo de la base reguladora en la demanda y en el recurso de suplicación, en el que -lo que constituye una cuestión nueva- cambia el cómputo del periodo realizado en la demanda para determinar la base reguladora de la pensión de invalidez (IPA).

3.- En definitiva, no cabe afirmar que la sentencia firme, contenida en el documento aportado en la fase de decisión del recurso "alcance" a estimar, en el caso concreto que aquí se debate, la existencia de contradicción, en cuanto la posible indefensión -que en otro caso sí se aceptaría- fue debida a la conducta procesal del recurrente de omitir en su actuación procesal de instancia la existencia del otro proceso, y no pedir en el recurso de suplicación la revisión del hecho cuarto, que figura como probado en la sentencia recurrida, expresivo de que "no consta que la actora impugnase jurisdiccionalmente dicha resolución" (se refiere a la resolución del INSS de 3 de octubre de

2001 que denegó a la actora el reconocimiento de una situación de invalidez permanente).

4.- Concretando, en un intento de resumen, la interpretación que esta Sala hace de las previsiones del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, a la luz de la nueva redacción de los artículos 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe exponer lo siguiente:

1) Que en los recursos extraordinarios de suplicación y casación, incluido el de casación para la unificación de doctrina, los únicos documentos que podrán ser admitidos durante su tramitación serán los que tengan la condición formal de "sentencias o resoluciones judiciales o administrativas" firmes y no cualesquiera otros diferentes de aquellos.

La admisión de dichos documentos viene igualmente condicionada a que: a) la sentencias o resoluciones hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia. b) que serán admisibles si, además, por su objeto y contenido aparecieran como condicionantes o decisivas par resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y c) en el caso de que no se trate de documentos de tal naturaleza o calidad, deberán ser rechazados de plano, y serán devueltos a la parte que los aportó, sin que puedan por lo tanto ser tenidos en cuenta para la posterior resolución que haya de dictar la Sala.

2) Los documentos que por reunir aquellos requisitos previos hayan sido admitidos y unidos a los autos producirán el efecto pretendido por la parte sólo en el caso de que la producción, obtención o presentación de los mismos no tenga su origen en una actuación dolosa, fraudulenta o negligente de la propia parte que pretende aportarlos; lo cual será valorado en la resolución (auto o sentencia) que proceda adoptar en definitiva.

3) Cuando el documento o documentos aportados reúna todas las anteriores exigencias la Sala valorará en cada caso "el alcance del documento"- arto 271 LEC- en la propia sentencia o auto que haya de dictar, como se ha hecho en el presente caso".

143/06

003

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Casación): Sentencia de 14/01/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

### Síntesis

Doble escala salarial. Mantenimiento "ad personam" de un complemento personal compensatorio. Alcance de la pretensión ejercitada en proceso de impugnación de convenio colectivo, cuando no se pide la anulación del eventual privilegio sino su generalización. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la ley. La diferencia se justifica por tratarse de una garantía de los derechos adquiridos.

### Doctrina:

"(...) La sentencia recurrida ha rechazado la pretensión de la parte, razonando que el convenio se limita a garantizar el abono de un complemento que ya se percibía con anterioridad como compensación a la supresión de otras retribuciones y que queda congelado hasta que se produzca la igualación o equiparación con el nuevo concepto retributivo general. La parte recurrente objeta esta conclusión, señalando que, por una parte, el complemento personal compensatorio arrastra un trato discriminatorio inicial en la medida que, según el convenio anterior, sólo se abonaba a los trabajadores fijos, añadiendo

que el complemento de producción no es complemento de cantidad o calidad de trabajo, sino que se trata del mismo concepto retributivo pero aplicado a los nuevos trabajadores, como se evidencia del dato de que si no fuera así no cabría la absorción o compensación que se ordena. Por otra parte, se pone de relieve que no se trata de una mera garantía de un derecho adquirido, porque en el convenio vigente se ha revisado la cuantía aumentándola con respecto a la establecida en el convenio anterior y tampoco hay constancia de que se trate de ninguna congelación, pues el complemento podría ser revisado por convenios posteriores. También se indica que durante la vigencia del presente convenio no se producirá equiparación ninguna a la vista de las cuantías aprobadas.

La doctrina de la Sala ha precisado que el problema de las dobles escalas salariales ha de abordarse no en el marco de la tutela antidiscriminatoria, sino dentro del principio de igualdad ante la ley. Así la sentencia de 20 de junio de 2.005, reiterando los criterios de las sentencias que cita, señala que las diferencias que se establecen normalmente en las mencionadas escalas, ponderando la fecha de ingreso en la empresa, la de adquisición de la fijeza o el carácter temporal o indefinido del vínculo contractual, no afectan propiamente a la cláusula de prohibición de la discriminación en la medida en que la utilización de esos factores de diferenciación no queda comprendida entre los que enumera el inciso segundo del artículo 14 de la Constitución. En efecto, la cláusula antidiscriminatoria se caracteriza por establecer una reacción más enérgica que la que deriva del principio de igualdad, pues se impone a las relaciones privadas y no admite justificaciones, cuando «para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista» (sentencia de 26 de abril de 2004 y las que en ellas se citan). Como dice la STC 27/2004, «la prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española, mientras que «en contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato».

(...) En el supuesto que se examina no estamos ante ningún móvil discriminatorio, pues la fecha de ingreso en la empresa o de adquisición de la condición de fijo no es un factor de diferenciación que pueda tener implicaciones en orden a apreciar un móvil discriminatorio en los términos a que se ha hecho referencia. Pero subiste la necesidad de justificar la diferencia de trato, porque esa diferencia no ha sido establecida en el marco de la autonomía privada en sentido estricto ("la actuación negocial del empresario, el contrato de trabajo o un convenio colectivo extraestaturario"), sino mediante un convenio colectivo que, «aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación» (sentencias de 3 de octubre de 2000 y 20 de junio de 2005). Por ello, si un convenio colectivo estableciera una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación se vulneraría el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que justifique esa desigualdad (sentencia de 3 de octubre de 2000).

Esta justificación es la que niega el recurso en contra de lo apreciado por la resolución recurrida y apoyándose en la doctrina de nuestra

sentencia de 20 de abril de 2005, que se dictó en un conflicto planteado en relación con la misma empresa. Pero el supuesto decidido en esa sentencia es distinto del que aquí se examina, pues en ella se contemplaba la existencia de dos regímenes de regulación de la retribución de antigüedad distintos –el premio de vinculación para los trabajadores de nuevo ingreso y el premio de antigüedad para los que ya prestaban servicios como fijos– y la sentencia estimó que la fecha de ingreso en el trabajo no podía constituir una justificación válida de esta diferencia, pero advirtiendo que si la norma convencional "hubiera suprimido de futuro el complemento de antigüedad para todos los trabajadores, reconociendo, únicamente, como derecho adquirido, el consolidado por los trabajadores hasta el 31 de mayo de 1995, nada habría que objetar".

Con ello, la sentencia citada sigue la línea doctrinal de la Sala que ha venido admitiendo determinadas justificaciones para el establecimiento de este tipo de diferencias, pudiendo citarse entre ellas la atención a exigencias de entrenamiento derivadas de la complejidad del proceso productivo (sentencia de 20 de febrero de 2007), los compromisos de empleo o de estabilidad en el mismo (sentencia de 3 de octubre de 2000), la compensación de sacrificios realizados por los trabajadores de mayor antigüedad (sentencias de 12 de noviembre de 2002, 14 de marzo de 2006) y la garantía de los derechos adquiridos (sentencias de 7 de julio de 2005, 10 de octubre de 2006)".



## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 22/01/2008  
Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

626/08

004

## Síntesis

Realización de servicios (Vaciado, cambios y reposición de contenedores higiénicos sanitarios) con vehículo propio. Relación laboral: existencia. Competencia de la Jurisdicción Social.

**Doctrina:**

"(...) De la comparación de la sentencia recurrida y la de contraste, se evidencian las múltiples identidades entre las mismas, pues partiendo de hechos similares llegan a soluciones divergentes en lo que atañe a la determinación de la naturaleza de la relación habida entre las partes contendientes en cada caso; todo lo cual determina que haya de afirmarse la concurrencia de las exigencias del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral antes referido; sin que sea obstáculo para ello, el hecho de que en la sentencia recurrida el salario se pactara por unidad de obra, y en la sentencia de contraste lo fuera por unidad de tiempo, pues este dato no impide la existencia de la divergencia apuntada, toda vez que no es óbice para que exista relación laboral la existencia de un salario pactado por unidad de obra, aún cuando ello implique que el actor no tiene garantizado el salario del art. 30 ET; por lo demás, la exclusividad en el trabajo tampoco es nota determinante del contrato de trabajo.

En consecuencia, la contradicción ha de aceptarse, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

(...) Salvado el requisito de la contradicción, y declarado por la sentencia recurrida que la relación que une a las partes es laboral, al darse los presupuestos que determinan esta calificación conforme al art. 1.1 ET, que como refiere el Ministerio Fiscal, con cita de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 2006 (rec. 3939/2005), que recuerda que " Este precepto califica como laborales

las relaciones en que se aprecien las notas de ajenidad, dependencia, el carácter retribuido de los servicios prestados y la naturaleza personal de éstos. En este sentido ha de estarse a los criterios generales de calificación que han sido establecidos sobre el trabajo de los denominados transportistas con vehículo propio por una reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1986, 4 de diciembre de 1987, 2 de febrero y 12 de septiembre de 1988, 20 de octubre, 14 de noviembre y 22 de diciembre de 1989, 8 de marzo, 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990, 29 de enero de 1991 y las más recientes de 15 de junio de 1998, 23 de diciembre de 1998 y 19 de diciembre de 2005".

A partir de estos criterios ha de examinarse la situación del actor: la ajenidad se manifiesta, porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos como servicio a sus clientes. El actor no es titular de una organización empresarial propia, sino que presta de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio y, el vehículo de que se sirve no tiene relevancia suficiente para concretar su explotación como elemento definidor del contrato, y a la vez la prestación de su actividad es bajo la dirección y organización de la empresa que le indica el trabajo a realizar, con materiales que ésta le proporciona y percibiendo una remuneración por unidad de obra. El alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el pago de la Licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter".

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social –S. General– (U. de Doctrina): Sentencia de 30/01/2008  
 Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Gil Suárez

2543/06

005

**Síntesis**

Acoso moral en el trabajo. Proceso de tutela de derechos fundamentales, iniciado a virtud de demanda en la que la trabajadora demandante alega haber sufrido acoso moral por parte del Encargado que dirige su trabajo. Litisconsorcio pasivo necesario.- La demanda se ha de dirigir, no sólo contra la empresa sino también contra el acosador.

**Doctrina:**

"(...) 1.- Para llevar a cabo el examen de este primer motivo, hemos de tener presente que, como hemos indicado repetidamente, en la demanda origen de este proceso se ejercita una acción de tutela de derechos fundamentales, conforme a lo que previenen los arts. 181 y 175 y siguientes de la LPL, la cual acción se basa en el acoso moral en el trabajo que sufrió la demandante, según los hechos que denuncia en dicha demanda; la cual, como también se ha repetido, se dirige tan sólo contra la empresa Cespa S.A., y no contra el Encargado que, conforme a esa denuncia de la demanda, sería el autor directo de la conducta acosadora.

El art. 181 de la LPL ordena que "las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso que se suscitan en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo". Y el art. 180-1 del mismo texto procesal dispone: "La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Admi-

nistración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera(...)". Más adelante (exactamente en el número 4 de este razonamiento jurídico) examinaremos los mandatos de estos dos preceptos, pues de los mismos parece deducirse que en casos como el presente, no basta con demandar a la empresa para la que preste servicios la víctima del acoso, sino que es necesario demandar también al acosador, aunque sea persona distinta del empresario.

Conviene dejar claro, desde este momento, que la decisión que se adopta en la presente sentencia se refiere, como no podía ser de otro modo, al caso específico que aquí se enjuicia, lo que implica que para aplicar en otros casos los argumentos y soluciones que en esta sentencia se recogen y adoptan, será necesario examinar con detalle las particulares circunstancias que en tales casos concurren, para determinar si es o no posible mantener en ellos esos argumentos y soluciones.

2).- En los supuestos en que el acoso laboral ha sido llevado a cabo, no por el empresario, sino por un trabajador de la empresa, si se deja

fuera del proceso a este trabajador que es, precisamente, el principal responsable del "mobbing", el infractor más directo y propio de los derechos fundamentales, ello no concuerda muy bien con la naturaleza y finalidad esencial de esta modalidad procesal, que no es otra que la tutela de esos derechos fundamentales y la interdicción de toda conducta lesiva de los mismos.

En el caso de autos, como suele acontecer en la mayoría de casos análogos, a los efectos de la persecución e imposición de las sanciones correspondientes al acoso moral, todas las conductas y actuaciones relativas al mismo, sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada. Y este carácter unitario exige también un tratamiento procesal unificado; la unidad y conexión de las situaciones y conductas acontecidas obliga a que su enjuiciamiento se lleve a cabo en un mismo proceso. Parece contrario a razón y carente de sentido dar un tratamiento procesal separado y distinto a las responsabilidades y consecuencias derivadas de una misma actividad acosadora.

Es más, ese todo unitario, esa realidad única tiene un núcleo esencial y básico que está formado por los actos del acosador constitutivos del "mobbing". Las actuaciones o modos de proceder de otras personas o entidades diferentes que están comprendidas también en el ámbito de ese acoso laboral, tienen en cambio, en relación con la vulneración de los derechos fundamentales, una importancia menor, un carácter más secundario y circunstancial. Por eso no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios, cuya implicación en el acoso es mucho menos relevante y trascendente, y que, en cambio, no se dirija contra el verdadero acosador, contra el causante real, propio y directo del "mobbing".

3).- El art. 12-1 de la LEC establece que "podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir". Este precepto se conecta con lo que prescriben los arts. 27 y siguientes de la LPL y los arts. 71 y siguientes de la LEC.

Además el art. 12-2 de la LEC dispone: "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa".

Con respecto al litisconsorcio, esta Sala en dos sentencias de fecha 19 de junio del 2007 (recursos nº 4562/2005 y 543/2006) ha especificado que "se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso judicial seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de la excepción procesal de referencia se halla en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión que proclama el artículo 24 de la Constitución Española y, precisamente por ello, se halla establecida la posibilidad de apreciación de oficio de tal defecto procesal."

Y la sentencia de este Tribunal de 16 de julio del 2004 (rec. nº 4165/2003) declaró: a).- "El litisconsorcio pasivo necesario, figura que tiene ya hoy configuración legal (art. 12.2 y 116.1.3º LEC) de creación jurisprudencial (sentencias, entre otras muchas, de 26-9-84, 3-6-86, 1-12-86, 15-12-87, 17-2-00, 31-1-01 y 29-7-01 de esta Sala IV y de 3-7-01 y 1-12-01 de la Sala I) obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio"; b).- "La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de

quienes deben ser llamados al proceso como parte"; c).- "El Tribunal Constitucional recuerda en sus sentencias 335/94 y 22/4/97 que "la jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto (SSTS de 15 de diciembre de 1987; 14 de marzo, 19 de septiembre y 22 de diciembre de 1988; 24 de febrero, 17 de julio y 1 y 11 de diciembre de 1989 y 19 de mayo de 1992)". Y también que "no se trata de una mera facultad, sino de una autentica obligación legal del órgano judicial" (SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 y 87/2003)."

Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes ponen en evidencia que en el caso de autos, el litisconsorcio alcanza necesariamente al Encargado de C. a quien la actora imputa la realización de la conducta constitutiva del acoso, pues según tal imputación es el autor real y directo de esa conducta, y por tanto, si los hechos denunciados son ciertos, será el verdadero acosador, el principal vulnerador de los derechos fundamentales de dicha trabajadora. Por ello, es obvio que la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en esta litis, afectan de lleno a los derechos e intereses de ese Encargado, de ahí que tales pretensiones para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra la empresa, sino también frente a él; pues si así no se hace se infringen los arts. 24-1 y 18-1 de la Constitución. Era necesario, por consiguiente, haber demandado también al citado Encargado protagonista principal de los actos constitutivos del mobbing, según los hechos de la demanda.

Insistiendo en la conclusión que acabamos de expresar, se destaca que en el suplico de la demanda se pide que se dicte sentencia en la que se declare que "la actora ha visto perturbados sus derechos fundamentales y en concreto el derecho a la dignidad, a la integridad física y moral, al honor, a la integridad personal y a la propia imagen, por causa del acoso a que se ha visto sometida en su trabajo", la cual declaración, si se estima tal pretensión y la sentencia la recoge en su fallo, afecta por completo al referido Encargado, pues se trataría del verdadero autor de esa conducta acosadora.

4).- Conviene destacar que del contenido de los arts. 180 y 181 de la LPL, se desprende que, en los casos similares al que se trata en el presente proceso, en los que el acoso moral ha sido realizado, no por el empresario, sino por un trabajador de la empresa, es preciso demandar también a ese trabajador, habida cuenta que:

4.1.- Debe tenerse en cuenta, como punto de partida esencial, que el art. 181 incluye expresamente entre las demandas de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, a aquéllas que pretenden ejercer esta tutela frente al "acoso" que sufran los trabajadores; y que tal acoso ha de ser el que se produzca "en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social". Por tanto el acoso a que esta norma se refiere es todo aquél que exista "en el ámbito de las relaciones jurídicas" de trabajo, no haciendo la misma a tal respecto distinguo ni exclusión alguna, de modo que este precepto no sólo comprende el acoso (sea moral sea sexual) que lleve a cabo el empresario frente al trabajador, sino también el efectuado contra éste por cualquier otro empleado de la empresa, cualquiera que sea su rango o condición; ésto es claro, pues todas estas diferentes clases de acoso se suscitan y presentan "en el ámbito" propio de las relaciones de trabajo.

4.2.- El art. 180-1 de la LPL establece que la sentencia que recaiga en esta clase de juicios, si considera existente la vulneración denunciada, declarará "la nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, Entidad o corporación pública o privada", así como también "ordenará el cese inmediato del comportamiento" vulnerador de los derechos fundamentales "y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo" y también "la reparación de las consecuencias

derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". A la vista de la dicción literal de este artículo, parece claro que en los procesos a que nos venimos refiriendo, se tiene que demandar no sólo a la empresa de que se trate, sino también a todas las personas o entidades, de cualquier clase que sean, que hayan intervenido de una forma u otra en la vulneración del derecho fundamental; así se deduce del mandato de esta norma que dispone se declare la nulidad de la conducta de todas esas personas y entidades, el cese de tal comportamiento y la reparación de las consecuencias derivadas del mismo. Esto es claro, habida cuenta que si, según este precepto, la sentencia que ponga fin a ese juicio tiene que contener esas declaraciones y condenas que alcanzan a todas esas personas u organismos, no cabe duda que respecto a todas ellas existe litisconsorcio pasivo necesario.

(...) El art. 73-1-1º de la LEC exige "para que sea admisible la acumulación de acciones" que "el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas". Pero esta exigencia no desvirtúa ni echa por tierra las conclusiones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, como ponen en evidencia las siguientes reflexiones.

1).- El acoso moral que la actora denuncia en la demanda origen de este proceso, tiene una naturaleza indiscutiblemente laboral, toda vez que el mismo se produjo en la realización del propio trabajo de la actora; y no como algo tangencial o accesorio, sino constituyendo parte de la estructura esencial y básica de las actividades laborales que tenía que desarrollar la demandante. Téngase en cuenta que el comportamiento acosador se imputa al Encargado que dirigía la cuadrilla en que estaba integrada la actora, es decir a la persona que ejercía funciones de mando y control directo sobre ésta, por lo que dicho acoso tenía lugar precisamente en el ejercicio de esas funciones de mando y control; de ahí que, no pocos de los hechos que en la demanda se denuncian se produjeron en las órdenes, instrucciones, advertencias y controles que el Encargado daba a la demandante por razón del trabajo que ésta tenía que llevar a cabo. Por tanto el acoso moral examinado en este proceso se encuentra claramente dentro del ámbito y contenido esenciales y propios de las relaciones de trabajo tanto de la actora como del citado Encargado.

Es más, el art. 4-2, apartados d), y e), el art. 5, apartados a) y c), y el art. 20, números 1, 2 y 3 del ET, aunque imponen al trabajador la obligación de "realizar el trabajo convenido", otorgan a éste el pleno derecho a la integridad física y al "respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso", y a un trato que sea conforme "a las exigencias de la buena fe"; deduciéndose de los mismos que la facultad del empresario de dirigir, controlar y vigilar el trabajo de sus empleados, de un lado, la puede ejercer directamente el propio empresario o la "persona en quien éste delegue"; y, por otro lado, que el ejercicio de esa facultad se tiene que efectuar con pleno respeto de los derechos indicados. Además, de lo que estas normas disponen, se deduce la obligación que pesa sobre todos los trabajadores de tratar de forma considerada y correcta a sus compañeros de trabajo, y con mayor razón cuando el empleado ejerza funciones de mando, vigilancia y control sobre otros trabajadores.

Todo esto significa que, en el supuesto de autos, los derechos que han podido ser conculcados y las obligaciones que se hayan podido incumplir, con independencia de la dimensión constitucional de los mismos, son de clara naturaleza laboral, estando comprendidos en el ámbito propio del Derecho del Trabajo. Estos derechos y obligaciones tienen encaje "dentro de la rama social del Derecho" y, en consecuencia, dado lo que establecen el art. 9-5 de la LOPJ y el art. 1 de la LPL, "los órganos jurisdiccionales del orden social" son competentes para conocer no sólo de las acciones de tutela de derechos fundamentales dirigidas contra la empresa, sino también de las acciones de tal clase dirigidas contra el acosador.

No desvirtúa esta conclusión el tenor literal del art. 2-a) de la LPL, cuando declara que "los órganos jurisdiccionales del orden social

conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a).- Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo..."; toda vez que esta disposición utiliza estos términos para referirse a los supuestos que se producen en la inmensa mayoría de supuestos de las controversias y conflictos que son "consecuencia del contrato de trabajo", pero es evidente que no excluye en absoluto del campo de acción del orden jurisdiccional social a las acciones que unos trabajadores puedan dirigir contra otros con base y a causa de sus respectivos contratos de trabajo. Prueba palpable de la certeza de esta aseveración la encontramos en la realidad de la práctica procesal forense que a diario se produce ante los Juzgados y Tribunales laborales españoles, en la que de cuando en cuando se presentan demandas formuladas por trabajadores que no sólo se dirigen contra la empresa o empresas correspondientes, sino también contra otros trabajadores distintos; y tales demandas son admitidas, tramitadas y resueltas por dichos Tribunales, sin que normalmente nadie ponga traba ni obstáculo alguno a su admisión y trámite. Sin duda, las materias que dan lugar a un número más elevado de esta clase de demandas, son los ascensos, la promoción profesional de los trabajadores, la clasificación profesional, la impugnación de pruebas selectivas y concursos de acceso a la empresa, y la impugnación de las convocatorias correspondientes; pero también pueden aparecer en relación con otros temas distintos, aunque esto sea más infrecuente. Es más, para eliminar todo tipo de dudas a este respecto, se recuerda que el propio legislador previene y admite la posibilidad de que la demanda formulada por un trabajador se dirija también contra otros trabajadores, pues el art. 138-2 de la LPL dispone que "cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados", y además prescribe que "igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados o modificaciones de carácter colectivo, la medida cuente con la conformidad de aquellos.

2).- Por otro lado, el contenido de los arts. 180-1 y 181 de la LPL admite la posibilidad de que la demanda del proceso de tutela de los derechos fundamentales se dirija contra personas o entidades distintas del empresario, como se explica en el número 4 del fundamento de derecho cuarto de la presente sentencia, y es indiscutible que la modalidad procesal que estos preceptos regulan se ha de seguir necesariamente ante el orden social de la jurisdicción. No debe olvidarse que el debate que se suscita en esta clase de procesos incide totalmente en el plano constitucional de los derechos fundamentales de todo ciudadano, de ahí que, en ocasiones, pueda exceder del estricto ámbito laboral; y así la sentencia de contraste alegada en este recurso, advierte que las consecuencias de estos litigios "no se agotan en el campo laboral, pudiendo derivarse responsabilidades de índole diversa".

(...) De todo cuanto se deja expuesto se desprende que la sentencia recurrida ha vulnerado los preceptos legales mencionados, y por ello el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por C. SA debe ser estimado; con lo cual y dadas las consecuencias que se derivan de la estimación de este primer motivo, las cuales se consignan poco más adelante, es claro que ya no procede llevar a cabo el examen de los motivos segundo y tercero. El acogimiento del primer motivo, obliga a casar y anular la sentencia recurrida; y resolviendo el debate planteado en suplicación, se ha de acoger favorablemente la excepción de defectuosa constitución de la relación jurídico procesal por existencia de litisconsorcio pasivo necesario, y en consecuencia debe declararse la nulidad de las actuaciones de este proceso, a partir del momento inmediatamente posterior a la presentación de la demanda, a fin de que, en base a lo que establece el art. 81 de la LPL, se conceda a la demandante el plazo improrrogable de cuatro días, para que amplíe la demanda origen de este proceso, y la dirija también, como codemandado en ella, contra Miguel Ángel (...).

Se formula voto particular por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Milagros Calvo Ibarlucea.

868/07

006

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 11/02/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

**Síntesis**

ART. 56.2 ET. EXTENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ABONAR SALARIOS DE TRAMITACIÓN, CUANDO EL DEPÓSITO DE LA CANTIDAD QUE SE CONSIGNA SE VERIFIQUE DESPUÉS DE LAS 48 HORAS SIGUIENTES AL DESPIDO, PERO ANTES DE LA CONCILIACIÓN. EL PAGO SE EXTIENDE SÓLO HASTA LA FECHA DEL DEPÓSITO Y NO HASTA LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA. DOCTRINA GENERAL CONTENIDA EN LA SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2007 (REC. 5147/2005).

**Doctrina:**

"(...) La única cuestión debatida en este recurso consiste en determinar si el devengo de los salarios de tramitación se extiende sólo hasta la fecha del depósito de la indemnización o bien hasta la fecha de notificación de la sentencia, en aquellos supuestos en que dicho depósito se realice después de las 48 horas siguientes al despido, pero antes de la celebración del acto de conciliación.

"(...) Superado el juicio de contradicción, debemos entrar en el debate de fondo sobre la infracción denunciada.

Nuestra sentencia de 19 de junio de 2007 (Rec. 5147/05) recuerda la reiterada jurisprudencia al respecto: "La cuestión de fondo que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la aplicación o no del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en lo concerniente a la interrupción del devengo de la indemnización complementaria del despido conocida con el nombre de "salarios de tramitación". De acuerdo con lo dispuesto con carácter general en tal precepto, la referida indemnización por los "salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declárese la improcedencia (del despido) o hasta que hubiera encontrado otro empleo" puede excluirse o limitarse si el empresario facultado para optar entre indemnización o readmisión en el despido improcedente reconoce de antemano la improcedencia del despido acordado, consignando en el Juzgado de lo Social correspondiente el importe de la indemnización básica establecida en el art. 56.1.a) ET para tal supuesto de despido improcedente ("cuarenta y cinco días de salario por año de servicio"). Según el propio art. 56.2 ET (redacción Ley 45/2002), los salarios de tramitación no han de ser abonados, si el empresario consigna inmediatamente la referida indemnización básica ("en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido"), mientras que quedan limitados a los "dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del depósito" cuando el reconocimiento de improcedencia y la consignación en la sede judicial de la indemnización básica se han producido pero no en tan breve plazo".

Esta doctrina se sigue en la sentencia de contraste cuando razona: "a) el precepto, con el intervalo del RD Ley 5/2002 de 24 de mayo, viene a ser una modificación del antiguo art. 56.2 en redacción dada en 1994 según el cual el reconocimiento solo podía hacerse en el acto de conciliación previa y el depósito dentro de las 48 horas siguientes al mismo, introduciendo un mecanismo de flexibilización que permite a la empresa reconocer la improcedencia del despido desde el momento mismo del acto extintivo, al considerarse que tal anticipación beneficia al empresario, que no está encorsetado por los límites de un acto concreto, y no perjudica al trabajador, al que se reconoce en situación de desempleo desde el momento del cese; b) para que el efecto de tal acto se limite al abono de la indemnización correspondiente al tiempo de prestación de servicios hasta la fecha del despido es necesario que el reconocimiento de su improcedencia se efectúe dentro de las 48 horas siguientes al día en que el mismo tuvo lugar, acompañándolo del depósito judicial de la

cantidad correspondiente a disposición del trabajador, c) si éste acepta la suma no se plantea controversia, pero si no la acepta y el despido es declarado improcedente los salarios de tramitación pueden correr una doble suerte: si el depósito se ha realizado dentro de las 48 horas siguientes al despido no se devenga cantidad alguna, si se ha realizado después de dicho plazo se devengan hasta la fecha del depósito; d) en todo caso, el límite máximo para aplicar la anterior regla, es decir, el momento preclusivo para que la empresa reconozca la improcedencia del despido y efectúe el depósito, limitando hasta que éste tiene lugar el cómputo de los salarios de tramitación, es el acto de conciliación, a partir del cual cualquier reconocimiento de improcedencia o depósito no impide que los salarios de trámite se devenguen de forma ordinaria, hasta la notificación de la sentencia".

Y es que como dice la recurrente, es completamente irrelevante el motivo por el cual se realice dicho depósito fuera de las 48 horas, lo importante es que se realice para paralizar los salarios hasta el depósito, no siendo obstáculo para ello que se deba a un error de fondo o a un mero error de cálculo si se realizó antes o después. De hecho en la sentencia de contraste invocada no se consignó cantidad alguna dentro del plazo de las 48 horas siguientes, no entrando la sala a valorar el motivo por el cual se efectuó ese depósito con posterioridad, lo verdaderamente importante es que se reconozca la improcedencia del despido y se consigne la indemnización debida antes del acto de conciliación para excluirlo del cómputo de salarios hasta la fecha de notificación de la sentencia y limitar los mismos a la fecha del depósito".



127/06

007

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Casación): Sentencia de 11/02/2008

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

**Síntesis**

Casación común. Proceso de tutela de libertad sindical. "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona". La Sala ya dijo, en un proceso de conflicto colectivo (TS 27/9/07, r. 78/06), que la obligación colectivamente pactada de entregar el censo laboral a los sindicatos con presencia en la empresa, con ocasión de las elecciones a representantes unitarios, no vulnera el art. 74.3 del E.T., no atenta a la intimidad de los trabajadores y no tiene porqué infringir la ley de protección de datos. Ahora, en proceso de tutela, se estima el recurso de la empresa, se revoca la sentencia del TSJ y se desestima la demanda de CCOO porque la actitud de la empresa en relación con las elecciones sindicales en su ámbito, limitándose esencialmente a participar en impugnaciones propiciadas por terceros, ejerciendo así su derecho a la tutela judicial, no entraña vulneración de la libertad sindical.

**Doctrina:**

"(...) 1. El segundo motivo del recurso empresarial, amparado ahora en el art. 205.e) de la LPL, denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art.74.3 del ET, en relación con los arts. 28 de la Constitución, 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y 180.1 de la LPL, todo ello en relación con los Acuerdos de 21 de enero de 2005 suscritos por La Caixa y los sindicatos CCOO, SECPB y UGT. En sustancia, la empresa aduce que no existe elemento alguno que permita entender que su actitud haya podido vulnerar la libertad sindical de CCOO en lo relativo a su propia actividad sindical y que, además, y por el contrario, ha cumplido estrictamente el Acuerdo de 2005 al que llegó, entre otros, con dicho sindicato y referido a la entrega del "censo laboral provisional y definitivo a cada [una] de las Mesas Centrales de la provincia, al Comité, a los promotores y a los sindicatos presentes en la entidad y de acuerdo con la legalidad vigente" (hecho probado vigésimo). Argumenta la empresa recurrente que la obligación establecida en el referido Acuerdo sólo se refiere a los sindicatos con presencia en la propia empresa y que, aunque ésta no pueda ser identificada únicamente con su inclusión en los órganos de representación unitaria, la obligación no se extiende a cualquier entidad sindical, según dice, "que pase por ahí, por mucho que concurren las elecciones". Seguidamente alude a otro sindicato demandado (LAB) que, pese a haberse personado ante esta Sala, no ha impugnado ninguno de los recursos entablados, para decir de él que "no cuenta con ninguna presencia ni sindical ni en los órganos de representación unitaria de la empresa, [por lo que] ninguna obligación de entrega del censo laboral se establece para mi representada". Concluye afirmando, en fin, que el hecho de que no se hayan podido inscribir en el pertinente registro público los resultados electorales correspondientes a un determinado proceso, no constituye un impedimento al ejercicio de la libertad sindical cuando ello sea la consecuencia, como es el caso, de diversos laudos y procedimientos arbitrales, máxime cuando también es un hecho indiscutido que el sindicato demandante sigue ostentando la condición de más representativo, tanto a nivel estatal como de comunidad autónoma, por lo que difícilmente puede decirse que su representatividad se haya visto afectada.

2. El recurso merece favorable acogida porque, en efecto, según se desprende de la extensa y compleja declaración de hechos probados, la actitud de la empresa no vulneró el derecho fundamental a la libertad sindical del sindicato actor en los términos previstos en el art. 28.1 de la Constitución ni en ninguna de las facetas a las que alude el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en particular aquella que se refiere al derecho a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal que, según parece deducirse del contenido de la demanda, podría ser el principal derecho aquí afectado.

3. La conducta empresarial se limitó casi en exclusiva a personarse y defender su posición en contenciosos electorales iniciados por terceros. Sólo en una ocasión tomó alguna precaución razonable a instancias de otro sujeto sindical que, de manera prácticamente inmediata, impugnó iniciativas del sindicato ahora demandante. De ninguna forma puede entenderse que cualquiera de dichas actitudes, que, en definitiva, solo participaban en la obtención de tutela judicial, fundamentalmente por parte de terceros, pueda entrañar la vulneración del derecho de libertad sindical de CCOO.

Así, el proceso electoral del que da cuenta el ordinal primero del relato fáctico (el preaviso de estas elecciones se formuló por CCOO el 19 de agosto de 2002) se inició como consecuencia de sendas resoluciones de las Mesa Electorales de San Sebastián y Guipúzcoa de 17 de octubre de 2002, que se negaron a facilitar el censo al sindicato LAB; este sindicato instó procedimiento arbitral y obtuvo un Laudo el 26 de octubre de 2002 que anuló el proceso y lo retrotrajo hasta el momento anterior a la decisión de la Mesa Electoral. El Laudo fue impugnado judicialmente por la empresa, dictándose sentencia desestimatoria en instancia por el Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián (autos 835/02) el 7 de marzo de 2003, que devino firme, aunque no consta la fecha de tal firmeza, al rechazarse por la Sala del TSJ los recursos de queja interpuestos contra la inadmisión del recurso de duplicación. Pese a todo ello, el procedimiento electoral no se paralizó y se celebraron las elecciones en los centros de Guipúzcoa el 20 de noviembre de 2002, obteniendo el sindicato actor el doble de representantes (4) que los alcanzados en el año 1998 (2), pero la Oficina Pública acordó no proceder al registro de tales datos hasta que finalizara el proceso anterior, quedando igualmente paralizado, y por la misma causa, otro proceso de impugnación, que al parecer pretendía la continuación de las elecciones, entablado por dos distintas entidades sindicales (ELA y LAB). Dictada la precitada sentencia firme en el proceso 835/02, se dictó un nuevo Laudo arbitral el 29 de marzo de 2004, que también fue judicialmente impugnado, esta vez por el sindicato SECPB, en demanda desestimada el 11 de junio de 2004 por el Juzgado nº 4 de San Sebastián(...).

5. La Sala es consciente, porque así lo pone de relieve el propio sindicato actor en el escrito rector del proceso y así lo manifiesta igualmente la sentencia impugnada, de que el verdadero problema que late en el fondo de los complejos procedimientos electorales descritos en el relato fáctico de la sentencia de instancia no es otro que la negativa empresarial a facilitar los censos laborales a un determinado sindicato que carece de presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores, estando dicho dato fuera de discusión, y que tampoco parece tener cualquier tipo de representación sindical en el ámbito empresarial, no constando siquiera que cuente con afiliados en la empresa.

Es más, no sólo porque a ello aludan los hechos probados de la sentencia recurrida sino por ciencia propia (STS 27-9-2007, R. 78/06),

sabemos que, tanto la empleadora como uno de los sindicatos presentes en la entidad, precisamente uno de los que parece haber intervenido más activamente en las impugnaciones electorales (SECPB), interpusieron sendas demandas de conflicto colectivo con la pretensión fundamental de que se declarara judicialmente que el único sistema de publicidad del censo era el establecido en el art. 74.3 del Estatuto de los Trabajadores y que la empresa sólo estaba obligada a entregarlo a los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria. El hecho de que tal pretensión haya sido definitivamente desestimada mediante nuestra precitada y reciente sentencia del 27-9-2007 es un elemento más para descartar la vulneración del derecho a la libertad sindical que ahora se reivindica porque, al menos hasta entonces, estaba *sub judice* incluso la negativa empresarial a extender la publicidad del censo más allá de lo previsto en la disposición

estatutaria y en los términos del Acuerdo del 21 de enero de 2005, someramente descrito en el ordinal vigésimo de la declaración fáctica de la sentencia aquí recurrida y reflejado con mucha más precisión en el hecho probado quinto de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que dio lugar a nuestra referida resolución.

Por tanto, aunque debamos partir de que el sustrato real de todas las complejas incidencias sufridas por los distintos procesos electorales de la empresa en las tres provincias vascas ha sido la negativa empresarial a facilitar el censo laboral a otro sindicato distinto al que aquí demanda, ello no supone la vulneración del derecho a la libertad sindical de la organización actora porque a ésta siempre se le han facilitado los censos en la forma prevista en el pertinente Acuerdo de empresa, y tal cuestión ni siquiera ha sido objeto de discusión(...)."

1328/07

008

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 26/02/2008

Ponente: Excmo. Sr. D.Jesús Souto Prieto

### Síntesis

ACCIDENTE DE TRABAJO "IN ITINERE". SE APRECIA SI LA TRABAJADORA, CUANDO SE DISPONÍA A IR AL LUGAR DE TRABAJO, SE CAE Y CAUSA BAJA LABORAL DESPUÉS DE SALIR DE SU VIVIENDA, AL BAJAR LAS ESCALERAS DEL PORTAL DE SU INMUEBLE EN QUE ESTÁ SITUADA LA VIVIENDA. CONCEPTO DE "DOMICILIO".

### Doctrina:

"(...) La cuestión planteada consiste en determinar si las escaleras del portal del inmueble en el que radica el domicilio del trabajador constituyen parte del trayecto que recorre éste hasta el lugar de trabajo, a los efectos del denominado "accidente in itinere" o si por el contrario, dicho trayecto solo se inicia una vez que se accede a la vía pública.

La sentencia recurrida afirma que las escaleras del portal forman parte de este trayecto y la Mutua afectada, denunciando la infracción del art. 115.2 LGSS, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina en el que aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de septiembre de 2006, que en un supuesto similar llega a la solución contraria (...).

La sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1997 (Rec. 2685/96) reiterada por la de 28 de febrero de 2001 (Rec. 3493/99) establece que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo(...)".

El término lugar de trabajo no suele presentar problemas de determinación, pero si los presenta el de domicilio. Es claro que el que está todavía en el domicilio, antes de salir o después de entrar en él, no está en el trayecto protegido y, por tanto lo que en él acaezca no es accidente "in itinere"; pero el problema en este caso estriba, como hemos dicho en la extensión que se da al concepto domicilio, teniendo en cuenta que puede estar constituido por una vivienda unifamiliar o bien por un apartamento en un bloque de pisos, existiendo entonces unas zonas comunes utilizables por todos los propietarios para entrar al piso propio desde la calle o bien para salir a ella desde el mismo.

La Sala estima que la doctrina acertada es la de la sentencia recurrida, al señalar que cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia".

3094/06

009

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 26/02/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

### Síntesis

REQUISITO EN PENSIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS, DEL INGRESO DE CUOTAS EN DESCUBIERTO PENDIENTES DE ABONO AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.



**Doctrina:**

"La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre el cumplimiento de uno de los requisitos de las pensiones de muerte y supervivencia en el Régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (RETA), que es el de ingreso de las cuotas en descubierto pendientes de abono en el momento del fallecimiento del causante. No se discute ningún otro de los elementos de la prestación cuestionada; ni la base reguladora, ni el período de carencia, ni la eventual fecha de efectos de la pensión (...). La doctrina correcta sobre la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia de unificación de doctrina aportada para comparación con la recurrida, que cita otras anteriores en el mismo sentido (STS 18-1-1998 y STS 16-1-2001).

El requisito de ingreso de cuotas pendientes para las pensiones a sobrevivientes en el RETA está previsto, como dice la sentencia de contraste, en el art. 28.2 del D. 2530/1970. Este precepto establece un procedimiento excepcional de pago de descubiertos para considerar cumplido en requisito de hallarse "al corriente en el pago de sus cuotas", que tiene dos fases, una primera de "invitación" al pago por parte de la entidad gestora, y una segunda de abono de la "cuotas adeudadas" por parte de los beneficiarios de las prestaciones. Las cuotas adeudadas son, como dice el propio precepto, "las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación". Así, pues, incluso prescindiendo hipotéticamente del "plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación" para el ingreso de las cuotas

debidas que establece el mismo art. 28.2 D. 2530/1970, una eventual prescripción posterior de cuotas debidas por aplicación de los reglamentos de recaudación de la Seguridad Social, no afecta al requisito de ingreso en litigio, que queda fijado en su cuantía en la fecha del hecho causante de la prestación.

La razón que asiste al INSS en la presente causa no queda desvirtuada por la certificación de la Tesorería de la Seguridad Social sobre situación al corriente del causante. Esta certificación se refiere al momento de la segunda solicitud del beneficiario, acaecida en abril de 2004, pero no al momento del fallecimiento, ocurrido en mayo de 2000. Consta además en hechos probados que la Tesorería certifica la situación al corriente sin haber requerido las cuotas de los años pendientes 1998 y 1999, certificación y no requerimiento que adquieren sentido a la vista de lo dispuesto en el art. 42.1 del RD 1415/2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que establece un plazo de prescripción de "cuatro años, desde la fecha en que finalice el plazo reglamentario de aquellas". Como apunta el Ministerio Fiscal en su informe, la "inactividad" de la demandante "durante el largo período de tiempo" transcurrido desde la solicitud inicial de la pensión en el año 2000 a la presentación del certificado al corriente en el año 2004 se ha debido seguramente a la espera de la prescripción de las deudas pendientes. Pero lo cierto es que esta espera ha podido surtir efectos respecto de la relación contributiva de Seguridad Social, pero no respecto de la relación de protección donde juega el requisito de ingreso de cuotas pendientes, requisito regido, de acuerdo con el art. 28.2 D. 2530/1970, por la fecha del hecho causante(...).

553/07

010

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 28/02/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Gil Suárez

**Síntesis**

SOVI.- Pensión de Vejez.- Trabajadora que trabajó antes del 1-1-1967, habiéndose cotizado por ella a la Seguridad Social en aquellas fechas un total de 1760 días; pero también en aquellas fechas prestó servicios sin que se cotizase por ella. Computando todos los días trabajados supera el período de carencia de 1800 días propio de las prestaciones del SOVI.- Se le reconoce el derecho a la prestación que solicita.- Distribución proporcional de las responsabilidades del INSS y de la empresa incumplidora.- Reitera doctrina.

**Doctrina:**

"(...) La doctrina correcta se recoge en la sentencia recurrida, la cual sigue a su vez por lo establecido por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus recientes sentencias de 16 de mayo del 2006 (rec. 3995/2004) y 18 de septiembre del 2007 (rec. 3990/2006), que resolvieron unos casos planteados en relación con la pensión de vejez del SOVI. Estas dos sentencias expresan los razonamientos siguientes:

1.- "Es cierto que la Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 3 de diciembre de 1993, 21 de julio de 1994 y 30 de enero de 1996, ha mantenido que, para completar el periodo de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones del SOVI, ha de estar a las cotizaciones efectivamente realizadas, es decir, a la carrera de seguro en sentido estricto y no al periodo de empleo acreditado. Pero esta limitación se debe a la imposibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad empresarial en un determinado periodo, el anterior a 1 de julio de 1959. En este sentido es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993, que parte de que el SOVI es un esquema de protección residual que mantiene

una vigencia transitoria, en la que se conserva el derecho a causar las prestaciones de este Seguro «con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación» anterior. Por ello, añade esta sentencia, 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". Pero esto no significa que la remisión a la legislación anterior haya de quedar limitada a la regulación inicial de la Orden de 2 de febrero de 1940. Basta con que, como señala la disposición transitoria 7ª de la Ley General de la Seguridad Social, el solicitante tenga en 1 de enero de 1967 «cubierto el periodo de cotización exigido por el extinguido seguro de Vejez e Invalidez». El cómputo del periodo de cotización ha de regirse por las normas aplicables en cada momento a la carrera de seguro del beneficiario y por eso la sentencia de 3 de diciembre de 1993 distingue entre el régimen aplicable antes del 1 de julio de 1959, fecha de entrada en vigor del Decreto 93/1959, y el que se inicia en esa fecha, en el que ya se establece la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización, superando así el principio de compensación de culpas, que había aplicado la doctrina jurisprudencial (sentencias de 25 enero y

12 diciembre de 1944 y 29 de octubre de 1946). Lo que significa que para los incumplimientos empresariales en las obligaciones de alta y cotización que se produzcan a partir de 1 de julio de 1959 sí cabe aplicar el régimen de responsabilidad empresarial, reconociendo en su caso las correspondientes prestaciones."

2.- "Hay que tomar en consideración la segunda línea doctrinal que ha aplicado criterios de proporcionalidad a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial. En este sentido pueden citarse las sentencias de 20 de julio de 1995, 1 de junio de 1998, 20 de diciembre de 1998, 25 de enero de 1999, 3 de julio de 2002 y 14 de diciembre de 2004. Estas sentencias determinan el alcance de la responsabilidad a partir de la repercusión del incumplimiento empresarial en el periodo de cotización necesario para acceder a la prestación o en la cuantía de la misma, es decir, valorando siempre los efectos del incumpliendo en la formación del derecho a la prestación controvertida. Por su parte, la sentencia de 14 de diciembre de 2004 reconoce que 'es cierto que algunas de estas sentencias ponderan para aplicar este criterio de proporcionalidad la incidencia de factores que disminuyen la gravedad del incumplimiento empresarial,

mientras que en el caso de la sentencia recurrida el incumplimiento es objetivamente grave'. Pero añade que 'el elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 8 de mayo de 1997, ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora'. Subraya esta sentencia que 'la responsabilidad empresarial, por exigencias del principio 'non bis in idem', no puede actuar con un segundo sistema sancionador'. La aplicación de esta doctrina lleva en el presente caso a determinar la responsabilidad en función del alcance de los incumplimientos empresariales sobre el periodo de cotización requerido para causar derecho a la pensión solicitada."

Y no cabe duda que, en principio, tanto la sentencia de instancia, como la de suplicación han aplicado criterios de proporcionalidad para determinar las responsabilidades del INSS y de la compañía demandada, por lo que no hay razón alguna para sostener que la sentencia recurrida vulnera los preceptos legales denunciados en el recurso(...)."

4785/06

011

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/03/2008

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga

### Síntesis

DESPIDO RECONOCIDO COMO IMPROCEDENTE, PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN MEDIANTE ENTREGA DE CHEQUE BANCARIO AL TIEMPO FIRMA FINIQUITO, QUE INCLUYE INDEMNIZACIÓN. NO PROCEDE SALARIOS DE TRÁMITE.

### Doctrina:

"(...) La doctrina correcta es la de la sentencia de contraste. Es cierto que esta Sala en su sentencia de 21-03-2006 (R-2496/05) con cita en la sentencia de 25-05-05 declaró que "El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores comienza supeditando la extinción del contrato de trabajo en la fecha misma del despido a, entre otros requisitos, que el empresario ofrezca la indemnización "depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste". Literalmente establece la norma como único método de poner la indemnización a disposición del trabajador su depósito judicial. Así lo reitera el párrafo siguiente del precepto al limitar los salarios de tramitación "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", siempre que el trabajador hubiera aceptado la indemnización o el despido se declare improcedente si no la hubiera aceptado", por tanto, se añadía "la transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador no sólo carece de previsión normativa, ni siquiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquélla a disposición del trabajador, en lugar de proceder a su depósito judicial, sino que debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar, y recoger la indemnización o mantenerla en depósito a su disposición, sin necesidad de actuar en distintos términos y mediante alguna gestión bancaria", pero dicha doctrina, no es

aplicable a supuestos de hecho como el contemplado en la recurrida en donde el pago de la indemnización se hizo directamente, mediante cheque bancario entregado en mano al trabajador, una vez que el empresario reconoció la improcedencia del despido, firmando el trabajador el finiquito, existiendo, por tanto, un pago directo, pasando lo percibido al patrimonio del trabajador. Se trata de un supuesto alternativo al contemplado en el artículo 56.2 del ET ya que en lugar de depositar en el Juzgado de lo Social, a disposición del trabajador, la indemnización correspondiente al despido improcedente, tras reconocer la improcedencia del mismo, se entrega directamente al trabajador dicha indemnización, mediante cheque bancario, lo que hace innecesario el depósito judicial ya que se cumple la finalidad de la norma. Este supuesto es diferente a los resueltos por esta Sala en las sentencias de 21-3-06 (rec. 2496/05) con cita de la de 22-5-05, en las que se entendió que la transferencia bancaria no cumplía la finalidad del artículo 56.2 ET ya que no garantizaba el cumplimiento de la actuación de la empresa con la certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de aceptar o rechazar la oferta y mantener o no la indemnización.

No desconoce esta Sala la sentencia dictada el 28-2-08 (rec. 323/07) en la que en un supuesto, que guarda gran similitud con el ahora enjuiciado, se desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, pero tal desestimación obedeció a que se incumplió el requisito de recurribilidad establecido por el artículo 217 de la LPL, ya que la sentencia aportada como contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 27 de diciembre de 2005, no era contradictoria con la recurrida(...)."

4592/06

012

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 13/03/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

**Síntesis**

La imprudencia temeraria y su significado a efectos de configuración del accidente de trabajo. El exceso de velocidad.

**Doctrina:**

"(...) Verificada la existencia del presupuesto de contradicción es preceptivo entrar a conocer del objeto del actual recurso de unificación doctrinal, en el que se alega infracción del artículo 115.4.b) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que excluye de la consideración de accidente de trabajo a "los que sean debidos a dolo o a imprudencia del trabajador accidentado"; se limita, pues, el problema controvertido, tal como ha sido debatido en el proceso, a determinar si el accidente litigioso puede ser imputado al causante de la prestación a título de imprudencia temeraria. La Sala considera que el accidente no tuvo por causa la imprudencia temeraria del trabajador, en virtud de los argumentos que se pasan a exponer:

1.- Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen distinguiendo, en orden a la interpretación del artículo 115.4.b) LGSS los conceptos de dolo, imprudencia temeraria e imprudencia profesional. El primer concepto -realización del acto dañoso con ánimo intencional y deliberado- debe excluirse del examen, pues la cuestión litigiosa se ha centrado exclusivamente en averiguar si el accidente se ha producido en grado temerario, o en, otras, formas más atenuadas de la culpabilidad. Si cabe manifestar, ya de principio, que, aunque pueden servir de norma para la interpretación, la configuración de los conceptos de dolo e imprudencia en el Código Penal -de carácter más rígidos, severo e inflexibles, y que por propia naturaleza rechazan la aplicación de la analogía- los mismos no son enteramente extrapolables al ámbito configurador del accidente de trabajo en la Ley General de la Seguridad Social. Precisamente esta última ley establece en su artículo 5.a), que "no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: a) la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que este inspira".

Es decir que la legislación social, a efectos de la protección de la contingencia de accidente laboral, trata de "defender" al trabajador de toda falta de cuidado, atención o negligencia, que no lleve a una calificación como imprudencia temeraria, y se cometa dentro del ámbito de su actuación profesional. Es interesante recordar, al efecto, que, incluso la STS Sala Segunda nº 491/2002 (Rec. 1048/2000) de 18 de marzo de 2002 afirma que "en materia de accidentes de trabajo (SS. de 19.10.2000, 17.5.2001, 5.9.2001 y 17.10.2001) ... se considera un principio definitivamente adquirido, como una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales (véase el fundamento de derecho 6º de la sentencia de 5.9.2001, que acabamos de citar)" y que "En los casos de imprudencia relativa a la circulación de vehículos de motor es claro que, a diferencia de los accidentes laborales, no existe una legislación específica protectora de la víctima."

2.- Expuestas las anteriores consideraciones, habría que examinar, si, en el supuesto que nos ocupa, la conducta del trabajador tiene el carácter de temerario, pues de ser así tal comportamiento afectaría a la propia existencia del accidente de trabajo, según ha sido definido por el artículo 115.1 en relación con el artículo 115.4.b) LGSS. La Sala no considera que el trabajador fallecido haya actuado con imprudencia

temeraria en el accidente de trabajo, acaecido mientras conducía el vehículo de su empleador, en virtud de los siguientes razonamientos:

a) El accidente se produjo cuando el trabajador salió de la autopista, por la que circulaba, conduciendo el camión-remolque, para entrar en un ramal secundario, donde existía una curva muy pronunciada, a mayor velocidad de la permitida. Esta acción en un conductor profesional que había circulado, ya 140 km desde el punto inicial del recorrido, no revela por sí sola la existencia de una imprudencia temeraria, en su significado jurídico-doctrinal de falta de la más elemental cautela o prudencia que debe exigirse en los actos humanos susceptibles de causar daños, sino más bien la falta de un cuidado o descuido en el trabajador que no previó, con la debida anticipación, frenar el camión-remolque que conducía antes de entrar en la vía accesoria de desaceleración. Es de significar que la desatención del trabajador fue puntual y que el mismo trató de enmendar su descuido mediante una conducta, a la que se refiere el atestado de la Guardia Civil, cuando dice "no creyendo(...) que dicha maniobra evasiva fuera errónea".

b) Cómo antes se ha afirmado la causa del accidente fue circular a 90 km/h cuando existía una limitación de 40 km/h. a la salida de la autopista. Pues bien, la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal en materia de seguridad vial, cambia, entre otros, el artículo 379 del Código Penal, en el sentido de sancionar al "que condujere un vehículo de motor a velocidad superior(...) en ochenta kilómetros hora por vía interurbana a la permitida reglamentariamente". Es claro que en el caso examinado el trabajador conducía, en el momento del accidente, a 90 km/h, es decir a 50 más que la velocidad permitida, por lo que no existe, por este sólo hecho de sobrelvelocidad, imprudencia temeraria. Esta norma no estaba vigente en la fecha en que sobrevino el accidente, pero sí indica que, en nuestro ordenamiento jurídico, el exceso de velocidad dentro de los límites indicados, sin la concurrencia de otras circunstancias que pongan en peligro la seguridad la vida o integridad de las personas, no se considera infracción temeraria. No sería por ello razonable no establecer la misma conclusión a efecto de la calificación de accidente de trabajo, en cuyo campo, como antes se ha dicho, no rompe la causalidad entre acción y daño la existencia de imprudencia profesional por parte del trabajador".



800/07

013

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social –S. General– (U. de Doctrina): Sentencia de 18/03/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

**Síntesis**

RCUD. PRESTACIÓN DE DESEMPLEO. EL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR (SIN AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA) QUE HA TRABAJADO POR CUENTA AJENA SIN CONTAR CON AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR CARECE DE DERECHO A DESEMPLEO. SE DESESTIMA EL RECURSO.

**Doctrina:**

"La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme(...).

El precepto en que, básicamente, fundamenta el recurrente su derecho al desempleo, es el actual artículo 36 de la LOEx. Dicho precepto, bajo el rótulo "autorización para la realización de actividades lucrativas" establece en su número primero que "Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia (se refiere al supuesto de los extranjeros que obtienen la autorización para trabajar desde el país de origen por estar incluidos en el contingente anual (arts.39 y sig. LOEx) y que según dispone el art. 51.12 del Reglamento 2393/2004 solo podrán comenzar su actividad laboral "a partir de la entrada legal en España") extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase en su caso, el correspondiente visado". Y su número 3 que "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. 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".

Es cierto que las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que aparece recogida en las sentencias de 22-2-83, 30-10-85, 8-3-86 y 1-7-87, entre otras. Dichas sentencias, con apoyo en el RD 1031/1980 de 3 mayo, y en el art. 7 del Decreto de 27 julio 1968 que condicionaban la validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero para trabajar por cuenta ajena en España a la obtención del visado y a la expedición del permiso de trabajo, declararon que la ausencia de este último acarrearía la nulidad radical del contrato de trabajo.

Fue a partir de la reforma de la LOEx por la LO 8/2000, cuando el art. 36 estableció que la contratación de un extranjero sin contar con la necesaria "autorización administrativa para trabajar" (lo que antes se denominaba permiso de trabajo) "no invalidará el contrato

de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Y la LO 14/2003 supuso un nuevo avance al añadir al art. 36.3 un último inciso conforme al cual, la ausencia de la autorización para trabajar no "será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama.

(...) La LOEx asume, como señala expresamente en su exposición de motivos, la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere que dice así: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión". Y, en esa línea, a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el extranjero residente y aquel que se encuentra en situación irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su art. 14, bajo la rúbrica "derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales" establece lo siguiente:

1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. (Previsión por tanto en perfecta sintonía con el art. 7 LGSS, que dispone que: "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residen en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España).

2. 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.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Pues bien, si partimos de que según el art. 30. bis LO, "son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, "a sensu contrario", incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes.

De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el extranjero en situación irregular, una falta grave. Así califica el art. 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida"; y que por dicha falta puede ser sancionado incluso con su expulsión del territorio español (art. 57.1 de la misma LO).

(...) Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del art. 36.3 en su inciso final "ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los "servicios y prestaciones sociales básicas"; entendiéndose por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004 (rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S.Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el art. 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

Baste recordar, a este respecto, que La LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la

*Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio".*

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí se reclama. Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, 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; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un 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 éste la obligación de asumir (art. 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 art. 48 de la Ley 62/2003, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del art. 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 mas grave infracción(...)".

884/07

014

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 14/05/2008

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

### Síntesis

JUBILACIÓN. IMPORTE DE LA PENSIÓN DE TRABAJADOR CON CESE VOLUNTARIO DE PREJUBILACIÓN EN TELEFÓNICA Y CONTRATO TEMPORAL DE CASI NUEVE MESES, CONCLUIDO CUATRO MESE ANTES DE CUMPLIR LA EDAD DE JUBILACIÓN. INEXISTENCIA DEL FRAUDE APRECIADO EN LA SENTENCIA RECURRIDA.

### Doctrina:

"1.- La doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTs 16/02/93 -rec. 2655/91-; 18/07/94 -rec. 137/94-; 21/06/04 -rec. 3143/03-; y 14/03/05 -rcd 6/04-, pues su existencia -como la del abuso de derecho- sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS 25/05/00 -rcud 2947/99-); y que -por ello- el trabajador no tiene que justificar las razones que le llevaron

a abandonar voluntariamente su primer trabajo y no cabe presumir la existencia de fraude por el mero hecho de abandono voluntario de relación indefinida para posterior contratación en régimen de corta temporalidad (en tal sentido y en supuestos de desempleo, las SSTs 06/02/03 -rcud 1207/02-; y 21/06/04 -rcud 3143/03-).

Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que «esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones» (STS 21/06/90), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas

últimas el art. 1253 CC –derogado por la DD Única 2-1 LECiv/2000– las presunciones (SSTS 04/02/99 –rec. 896/98–; 24/02/03 –rec. 4369/01–; y 21/06/04 –rec. 3143/03–). En este sentido se afirma que la expresión «no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «praesumptio hominis» del art. 1253 del Código Civil cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 –rec. 795/92–, reproducida por las de 24/02/03 –rec. 4369/01– y 30/03/06 –rcud 53/05–; esta última en *obiter dicta*).

2.- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre –antes y después de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, y más en concreto del art. 6.4– Ha sido la posible exigencia de «animus fraudandi» como requisito del fraude de ley. La jurisprudencia –de esta Sala IV y de la I– no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva [atiende al resultado prohibido] y la subjetiva [contempla la intención defraudatoria], sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS 22/12/97 [–rec. 1667/93–, de la Sala I], al decir que la figura del fraude de ley «surgió en el área civil, a través de una depurada construcción doctrinal, que la desarrolla en una doble vertiente: objetiva –defensa del cumplimiento de norma– y subjetiva –ánimo defraudatorio o de engaño–. La jurisprudencia de esta Sala pronto se hizo eco de la referida construcción científica, pero llegando a una conjunción de dichas teorías subjetiva y objetiva», al caracterizar la figura «como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 y 12 noviembre 1988), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989)».

Oscilación entre las teorías –objetiva y subjetiva– que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala. Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden –para apreciar el fraude– a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma [al margen de la intención o propósito del autor], como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS 19/06/95 –rc 2371/94–; citada por la de 31/05/07 –rcud 401/06–). Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS 11/10/91 –rcud 195/91–; y 05/12/91 –rcud 626/91–), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS 06/02/03 –rec. 1207/02–); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 05/12/91 –rec. 626/91–). O lo que es igual, el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corres-

ponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS 16/01/96 –rec. 693/95–, en contratación temporal; y 31/05/07 –rcud 401/06– LFDCF, en contrato de aprendizaje). (...) 1.- Tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción [art. 97.2 LPL], en valoración y juicio que podrán ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación [art. 190 LPL], pero a lo que no se puede descender en el RCUD, pues se convertiría entonces, en contra del deseo del legislador, en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario (en tales términos, la STS 05/12/91 –rec. 626/91–). Pero matizando aquella inicial doctrina, más recientemente se sostiene por La Sala que si la intención del agente es algo consustancial al fraude, parece lógico entender que aquélla habrá de ser objeto de la correspondiente prueba, cuya práctica es la que genera en el juez de instancia, o en el de suplicación por la vía revisoria, la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe, por lo que en este terreno poco es lo que compete a un tribunal de casación. Pero junto a ello juegan decisoriamente unas normas legales, sobre cuyo significado y manejo sí puede y debe unificarse los criterios divergentes utilizados por las Salas de suplicación; nos estamos refiriendo a las reglas sobre carga de la prueba [art. 217 LECiv] y a las reglas sobre presunciones [arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 06/02/03 –rec. 1207/02–; y 31/05/07 –rcud 401/06–).

2.- Pues bien son tales disposiciones en materia probatoria lo que en el caso sometido a debate nos lleva a entender que se ha producido la infracción denunciada [párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la DT Tercera LGSS, en redacción dada por el art. 4 Ley 35/2002, de 12/Julio]. Recordemos las circunstancias de hecho: a) el recurrente había prestado servicios como trabajador de «Telefónica, S.A.» desde el 10/10/64 hasta el 01/01/99, fecha en la que cesa en virtud de un plan de prejubilación; b) se inscribe como demandante de empleo el 13/04/00; c) presta servicios para una empresa en el periodo 05/11/04 a 04/02/05 y para otra desde el 07/02/05 al 31/07/05, en ambos casos contratos temporales a tiempo parcial; d) solicitada la pensión de Jubilación anticipada, se le reconoce con efectos económicos de 07/11/05, con coeficiente reductor del 8 %; y e) formulada reclamación judicial, tanto en la instancia como la sentencia de Suplicación desestiman la demanda, por considerar fraudulenta la contratación temporal y por ello no enervante del cese voluntario producido en «Telefónica, S.A.».

Vaya por delante que la llamada «prejubilación» no es sino la extinción del contrato de trabajo a través de una modalidad de «baja incentivada», en la que el trabajador afectado pasa a situación de desempleo y la empresa sufraga –normalmente– las cotizaciones por la contingencia de jubilación hasta que la misma se produzca; por lo que los derechos y obligaciones del «prejubilado» como demandante de empleo y perceptor prestacional son los mismos que los de cualquier otro trabajador desempleado. Quiere esto decir que si no consta que el recurrente hubiese sido sancionado por rechazar –en momento alguno– oferta adecuada de empleo [la carga de la prueba correspondía a la EG, por aplicación del art. 217 LECiv], ello significa que durante el largo periodo de prejubilación en el que el trabajador permaneció inscrito como demandante de empleo, nunca recibió oferta a cuya aceptación estuviese obligado [por adecuada], de manera que su posterior contratación temporal por casi ocho meses [con inicio de la actividad un año antes de solicitar la jubilación; y finalización cuatro meses antes], no puede razonablemente considerarse indicio de querer burlar los efectos de un cese voluntario [minoración de la futura pensión de jubilación por aplicación de un superior coeficiente reductor] sino que ha de considerarse el ejercicio de un legítimo derecho –también deber, según veremos– al trabajo, que se correspondía con una voluntad de laborar evidenciada por la inscripción como demandante de empleo y la ausencia de rechazo a trabajo alguno.

La conclusión contraria únicamente sería sostenible si previamente hubiese desatendido alguna oferta de trabajo ajustada a su formación, supuesto en el que se evidenciaría –sólo entonces– «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»– entre el hecho demostrado y el presunto [art. 386.1 LECiv]; aparte de que resultaría

un rechazable contrasentido calificar de falta grave y sancionar como tal [arts. 17.2 y 47.1.b LISOS] el rechazo de una oferta de trabajo, pero simultáneamente calificar de fraudulenta su aceptación, sobre todo cuando constitucionalmente se proclama que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo» (art. 35.1 CE)».

56/07

015

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Casación): Sentencia de 14/05/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

### Síntesis

Impugnación de Convenio. Jubilación forzosa por edad pactada en el Convenio Colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Licitud de la cláusula por ajustarse a la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 14/2005.

### Doctrina:

"(...) La Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 14/2005, establece en relación con el punto controvertido que los convenios colectivos podrán incluir cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumpla –además de la posibilidad de acceso a las prestaciones de Seguridad Social por parte del trabajador jubilado– el requisito siguiente: *"Esta 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"*. En la larga trayectoria normativa de esa Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores y a la hora de resolver los problemas que su aplicación ha planteado en el terreno del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de edad, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo siempre la constitucionalidad de las cláusulas de los Convenios Colectivos que establecen la jubilación forzosa siempre y cuando se produzca una vinculación entre ese instrumento de extinción del vínculo laboral por cumplimiento de una edad determinada y una política de empleo establecida en los términos antes transcritos. Así, las SSTC 22/1981, de 2 de julio, 58/1985, de 30 de abril, 95/1985, de 29 de julio, 111/1985, de 11 de octubre, o las citadas en la sentencia recurrida, 280/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre.

Pues bien, en el presente caso la parte recurrente discrepa de la conclusión a la que llega la sentencia recurrida en el sentido de, a su juicio, las previsiones de empleo que contiene el artículo 55.1 del Convenio de la AEAT no son lo suficiente explícitas y no cumplen con las exigencias de la Adicional 10ª antes transcrita.

Sin embargo, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que el Convenio impugnado expresa todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que son exigibles a un Ente de Derecho Público, puesto que la referencia a tales precisiones tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento para la AEAT demandada, como son las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración. Por eso el párrafo último del punto 1 del artículo 55 del Convenio dice, después de regular la jubilación forzosa, que será de aplicación también en el Convenio *"cualquier modificación que se dicte por el Ministerio de Administraciones Públicas en este ámbito"*,

precisión que resulta realmente innecesaria, dado el sometimiento a la legalidad que resulta exigible en todo caso a la AEAT y al resto de las administraciones públicas.

En este punto, el Ministerio Fiscal pone atinadamente de relieve, en la misma línea que la sentencia recurrida, que no resulta exigible que el artículo 55.1 del Convenio de la AEAT contenga más precisiones en materia de política de empleo que las que en él constan, desde el momento en que ese Convenio siempre deberá atenerse a las previsiones anuales que en ese ámbito llevan a cabo los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda anualmente en la regulación de la oferta de empleo público. Así, el R.D. 120/2007, de 2 de febrero, aprobó la oferta de empleo público para ese año, en desarrollo de lo previsto en el párrafo tercero del apartado tres del artículo 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (en el que por cierto se establece una tasa de reposición de efectivos en materia de personal del 100%) y en dicho R.D. se contiene un detallado desarrollo de política de empleo a la que necesariamente ha de atenerse la AEAT demandada. Como previsiones concretas de esa política a la que el Convenio cuestionado se ha de atener, el referido R.D. hace mención, entre otros extremos, y sin ánimo de exhaustividad: a) la contratación de personas con discapacidad en un 5% al menos –art. 5–; b) consolidación de empleo temporal –art. 11–; c) reducción de la temporalidad en el empleo público –art. 12– y d) mantenimiento de los actuales volúmenes de plantilla –art. 3–.

En consecuencia, el bloque normativo examinado que se incorpora al desarrollo y aplicación del artículo 55.1 del Convenio de AEAT como política explícita de empleo determina la legalidad del precepto, que de esta forma se ajusta plenamente a las previsiones de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y no contiene discriminación alguna por razón de edad.

También se ajusta el precepto discutido, por la misma razón, a lo dispuesto en la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de fecha 27 de noviembre de 2000, que fijando su objetivo en el establecimiento de un marco general para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de edad, y que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato en el empleo, previene en el artículo 6.1 que *"No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios"*.

1837/07

016

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 20/05/2008

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

**Síntesis**

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE CLÁUSULA DE RENDIMIENTO PACTADO (ARTÍCULO 49.1 b) del ET. FALTA DE CONTRADICCIÓN. Reitera doctrina (STS. 30/10/2007, Sala General –rec. 220/2006–).

**Doctrina:**

"(...) A la trabajadora demandante, que ingresó a prestar servicios en la empresa Construcciones Castellón SAU, dedicada al mercado inmobiliario, el 14-10-2005, con la categoría profesional de Comercial, y que tenía estipulada en el contrato de trabajo suscrito con su empleadora una cláusula resolutoria, en virtud de la cual, el contrato podría ser extinguido si no alcanzaba una cifra mínima de ventas en un periodo de tres meses consecutivos o tres alternos en un plazo de cinco meses, mediante comunicación escrita de fecha 14 de junio de 2006 le fue notificada la rescisión de su contrato de trabajo por no haber cumplido los objetivos de ventas en el periodo previsto. Interpuesta demanda por despido, éste fue declarado improcedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona. La empleadora demandada formuló recurso de suplicación contra la referida sentencia; recurso que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de fecha 15 de marzo de 2007 (Rec. 9243/2006), confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

(...) Con carácter previo, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral; y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004).

(...) Pues bien, a pesar de que en los dos casos se enjuician supuestos similares de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento de cláusula contractual de rendimiento que obligaba a efectuar determinado número de ventas de inmuebles, concurren diferencias suficientes como para rechazar la igualdad sustancial en la forma exigida por la descrita doctrina, interpretadora del ya citado artículo 217 de la Ley procesal laboral. En efecto, además de mayores exigencias de rendimiento en el caso resuelto por la sentencia de contraste –obli-

gación de formalizar la venta de, al menos dos paquetes de turismo u otros servicios turísticos, conjuntamente con la venta de inmuebles–, la Sala de suplicación en dicho supuesto, se limita a reproducir la doctrina sentada por sentencias de la propia Sala dictadas en supuestos similares ( de 19 de enero de 2004 y 23 de septiembre de 2004), remitiéndose a la de esta Sala del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1988, que en supuesto similar al allí enjuiciado, admitió la validez y eficacia de cláusula contractual en la que se pacta la posible rescisión del contrato por no cumplir los objetivos marcados en él al trabajador vendedor. La Sala valoró que el actor no llevó a cabo ninguna venta durante el tiempo en que estuvo prestando servicios por cuenta de la empresa demandada (desde el 23-1 al 31-7-2004), habiendo llevado a cabo otro trabajador siete ventas desde enero de 2004 y otra trabajadora otras siete ventas en los seis primeros meses del año 2004; estima que la cláusula no es abusiva y en consecuencia válida. En este caso, consta que el trabajador no alcanzó los objetivos señalados, pues –como queda dicho– no realizó venta alguna en el tiempo que duró la relación, ejercitando la empresa su facultad rescisoria; además en este caso, la empresa acredita las ventas realizadas por dos de los once compañeros que prestaban servicios en el mismo centro de trabajo que el actor, sin aportar cifras del resto de la plantilla.

Por el contrario, en el caso de la recurrida la Sala valora el hecho de que la empresa no ha logrado acreditar el promedio de ventas de los restantes vendedores –sólo lo ha hecho respecto de tres trabajadores de la plantilla– de forma que pueda determinarse la racionalidad de las cifras de ventas señaladas, y la posibilidad real de que la actora alcanzase los niveles de venta pactados. La empresa se dedica a la venta del complejo inmobiliario denominado "MARINA D'OR", y tiene en todo el territorio del Estado 500 vendedores, y en Cataluña entre 40 y 50. La demandante, en los ocho meses de duración de su relación laboral ha logrado la venta de tres apartamentos, si bien una de dichas operaciones fue posteriormente anulada. Y en el pacto inserto en el contrato se estipula que habría de formalizar la venta de al menos dos viviendas, locales o apartamentos al mes, y que en caso de no lograrse dichos objetivos en tres meses consecutivos o en tres alternos en un periodo de cinco, la empresa podría rescindir el contrato de trabajo. Comunicada la decisión empresarial de acogerse a dicha cláusula, la trabajadora interpuso demanda de despido, con el resultado aludido de declararse la improcedencia del despido. La razón por la que tanto en la instancia como en suplicación se ha llegado, es –como queda dicho– que la empresa no ha logrado acreditar el promedio de ventas de los restantes vendedores –sólo lo ha hecho respecto de tres trabajadores de la plantilla, que precisamente son los vendedores que mejores resultados han obtenido– de forma que pueda determinarse la racionalidad de las cifras de ventas señaladas, y la posibilidad real de que la actora alcanzase los niveles de venta pactados; y en tales circunstancias, se estima, no es posible considerar la licitud de la cláusula contractual de referencia, por lo que mantiene la calificación de improcedencia del despido.

Ello de entrada pone ya de manifiesto que han sido distintos los términos del debate sostenido en uno y otro caso en suplicación.



Pero, es que además, como señala esta Sala del Tribunal Supremo, en la reciente sentencia dictada en Sala General el 30 de octubre de 2007 (rec. 220/2006) resolviendo supuesto sustancialmente idéntico, "la causa de extinción contractual del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando se trata del rendimiento en el trabajo, coexiste con la causa de despido disciplinario prevista en el artículo 54.2 e) del mismo texto estatutario, es decir, "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado" hasta el punto de que, no siendo fácil fijar una línea divisoria, la jurisprudencia en algunos casos ha entendido que la única forma de resolver el contrato de trabajo por bajo rendimiento, es la de despido prevista en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, con un tratamiento idéntico a la causa de despido del artículo 54.2 e) del mismo estatuto -Sentencias de esta Sala de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982\4563); 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6845) y 28 de abril de 1987 (RJ 1987\2816)-, si bien de forma mayoritaria ha admitido abiertamente en otros casos, el incumplimiento del pacto de rendimiento como condición resolutoria, de acuerdo con el ya citado artículo 49.1.b) de la repetida norma estatutaria -Sentencias entre otras de 11 de junio de 1.983 (RJ 1983\2998); 20 de octubre de 1986 (RJ 1986\6660); 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6338); 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7130) y 23 de febrero de 1990 (RJ 1990\1215)-, y siempre que el rendimiento pactado no pudiera considerarse abusivo.

Ahora bien, en cualquier caso, con independencia de otras circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad, que pudieran servir para delimitar las dos figuras de extinción contractual, lo que parece claro es que la consideración del bajo rendimiento como incumplimiento contractual a efectos de justificar la extinción del contrato de trabajo, requiere, ineludiblemente, la existencia de un elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya sea atendiendo a un criterio subjetivo tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya sea atendiendo a un criterio objetivo, remitiéndose al rendimiento marcado por otros trabajadores que realicen la misma actividad.

Precisamente, y como ya se ha señalado, estos dos sistemas diferentes son los que han tenido en cuenta las sentencias comparadas -el subjetivo la recurrida y el objetivo la de contraste- para determinar la existencia de un rendimiento inferior al pactado no abusivo que pudiera justificar la extinción contractual. De ahí que habiendo llegado a conclusiones opuestas, en aplicación de sistemas valorativos diferentes, no puede estimarse que las sentencias sean contradictorias. Por otra parte, al igual que ocurriría si estuviéramos enjuiciando los supuestos descritos en la sentencia recurrida y en la contraste, a la vista de la causa de despido prevista y tipificada en el apartado e) del número 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores -de no fácil distinción con la causa de extinción del artículo 49.1.b) del mismo estatuto como ya se ha razonado- lo que se pone de manifiesto no es sólo la dificultad de construir en estas materias la identidad fáctica que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que se produzca la oposición de pronunciamientos, que abre la vía para la unificación de doctrina, sino que tales resoluciones -como recuerda la reciente sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2007 (rec. 801/2006), con cita de la de 8 de junio de 2006 (rec. 5165/2004) que evoca muchas otras sentencias- sino también evidencia algo que afecta, de manera más profunda, a la propia función de este recurso como instrumento de unificación jurisprudencial. Ese instrumento no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación".

En su consecuencia, y de acuerdo con todo lo expuesto, cabe concluir, que no concurre entre las dos sentencias que se comparan la ineludible exigencia de identidad sustancial a que hace referencia el ya citado artículo 217 y la jurisprudencia reseñada".

5751/04  
017

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso - Administrativo - Secc. 5ª -: Sentencia de 27/05/2008  
Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

**Síntesis**

**EXTRANJEROS. ASILO POLÍTICO EXISTENCIA DE INDICIOS DE PERSECUCIÓN. COLOMBIA.**

**Doctrina:**

"(...) La Sala de instancia llega a las siguientes conclusiones: "no puede darse por acreditada la existencia de temores fundados de persecución por los motivos contemplados en el art. 1 A. 2 de la Convención de Ginebra de 1951, tal y como señala la resolución administrativa impugnada.

El interesado sale de su país el 22/05/2000 mediante pasaporte expedido el 12/04/2000, y tras permanecer en tránsito en los aeropuertos de Miami y Malpensa, entra en España el 23/05/2000, no formulando solicitud de asilo hasta el 23/02/2001, haciendo exclusivamente referencia a un episodio de amenazas producido días después de la expedición de su pasaporte, que relaciona con su actividad en la Veeduría Municipal para la divulgación de los derechos humanos, sin ánimo

de lucro, sin mayor precisión sobre tales actividades y su relación con las amenazas ni sobre la eventual procedencia de las mismas, señalando que aun cuando albergaba la intención de regresar a su país en diciembre de 2000, las llamadas telefónicas siguieron en diciembre y enero, con amenazas a su hermano, por no facilitar su ubicación. A ello sabe añadir, en relación con la documentación presentada, que los documentos expedidos por la Veeduría tampoco precisan las concretas actividades que en el seno de la misma desarrollaba el solicitante, ni sus relación con las amenazas recibidas, y además ponen de manifiesto que el solicitante es funcionario y que el mismo se encuentra en España cumpliendo tareas -que no concreta- encomendadas por la organización, extremos a los que no hizo referencia el solicitante, quien -como informa la instructora- no denunció ante las autoridades de su país las amenazas que relata.

Por último, en cuanto a la denuncia formulada por un hermano del solicitante, y de la que se ha dado curso a la Policía Judicial, la misma se efectuó en 20/01/2001, siendo así que el denunciante manifiesta haber venido recibiendo amenazas a partir de julio del año anterior.

La imprecisión y contradicciones que se desprenden del relato del solicitante y que acaban de exponerse impiden, pues, como queda dicho, dar por acreditada la existencia de temores fundados de persecución, ante la cual, por lo demás, ni el solicitante recabó protección de las autoridades de su país, ni trató de situarse en otro lugar del mismo en el que pudiera eludir las amenazas que relata, las cuales dice producidas en abril del 2000 y reproducidas en diciembre y enero 2001, mientras que en la denuncia formulada por el hermano del solicitante se hace referencia a la existencia de amenazas a partir de julio de 2000 con el fin de conocer el paradero del solicitante. Por lo demás, las razones expuestas impiden aplicar al caso lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 5/1984, sobre autorización de permanencia en España por razones humanitarias o de interés público en el marco de la legislación general de extranjería, dados los términos de la solicitud y las circunstancias concurrentes en la solicitante. Además de tratarse de una potestad discrecional de la Administración, el supuesto presupone especialmente que el interesado se haya visto obligado a abandonar su país como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso".

(...) Pues bien, en el supuesto de autos, el motivo ha de ser estimado al poder considerarse infringido el artículo 1º.A.2) de la mencionada Convención de Ginebra, en relación con los artículos 3 y 8 de la LRDAR. Desde la perspectiva de la anterior -y particular- doctrina acerca de la valoración probatoria, en la que, como hemos expuesto, toma es-

pecial relevancia la prueba de indicios, debemos poner de manifiesto que, valorados conjuntamente los documentos que se relacionan pormenorizadamente en el sentencia de instancia (cuya autenticidad no ha sido negada, sino solo puesto en duda por la Administración) y los datos que de los mismos resultan, hacen aflorar -todos ellos considerados en conjunto- lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del mencionado derecho de asilo, ya que los mismos son "indicios suficientes", según la naturaleza del presente caso, para deducir que el interesado cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma (en términos similares STS de 13 de diciembre de 2007).

En consecuencia, a la luz de la anterior doctrina, y teniendo en cuenta las dificultades probatorias que entrañan estos casos, en el supuesto ahora enjuiciado podemos señalar que existen los necesarios indicios -en el expediente administrativo y en el recurso Contencioso-Administrativo-, que avalan una persecución política personal y directa del recurrente, pues, realmente, el relato del recurrente no puede considerarse vago y genérico, ya que contiene datos concretos referidos a la fecha en la que se produjeron las iniciales amenazas de muerte, al contenido y forma de la mismas, ponen de manifiesto su comunicación a terceras personas, incluyen la fecha y forma de salida de su país, etc.. Por otra parte el dato -objetivo y contrastado- de la denuncia de su hermano, ante un organismo público, con el riesgo implícito que su falsedad conllevaría en un país como Colombia, mas la documentación aportada en la que se identifica a las personas que certifican lo que en las mismas se expresa, nos lleva a considerar que estamos en presencia de unas bases de las que poder deducir unos indicios de persecución o de temor de sufrirla(...).

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso - Administrativo -Secc. 3ª -: Sentencia de 28/05/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

5108/05

018

## Síntesis

MINORACIÓN DE SUBVENCIONES CONCEDIDAS PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES FORMATIVAS DE EMPLEO. RECURSO CONTRA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA que debe entenderse como denegación presunta por silencio administrativo del recurso de revisión.

## Doctrina:

"(...) La parte actora denuncia que la Sentencia impugnada ha incurrido en una doble incongruencia, interna o por contradicción por un lado, y omisiva por otro, con infracción de los artículos 67.1 de la Ley de la Jurisdicción, 118 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y 9, 24.1 y 120.3 de la Constitución. Considera el recurrente que la Sentencia recurrida ha equivocado el objeto de su recurso contencioso administrativo, que en realidad fue interpuesto contra la inactividad administrativa por no haber resuelto el recurso de revisión que había formulado previamente. Como consecuencia de este error, entiende que la Sentencia ha incurrido en una doble incongruencia. Por un lado en incongruencia interna, ya que en el fundamento de derecho tercero se afirma que el recurso se había entablado contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de revisión, mientras que en el fallo se reconoce en cambio

el verdadero objeto de su recurso, la inactividad de la Administración al no resolver dicho recurso de revisión. Y, por otro lado, la Sala sentenciadora no ha dado respuesta al mencionado objeto del recurso, la inactividad de la Administración al no resolver el recurso de revisión. El motivo carece manifiestamente de fundamento. La Sentencia de instancia no ha incurrido ni en incongruencia interna ni en incongruencia omisiva. Antes al contrario, la Sala ha valorado de forma jurídicamente correcta la naturaleza y el objeto de su recurso contencioso administrativo y ha resuelto de forma congruente con la adecuada calificación jurídica del mismo. En efecto, aunque sea cierto que el recurrente dirigió formalmente su recurso contra la inactividad administrativa por no dar respuesta expresa a su recurso de revisión, es evidente que tal planteamiento es jurídicamente erróneo, pues supone un desconocimiento del instituto del silencio administrativo, cuyo fundamento es, precisamente, dar un sentido presunto -positivo o negativo según los supuestos-, a la falta de respuesta administrativa ante una solicitud o un recurso. Por ello, no es que

la Sala confunde el objeto de su recurso contencioso administrativo, tal como le imputa el actor, sino que en su beneficio y en virtud del *favor actionis* otorga a su recurso el único sentido jurídico posible, interpretando que lo que se impugnaba era la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de revisión que el actor había formulado ante la Administración. Y, tras examinar las alegaciones del actor, desestima tal impugnación al entender que la documentación supuestamente no tenida en cuenta por la Administración para resolver no permitía la estimación del recurso de revisión bajo el supuesto del artículo 118.1.2º de la Ley 30/1992. Todo lo cual está expresado con toda claridad en el fundamento de derecho tercero.

En definitiva, no existe incongruencia omisiva, puesto que la Sala de instancia da respuesta al único planteamiento jurídicamente admisible de su recurso contencioso administrativo, entendiéndolo como dirigido contra la desestimación presunta por silencio del recurso de revisión. Y tampoco existe el menor asomo de incongruencia interna: cuando la Sala sentenciadora se refiere al recurso del actor como dirigido contra la inactividad de la Administración –en el fundamento primero o en el fallo–, es evidente que no hace sino recoger la formulación literal del mismo tal como la expresó el actor, sin que ello suponga contradicción con su examen y calificación del recurso como impugnatorio de una desestimación presunta por silencio administrativo, tal como se explica en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia recurrida”.

1545/04

019

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso – Administrativo – Secc. 6ª –: Sentencia de 10/08/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

### Síntesis

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. DIES A QUO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. MANIFESTACIÓN DEL EFECTO LESIVO. AUTO QUE DECLARA EJECUTADA SENTENCIA.

### Doctrina:

“(…) Conviene hacer referencia al alcance del recurso de casación, antes de entrar a examinar los concretos motivos invocados por el recurrente, pues, como señala la sentencia de 16 de octubre de 2000, el recurso de casación es un recurso extraordinario, tanto desde la perspectiva de la limitación de las resoluciones contra las que cabe su interposición, como respecto del carácter tasado de los motivos que cabe alegar y el ámbito restringido de las potestades jurisdiccionales de revisión; en definitiva, se trata de un recurso eminentemente formal, como instrumento procesal encaminado a la corrección de las infracciones jurídicas, sustantivas y procesales, en que puedan incurrir las resoluciones de instancia; o como señalan las sentencias de 24 de noviembre de 2003 y 25 de mayo de 2005, el objeto del recurso “no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones planteadas en la instancia. Lo es, dada su naturaleza de recurso extraordinario, con fundamento en motivos legalmente tasados y con la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes, el más limitado de enjuiciar, en la medida y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in iudicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea in procediendo, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas”.

Se quiere señalar con ello que el ámbito del debate procesal en casación viene determinado por los motivos debidamente formulados, de manera que la decisión de la parte de no hacerlos valer, como en este caso la posible incongruencia de la sentencia que habría de

formularse al amparo del motivo establecido en el art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, deja fuera del recurso tal cuestión y con ello las correspondientes apreciaciones de la Sala de instancia.

(…) La resolución de los motivos de casación exige partir de la relación de acontecimientos que se recoge en la reclamación inicial, ampliamente descritos en la demanda, puestos en conexión con el objeto de la reclamación, que a pesar de los prolijos relatos de la demanda, se puede deducir de la misma, cuando en el suplico se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de las actuaciones reseñadas y precisa como tales, entre paréntesis, “el no convocar el concurso y el retraso de once años en el cumplimiento de la sentencia”, se refiere a la de 2 de diciembre de 1985.

(…) Ante esta clara situación el recurrente pretende hacer valer la interrupción del plazo por la impugnación de la referida Orden de 7 de mayo de 1996, resuelta por sentencia de 11 de marzo de 1999, entendiéndose que con ello se pone fin al dilatado periodo de impugnaciones administrativas y judiciales, invocando al efecto el art. 142.4 y 5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Para ello es preciso examinar el alcance de dicha impugnación y su incidencia en los daños y perjuicios cuya reparación se pretende, lo que resulta de la propia sentencia en la que se indica que el demandante pretende una indemnización por los daños y perjuicios por entender que la sentencia es de imposible ejecución o, alternativamente, que el concurso sea convocado en los términos que expone, por lo que la Sala comienza delimitando el objeto del recurso, señalando que todas las cuestiones relativas a la ejecución de la sentencia de 1985, entre ellas la referida a su imposibilidad, deben plantearse y resolverse ante el órgano que la dictó, como así consta que se ha hecho, quedando fuera del examen de este proceso, resolviéndose únicamente sobre las irregularidades de la convocatoria que se denuncian por el recurrente y que se desestiman.

En estas circunstancias y en cuanto el proceso en cuestión, como declara la propia Sala en dicha sentencia de 11 de marzo de 1999, no era el idóneo para sustanciar la cuestión relativa a la ejecución y cumplimiento de la sentencia, de cuyo resultado depende la determinación de los perjuicios invocados y el inicio del cómputo del plazo de prescripción, lo que ya se había sustanciado judicialmente por los citados autos de 21 de octubre de 1997 y 16 de enero de 1998, no puede atribuirse a dicho recurso impugnando la Orden de 7 de mayo de 1996 el efecto de interrupción de la prescripción que se pretende por el recurrente, pues como señala la sentencia de 21 de marzo de 2000, "la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello". El mismo criterio se recoge en la sentencia de 4 de julio de 2002 que cita la de 26 de mayo de 1998. Y en este caso ha de reiterarse que los perjuicios cuya reparación se pretende, como consecuencia de la falta de convocatoria del concurso y retraso en la ejecución de la sentencia

que imponía dicha convocatoria, se habían puesto ya de manifiesto al momento de dictarse los referidos autos que declaraban cumplida dicha sentencia, que además efectuaban las correspondientes declaraciones jurídicas definitivas al respecto, abriendo el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial, que no se interrumpe por el mantenimiento de un proceso contencioso administrativo no adecuado para solventar tales cuestiones de ejecución de sentencia como declara la propia Sala, que las excluye de su pronunciamiento en la sentencia de 11 de marzo de 1999(...)"



404/04

020

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso – Administrativo – Secc. 6ª –: Sentencia de 17/06/2008

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

### Síntesis

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACCIDENTE EN ACTO DE SERVICIO. CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD CON PENSIÓN EXTRAORDINARIA.

### Doctrina:

(...) El recurso de casación invoca un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por entender que la sentencia impugnada infringe la doctrina jurisprudencial relativa a la indemnización integral de los daños sufridos y a la compatibilidad de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración las pensiones extraordinarias de clases pasivas.

(...) Este único motivo no puede prosperar. En su escrito, el recurrente hace un notable esfuerzo por argumentar que la estimación de los daños realizada por el tribunal a quo es incorrecta. Pero la verdad es que con ello busca sólo hacer una valoración de los hechos distinta de la contenida en la sentencia impugnada. Y esto no puede hacerse por la vía del art. 88.1.d) LJCA, que permite únicamente invocar la infracción de normas legales o de jurisprudencia aplicable al fondo del asunto litigioso. Esta Sala no puede ahora revisar la valoración de los hechos realizada por la sentencia impugnada; valoración de los hechos, por lo demás, que no aparece en momento alguno como incompleta o arbitraria.

El recurrente lleva a cabo, además, una amplia cita de la jurisprudencia de esta Sala, tendente a apoyar su afirmaciones de que la indemnización debe cubrir la integridad del daño sufrido y que las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración con las pensiones extraordinarias de clases pasivas son compatibles. Ambas afirmaciones son, en principio, correctas. Ahora bien, no hay

que perder de vista que la mencionada compatibilidad de las pensiones extraordinarias de clases pasivas con las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración existe siempre que la suma de lo recibido como pensión y como indemnización no supere la cuantía del daño (STS de 10 de mayo de 2001, 1 de octubre de 2002, y 23 de octubre de 2002, entre otras). Si no hubiera este límite a la referida compatibilidad, se podría llegar a la absurda situación de un enriquecimiento sin causa de quien ha sufrido el daño. En el presente caso, la pensión extraordinaria otorgada al recurrente abarca ya la integridad del daño, según razona la sentencia impugnada en su fundamento de derecho tercero: "la pensión extraordinaria de retiro que realmente percibe (teniendo en cuenta los límites legales) ha cubierto el quebranto patrimonial derivado de su inutilidad para el servicio, al ser los ingresos anuales vitalicios del interesado en retiro similares a los ingresos anuales que perciba el recurrente por su empleo militar". En suma, no opera el principio de compatibilidad porque la pensión extraordinaria de clases pasivas cubre ya todo el daño y, por ello mismo, no puede hablarse de infracción del principio de indemnización integral del daño sufrido.

Por lo que se refiere a los conceptos distintos de la incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión, tampoco ha habido infracción del principio de indemnización integral del daño: con respecto a las secuelas y al *pretium doloris*, porque, como también se vio más arriba, no se ha acreditado que su cuantía pueda estimarse superior a los 4.500 euros más intereses que al recurrente le reconoce la sentencia impugnada".

3912/05

021

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sala Primera: Sentencia de 26 de mayo de 2008 (STC. 62/2008)

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

**Síntesis**

Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por circunstancias personales en relación con la salud: despido por enfermedad incapacitante para el trabajo. Voto particular.

**Doctrina:**

"(...) Como se sabe, la finalidad de preservar la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo ha guiado la interpretación del mismo y el contenido mínimo del que debe dotarse a la invocación para que pueda considerarse cumplida. En tal sentido, hemos rechazado una interpretación literal o excesivamente rigorista, aunque el rechazo de tal entendimiento formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, que se desprende claramente del art. 53.2 CE, de modo que el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho. En ese sentido, en numerosas resoluciones que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado, este Tribunal ha declarado que, si bien la invocación formal exigida por el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o los derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su nomen iuris, la invocación ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con su exigencia, lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, puedan conocerse las concretas vulneraciones de derechos fundamentales después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado o, en otras palabras, que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo. Así, hemos señalado que lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulen en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida (entre las más recientes, STC 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3).

También tiene declarado este Tribunal que el momento procesal oportuno para la invocación en el previo procedimiento judicial del derecho fundamental vulnerado es el inmediatamente subsiguiente a aquél en el que sobreviene la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos (SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3, o 132/2006, de 27 de abril, FJ 2). Igualmente, es preciso poner en conocimiento del órgano judicial el hecho fundamentador de la vulneración, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al que se hizo valer ante los órganos judiciales, pues si la queja se argumenta con base en otras razones el recurso de amparo perdería el carácter de subsidiariedad que la Constitución y la Ley Orgánica de este Tribunal le atribuyen (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 130/2006, de 24 de abril, FJ 4, por todas).

El examen de las actuaciones acredita que el recurrente no ha cumplido los requisitos de invocación del derecho fundamental vulnerado ni respecto del art. 15 CE, ni en lo relativo al art. 18.1 CE.

En primer lugar, no hacía alusión alguna la demanda rectora del proceso judicial a la posible vulneración del art. 18.1 CE por el hecho de ser despedido por no ofrecer a la empresa datos pertenecientes a su intimidad, limitándose a fundamentar la pretensión de nulidad del despido en la vulneración de los arts. 14 y 15 CE, únicos derechos fundamentales a los que formal y materialmente se hacía referencia. La Sentencia de instancia, en congruencia con dicho planteamiento, no enjuició el caso desde ese enfoque vinculado a la intimidad personal del demandante.

Tampoco planteó el recurrente esa cuestión como motivo de recurso en el sucesivo grado jurisdiccional de suplicación, impidiendo con ello la eventual subsanación de la inicial falta de invocación, pues tenemos dicho que para que pueda apreciarse la total ineficacia de la alegación será preciso no sólo que la invocación se haya efectuado una vez transcurrido el primer momento procesal en que se tuvo ocasión de realizarla, sino —fundamentalmente— que esa alegación tardía haya impedido al órgano judicial su examen y consideración, pues es esta última noción la que resume la ratio y finalidad del presupuesto que se examina (SSTC 55/1991, de 12 de marzo, FJ 2; 78/2003, de 28 de abril, FJ 3, y 280/2006, de 9 de octubre, FJ 3). El silencio del recurrente sobre ese particular explica que, ni el escrito de impugnación al recurso de suplicación formulado por Cotobial, S.A., ni la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, abordaran la constitucionalidad de la decisión extintiva desde ese enfoque, obviando no ya el hecho de la imputada ocultación de los datos médicos —que la empresa aducía en su carta de despido y reiteraba en sus alegaciones del escrito de impugnación del recurso— sino la posible nulidad del despido por esa razón, esto es, la posible calificación de nulidad del despido por la pretensión empresarial de que el trabajador le comunicara datos que, en su caso, estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

El recurso de amparo, por lo demás, tampoco pone su acento en esa perspectiva del problema, y es claro, por tanto, que con independencia de la entidad constitucional que pudiera poseer esa queja, el incumplimiento del requisito del art. 44.1 c) LOTC excluye ahora su análisis en este proceso constitucional, en contra de lo que aduce el Ministerio Fiscal. Tampoco se han cumplido los requisitos del art. 44.1 c) LOTC respecto del art. 15 CE. Ciertamente en la demanda de despido se invocaba tal derecho y se vinculaba la alegación del mismo con la circunstancia de que fuera la baja médica del trabajador, de fecha 2 de septiembre de 2002, la que motivó el despido, lo que, a juicio del demandante, implicaba una coacción contra la integridad física del art. 15 CE, pues de avalarse esa actuación empresarial aquél preferiría no ir al médico, no cuidar su salud, antes que perder su trabajo. Pese a ello, el juzgador a quo resolvió el litigio exclusivamente con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo —dictada en unificación de doctrina— relativa a la existencia o no de un factor discriminatorio en situaciones como la enjuiciada, soslayando aquel otro enfoque del problema, esto es, el potencial efecto disuasorio en la protección de la salud que tendría la aceptación de un despido como el impugnado, hasta el punto de que no citó siquiera el art. 15 CE en la fundamentación jurídica de su resolución.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sala Segunda: Sentencia de 14 de abril de 2008 (STC. 56/2008)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez

**Síntesis**

Vulneración del derecho a la libre expresión: despido de un trabajador por distribuir un comunicado dentro de la empresa formulando críticas por cuestiones laborales. Voto particular.

**Doctrina:**

Es reiterada doctrina constitucional que el plazo legal de veinte días que establece el art. 44.2 LOTC, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, para la interposición del recurso de amparo es un plazo de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que ha de computarse desde que se tiene conocimiento de la decisión lesiva del derecho fundamental o de la resolución del medio impugnatorio articulado contra ella, sin que sea admisible una prolongación artificial de la vía judicial previa a través de recursos manifiestamente improcedentes. En relación con la noción de recursos manifiestamente improcedentes, hemos declarado que la armonización del principio de seguridad jurídica con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) exige una aplicación restrictiva del concepto, considerando como tales sólo aquéllos cuya improcedencia derive de forma evidente del propio texto legal, sin dudas que sea necesario despejar por medio de criterios interpretativos de alguna complejidad (por todas, STC 143/2007, de 18 de junio, FJ 2).

De acuerdo con la interpretación expuesta debe desestimarse el óbice procesal aducido, pues en reiteradas ocasiones hemos afirmado que la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo no comporta que su interposición haya de tenerse por manifiestamente improcedente o dilatoria a efectos del cómputo del plazo para recurrir en amparo (por todas, SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 2; y 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

No obstante, en el ATC 64/2007, de 26 de febrero, FJ 2, ocupándonos de estas cuestiones en relación con el recurso de casación unificadora, hemos establecido que la exclusión de un automatismo que conduzca a declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por el mero hecho de su ulterior inadmisión no implica sin embargo que resulte aceptable cualquier comportamiento procesal de las partes procesales en relación con el mencionado recurso. En ese sentido, afirmamos, su interposición será manifiestamente improcedente cuando resulte a todas luces incompatible con la función institucional de la unificación de doctrina, conforme a la regulación legal y a la interpretación constante de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, esto es, cuando la utilización de ese cauce de reacción procesal tenga lugar en casos en los que la finalidad de procurar la aplicación uniforme del Ordenamiento jurídico ante la divergencia de doctrinas no sea, ex lege y según los criterios reiterados por el Tribunal Supremo, una hipótesis concebible. Esto así, en aquellos supuestos en los que se emplee la unificación de doctrina contraviniendo abiertamente su función institucional habrá que considerar manifiestamente improcedente el recurso presentado, lo que conducirá a declarar el carácter extemporáneo de la demanda de amparo siempre que con ello se haya ocasionado una artificial prolongación del plazo previsto en el art. 44.2 LOTC.

En el presente caso, sin embargo, centrándonos en la existencia de una posible vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, que constituye el objeto del presente procedimiento constitucional, y analizando a tal fin el primer razonamiento jurídico del Auto del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2006 —que es el referido a la nulidad del despido— es patente que la conclusión de inadmisión que el Alto Tribunal alcanza no está fundada en que la utilización del recurso pudiera estimarse abiertamente contraria a la finalidad institucional de la unificación de doctrina. El supuesto enjuiciado, en suma, queda al margen de aquéllos a los que hace referencia el ATC 64/2007, de 26 de febrero, pues cuando la resolución judicial destaca las diferencias de los supuestos a contraste se limita a realizar la operación ordinaria de comparación de resoluciones judiciales a los efectos del requisito de contradicción del art. 217 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), sin llegar a censurar ni expresar ni implícitamente, y sin que quepa tampoco apreciarlo a la vista de las Sentencias comparadas, una utilización manifiestamente improcedente de la casación unificadora. Más es así cuando existía un segundo motivo de recurso —relativo a la petición subsidiaria de improcedencia del despido— con ocasión del cual el Tribunal Supremo recuerda que, según su reiterada jurisprudencia, los casos de despido "difícilmente" pueden dar lugar a una impugnación comprendida en el ámbito de la unificación de doctrina, al depender de una valoración casuística de circunstancias individualizadas concurrentes en cada supuesto, sin llegar a afirmar, sin embargo, que pueda excluirse absolutamente la viabilidad potencial de tal recurso en procedimientos con ese objeto. En suma, resulta de aplicación la regla general de nuestra doctrina, conforme a la cual, como expusimos, la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo no comporta que su interposición haya de tenerse por manifiestamente improcedente o dilatoria a efectos del cómputo del plazo para recurrir en amparo.

3. Entrando entonces en la pretensión de fondo, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término "información", en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo "veraz" (SSTC 4/1996, de 16 de enero, FJ 3; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 2, o 181/2006, de 19 de junio, FJ 4).

Hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. En el presente caso, sin embargo, vistos los términos en los que se centró la decisión empresarial y el debate procesal, el examen de constitucionalidad deberá centrarse exclusivamente en aquéllos, quedando situado por tanto en el marco de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Ha de ser de esa manera porque los hechos relatados en el escrito del trabajador que motivaron su despido (existencia de un accidente sufrido por compañeros de trabajo y tramitación de un expediente disciplinario) no han sido analizados ni cuestionados desde la perspectiva de la libertad de información, no habiendo constancia alguna de que la censurada y sancionada actividad del actor se hubiera llevado a cabo fuera del ámbito propio y protegido por el art. 20.1 d) CE. En definitiva, porque sus opiniones, y no el juicio sobre la veracidad y el carácter noticiable de los hechos en los que se apoyan, fueron el único fundamento de la decisión extintiva y el auténtico objeto de las resoluciones judiciales cuya revisión se solicita en este procedimiento constitucional.

4. Para examinar la consistencia constitucional de la pretensión que formula el demandante conviene recordar algunos elementos caracterizadores del supuesto de hecho en el que el presente caso se sitúa. En particular que el actor, ahora recurrente en amparo, solicitaba con carácter principal al órgano judicial que dictara resolución por la que declarase nulo el despido y condenara a la empresa a su readmisión; pretensión que vio denegada en sucesivas instancias. La medida sancionadora había sido adoptada por Cepsa en atención a los términos del escrito que aquél difundió en la empresa justo el día siguiente a la fecha en la que alcanzó un pacto en conciliación judicial que dio lugar al levantamiento de una sanción previamente impuesta por la empleadora, considerando ésta que ese nuevo acto expresivo transgredía la buena fe contractual y que los términos del comunicado eran ofensivos, careciendo por ello del amparo que ofrece la libertad de expresión.

(...)5. Sentado lo anterior, el siguiente paso consistirá en determinar si las expresiones vertidas por el hoy recurrente estaban amparadas en la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 a) CE, según ha sostenido en la demanda, o, por el contrario, fueron efectuadas con extralimitación del ámbito de protección que dicho precepto constitucional consagra, como estima Cepsa y han confirmado las resoluciones judiciales recurridas.

Ha señalado reiteradamente este Tribunal que el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de "pensamientos, ideas y opiniones", sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (por todas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ4; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 5; 181/2006, de 19 de junio, FJ 5; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; y 139/2007, de 4 de junio de 2007, FJ 6).

En ese sentido, es preciso recordar que, como hemos señalado con reiteración, la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 7; y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5), pues "así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática'" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43). Lo que no reconoce el art. 20.1 a) CE es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, o 181/2006, de 19 de junio, FJ 5, entre tantas otras).

6. No obstante, a fin de delimitar con mayor precisión la cobertura del derecho, debemos recordar que en el presente caso la protección que el recurrente demanda de su derecho a la libertad de expresión se efectúa en relación con el ejercicio por parte del empresario de sus poderes disciplinarios en el seno de una relación laboral. Se trata, por lo tanto, de un ámbito en el cual el ejercicio de la indicada libertad no sólo está sujeto a las restricciones genéricas antes apuntadas, sino también a los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario (SSTC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8, o 227/2006, de 17 de julio, FJ 3, por todas).

Será oportuno, entonces, especificar los márgenes del derecho fundamental en ese ámbito contractual, reproduciendo a tal propósito la doctrina que, entre otras, fijara nuestra STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7:

"Al respecto, ha de comenzarse recordando que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a) CE], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (por todas, SSTC 6/1988, de 21 de enero; 186/1996, de 25 de noviembre; o 20/2002, de 28 de enero). Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legítima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE; STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos".

"Se ha declarado también, en segundo término, que el ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE se encuentra sometido a los límites que el apartado 4 del mismo precepto establece (SSTC 126/1990, de 5 de julio; 106/1996, de 12 de junio; o 186/1996, de 25 de noviembre, entre otras) y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; o 126/2003, de 30 de junio). De este modo, surge un 'condicionamiento' o 'límite adicional' en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre; o 20/2002, de 28 de enero), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre)".

"De ahí que este Tribunal se haya referido, por ejemplo, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (entre otras, STC 213/2002, de 11 de noviembre), o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985, de 27 de marzo; o 106/1996, de 12 de junio), y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985, de 13 de febrero) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989, de 17 de julio). Pero, al mismo tiempo, hemos sentado que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; o 192/2003, de 27 de octubre), de modo que aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE). "Por último, en atención a lo anterior, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, y 186/2000, de 10 de julio). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 126/2003, de 30 de junio). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo".

(...) El carácter estrictamente laboral del contenido del escrito considerado se acredita advirtiendo que nada hay en él que verse sobre ámbitos distintos al de las relaciones laborales. En efecto, el mismo se refiere íntegramente al accidente de trabajo de varios compañeros y a la sanción previamente impuesta al recurrente en amparo por otros comunicados previos. Sin perjuicio de lo que se dirá sobre la crítica formulada contra los representantes de los trabajadores, en lo que estrictamente afecta al empleador en ningún momento se realiza imputación o crítica alguna a la dirección del centro no relacionada directamente con aquellos concretos aspectos laborales. Desde esta perspectiva es evidente la conexión plena del escrito con el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de la relación de trabajo. Las críticas estarán o no justificadas; el malestar que en el escrito se explicita tendrá un alcance más o menos generalizado y será o no compartido por otros trabajadores; los concretos hechos que se denuncian serán o no ciertos; el diagnóstico de la situación y de sus causas será, en fin, más o menos acertado. Pero no cabe, en modo alguno, cuestionar su finalidad estrictamente laboral, pues resulta evidente que cabe encuadrar su contenido, más allá de su expresada voluntad de homenajear a compañeros muertos en el trabajo, en materias relativas a los riesgos laborales y al ejercicio de los poderes disciplinarios por parte del empleador.

Por último, en tercer lugar, no cabe apreciar daño alguno en acreditadas necesidades o en intereses empresariales. Es indudable, en ese

sentido, que el escrito constituye, en sí mismo, un acto de conflictividad laboral, pues con su elaboración y publicación —más aún cuando ésta se produce justamente el día siguiente al pacto alcanzado en conciliación judicial respecto del expediente disciplinario precedente— se ejerce por el recurrente en amparo una acción de protesta, crítica y autoafirmación de la propia posición, con independencia de que acompañe a ese propósito el declarado de homenajear a sus compañeros muertos en accidente laboral. Ahora bien, es igualmente cierto que, en sí mismo considerado, el hecho de explicitar un conflicto laboral no puede siquiera concebirse como un exceso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, resultando conceptualmente insostenible vincular el acto de hacerlo público con la idea de perjuicio o lesión de los intereses empresariales, pues el conflicto de intereses entre las partes del contrato de trabajo es consustancial a un sistema democrático de relaciones laborales, y lo es también, por tanto, el derecho a hacerlo expreso y a adoptar las medidas de conflicto que el Ordenamiento jurídico reconoce.

A ello responde, como señalamos anteriormente con cita de doctrina constitucional, que hayamos establecido que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, o que sea reiterada nuestra doctrina en cuanto a que, aun cuando la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador. En definitiva, en la medida en que el escrito no hace otra cosa que manifestar el malestar y crítica del trabajador firmante por las situaciones que denuncia, no puede declararse ningún daño efectivo a la empresa por extralimitación del marco legítimo del ejercicio de la libertad de expresión, al no haber resultado acreditadas otras consecuencias o daños específicos con base en los que proceda realizar algún tipo de ponderación(...)".





C-55/07 y C-56/07

023

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

Sala Tercera: Sentencia de 24 de abril de 2008

Ponente: Sra. P. Lindh

**Síntesis**

Directiva 97/81/CE – Igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo – Discriminación – Obstáculo administrativo que limita las posibilidades de trabajo a tiempo parcial.

**Doctrina:**

"(...) 21- La Directiva 97/81 y el Acuerdo marco tienen por objeto, por una parte, promover el trabajo a tiempo parcial y, por otra parte, suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo.

22- Esta doble finalidad se desprende de los términos de la cláusula 1 del Acuerdo marco (véase el apartado 5 de la presente sentencia) y de los considerandos de la Directiva 97/81. A este respecto, procede recordar que el quinto considerando de esta última enuncia que «las conclusiones del Consejo Europeo de Essen destacaron la necesidad de adoptar medidas para promover el empleo y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y llamaron a adoptar medidas tendientes a un aumento de la intensidad de creación de empleo del crecimiento, en particular mediante una organización más flexible del trabajo, que corresponda a los deseos de los trabajadores y a los requisitos de la competencia». Resulta, además, del undécimo considerando de dicha Directiva que las partes firmantes del Acuerdo marco «expresaron su voluntad de establecer un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores». Por último, según el considerando decimotercero de dicha Directiva, «la Comisión elaboró su propuesta de Directiva respetando el apartado 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre la política social [celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO 1992, C 191, p. 91), anejo al Protocolo nº 14 sobre la política social, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea], que dispone que la legislación en materia social "evitará establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas"».

23- En consonancia con el objetivo de promoción del trabajo a tiempo parcial, la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco prevé la obligación de los Estados miembros de «identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos».

24- Pues bien, resulta obligado observar que el artículo 2 del Decreto Legislativo nº 61/2000, al exigir a las empresas que notifiquen a las autoridades competentes una copia de cada contrato de trabajo a tiempo parcial, crea un obstáculo administrativo que puede limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco.

25- A este respecto, debe subrayarse que ningún elemento de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente indica que la celebración de contratos de trabajo a tiempo completo esté sujeta a análoga obligación de notificación.

26- La alegación del Gobierno italiano de que dicha obligación de notificación se justifica por la necesidad de luchar contra el trabajo clandestino y de informar a la Administración de las prácticas de los empresarios no resulta convincente. En efecto, para que tales preocupaciones puedan justificar la medida que es objeto del procedimiento principal, es necesario que ésta sea proporcional al objetivo que se pretende alcanzar. Ahora bien, como ha señalado el Abogado General en los puntos 46 a 48 de sus conclusiones, existen otras medidas menos onerosas que permiten al Gobierno italiano alcanzar los objetivos invocados en materia de lucha contra el fraude y el trabajo clandestino, ámbito en el que las autoridades nacionales disponen ya de medios de vigilancia, de inspección y de policía.

27- Además de la carga económica que esta formalidad de notificación administrativa hace gravitar directamente sobre las empresas, debe ponerse de relieve que el artículo 2 del Decreto Legislativo nº 61/2000 lleva aparejado un régimen de sanciones que prevé la imposición de una multa de 15 euros por contrato de trabajo y día de retraso en la notificación del contrato, sin ninguna limitación del importe total de la multa.

28- La conjunción de esa formalidad administrativa y ese régimen sancionador contribuye a disuadir a los empresarios de recurrir al trabajo a tiempo parcial.

29- Por otra parte, debido a su coste y a las sanciones que lleva aparejadas, existe el riesgo de que la obligación de notificación a la Administración de los contratos a tiempo parcial afecte de un modo más particular a las pequeñas y medianas empresas que, al no disponer de tantos recursos como las empresas de gran dimensión, pueden verse incitadas a renunciar a la modalidad de organización del trabajo a tiempo parcial que la Directiva 97/81 tiene por objeto promover.

30- Así pues, sin necesidad de pronunciarse sobre la interpretación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, procede responder a la cuestión planteada por el Landesgericht Bozen que la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la que es objeto del procedimiento principal, que exige que se notifique a la Administración una copia de los contratos de trabajo a tiempo parcial en el plazo de 30 días contados desde su celebración.

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

La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, anejo 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la que es objeto del procedimiento principal, que exige que se notifique a la Administración una copia de los contratos de trabajo a tiempo parcial en el plazo de 30 días contados desde su celebración.

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

04/12/2007 .....	(RCUD. 0507/07) -Ref. 01-
05/12/2007 .....	(RCUD. 1928/07) -Ref. 02-
14/01/2008 .....	(R.C. 143/06) -Ref. 03-
22/01/2008 .....	(RCUD. 0626/07) -Ref. 04-
30/01/2008 .....	(RCUD. 2543/06) -Ref. 05-
11/02/2008 .....	(RCUD. 0868/07) -Ref. 06-
11/02/2008 .....	(RC.127/06) -Ref. 07-
26/02/2008 .....	(RCUD. 1328/07) -Ref. 08-
26/02/2008 .....	(RCUD. 3094/06) -Ref. 09-
28/02/2008 .....	(RCUD. 0553/07) -Ref.10-
06/03/2008 .....	(RCUD. 4785/06) -Ref. 11-
13/03/2008 .....	(RCUD. 4592/06) -Ref. 12-
18/03/2008 .....	(RCUD. 0800/07) -Ref. 13-
14/05/2008 .....	(RCUD. 0884/07) -Ref. 14-
14/05/2008 .....	(RC. 0056/07) -Ref. 15-
20/05/2008 .....	(RCUD. 1837/07) -Ref. 16-

**TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA- :**

27/05/2008 .....	(RC.5751/04) -Ref. 17-
28/05/2008 .....	(RC.5108/05) -Ref. 18-
10/06/2008 .....	(RC.1545/04) -Ref. 19-
17/06/2008 .....	(RC.0404/04) -Ref. 20-

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

26/05/2008 .....	(STC. 62/2008) - Ref. 21
14/04/2008 .....	(STC. 56/2008) - Ref. 22

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:**

24/04/2008 .....	(Asuntos C55/07 y C56/07) - Ref. 23
------------------	-------------------------------------





*Algú  
havia de ser el  
número 1*



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

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

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

La iniciativa mou el món.

**I en salut laboral som pioners.**

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

AMB LA SALUT LABORAL,  
AMB LES PERSONES.

