Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

LA JURISPRUDENCIA "SOCIAL" DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Discurso leído el día 26 de noviembre de 2020
en el acto de recepción como Académico de Número por el

EXCMO. SR. D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

y contestación del

EXCMO. SR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

MURCIA, 2020

Región de Murcia

LA JURISPRUDENCIA "SOCIAL" DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Discurso leído el día 26 de noviembre de 2020 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el

EXCMO. SR. D. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

y contestación del

EXCMO. SR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

MURCIA
2020

ISBN: 978-84-09-25571-9
Depósito Legal: MU-863-2020
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com
Impreso en España - Printed in Spain

SUMARIO

PALABRAS PREVIAS....29

PRIMERA PARTE

HONOR DEL TORERO FALLECIDO TRABAJANDO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 201/2019 DE 3 ABRIL)

I. INTRODUCCIÓN....35
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....36
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....36
1. Hechos relevantes....36
2. Sentencia del Juzgado....37
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....38
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....39
1. Los herederos (demandantes recurridos)....39
2. La concejala animalista (demandada recurrente)....39
3. El Ministerio Fiscal....40
V. PRECEPTOS RELEVANTES....40
VI. DOCTRINA BÁSICA....42
1. Método conflictivista....42
2. El honor, en especial de quien ha fallecido....43
3. La libertad de expresión....43
4. La necesaria ponderación....44
VII. PARTE DISPOSITIVA....44

VIII. PASAJES DECISIVOS....44
IX. COMENTARIO....45
1. La muerte en accidente laboral....45
2. Una reflexión sobre la competencia jurisdiccional....47
3. El derecho al honor....47
4. La indemnización....48
X. APUNTE SOBRE EL DERECHO AL HONOR DEL EMPLEADOR....50

TERTULIANO RADIOFÓNICO INSULTADO POR COMPAÑERO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 236/2019 DE 23 ABRIL)

I. INTRODUCCIÓN....53
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....54
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....54
1. Hechos relevantes....54
2. Demanda formulada....56
3. Sentencia de primera instancia....56
4. Sentencia de la Audiencia Provincial....57
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....58
1. El recurrente....58
2. El recurrido....58
3. El Ministerio Fiscal....59
V. PRECEPTOS RELEVANTES....59
VI. DOCTRINA BÁSICA....60
1. El honor de los personajes públicos....61
2. La imputación pública de falsedades vejatorias en el seno de un enfrentamiento....62
VII. PARTE DISPOSITIVA....62
VIII. PASAJES DECISIVOS....63
IX. LA VINCULACIÓN ENTRE MEDIO DE COMUNICACIÓN Y COLABORADOR....63
1. Distinción entre contratos laborales y civiles....63
2. Existencia de dependencia....65
3. Existencia de ajenidad....66

4. Presunción de laboralidad....67
5. La STS 5 mayo 2015, sobre tertuliano radiofónico....68
A) Supuesto de hecho....69
B) Doctrina del Pleno de la Sala Cuarta....69
C) Los Votos Particulares....72
6. Otras sentencias relevantes....73
A) Reportero gráfico....73
B) Profesional informador....75
C) Actores de doblaje....76
D) Maquilladora televisiva....78
E) Operador de imagen....78
X. APUNTE FINAL....80

HONOR DE MÉDICO INCUMPLIDOR (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 481/2019 DE 200 SEPTIEMBRE)

I. INTRODUCCIÓN....81
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....81
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....82
1. Hechos relevantes....82
2. Sentencia del Juzgado....83
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....83
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....84
1. El Médico (demandante y recurrente)....84
2. La Editora y la periodista (demandadas recurridas)....85
3. El Ministerio Fiscal....85
V. PRECEPTOS RELEVANTES....85
VI. DOCTRINA BÁSICA....87
1. Método conflictivista....87
2. El honor, en especial de persona pública....88
3. La libertad de expresión y de información....89
4. La necesaria ponderación....89
5. Veracidad de la información....90
6. Aplicación al caso....91

A) Derecho al honor....91
B) Derecho a la propia imagen....92
VII. PARTE DISPOSITIVA....92
VIII. PASAJES DECISIVOS....93
IX. COMENTARIO....93
X. APUNTE FINAL....94

LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL TUITEO DE COMPAÑEROS
(AL HILO DE LA STS-CIV 476/2018)

I. PROBLEMAS LABORALES Y ÓRDENES JURISDICCIONALES....96
1. Una reflexión general....96
2. Una reflexión sobre el caso....98
II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS ENJUICIADOS Y DE LOS ANTECEDENTES PROCESALES....99
1. Hechos probados....99
2. Demanda formulada....100
3. Sentencia de instancia y recursos....100
4. Sentencia de Apelación....101
5. Recurso de casación....102
III. EVENTUAL VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR....102
1. Entronque constitucional....103
2. Criterio del Tribunal Supremo....103
IV. EVENTUAL VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN....104
1. Entronque constitucional....104
2. Criterio del Tribunal Supremo....105
V. EVENTUAL VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD....107
1. Entronque constitucional....107
2. Criterio del Tribunal Supremo....107
VI. EL FINAL....108

UN APUNTE SOBRE LA GRABACIÓN MEDIANTE CÁMARAS (AL HILO DE LA STS-CIV 600/2019 DE 7 NOVIEMBRE)

I.INTRODUCCIÓN....110
II. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA....111
III. PROBLEMA SUSCITADO. HECHOS Y ANTECEDENTES....111
1. Hechos litigiosos....111
2. Sentencia del Juzgado....112
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....112
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....113
1. El demandante (recurrido)....113
2. La mercantil recurrente (demandante)....113
3. El Ministerio Fiscal....114
V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO....114
VI. DOCTRINA BÁSICA....114
VII. PARTE DISPOSITIVA....115
VIII. PASAJES DECISIVOS....116
IX. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO....116
X. COMENTARIOS LABORALES....117
1. "Nuevas tecnologías" y relaciones laborales....117
2. El conflicto de derechos, como trasfondo....119
3. Referencia al marco normativo....121

SEGUNDA PARTE

SOBRE LA MODIFICACIÓN RETRIBUTIVA Y SU ACEPTACIÓN (VERTIENTES CIVILISTA Y LABORALISTA)

I. INTRODUCCIÓN....125
II. EXAMEN DE LA STS-CIV 507/2019....126
1. Descripción formal de la sentencia....126
2. Antecedentes del caso....126
3. Sentencia del Juzgado....127
4. Sentencia de la Audiencia Provincial....127
5. Recursos ante el Tribunal Supremo....128
6. Preceptos aplicables....128
7. El silencio y la obligación de responder....129
8. Resolución del caso....131
III. LA NOVACIÓN RETRIBUTIVA EN EL ÁMBITO LABORAL....132
1. Arrendamiento de servicios y contrato laboral....132
2. Alteraciones en la cuantía o sistema retributivo....133
A) Cuadro general....133
B) La vía de la MSCT....134
3. Alteración retributiva de alcance individual o plural....136
4. Alteración retributiva de alcance colectivo....138
5. Ausencia de notificación de la MSCT e impugnación....139
IV. UNA REFLEXIÓN FINAL....139

INDEMNIZACIÓN POR TÉRMINO BRUSCO DEL CONTRATO DE AGENCIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 26/2019 DE 17 ENERO)

I. INTRODUCCIÓN....141
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....141
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....142
1. Hechos relevantes....142
2. Sentencia del Juzgado....142
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....143

IV. POSICIONES DE LAS PARTES....144
1. Los dos Agentes (recurrido)....144
2. La empresa (recurrente)....145
V. PRECEPTOS RELEVANTES....145
1. Artículo 1101 del Código Civil....145
2. Artículo 25 de la LCA....145
3. Artículo 29 de la LCA....146
VI. DOCTRINA BÁSICA....146
1. Sobre la exigibilidad del plazo de preaviso....147
A) Obligatoriedad del preaviso....147
B) El preaviso en los contratos indefinidos....147
C) Aplicación al caso....148
2. Indemnización por incumplimiento de preaviso....148
A) Doctrina general....148
B) El daño emergente....149
C) Lucro cesante....149
D) Aplicación al caso....150
VII. PARTE DISPOSITIVA....150
VIII. PASAJES DECISIVOS....150
IX. COMENTARIO....151
1. Obligatoriedad del preaviso para extinguir el contrato de Agencia....151
2. Consecuencias de incumplir el preaviso....152
3. Contraste con el régimen laboral de mediadores mercantiles....152
X. APUNTE FINAL....154

CARÁCTER ABUSIVO DEL PACTO DE EXCLUSIVIDAD (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 263/2019 DE 10 MAYO)

I. INTRODUCCIÓN....155
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....155
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....156
1. El contrato suscrito....156
2. Los hechos posteriores....157

3. Sentencia del Juzgado....158
4. Sentencia de la Audiencia Provincial....159
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....159
1. El vendedor (recurrente)....160
2. La Agencia Inmobiliaria (recurrida)....160
V. PRECEPTOS RELEVANTES....160
1. Artículo 80 LGCU....161
2. Artículo 85.6 LGCU....161
3. Artículos 1152 y 1181 CC....162
VI. DOCTRINA BÁSICA....162
1. Aplicación de las garantías propias de consumidores y usuarios....162
2. Admisión de los contratos de exclusividad....163
3. Admisión de la cláusula penal en el contrato de exclusiva....164
4. Examen del caso debatido....165
VII. PARTE DISPOSITIVA....165
VIII. PASAJES DECISIVOS....166
IX. COMENTARIO....166
1. El pacto de plena dedicación laboral....166
2. Compensación de la exclusividad....167
3. Duración del pacto....167
4. Consecuencias de incumplir la plena dedicación....168
X. APUNTE FINAL....168

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA POR EL DEFICIENTE CUESTIONARIO DE SALUD UTILIZADO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 562/2018)

I. COORDENADAS DEL CASO....169
1. Hechos litigiosos....170
2. Sentencia de instancia....171
3. Sentencia de apelación....171
4. Recurso de casación....172
5. Regulación aplicable....173
II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO....174
1. Criterios generales....175
2. Supuestos de dolo....175
3. Supuestos de responsabilidad de la Aseguradora....176
III. PRONUNCIAMIENTOS DE LA STS 562/2018....177
1. Resolución de fondo....178
2. Decisiones principal y accesorias....179
IV. ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL....180
1. El concepto de Incapacidad Permanente....180
2. La Incapacidad Permanente Absoluta....182
3. Las patologías preexistentes....183
4. Revisión de la Incapacidad Permanente....184
V. REFLEXIONES FINALES....185

ENFERMEDAD PREEXISTENTE A LA DECLARACIÓN DE RIESGOS EN SEGURO DE INCAPACIDAD PERMANENTE (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 106/2019 DE 19 FEBRERO)

I. INTRODUCCIÓN....186
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....187
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....187
1. Hechos relevantes....187
2. Sentencia del Juzgado....188

3. Sentencia de la Audiencia Provincial....188
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....189
1. La trabajadora (recurrente)....189
2. La Compañía Aseguradora....190
V. PRECEPTOS RELEVANTES....190
VI. DOCTRINA BÁSICA....192
1. Sobre el silencio de la trabajadora acerca de su enfermedad....192
2. Sobre la ausencia de derecho a la prestación reclamada....192
3. Sobre la minoración de la prestación prevista....193
4. Sobre los intereses....194
VII. PARTE DISPOSITIVA....194
VIII. PASAJES DECISIVOS....195
IX. COMENTARIO....195
1. Doctrina sobre la obligación de declarar el riesgo....196
2. Patologías previas y protección de Seguridad Social....196
3. Intereses por mora según la jurisdicción social....197
X. APUNTE FINAL....198

INDEMNIZACIÓN POR EL ACCIDENTE DE SPANAIR (VERTIENTES CIVILISTA Y LABORALISTA)

I. INTRODUCCIÓN....199
1. El accidente de Spanair en Barajas....199
2. Las cuestiones dirimidas....200
3. El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro....200
II. EXAMEN DE LA STS-CIV 681/2019....202
1. Sentencia del Juzgado....203
2. Sentencia de la Audiencia Provincial....203
3. Recurso de casación....204
4. Aplicación de la legislación nacional....204
5. Virtualidad de los intereses contemplados en el art. 20 LCS....205
III. EXAMEN DE LA STS-SOC 844/2019 DE 5 DICIEMBRE....207
1. Sentencia del Juzgado....207
2. Sentencia del Tribunal Superior....208

3. Recurso de casación unificadora....209
4. Resolución del recurso....209
IV. UN APUNTE FINAL....211

EL COSTE DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN CASO DE (CUMULATIVA) COBERTURA PÚBLICA Y PRIVADA

I. INTRODUCCIÓN....213
II. IDENTIFICACIÓN....213
III. PROBLEMA SUSCITADO. HECHOS Y ANTECEDENTES....214
1. Hechos relevantes....214
2. Demanda de Osakidetza....215
3. Sentencia del Juzgado....215
4. Sentencia de apelación....216
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....216
1. El Servicio Vasco de Salud....216
2. La Aseguradora....217
V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO....217
VI. DOCTRINA BÁSICA....219
1. El aseguramiento de la asistencia sanitaria....219
2. La doble cobertura de la asistencia....219
3. Financiación de asistencia sanitaria en casos de doble cobertura....220
4. Especificidad del caso....221
VII. PARTE DISPOSITIVA....221
VIII. PASAJES DECISIVOS....221
IX. COMENTARIO....222
X. APUNTE FINAL....229

SUMISIÓN A LAS NORMAS PRESUPUESTARIAS DEL CONTRATO DE SEGURO A FAVOR DE LOS EMPLEADOS DE EMPRESA PÚBLICA (AL HILO DE LA STS-CIV 258/2018)

I. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS ENJUICIADOS Y DE LOS ANTECEDENTES PROCESALES....231
1. La póliza suscrita....231

2. La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma....231
3. Actuación de las partes del contrato de seguro....232
4. Demanda y sentencias recaídas....233
5. El debate sobre infracción procesal....233
6. El recurso de casación....234
7. El origen de la póliza....234
II. AFECTACIÓN LAS LEYES DE PRESUPUESTOS A DERECHOS LABORALES....235
1. Doctrina constitucional....235
2. Jurisprudencial social....237
III. INVALIDEZ SOBREVENIDA DE LA PÓLIZA DE SEGUROS....239
1. La Ley incide en el contrato de seguro....240
2. Imposibilidad legal de cumplir el contrato....240
3. Extinción de las obligaciones contractuales....241
IV. CONCLUSIÓN Y APUNTES....242
1. Criterio del Tribunal Supremo....242
2. Reflexiones adicionales....242
3. Concordancias....243

CUARTA PARTE

IMPUTACIÓN DE PAGOS A CARGO DEL FOGASA (AL HILO DE LA STS-CIV 4/2020 DE 8 ENERO)

I. INTRODUCCIÓN....245
II. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA....245
III. PROBLEMA SUSCITADO. HECHOS Y ANTECEDENTES....246
1. Hechos litigiosos....246
2. Debate suscitado y sentencia del Juzgado....247
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....248
IV. CUESTIÓN CASACIONAL....248
V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO....249
VI. DOCTRINA BÁSICA....251
1. Inaplicabilidad de las reglas del Código Civil....251
2. Aplicación de las reglas concursales....252
3. Especificidad del pago por el FOGASA....252
VII. PASAJES DECISIVOS....253
VIII. LA PERSPECTIVA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL....253
1. Pagos del Fondo cuando hay deuda heterogénea....253
2. Naturaleza del Fondo....255
3. La imputación de pagos....256
IX. APUNTE FINAL....256

ASESORAMIENTO PRESTADO POR ENTIDADES FINANCIERAS: VERTIENTES CIVIL Y LABORAL (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 229/2019 DE 11 ABRIL Y LA STS-SOC 121/2019 DE 20 FEBRERO)

I. INTRODUCCIÓN....258
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....259
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....259
1. Hechos relevantes....259
2. Demanda formulada y Sentencia del Juzgado....260
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....261

IV. POSICIONES DE LAS PARTES....261
1. El Banco (recurrente)....261
2. Los inversores (recurridos)....262
V. PRECEPTOS RELEVANTES....262
VI. DOCTRINA BÁSICA....264
1. Regla general sobre indemnización por asesoramiento defectuoso....264
2. Concreción de los beneficios compensables para minorar el daño....265
3. Adaptación del artículo 1106 CC....266
4. Aplicación al caso....266
VII. PARTE DISPOSITIVA....267
VIII. PASAJES DECISIVOS....267
IX. COMENTARIO: EL CASO DE LA STS-SOC 131/2019 DE 20 DE FEBRERO....268
1. Problema suscitado....268
2. Alcance general del artículo 23.1.d ET....269
3. El contenido de una Guía financiera no comporta exigibilidad....270
4. Coordenadas de la necesidad formativa: inexigibilidad del contenido de la Directiva....270
5. Dimensión temporal del problema: momento de la formación....271
6. Conexión con el puesto de trabajo....271
X. APUNTE FINAL....272

LOS CONTRATOS PARA MANTENIMIENTO DE ASCENSORES (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 469/2019)

I. VISIÓN CIVILISTA....274
1. Coordenadas del caso....274
A) Resolución comentada....274
B) Hechos probados....275
2. Debate suscitado....276
3. Sentencias recaídas en el procedimiento....276
A) Primera instancia....276
B) Apelación....277

4. Recurso de casación....278
5. Regulación aplicable....278
6. Premisas para el control de la cláusula cuestionada....280
A) Ausencia de verdadera negociación....280
B) La previa negociación no impide el control....281
C) Conclusión....282
7. Doctrina sobre cláusulas de duración excesiva....282
A) Fundamento de la abusividad....282
B) Parámetros de la autonomía....282
C) Administración de altas y bajas....283
8. Resolución del caso....284
II. VISIÓN LABORALISTA....284
1. Problema suscitado....285
2. Premisas metodológicas....286
A) Presupuestos esenciales de laboralidad....286
B) Necesario casuismo....287
3. Distinción entre contratos civiles y mercantiles....287
4. Análisis de la dependencia....289
5. Ajenidad y dependencia en el caso....290
6. El juego de la presunción de laboralidad....291
7. Conclusión....292
III. REFLEXIONES FINALES....293

EL DEBER DE FACILITAR UNA CUENTA CORRIENTE BANCARIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 508/2019 DE 1 OCTUBRE)

I. INTRODUCCIÓN....294
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....294
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....295
1. Hechos relevantes....295
2. Sentencia del Juzgado....296
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....297
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....297
1. La AEAT (demandante y recurrida)....298

2. El empresario (demandado y recurrente)....298
V. PRECEPTOS RELEVANTES....298
VI. DOCTRINA BÁSICA....301
1. Validez de la cláusula convencional....301
2. Interpretación de la cláusula convencional....302
3. Incumplimiento de la cláusula convencional....303
VII. PARTE DISPOSITIVA....303
VIII. PASAJES DECISIVOS....303
IX. COMENTARIO ("CONEXIÓN LABORALISTA")....303
1. Normas aplicables....304
2. El pago a través de cuenta corriente....305
3. El pago en efectivo, como excepción....306
4. La STS-SOC 538/2016....307
X. APUNTE FINAL....308

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR Y SOCIO ÚNICO POR DEUDAS LABORALES

I. INTRODUCCIÓN....309
II. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA....309
III. PROBLEMA SUSCITADO. HECHOS Y ANTECEDENTES....310
1. Hechos relevantes....310
2. Intervención del Juzgado de lo Social....311
3. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia....311
4. Sentencia de la Audiencia Provincial....312
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....313
1. Las recurrentes (trabajadoras despedidas)....313
2. El administrador (recurrido)....313
V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO....314
1. Artículos 238 y 241 LSC (Responsabilidad de los administradores: acción social e individual)....314
2. Artículo 367 LSC (Responsabilidad de los administradores a partir de la existencia de causa de disolución)....314
3. Recapitulación....315

VI. DOCTRINA BÁSICA....316
1. Responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones....316
2. Responsabilidad del administrador en el caso examinado....317
3. Irrelevancia de que las trabajadoras conocieran la insolvencia....317
4. Nacimiento de las deudas reclamadas....318
5. Obligaciones del administrador societario cuando concurre con otro de hecho....319
VII. PARTE DISPOSITIVA....319
VIII. PASAJES DECISIVOS....320
IX.COMENTARIO....321
1. La exigencia de responsabilidades a los administradores sociales....321
2. La responsabilidad de los administradores por deudas laborales....322
3. Competencia jurisdiccional para la exigencia de tales responsabilidades....322
A) Supuestos de incompetencia jurisdiccional....323
B) Supuestos de competencia jurisdiccional....324
C) Reflexión crítica....325
X. APUNTE FINAL....325

QUINTA PARTE

LABORALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 120/2018)

I. COORDENADAS DEL CASO....327
1. Hechos litigiosos....327
2. Sentencias de instancia y de apelación....328
3. Recurso de casación....328
4. Regulación básica....329
II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO....329
1. Criterios precedentes....330
2. Matización de la STS 120/2018....331
III. LABORALIDAD DEL TRABAJO DESEMPEÑADO....332
1. En general....332
2. En el caso examinado....334
IV. CONDICIONANTES LABORALES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA....335
1. Disenso....335
2. Condición resolutoria....336
3. Temporalidad....336
4. Dimisión....337
5. Imposibilidad del trabajador....337
6. Jubilación del trabajador....338
7. Imposibilidad del empleador....338
8. Fuerza mayor....339
9. Despido objetivo y colectivo....339
10. Extinción causal....339
11. Despido....340
12. Violencia de género....341

SEXTA PARTE

LA INFRACCIÓN DE NORMA EN EL RECURSO DE CASACIÓN (CIVIL Y SOCIAL) (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 629/2019 DE 21 NOVIEMBRE)

I. INTRODUCCIÓN....343
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....344
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....345
1. Hechos relevantes....345
2. Sentencia del Juzgado....345
3. Sentencia de la Audiencia Provincial....346
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....347
1. El demandante (y recurrente)....347
2. La demandada (y recurrida)....347
3. Examen de los motivos de casación formalizados....348
V. PRECEPTOS RELEVANTES....348
VI. DOCTRINA BÁSICA....349
1. Estructura del recurso de casación....349
2. Necesaria denuncia de infracción normativa....351
3. Conversión de la causa de inadmisión en otra de desestimación....351
VII. PARTE DISPOSITIVA....352
VIII. PASAJES DECISIVOS....352
IX. COMENTARIO ("CONEXIÓN LABORALISTA")....353
1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso....353
2. Exigencias específicas de la casación social....354
3. Infracción normativa denunciable....356
4. Transformación de la causa de inadmisión en otra de desestimación....359
X. APUNTE FINAL....359

SOBRE LA "IMPERMEABILIDAD" DE LA CASACIÓN: EJEMPLO SOCIAL Y CIVIL

I. UNA SENTENCIA CIVIL SOBRE DERECHOS REALES....360
1. Cuestión sustantiva debatida....360
2. Instrumentación del recurso....361
3. Inquietud jurídica....362
II. LAS SENTENCIAS DE CONTRASTE EN LA CASACIÓN UNIFICADORA....363
1. El instrumento conciliador de doctrinas discrepantes....363
2. Las resoluciones referenciales....364
3. Las discrepancias autonómicas....365
4. Requisitos formales....365
A) Firmeza de la sentencia....365
B) Invocación previa....367
C) Sentencias sin hechos probados....367
5. Resoluciones inhábiles para el contraste....368
A) Sentencias del Tribunal Central de Trabajo....368
B) Sentencias de las Audiencias Territoriales....368
C) Sentencias de la Audiencia Nacional....369
D) Sentencias de otras Salas del Supremo....369
E) Sentencias de otras Salas de TTSSJ....370
F) Autos del Tribunal Supremo....370
G) Autos de Tribunales Superiores....370
H) Sentencias de TTSSJ dictadas en instancia....371
I) Sentencias de Juzgados de lo Social....371
6. Tribunales «mayores»....372
A) Sentencias y autos del Tribunal Constitucional....372
B) Sentencias de Tribunales foráneos....372
III. UN APUNTE SOBRE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL POR LA DEFICIENTE ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA (AL HILO DE LA STS-CIV 328/2019)....373
IV. REFLEXIÓN FINAL....376

LA REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME POR FALSO TESTIMONIO DE TRABAJADOR (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 182/2019 DE 21 DE MARZO)

I. INTRODUCCIÓN....377
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....378
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....378
1. Hechos relevantes....378
2. Litigio ante la jurisdicción civil....379
3. Litigio ante la jurisdicción penal....380
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....380
1. El cliente (demandante)....380
2. La Clínica (demandada)....381
3. El Ministerio Fiscal....381
V. PRECEPTOS RELEVANTES....381
VI. DOCTRINA BÁSICA....382
VII. PARTE DISPOSITIVA....383
VIII. PASAJES DECISIVOS....383
IX. COMENTARIO....383
1. Carácter común de la revisión de sentencias....384
2. Carácter extraordinario de la revisión de sentencia....385
3. Perspectiva constitucional....385
4. La revisión por falso testimonio....387
X. APUNTE FINAL....388

EL ALLANAMIENTO DEL RECURRIDO (PERSPECTIVAS CIVIL Y SOCIAL)

I. INTRODUCCIÓN....390
II. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA....390
III. PROBLEMA SUSCITADO. HECHOS Y ANTECEDENTES....391
1. Hechos relevantes....391
2. Sentencia del Juzgado....391
3. Sentencia de Apelación....392
IV. POSICIÓN DE LAS PARTES....393

1. La recurrente (demandante)....393
2. La recurrida (demandada)....393
V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO....394
VI. DOCTRINA BÁSICA....395
1. Ontología del allanamiento....395
2. Viabilidad en casación....396
3. Aspectos complementarios....396
VII. PARTE DISPOSITIVA....398
VIII. PASAJES DECISIVOS....399
IX. COMENTARIO....399
X. APUNTE FINAL....405

SÉPTIMA PARTE

RECLAMACIÓN CIVIL POR DEFICIENTE ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA
(A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 321/2019 DE 5 JUNIO)

I. INTRODUCCIÓN....408
II. RESOLUCIÓN COMENTADA....409
III. PROBLEMA SUSCITADO: HECHOS Y ANTECEDENTES....409
1. Hechos relevantes....410
2. Sentencia del Juzgado....411
3. Sentencia de la Audencia Provincial....411
IV. POSICIONES DE LAS PARTES....412
1. El beneficiario de asistencia sanitaria (y sus causahabientes)....412
2. La Compañia Aseguradora....412
V. PRECEPTOS RELEVANTES....413
VI. DOCTRINA BÁSICA....415
1. El criterio de la Sala de Conflictos....415
2. Doctrina de la Sala Primera sobre su competencia....417
3. La responsabilidad de la Administración, como presupuesto....418
4. Las opciones jurisdiccionales para los perjudicados....419
5. Activación bifronte de reclamaciones....420
VII. PARTE DISPOSITIVA....420
VIII. PASAJES DECISIVOS....421
IX. COMENTARIO....421
1. El resquicio sobre monopolio competencial de lo contencioso....421
2. Un caso paralelo....422
3. El artículo 3.g) LRJS....424
4. Sentido de la competencia sostenida....424
5. Una duda procesal....425
X. APUNTE FINAL....425

CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR....427

PALABRAS PREVIAS

Excmo. Sr. Presidente;
Excelentísimos integrantes de esta venerable Corporación;
Muy querida, sin excepción, asistencia:

El 4 de julio de 1980 defendí, en lugar cercano al que ahora ocupamos, la Memoria para alcanzar el título de Doctor. Quiere nuestra pequeña historia que cuatro meses después se constituyera la Junta Electoral que eligió la Junta Gestora de esta Real Academia y que tres años después ingresara en ella mi Maestro, el Profesor Montoya Melgar defendiendo su Discurso sobre *Ideología y lenguaje en las Leyes Laborales de la II República.*

El 1 de marzo de 1986 culminé los ejercicios para opositar a la Cátedra de Derecho del Trabajo en la Universidad de Oviedo, con inesperado éxito. Quiere nuestra pequeña historia que nueve meses después leyera su Discurso de ingreso, centrado en *La inembargabilidad del salario,* el Magistrado Bartolomé Ríos Salmerón.

El 1 de diciembre de 1999 me incorporé a la Universidad Rey Juan Carlos como responsable del área de conocimiento que profeso. Quiere nuestra pequeña historia que ello sucediera meses después de que el Abogado Antonio Checa de Andrés defendiera su Discurso de ingreso sobre *Los trabajadores fijos discontinuos en la Región de Murcia y su incidencia en el sector agrario.*

He elegido esos tres hitos por el paralelismo concurrente entre el propio decurso profesional y la vida de la Institución a cuyas puertas ahora llamo. En ella encuentro Profesores de quienes sigo aprendiendo, colegas a los que respeto y admiro, incluso alumnos muy aventajados.

Comenzando por su Presidente y siguiendo por quien me dará réplica, pero sin omitir a nadie, quiero que mis primeras palabras sean de gratitud por permitirme, espero, ocupar un asiento de número. Desde él, por descontado, me comprometo a cumplir, en la medida de mis posibilidades personales y profesionales, las obligaciones que ello comporta.

Suelo ser persona sobria y sincera en agradecimientos. También hoy. Me limitaré a recordar que la hermana *Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia* me integró en sus filas hace ya diez años y que estoy en permanente deuda con ella. Mi reconocimiento también a cuantas personas habéis acudido a este acto, sea del círculo de amistades, sea del círculo familiar, sea del ámbito profesional. De corazón. Muchas gracias.

* * *

La materia sobre la que versa mi exposición requiere ciertas explicaciones. Por la aparente discordancia entre el sujeto (servidor) y la materia (jurisprudencia civil) las doy con tanta convicción cuanta consciencia del riesgo que asumo.

Primera explicación. Las 250 páginas que tiene el original carecen de cualquier cita bibliográfica. Es algo insólito y acepto cualquier censura sobre el particular. Existe, eso sí, una explicación. Personalísima. De final de ciclo. La Tesis Doctoral a que he aludido, elaborada en plena ebullición normativa,

estudia un fenómeno doctrinal, es decir, una teoría sin acogida normativa o, mucho menos, jurisprudencial. Nada menos que la favorable a eliminar el contrato de trabajo, porque implicaba una discordancia de intereses inasumible para la doctrina armonicista de la época totalitaria en que se desarrolló, sustituyéndolo por una utópica "relación de trabajo", de corte paternalista. Durante los años posteriores me he esforzado por demostrar que quien había realizado ese estudio vivía apegado a la realidad del momento, a los problemas de cada tiempo.

Con el Discurso de hoy he pretendido, simbólicamente, cerrar un ciclo. Empezado en 1980 al tomar como objeto la doctrina científica. Culminado cuarenta años después, al optar por la jurisprudencia.

Segunda explicación. Es inevitable que, tras tanto tiempo, uno crea haber descubierto cosas y tener ideas propias. En mi caso, sin embargo, sucede lo contrario. Las pocas que acabo considerando como la quintaesencia de mi trayectoria jurídica son de primero de carrera. Que la separación entre teoría y práctica es una treta de quienes no aspiran al cultivo integral del Derecho. Que las interpretaciones humanas han de ser razonables y leales con quienes tienen el poder de crear las normas. Que el ordenamiento jurídico es uno. Que la interdisciplinariedad es magnífica compañera de juristas.

El Discurso que presento busca temas en los que sea fácil la visión desde ramas diversas del Derecho: con el tamiz laboralista inherente a la especialidad del su autor, pero con el compromiso de examinar el modo en que la misma cuestión es afrontada en otro terreno.

***Tercera explicación*.** La elección de la jurisprudencia civil como territorio en el que encontrar cuestiones interesantes para el laboralismo constituye un pequeño homenaje a la orientación de quienes han presidido esta Academia, al tiempo que un símbolo de reconocimiento a la matriz del Arte que cultivamos. Derecho Civil y Derecho del Trabajo han vivido y viven una fecunda relación dialéctica. Tras renegar el uno del otro, han sabido reconocerse y enriquecerse

mutuamente, tanto en el terreno procesal cuanto en el sustantivo, en el interno cuanto en el internacional.

Examinar jurisprudencia civil, por otro lado, tiene la ventaja de que un buen número de quienes integran la Academia, comenzando por mi colega y tocayo Excmo Sr Salas Carceller, podrán auxiliarme en el aprendizaje y contribuir al logro de nuestros objetivos estatutarios.

Cuarta explicación. Puesto que mi principal cometido jurídico tiene que ver con el *ius dicere* y la Academia ha de ser, por definición, crítica e imparcial, he pensado que contemplando las cuestiones laborales desde la perspectiva de otra jurisdicción podría ser más coherente con tal exigencia. A fuer de sinceridad, diré también que lo hago porque soy un ferviente defensor de que el ordenamiento laboral es tan solo una pantalla o atalaya desde la cual contemplar la totalidad del ordenamiento (Alonso Olea) y porque la visita a los lugares donde no solemos habitar siempre aparece como especialmente atractiva.

Sin más explicaciones, diré que el Discurso aborda veinticuatro tópicos o materias, en concordancia con otras tantas resoluciones de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo.

La Primera parte se compone de cinco cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de carácter genérico, en especial el honor y la intimidad:

- Honor del torero fallecido trabajando.
- Tertuliano radiofónico insultado por compañero.
- Honor de Médico incumplidor.
- La intimidad del trabajador frente al tuiteo de compañeros.
- Un apunte sobre grabación de cámaras.

La Segunda parte está dedicada a cuestiones generales del Derecho de Obligaciones y de los contratos, quedando integrada por tres estudios:

▪Sobre la modificación retributiva y su aceptación.
▪Indemnización por término brusco del contrato de Agencia.
▪Carácter abusivo del pacto de exclusividad.

La Tercera Parte, más extensa, está dedicada al Derecho de los Seguros y en ella aparecen las siguientes cuestiones:

▪Responsabilidad de la Aseguradora por el deficinete cuestionario de salud.
▪Enfermedad preexistente a la declaración de riesgos en seguro de incapacidad permanente.
▪Indemnización por el accidente de Spanair.
▪El coste de la asistencia sanitaria en caso de (cumulativa) cobertura pública y privada.
▪Sumisión a las normas presupuestarias del contrato de seguro a favor de los empleados de empresa pública.

La Cuarta Parte está dedicada a problemas de tipo singular o específico y en ella aparecen examinadas las siguientes cuestiones:

▪Imputación de pagos a cargo del FOGASA.
▪Asesoramiento prestado por entidades financieras.
▪Los contratos para mantenimiento de ascensores.
▪El deber de facilitar una cuenta corriente bancaria.
▪Responsabilidad del administrador y socio único por deudas laborales.

La Quinta Parte contiene una pequeña incursión en el Derecho de Familia, estudándose en ella:

▪La laboralización de la pensión compensatoria.

La Sexta y última Parte examina aspectos relacionados con la Abogacía y la práctica procesal:

▪Relación laboral especial de Abogacía.
▪La infracción de norma en el recurso de casación.
▪Sobre la "impermeabilidad" de la casación.
▪La revisión de sentencia firme por falso testimonio de trabajador.
▪El allanamiento pocesal.

En fin, una última parte afronta la responsabilidad por deficiente asistencia sanitaria. La versión inicial de este Discurso se entregó a principio de marzo de 2020 y al corregir sus pruebas, semanas después, me pareció obligado incorporar un estudio sobre la responsabilidad por asistencia sanitaria, inmersos como hemos venido estando en la horrible pandemia causada por COVID-19.

La amabilidad de nuestro editor así lo permitió.

PRIMERA PARTE

HONOR DEL TORERO FALLECIDO TRABAJANDO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 201/2019 DE 3 DE ABRIL)

I. Introducción

La STS-Civil 201/2019 aborda una cuestión referida al honor (profesional y personal) del torero Víctor Barrio, defendido por sus causahabientes frente a una persona que ha celebrado el que un toro hubiera acabado con su vida. Tanto el problema genérico (conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor) cuanto el concreto litigio que surge (concejala animalista que escribe en su cuenta de Facebook un comentario sobre la muerte del torero) merecen un detenido examen.

La figura del matador de toros ha sido objeto de estudio jurídico desde diversas perspectivas, incluyendo la referida a la naturaleza del vínculo que discurre tanto entre él y la entidad que organiza el correspondiente festejo cuanto entre él y los miembros de su cuadrilla. En todo caso, no es dudoso que se trata de una persona que desarrolla actividad productiva en el mundo del espectáculo público. Y que el trabajo propio de este colectivo aparece contemplado generalmente por normas de Derecho del Trabajo.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 201/2019 de 3 de abril.
Número recurso o procedimiento: Recurso de casación 2013/2018.
ECLI: ES:TS:2019:973
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Rafael Sarazá Jimena.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Los hechos enjuiciados por la sentencia comentada poseen gran notoriedad, habiendo sido publicados en los medios de comunicación de alcance general. Por cuanto aquí interesa, se resumen del siguiente modo:

A) El sábado 9 de julio de 2016, el diestro Víctor Barrio, torero segoviano de 29 años, fallece en la plaza de toros de Teruel, a causa de una brutal cornada en el pecho que le infiere el tercer toro de la tarde. Aunque es trasladado a la enfermería, los facultativos no pudieron hacer nada por salvar su vida[1].

B) En los días inmediatamente posteriores, diversas personas del movimiento antitaurino remiten a través de las redes sociales diversos mensajes celebrando la muerte del torero[2].

1 Por todos, cf. https://elpais.com/cultura/2016/07/09/actualidad/1468090160_083972.html.

2 Véase al respecto el resumen de agencia hecho a las pocas horas del fallecimiento: https://www.europapress.es/sociedad/noticia-antitaurinos-celebran-twitter-muerte-torero-victor-barrios-20160711143352.html.

C) Una concejala de Catarroja (Valencia), que se proclama perteneciente al movimiento animalista, comenta en su muro de Facebook (FB) la muerte del torero en los siguientes términos:

> «Podemos tratar de ver el aspecto positivo de la noticia para no sufrir tanto…Ya ha dejado de matar.
>
> El negativo, entre otros, claramente es que a lo largo de su carrera ha matado mucho. Muchos de los de mi equipo, que como digo siempre, es el de los oprimidos, los que siempre pierden porque tienen a todos los opresores en contra, porque tienen el partido amañado. Ahora los opresores han tenido una baja, una víctima más, un peón en su sistema, y me pregunto, como muchos, cuántas bajas más de este equipo harán falta para que los gobiernos centrales, generalitats, diputaciones y ayuntamientos dejen de subvencionar estas prácticas con olor a sadismo.
>
> No puedo sentirlo por el asesino que ha muerto más que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras vivió. No solo de toros adultos a lo largo de su carrera (según las estadísticas de su página oficial, ha acabado con 258 vidas desde 2008), sino que también novillos a lo largo de su aprendizaje en escuelas taurinas, en las cuales podemos encontrar niños que acaban normalizando situaciones como esta: "un alumno asestó hasta 14 estocadas al animal antes de que este cayera al suelo, sonde fue apuntillado, y aún vivo y boqueando, tratando de tomar los últimos alientos de vida, fue arrastrado al matadero».

D) Diversos medios de comunicación de ámbito nacional se hicieron eco de este mensaje, generalmente en términos muy críticos con él; su autora fue entrevistada en varios de ellos.

2. Sentencia del Juzgado

A) Unas semanas después de lo relatado, la viuda y los padres del torero interponen demanda de protección al honor. Solicitan que se declare que el mensaje publicado en FB constituye una intromisión ilegítima en el honor del fallecido; que se condene a la demandada a retirarlo, a publicar la sentencia a su costa y a indemnizarlos (7.000 €).

B) Mediante sentencia 157/2017 de 6 noviembre, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Sepúlveda rechaza la falta de legitimación ad causam opuesta por la demandada, y estima la demanda íntegramente.

Considera que el fallecido ejercía una profesión lícita; que el mensaje en FB ha tenido importante repercusión; que las redes sociales no legitiman cualquier manifestación; que ha habido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido, pues la concejala ha ido más allá de la mera crítica hacia su persona y profesión; que lo publicado en la red social es indudablemente ofensivo para el honor del fallecido.

C) Concluye que la demandada ha fomentado la confrontación, violentando y perturbando tanto el dolor de los familiares cuanto la memoria del difunto. Elevándose a un plano de mayor abstracción aboga por "un ejercicio de reflexión y un esfuerzo para humanizar las nuevas formas de comunicación muchas de las cuales se amparan en un recurso tecnológico mal aprovechado y una inexistente relación personal. Intentemos humanizar esas relaciones mediante la empatía. Pensemos si unos comentarios como los que se han juzgado se harían de la misma forma si tuviésemos delante de nosotros, a la vista y a un paso de tocarla a la persona a la que hemos dirigido o ha sufrido semejantes opiniones".

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el criterio del Juzgado, la demandada interpone recurso de apelación. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia resuelve el recurso de apelación (rollo 18/2018) mediante su sentencia 59/2018, de 8 de marzo, desestimándolo e imponiendo las costas.

La resolución de segunda instancia confirma los fundamentos y el fallo de la de primera instancia, añadiendo alguna reflexión similar:

- Calificar al fallecido como asesino es absolutamente innecesario para realizar una crítica a la tauromaquia.
- La publicación del mensaje pocas horas después del suceso muestra intencionalidad de menosprecio y constituye un claro ataque al honor.

▪La libertad de expresión permite la crítica de la tauromaquia ("incluso su repulsa más profunda sobre dicho mundo"), pero no esa manifestación.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en determinar si la demandada se limitó a ejercer su libertad de expresión (opinando sobre la tauromaquia y censurando la muerte de animales) o si, por el contrario, excedió los límites de ese derecho constitucional lesionando el derecho al honor y la propia imagen del fallecido.

1. Los herederos (demandantes recurridos)

Los demandantes consideran que lo publicado en FB respecto del fallecido (se le llama "asesino") sobrepasa el ámbito de la libertad de expresión constitucionalmente amparado y vulnera de modo ilegítimo el derecho al honor tanto del torero cuanto de su familia,

El mensaje, además, se difunde pocas horas después del fallecimiento, lo que agrava los hechos. Se difunde rápidamente a través de las redes sociales, lo ha escrito una persona pública (concejala), con gran cantidad de seguidores y alcanza repercusión mediática en toda España.

En suma: no es admisible calificar como asesino a quien fallece en circunstancias especialmente delicadas y difíciles, en plena juventud y mientras ejercía una profesión lícita.

2. La concejala animalista (demandada recurrente)

La demandada se reconoce como integrante del movimiento animalista, que promueve el reconocimiento de los derechos de los animales. Sostiene que su mensaje no tenía por finalidad minar la reputación del fallecido sino realizar una crítica legítima a la actividad de la tauromaquia.

Explica que lo dicho en FB es aplicable a cualquier otro torero, que ella está integrada en una formación política en cuyo ideario figura la defensa de los derechos de los animales. La utilización del término «asesino» es reivindicativa, por referencia al mundo animal, no porque se achaque al espada la comisión del delito homónimo[3].

Considera que la SAP recurrida desconoce su libertad de pensamiento (que equipara el valor de la vida humana y el de la vida de los animales) y que vulnera el artículo 20.1.d CE. La libertad de expresión es derecho fundamental con valor preponderante respecto de otros.

En conclusión: lo manifestado en FB no merma la consideración del fallecido en su aspecto personal o profesional pues no buscaba su descrédito sino la crítica de la tauromaquia, realizada con ocasión de la muerte de un torero, que es un personaje público, por parte de otro personaje público como es una concejala.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso. Aunque lo manifestado en FB versa sobre un asunto de interés general, la calificación como asesino al torero y la valoración de su muerte como positiva (porque había dejado de matar), pocas horas después de su fallecimiento, no está justificada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

V. Preceptos relevantes

De cuanto queda expuesto se desprende con claridad cuál es el marco en el que debe desarrollarse la solución al caso.

3 Conforme al artículo 139.1 del Código Penal será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

A) El art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (4 noviembre 1950) prescribe que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Además, el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

B) El artículo 20.1.1 CE reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción". El apartado 4 del mismo artículo advierte que las libertades allí reconocidas (como la de expresión) "tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

En paralelo, el artículo 18.1 CE garantiza "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

C) Por su lado la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOHI) prescribe que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

El artículo 7.7 LOHI considera como una de las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de los referidos derechos "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Conforme al artículo 8.1 LOHI "no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada.

1. Método conflictivista

Acogiendo la perspectiva conflictivista, tan querida para nuestro TC, la sentencia comentada centra lo debatido alrededor del choque entre el derecho al honor de una persona fallecida y la libertad de expresión. De ello depende que estemos o no ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Dado que los principios y los valores constitucionales se caracterizan por su capacidad para relativizarse, para poder conciliarse recíprocamente, cuando dos derechos fundamentales que encarnan principios y valores diferentes entran en colisión en un determinado supuesto de hecho, la norma que consagra uno de ellos limita la eficacia jurídica de la que consagra el otro. Esta situación no se soluciona excluyendo a priori la vigencia de uno de ellos ni estableciendo una regla que excepcione, en todos los casos futuros, la eficacia de uno de los derechos fundamentales cuando entra en conflicto con el otro.

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ha de establecerse una relación de prevalencia condicionada en la que, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes, se determine qué derecho fundamental prevalece sobre el otro.

2. El honor, en especial de quien ha fallecido

Recuerda la sentencia que el honor es definido de modo negativo en la LOHI ("acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"), mientras que la dignidad es "concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento"[4].

En cuanto al contenido del derecho a la dignidad, abarca la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio).

La LOHI permite la protección del honor de las personas fallecidas. Con arreglo a su exposición de motivos, "aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho".

3. La libertad de expresión

Hay que recordar la posición prevalente que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático.

Las libertades de expresión e información prevalecen sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE siempre que se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática y no se

4 SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero, y 51/2008, de 14 de abril

vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática.

4. La necesaria ponderación

Para resolver el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor hay que atender a la relevancia pública o el interés general de la cuestión (por la propia materia, por la identidad de las personas, o por ambas). También debe tenerse muy en cuenta la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribe el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 210/2019 desestima el recurso interpuesto por la demandada, que es condenada a la pérdida del depósito y al abono de las costas.

Queda, por tanto, firme, su condena por haber lesionado el honor del torero fallecido, debiendo retirar su mensaje polémico de FB, publicar la sentencia a sus expensas e indemnizar con 7.000 € a los demandantes.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento Cuarto y último de la sentencia aparecen diversas consideraciones especialmente relevantes para resumir la posición del Tribunal:

▪ *Las manifestaciones enjuiciadas están referidas a un personaje de cierta relevancia pública, como es un torero, y tienen relación con la polémica social que existe sobre la tauromaquia. Pero exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada.*

▪ *Como hemos dicho, los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agravado cuando públicamente se veja al fallecido.*

▪ *Aunque la demandada no pretendiera hacer creer que el fallecido había cometido la acción ilícita prevista y penada en el art. 139 del Código Penal, la carga ofensiva del término «asesino» es evidente. No es aceptable la pretensión de la recurrente de trivializar el uso de una expresión de tal calado con la excusa de que no tenía nada personal contra el torero fallecido. Esa expresión tan ofensiva se dirige precisamente contra el fallecido y no contra personas indeterminadas.*

IX. Comentario

1. La muerte en accidente laboral

Es notorio que en el litigio (demanda, contestación, Informes del Ministerio Fiscal, recursos e impugnaciones, las tres sentencias) brilla por su ausencia cualquier consideración laboral, más allá de la reflexión acerca del carácter lícito que acompaña a la profesión de matador de toros. Sin embargo, lo cierto es que ha habido un fallecimiento claramente considerable como accidente de trabajo.

Factores sociológicos o de otra índole suelen oscurecer la consideración del torero (y del resto de personas que saltan al ruedo por razones profesionales) como sujeto de una relación laboral. Sin embargo, lo cierto es que ello es así hasta el extremo de que el Convenio Colectivo del sector[5] identifica como primer colectivo de profesionales a quienes se aplican sus previsiones el de "los matadores de toros, novilleros, rejoneadores, todos ellos considerados «jefes de grupo o

5 Convenio Colectivo Nacional Taurino, publicado en el BOE de 15 enero 2015.

cuadrilla" (art. 1.2.a) y dispone que sus normas se aplican a "la relación jurídico-laboral entre el organizador del espectáculo taurino y el matador, novillero o rejoneador, todos ellos «jefes de cuadrilla», que serán quienes decidan su composición y con independencia de la modalidad contractual", al tiempo que clasifica en tres grupos distintos a los matadores de toros, en función de su mayor o menor categoría (dependiente del número de actuaciones, según el artículo 6º).

Si el accidente de trabajo se define como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (art. 156.1 LGSS/2015) no cabe duda de que fallecer por la cornada de un astado mientras el diestro lleva a cabo su tarea profesional entra de lleno en esa categoría, incluso sin necesidad de que se active la muy utilizada presunción de laboralidad[6].

De manera específica, "se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal sufrida por los profesionales taurinos con ocasión o a consecuencia de su actividad profesional. En todo caso, tendrán la consideración de accidente de trabajo los sufridos por los profesionales taurinos, cualquiera que sea su categoría profesional, en las tientas, en los desplazamientos necesarios para tomar parte en sus actividades profesionales, en las pruebas de caballos que anteceden a los espectáculos taurinos, o al efectuarse la suerte y enchiqueramiento de reses, siempre que dichos profesionales hubieran de actuar en el espectáculo de que se trate"[7].

Desde luego, en la doctrina judicial no hay dudas acerca del carácter laboral que poseen los accidentes padecidos por quienes poseen la condición de profesionales taurinos mientras están desarrollando la actividad de lidia[8].

En ese sentido, no sería descartable la toma en cuenta de que si las expresiones incorporadas al FB por la demandante se consideran ofensivas,

6 Conforme al artículo 156.3 LGSS "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo".

7 Artículo 16 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

8 Como ejemplo, cf. STSJ Andalucía (Granada) 2864/2018 de 13 diciembre (rec. 945/2018).

como así es, se reforzara esa calificación por el hecho de que menosprecian y vejan a quien estaba procurando realizar bien su trabajo, que al tiempo significa ejercer un derecho constitucional (art. 35) y cumplir unos deberes contractuales (art. 4 y concordantes ET).

2. Una reflexión sobre la competencia jurisdiccional

El artículo 2.f) LRJS atribuye a este orden jurisdiccional el conocimiento de los litigios sobre "derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios". Aunque es evidente que los herederos del fallecido reivindican un derecho fundamental y su vulneración aparece tan conectada con la prestación de servicios que va referida al modo en que ha muerto, quiebra uno de los presupuestos para la atribución competencial. En efecto, no aparece como causante de la eventual vulneración ni el empleador, ni sujetos vinculados al mismo, sino una tercera persona ajena a ese círculo.

Tampoco concurren circunstancias suficientes como para pensar en atribuir a la jurisdicción social la competencia del litigio al amparo del artículo 2.b) LRJS. En él se apunta a las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo. Y es que la concejal demandada es por completo ajena al luctuoso accidente de trabajo y las responsabilidades que se le reclaman no están anudadas a ese siniestro, sino a las manifestaciones vertidas respecto del mismo, lo que es algo bien distinto.

3. El derecho al honor

Pese a lo anterior, los términos en que la STS comentada plantea el problema y encauza su solución son del todo similares a los aplicados usualmente en la jurisdicción laboral. A ello contribuye tanto la unidad del ordenamiento

jurídico cuanto la existencia de una consolidada doctrina constitucional, alguno de cuyos trazos básicos podemos recordar:

- El derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de aquellos que ostentan notoriedad pública no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión[9].
- Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida propia[10].
- No puede considerarse violado el derecho a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones al mismo como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula[11].
- El prestigio de una empresa no es un valor exactamente identificable con el honor, consagrado como derecho fundamental, por lo que debe asignársele un nivel más débil de protección[12].
- Ni los derechos fundamentales, ni los límites a que debe someterse su ejercicio tienen carácter absoluto[13].

4. La indemnización

Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la

9 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 5 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
10 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
11 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
12 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 7 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
13 STC 254/1988, de 21 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sra. Begué Cantón).

integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Puesto que no ha habido debate acerca del importe indemnizatorio, es lógico que las sentencias recaídas en el procedimiento (las tres condenatorias) asuman, sin más, la cuantificación de la demanda (siete mil euros).

Recordemos que en la jurisdicción social el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Solo excepcionalmente cabe revisarlo en casación, "al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe" (STS 30 abril 2014, rec. 213/2013). Asimismo, la STS 5 febrero 2015 (rec. 77/2014) pone de relieve el diferente modo en que ha de abordarse la fijación por los daños sufridos (necesitados de su acreditación) y por los daños y perjuicios morales (donde la determinación posee elevadas dosis de discrecionalidad).

Por otro lado, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006 de 24 julio) y aparece como parámetro razonable. "Dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión… lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales"[14].

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24/Julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 –rco. 67011–; y 08/07/14 –rco 282/13–).

14 SSTS-SOC 12 diciembre 2017 (rec. 25/2007 y 18 julio 2012 (rec. 126/2011).

Pues bien, el artículo 8.8 LISOS considera infracción muy grave "los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores". A su vez, el artículo 40.1.b) contempla como sanción para estos casos "multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros". De donde se sigue que el monto de la indemnización acogida por la STS comentada se corresponde con la banda baja de la norma laboral. ¿Podría haberse optado por una cifra mayor, a la vista de las circunstancias concurrentes, o se trata de un encuadramiento acertado?

La STS-CIV se alinea con la abundante doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre ponderación de los derechos constitucionales en presencia, ausencia de derechos ilimitados y necesidad de valorar casuísticamente todas las circunstancias.

Aunque el litigio suscitado corresponde al ámbito de la jurisdicción civil, en él aparecen suficientes elementos de laboralidad como para suscitar la atención desde esta perspectiva.

X. Apunte sobre el derecho al honor del empleador

Recientemente, tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 90, 118, 126 y 127/2018) cuanto la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 385/2018) han tenido que aproximarse a problemas derivados de un mismo contexto típicamente laboral.

El caso civil.- Una empresa de seguridad tiene adjudicada la vigilancia de instalaciones municipales y está sumida en un importante conflicto laboral. El socio mayoritario (al tiempo presidente de un importante club de fútbol) es censurado por varios trabajadores que convocan rueda de prensa al efecto. Uno de ellos es Concejal del Ayuntamiento y delegado sindical en otra empresa de seguridad privada. A raíz de lo que manifiesta ("detrás de un empresario corrupto,

de un empresario corruptor, hay un político corrupto", entre otras cosas) el empleador presenta una demanda de protección de su honor que comporta un intento de conciliación, terminado sin acuerdo y con nuevas declaraciones públicas de aquél ("no he tenido intención de dañar su honor, pues no se daña el honor de alguien que no lo tiene, lo que hace imposible el daño").

Criterio del TS.- Corrigiendo tanto al Juzgado cuanto a la Audiencia Provincial, el TS considera que no ha habido intromisión ilegítima en el derecho al honor. Debe prevalecer el derecho de crítica, en el ámbito de la libertad sindical, atendiendo al interés general de tales manifestaciones (más allá de que pudieran molestar).

En ese contexto, no se alcanza la consideración de insulto o descalificación innecesaria para la finalidad de denuncia perseguida pr el demandado. Las expresiones más duras ("corrupto", "empresario corruptor", carece de honor), deben contextualizarse (grave conflicto social y sindical existente con ocasión de una huelga y expedientes abiertos a algunos trabajadores). Ese marco (interés sindical, conflicto) y la proyección (social, pública y empresarial) del demandante legitiman la intromisión.

El caso laboral.- Al hilo de debatirse en el Pleno de la Corporación Municipal sobre la referida contrata de vigilancia, un representante de los trabajadores actúa de forma llamativa (usa careta de "El Pequeño Nicolás", descubre una camiseta con viñeta y logo referido a la corrupción) y luego interviene en rueda de prensa donde se vierten severas críticas hacia el empresario ("política basada en el terror y el miedo", "terroristas empresariales", "situaciones que rozan el delito").

Sobre la base de tales hechos, la empresa acuerda su despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, que es declarado procedente por el TSJ. A su entender "se traspasaron los límites inherentes del respeto al derecho al honor de los responsables de la empresa y también de la Administración receptora del servicio".

Criterio del TC.- Con su habitual metodología conflictivista, el TC considera que en un contexto de reivindicación laboral y estando en juego las libertades de expresión y de actividad sindical, el derecho al honor debe ceder. Por tanto, el despido disciplinario vulnera derechos fundamentales y debe calificarse como nulo.

El demandante actuó en calidad de miembro del comité de empresa, en el ejercicio de la libertad de acción sindical, cuestionando a través de la protesta la pasividad del Ayuntamiento en su deber de velar por los derechos de los trabajadores de la empresa adjudicataria del contrato de seguridad y vigilancia. Los mensajes emitidos, atendida su significación, el contexto, forma, lugar y propósito, no exceden de los límites constitucionalmente admisibles.

Apunte.- Una vez más se comprueba que el ordenamiento está organizado en sectores o ramas, pero que ello no deja de ser una convención, al igual que la existencia de especialidades jurisdiccionales. En el supuesto ahora glosado, sobre un conflictivo trasfondo laboral, surgen manifestaciones gruesas por parte de trabajadores (tanto propios cuanto ajenos), hasta tal extremo que el empleador considera vulnerados sus derechos fundamentales. En ese escenario, cabe pensar en actuaciones penales (injurias, calumnias), civiles (defensa del propio honor y de la imagen empresarial), laborales (reclamando contra los despidos basados en las descalificaciones proferidas) o incluso administrativas (por la incidencia que el conflicto tiene en la prestación del servicio contratado por el Ayuntamiento). Precisamente por ello produce satisfacción que los litigios reseñados hayan finalizado aplicando una misma doctrina.

Respuesta.- Recapitulado todo ello, ya puede responderse a la pregunta de si está protegido el honor del empleador: "*Si, pero palidece en supuestos de conflicto laboral cuando se cuestiona su comportamiento en tal ámbito*".

TERTULIANO RADIOFÓNICO INSULTADO POR COMPAÑERO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 236/2019 DE 23 ABRIL)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina aborda una cuestión que viene ocupando frecuentemente la atención de los órganos de la jurisdicción civil: una demanda por derecho al honor cuyas partes son personajes conocidos por el público, en este caso como consecuencia de su participación en programas radiofónicos y televisivos.

Recurre en casación y por infracción procesal el demandado (periodista y colaborador en un programa radiofónico) tras haber sido condenado en apelación por vulnerar el honor del demandante (compañero de profesión y colaborador del mismo programa, en el que cada uno de ellos debía defender un punto de vista diferente sobre el tema planteado) mediante unas manifestaciones efectuadas en Twitter y en un periódico digital al día siguiente de que hubieran mantenido una acalorada discusión en el estudio de radio y en las que, esencialmente, acusaba al demandante de agresión física y de ser un maltratador y un acosador.

Tanto la denominación ("colaboradores", "informadores", "tertulianos", etc.) cuanto su propia convicción y, desde luego, la canalización formal del negocio jurídico existente entre ellos y el medio de comunicación (radio, televisión, red social, revista o periódico, etc.) inclina a pensar frecuentemente que en el caso de estas personas no estamos ante trabajadores de régimen laboral. Por consiguiente, nada de extraño hay en que un pleito entre trabajadores de la misma empresa se entable ante la jurisdicción civil, máxime cuando el empleador es ajeno a los hechos litigiosos. Sin embargo, la jurisdicción social tiende a configurar como laboral el nexo de tales profesionales o personajes, por lo que surge un interesante complemento de enfoques respecto de tales problemas.

Expliquemos seguidamente el caso y su cara oculta, es decir, sus conexiones con implicación laboral.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 236/2019 de 23 de abril.
Número recurso o procedimiento: Recursos de casación e infracción procesal 4345/2017.
ECLI: ES:TS:2019:1254.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Francisco Marín Castán.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Los hechos sobre los que ha debido pronunciarse el Tribunal Supremo son muy extensos, pero reconducibles a lo siguiente:

- Dos profesionales de la información (los Sres. Pradera y Rodríguez[15]), con una cierta notoriedad social por sus habituales apariciones en programas de radio y televisión, vienen colaborando en un programa de radio[16]. En

15 La sentencia publicada anonimiza la identidad de los protagonistas, pero no la de los medios de comunicación, por lo que el caso es fácilmente reconocible con cuanto los medios de comunicación han venido informando.

Por todos, véase https://www.publico.es/sociedad/supremo-condena-periodista-antonio-naranjo-llamar-maltratador-maximo-pradera-inventarse-le-pego.html

16 En concreto es el programa «Julia en la onda», dirigido por D.ª Julia Otero y emitido por «Onda Cero»; intervienen en sección titulada «Con un par» en la que los dos periodistas comentaban temas de actualidad propuestos por la directora desde dos posiciones ideológicas contrapuestas.

ocasiones defienden sus ideas de modo tan contrapuesto que se cruzan palabras groseras y altisonantes.

▪Al hilo del artículo escrito por el Sr. Rodríguez, su oponente lo critica en el grupo restringido de WhatsApp del programa de radio, le escribe un duro correo electrónico (le afea que difunda "patrañas" y "mentiras") y traslada todo ello a su propio Blog (donde sube un escrito sarcástico, ridiculizándolo, apuntando que adula a la "lideresa" política que lo subvenciona).

▪A raíz de tales hechos los dos periodistas se distancian progresivamente y elevan el tono de su enfrentamiento cuando coinciden en el programa radiofónico. Al terminar un programa con recíprocas descalificaciones ("has dicho una chorrada"; "es la segunda vez que me faltas al respeto […] te tendré que arrancar la cabeza"), el Sr. Pradera retira de su hombro la mano que había puesto el interlocutor y le dice "es la última vez que te ríes de mi o me tomas el pelo, soy más alto que tú y te voy a machacar".

▪Tras ese incidente, la Dirección del Programa cambia el formato y evita que los colaboradores coincidan física y virtualmente, alternando sus intervenciones en días separados.

▪Al día siguiente, el Sr. Rodríguez publica en su cuenta personal de Twitter un hilo de dieciocho mensajes dando su versión de lo ocurrido («He sido agredido física y verbalmente, con testigos y en el estudio de "@Juliaenlaonda", por Máximo Pradera. Tras tres semanas de acosos») y dando a entender que su interlocutor padece problemas personales («No he contado esto por fastidiar a Máximo Pradera. Yo le tenía mucho afecto. Es decencia y honestidad. Espero que se cure y mejore algo…»; «Dice @maxpradera que por qué no le denuncio. También ha contado que le agredí yo. Esto solo confirma que necesita ayuda. Yo se la di. Ya no»).

▪Algunos diarios digitales se hacen eco de la disputa entre los periodistas («Antonio Naranjo acusa a Pradera de "maltratador" por agredirle en Onda Cero con el "puño en alto"»: "Atresmedia no debería tener como tertuliano a un maltratador"»), teniendo eco en las redes sociales y dando lugar a que, finalmente, la cadena de radio prescindiera de ambos.

2. Demanda formulada

Sobre la base de los anteriores acontecimientos, el Sr. Pradera presenta una demanda civil denunciando la vulneración de su derecho al honor.

Expone que las falsas acusaciones del demandado han afectado negativamente a su dignidad y reputación profesional, así como a su modo de vida; que ha sufrido el perjuicio derivado de la cancelación por la emisora de su colaboración; que las acusaciones de «violento», «acosador» y «maltratador», por su carácter inequívocamente vejatorio y por el descrédito público que generaban, menoscabando su reputación profesional, constituían una intromisión ilegítima en el honor del demandante.

Solicita la declaración de que ha existido la referida intromisión; que el demandado cese en su comportamiento, publique la sentencia estimatoria en el periódico digital que dirige así como en su cuenta de Twiter y le abone 23.324'00 € por daños morales y perjuicios económicos.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante su sentencia de 20 de septiembre de 2016 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Pozuelo de Alarcón (actuaciones 654/2014) desestima la demanda con imposición de costas.

Argumenta que las expresiones del demandado no suponen una intromisión ilegítima en el honor del demandante, atendido el contexto de tensa relación que existía entre ambos periodistas con anterioridad al día del incidente. Además, recalca que el demandante, fuera de micro y con testigos, se dirigió al demandado en tono amenazante e intimidatorio diciéndolo «es la última vez que te ríes de mí o me tomas el pelo, soy más alto que tú y te voy a machacar».

4. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el expuesto resultado, el demandante presenta recurso de apelación (n.º 184/2017), resuelto por la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante su sentencia de 30 de junio de 2017. Estima parcialmente el recurso. Considera que ha habido intromisión ilegítima en el honor del demandante y reconoce en su favor una indemnización de daños en cuantía de 5.000 euros. También condena al demandado a publicar a su costa la sentencia en el periódico digital de referencia o subsidiariamente en un medio de similares características, así como en su cuenta de tuiter. Los razonamientos principales pueden resumirse del siguiente modo:

Estamos ante un conflicto entre el honor del demandante y la libertad de expresión del demandado, como consecuencia de una tensa discusión motivada por previas descalificaciones personales y profesionales mutuas.

En ningún momento ha habida una agresión física o un acto de hostigamiento suficiente para que el demandado considerase que estaba siendo sometido a un acoso continuado.

Mientras la conducta del demandante podía responder a la tensión propia de todo programa de debate que busca la confrontación directa, no es justificable que el demandado hable de maltrato y de agresión física en redes sociales.

Esas manifestaciones carecen de interés general por referirse a un conflicto personal, persiguen crear una corriente de opinión pública contraria al demandante y se basan en hechos falsos. No cabe ampararlas en el derecho a la información u opinión, además de haber buscado importante repercusión (ofreciendo en redes sociales e Internet una imagen pública del demandado como maltratador, persona violenta, incluso que padecía un desequilibrio).

El daño moral se refiere a los perjuicios a la imagen pública del demandante; dada la ausencia de ánimo de lucro en el demandado y la falta de relación

de los mensajes ofensivos con la cancelación del programa se establece una cantidad de 5.000 €.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se canaliza a través de sendos recursos de casación. El primero, que no interesa a nuestros efectos, por infracción procesal[17]; el segundo, referido al fondo del problema, considerando que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no ha ponderado adecuadamente los derechso en conflicto, debiendo prevalecer la libertad de expresión.

1. El recurrente

El recurrente argumenta que las expresiones proferidas por el demandante tienen interés general, habida cuenta de la notoriedad social de ambas partes por su condición de profesionales de la información que colaboraban en una emisora con cobertura nacional en horario de máxima audiencia.

Para postular la primacía de la libertad de expresión recuerda la relevancia que la jurisprudencia otorga a la preexistencia de una situación de contienda o conflicto, provocada además por quien se dice ofendido, pues fue el demandante quien dio pie a la polémica, primero al exigir por escrito al demandado -en tono peyorativo y haciéndose pasar por el demandado- que rectificara un artículo de opinión y, después, al protagonizar una agresión en directo.

2. El recurrido

El recurrido recalca que las concretas expresiones proferidas por el recurrente eran objetivamente injuriosas y carecían de interés general, además

17 En concreto, por haber valoración errónea de la prueba, al concluir la sentencia de apelación que no hubo "agresión física" y que, sin embargo, el demandado utilizó el calificativo de "maltratador".

de basarse en unos hechos falsos. El interés general es inexistente porque se está ante una polémica privada que una de las partes magnifica y difunde.

También recuerda que aunque la jurisprudencia venga considerando que la libertad de expresión permite una interpretación más laxa en casos de contienda pública, no cabe extraer la conclusión de que ese criterio sea también de aplicación a los casos de contienda privada. Puesto que los calificativos injuriosos («maltratador», «acosador») se basan en hechos falsos, no cabe ampararlos en las libertades de expresión e información.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso al considerar correcto el juicio de ponderación realizado por la sentencia recurrida.

V. Preceptos relevantes

De cuanto queda expuesto se desprende con claridad cuál es el marco en el que debe desarrollarse la solución al caso.

A) El art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (4 noviembre 1950) prescribe que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Además, el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

B) El artículo 20.1.1 CE reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción". El apartado 4 del mismo artículo advierte que las

libertades allí reconocidas (como la de expresión) "tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

En paralelo, el artículo 18.1 CE garantiza "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

C) Por su lado la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOHI) prescribe que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

El artículo 7.7 LOHI considera como una de las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de los referidos derechos "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Conforme al artículo 8.1 LOHI "no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia civil comentada. Su finalidad consiste en determinar la corrección o incorrección del juicio de ponderación del tribunal sentenciador en relación con las expresiones: «He sido agredido física y verbalmente, con testigos y en el estudio de "@Juliaenlaonda" por Máximo Pradera, tras tres semanas de acosos» y «"Atresmedia no debería tener como tertuliano a un maltratador"».

1. El honor de los personajes públicos

A) Los términos en que la STS comentada plantea el problema y encauza su solución son del todo similares a los aplicados usualmente en la jurisdicción laboral. A ello contribuye tanto la unidad del ordenamiento jurídico cuanto la existencia de una consolidada doctrina constitucional, alguno de cuyos trazos básicos podemos recordar:

- El derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de aquellos que ostentan notoriedad pública no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión[18].
- Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida propia[19].
- No puede considerarse violado el derecho a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones al mismo como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula[20].
- El prestigio de una empresa no es un valor exactamente identificable con el honor, consagrado como derecho fundamental, por lo que debe asignársele un nivel más débil de protección[21].
- Ni los derechos fundamentales, ni los límites a que debe someterse su ejercicio tienen carácter absoluto[22].

B) Aplicando esa doctrina general al caso, el Tribunal Supremo concluye que aunque (por ser conocidos los protagonistas) se admitiera el interés general de lo comunicado y publicado por el demandado, nunca desaparecería la ilegitimidad de la intromisión en el honor del demandante. El carácter

18 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 5 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
19 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
20 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
21 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 7 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
22 STC 254/1988, de 21 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sra. Begué Cantón).

ilícito deriva de haberle imputado una agresión física que nunca tuvo lugar y haberlo tildado de maltratador y acosador precisamente con base en hechos no veraces.

C) A la vista de lo acaecido, se considera inadmisible que el demandado vertiese públicamente unas descalificaciones importantes. Ha distorsionado lo ocurrido, de modo que acaba imputando falsedades y lesionando el honor de la otra parte.

2. La imputación pública de falsedades vejatorias en el seno de un enfrentamiento

El comportamiento poco edificante del demandante (presumiendo de su estatura y corpulencia para intimidar al demandado) es considerado también impropio. Hasta el extremo de que podría haber justificado su difusión. Pero lo que no se acepta es la reacción desproporcionada descrita (que se falseara hasta el punto de transformarlo en una agresión física que nunca tuvo lugar y en la que, a su vez, se apoyó su calificación como maltratador).

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 236/2019 desestima el recurso de casación y de infracción procesal interpuesto.

Eso supone que queda firme la declaración de que ha habido intromisión ilegítima en el honor del demandante, la condena a la indemnización (5.000 euros), el deber de que el demandado publique la sentencia a su costa la sentencia (en el periódico digital de referencia o en un medio de similares características y en su cuenta de tuiter).

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia examinada se asienta sobre una sólida doctrina tanto constitucional cuanto de la jurisprudencia ordinaria. Como fragmentos más importantes pueden destacarse los dos siguientes:

- *"Carece de relevancia la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, pues ninguna de las dos justificaba la intromisión al sustentarse las opiniones o juicios de valor del demandado sobre el demandante en unos hechos no veraces que afectaban gravemente a la consideración pública del demandante".*
- *"Ni la Constitución ni la Ley Orgánica 1/1982 ni la jurisprudencia amparan que frente a unos determinados hechos reprobables se reaccione exagerándolos hasta la mendacidad para, así, suscitar un mayor reproche social hacia la persona que nunca llevó su comportamiento hasta el extremo que se le imputa".*

IX. La vinculación entre medio de comunicación y colaborador

La STS 236/2019 no se cuestiona el tipo de vínculo existente entre el medio de comunicación para el que se colabora. ¿Quienes han litigado en la jurisdicción social son profesionales autónomos o trabajadores de una misma empresa? ¿El cese de la colaboración que acuerda la emisora es un verdadero despido o una resolución de arrendamiento civil de servicios? La respuesta a esos interrogantes, bien que solo dialécticos, lleva a repasar el tenor de la cuestión en la jurisprudencia laboral.

1. Distinción entre contratos laborales y civiles

Dado el carácter de la cuestión controvertida interesa recordar la doctrina general sobre distinción entre el carácter laboral o civil de una relación[23].

23 Está contenida, entre otras, en las SSTS de 25 de marzo de 2013 (rcud. 1564/2012), de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 253/2010), de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1709/2007), de 11 de mayo de 2009 (rcud. 3704/2007) y

A) La realidad debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación; los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo[24].

B) Aparte de la presunción iuris tantum de laboralidad que el artículo 8 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe[25], el propio Estatuto, en su artículo 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurran, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios[26].

C) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro

de 7 de octubre 2009 (rcud. 4169/2008); más recientemente, en STS 127/2018 de 8 febrero.

24 SSTS de 20 de marzo de 2007, rcud 747/2006; de 7 de noviembre de 2007, rcud 2224/2006; de 12 de diciembre de 2007, rcud 2673/2006 y de 22 de julio de 2008, rcud 3334/20 07 entre otras.

25 "*El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*".

26 SSTS de 19 de julio de 2002, rcud. 2869/2001 y de 3 de mayo de 2005, rcud. 2606/2004.

casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia[27].

Profundizando en estas razones se ha dicho que la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente[28]. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. En sentido contrario, para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción a jornada, vacaciones, órdenes o instrucciones, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza[29].

2. Existencia de dependencia

La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato.

27 STS de 3 de noviembre de 2014, rcud. 739/2013.

28 En efecto, en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada.

29 En ese sentido SSTS 9 de diciembre de 2004 (rcud 5319/2003), SSTS de 12 de febrero de 2008, rcud. 5018/2005; de 22 de julio de 2008, rcud. 3334/2007 y de 25 de marzo de 2013, rcud. 1564/2012.

Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación.

De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales:

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

3. Existencia de ajenidad

La ajenidad significa que los frutos del trabajo pasan "ab initio" a la entidad empleadora que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados; por otra parte nada hay que acredite que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada.

Concurre cuando los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil demandada y es la que proporciona no solo los bienes de equipo, sino también las indicaciones propias de quien posee el poder de disposición sobre los mismos. Indicios comunes de la nota de ajenidad son:

- La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997).
- La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 15 de abril de 1990, STS de 29 de diciembre de 1999).
- El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995).
- El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989).
- El verdadero empresario ofrece su actividad productiva en el mercado y asume el riesgo y ventura de tal hipotética actividad.

4. Presunción de laboralidad

Si los hechos muestran que concurre actividad personal en régimen de dependencia, opera la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el artículo 8 ET y resulta forzoso concluir que la relación ha de ser calificada de laboral.

No obsta a la anterior conclusión que de los hechos probados se deduzcan indicios que pudieran incidir en la inexistencia de las notas de dependencia (no sujeción a horario o no imposición de vacaciones) y de ajenidad (encomienda

de contratas propias de la actividad de construcción o utilización de medios propios en la realización de la actividad) ya que tales indicios o resultan marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza que apuntan en sentido contrario.

A tales efectos resulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor).

También resulta destacable que, en definitiva, el trabajo del actor es exactamente el mismo que realizan otros trabajadores de la empresa con los que ésta mantiene relación laboral. No estamos, por tanto, en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación en el sector de construcción que regula el régimen de subcontratación en dicho sector y que, en modo alguno, interfiere ni condiciona la aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET.

5. La STS 5 mayo 2015, sobre tertuliano radiofónico

En un conocido caso de tertuliano radiofónico, análogo al conocido por la STS-CIV 236/2019, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que existe relación laboral entre la cadena de radio y el periodista tertuliano que presta servicios habitualmente para la misma en régimen de ajenidad y dependencia, pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil de la que es administrador único y no recibir instrucciones sobre la forma de realizar su trabajo[30].

30 STS, Pleno, de 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2075)(Ponente, Sr. Alarcón Caracuel, con voto particular de los Magistrados Desdentado Bonete y López García de la Serrana).

A) Supuesto de hecho

Un afamado periodista ha prestado servicios en diversos programas de un canal de radio, como contertulio, desde el año 1994, aunque en los últimos años también ha colaborado en programas de otras cadenas de radio y televisión. Los hechos probados indican lo siguiente:

- La retribución se efectuaba a través de facturas, en número de doce al año, por una cuantía de seis mil euros más IVA.
- Las facturas se ingresaban en la cuenta corriente de una sociedad, de la que el periodista era administrador único.
- No se requería su presencia en los estudios de la emisora de radio, sino que su colaboración se hacía desde La Habana, Buenos Aires y Londres, donde tiene domicilio. En algunas ocasiones también colaboró en el programa desde Madrid.
- Su intervención se producía una vez a la semana y la duración de la tertulia era de una hora.
- Tenía libertad para decir aquello que entendiera procedente en dicho programa, aunque no intervenía en el diseño/formato del mismo, pudiendo cambiar el día que entraba en antena y, si el equipo lo decidía, podía entrar cualquier día de la semana.
- En un momento dado, el nuevo Director de Informativos de la Cadena comunica al tertuliano que no contarían con él para la próxima temporada.

Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda por apreciar incompetencia de jurisdicción, decisión que fue luego revocada por la Sala de lo Social del TSJ, ordenando al juez de instancia entrar a conocer del fondo del asunto.

B) Doctrina del Pleno de la Sala Cuarta

Comienza la Sala reconociendo que la figura del colaborador periodístico se sitúa en esa zona fronteriza o gris de la que viene hablando hace tiempo la doctrina laboralista, en la que es sumamente complicado determinar la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios en cuestión. No obstante,

acto seguido hace la Sala una precisión que no deja de resultar polémica: la dificultad calificatoria se atenúa cuando el colaborador es una persona cuya profesión principal y quizás única es la de periodista, mientras que se acentúa cuando el tertuliano en cuestión es una persona que tiene su profesión principal fuera del mundo mediático y de manera muy marginal, aunque a veces llegue a ser duradera y periódica, colabora con un determinado medio informativo[31].

Acto seguido, la sentencia incluye otra importante afirmación que tiene que ver con la caracterización de la nota de dependencia como una manifestación o expresión de la nota de ajenidad, al sostener respecto a la misma que "en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral…)", privando con ello a la dependencia del carácter autónomo que como nota de laboralidad se le ha venido reconociendo doctrinal y normativamente, resultando determinante en algunos casos –no así la ajenidad- a la hora de calificar una prestación de servicios como realizada en el marco de un contrato de trabajo o en el de un contrato de naturaleza diversa (caso, sin ir más lejos, de los agentes mercantiles, cuya actividad se presume por cuenta ajena, sometidos a la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre el Contrato de Agencia).

Ello no obstante, la Sala invoca la jurisprudencia que en los últimos tiempos ha estudiado y delimitado los rasgos definitorios del contrato de trabajo, con cita expresa de una sentencia de la propia Sala Cuarta de 6 octubre 2010 (RJ 2010, 5017), sobre actores de doblaje, para, aplicando dicha doctrina jurisprudencial, concluir que en la prestación de servicios del tertuliano de la cadena radiofónica ahora examinada concurren las notas de ajenidad y dependencia que llevan a caracterizarla como objeto de una relación laboral.

31 La distinción es, en efecto, polémica porque la laboralidad o de una prestación de servicios viene dada por la presencia o la ausencia de las notas contenidas en el art. 1.1 ET, sin que para ello resulte determinante ni, en mi opinión, sea especialmente relevante la dedicación exclusiva o marginal a la actividad sometida a enjuiciamiento (pues, de sostenerse lo contrario, multitud de trabajos a tiempo parcial de escasísima dedicación quedarían por tal motivo expulsados del ámbito de afectación de la legislación laboral).

*En cuanto a la *ajenidad*, porque hay un encargo previo del trabajo y mediante el concurso del tertuliano en ciertos programas la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos. En este caso la ajenidad se pone de manifiesto, como se ha indicado, en la participación del periodista en un programa diseñado y dirigido por la empresa de comunicación. Es así como se manifiesta la "ajenidad en los frutos" (es decir, en los resultados del trabajo), pero también la "ajenidad en el mercado": el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes (los oyentes de la radio: la famosa "audiencia", que es el mercado por el que compiten los diversos medios) sino a la empresa radiofónica que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado.

*Asimismo, hay *dependencia*, entendida como integración "en el ámbito de organización y dirección del empresario", que es la fórmula que emplea el artículo 1º del ET, cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades[32]. No basta a excluir la concurrencia de este rasgo definitorio de la relación laboral el dato de que pueda existir alguna flexibilidad en cuanto a la concreción del día de intervención del periodista cuando éste solicita algún cambio, o el hecho de no resultar exigible su presencia física en la sede de la emisora, máxime cuando la conexión se realizaba con medios propios de la empresa[33].

Además de la "*profesionalidad*" del actor -frente a la figura del tertuliano no profesional que no solamente no tiene relación laboral sino que puede no tenerla tampoco civil-, otro dato muy importante es que quien presta servicios

32 La nota dependencia se presenta muy atenuada en este caso pero existe, pues aunque la empresa no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, fijaba el tema a debatir y se lo comunicaba al actor, quien además debía participar en los días que se le señalaban y en el horario de los programas en que intervenía, "*circunstancias que denotan todas ellas la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa*".

33 "Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación de …, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna".

es personalmente el trabajador y no la empresa a través de la cual cobra una cantidad fija todos los meses. Esta peculiar forma de retribución, entiende la Sala, constituye un mecanismo interpositorio, realizado en fraude de ley, que en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades.

Por último, se posiciona una vez más la Sala Cuarta a favor de la tesis de la sentencia recurrida cuando ésta afirma que *"la existencia o no de vacaciones anuales no es un dato decisivo"*, puesto que *"el no disfrute de vacaciones no determina necesariamente la exclusión de la relación laboral"*; y también, finalmente, cuando afirma que *"la condición de consejero en varias sociedades o su participación en programas de otras emisoras son datos que no perturban la laboralidad de la relación con la demandada*", no siendo la exclusividad un presupuesto del contrato de trabajo.

C) Los Votos Particulares

Que la calificación jurídica de una prestación de servicios es materia difícil y susceptible de muy diversas interpretaciones es algo que queda de manifiesto al leer los dos votos particulares que incorpora la sentencia objeto de este breve comentario.

El primero de ellos, del que es autor el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, sostiene que no cabe otorgar carácter laboral a la relación controvertida, pues, admitiendo que se da la nota de ajenidad, el encargo de trabajo realizado es muy peculiar, dado que "participar en una tertulia no es exactamente un encargo de trabajo, sino un encargo de estar con otros y de comunicarse con ellos en condiciones que permiten afirmar, en principio, la libertad de los interlocutores a la hora de expresar y contrastar sus opiniones."

De ahí que se considere ausente la nota de dependencia que define el contrato de trabajo, atendiendo a que el tertuliano elige el lugar desde el que realiza las intervenciones, no recibe instrucciones sobre el contenido de las opiniones que formula, puede cambiar el día de su intervención…y esa

espontaneidad de la tertulia escapa a la lógica del poder de dirección. El hecho de que la cadena fije el tema a decidir y exista un horario del programa en el que se tiene que estar disponible para establecer una conexión, no es un elemento de dependencia, sino que forma parte de las obligaciones de coordinación que son propias de todos los contratos de colaboración.

El segundo voto particular, del que es autor el Magistrado López García de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Gilolmo López, defiende la inexistencia de relación laboral por la concurrencia de los siguientes indicios de extralaboralidad: falta de exclusividad; libertad en la determinación del lugar de la prestación de servicios; prestación del servicio solo una hora a la semana y la elevada retribución del mismo; libertad de elección del día en que interviene como contertulio; no disfrute de vacaciones; no sometimiento al control y al poder disciplinario de la empresa; la forma de retribución, mediante ingreso en la cuenta de una sociedad mercantil que emitía factura por sus servicios con el correspondiente IVA. Todos estos son elementos extraños en una relación laboral.

6. Otras sentencias relevantes

Aunque menos coincidentes con el supuesto estudiado, también hay alguna otra sentencia del Tribunal Supremo que ha abordado el tipo de vínculo existente entre medios de comunicación y profesionales de la información.

A) Reportero gráfico

Considera el TS que existe contrato de trabajo entre el reportero gráfico y la editora de un diario para la que presta servicios continuados, cediendo a la misma los derechos de explotación más importantes sobre el material obtenido, trabajando por encargo y siguiendo sus instrucciones, a cambio de una remuneración; carece de eficacia la contraria previsión de pacto individual o colectivo[34].

34 SSTS 31 marzo 1997 (RJ 1997, 3587) (Ponente, Sr. Martín Valverde); 19 julio 2002 (RJ 2002, 9518)

▪En cuanto a la nota de ajenidad , la misma concurre porque el reportero no presta servicios por propia iniciativa y para sí mismo, con la intención de proporcionarlos luego al mercado de la información (vía contrato de compraventa, arrendamiento, etc.), sino que trabaja por encargo de una empresa periodística, bajo sus precisas indicaciones temáticas, la cual tiene plenas facultades para seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan de los reportajes realizados, adquiriendo así el principal resultado del trabajo y, por ende, su utilidad patrimonial, constituido por los derechos de explotación y publicación en prensa de las fotografías seleccionadas[35].

▪La nota de subordinación o dependencia está presente desde el momento en que no se trata de un colaborador libre, que preste servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino de un trabajador incorporado plenamente y con continuidad en un determinado medio de comunicación, que programa diariamente el trabajo a realizar, encargándole incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos.

▪En cuanto a la remuneración del fotógrafo, habiéndose concluido que el mismo trabaja por cuenta ajena, resulta indiferente la concreta modalidad retributiva elegida para compensar sus servicios, aunque el sistema por el que se haya optado sea poco típico o convencional -el llamado de "retribución a la pieza", esto es, por fotografía realizada y adquirida-, máxime teniendo en cuenta que el art. 26 del ET, cuando se da el *prius* de concurrir la notas de ajenidad y dependencia, considera "salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie..., cualquiera que sea la forma de remuneración."

(Ponente, Sr. Martínez Garrido).

35 La nota de ajenidad no resulta desvirtuada, ni por el hecho de que el reportero estampe su firma al pie de las fotografías publicadas -pues ello forma parte de su intransferible derecho moral de autor-, ni, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (recaída a propósito de la actividad desarrollada por mensajeros y pequeños transportistas) por el dato de que el trabajador aporte algunos útiles o herramientas de trabajo, pues tales aportaciones carecen en el contexto de la relación contractual concertada de la suficiente envergadura o importancia económica como para convertir al colaborador gráfico en un empresario titular de su propia organización productiva, cuyo objetivo prioritario sea la obtención de un lucro por el capital invertido antes que la obtención de una renta por el trabajo realizado.

B) Profesional informador

También considera el TS como laboral la relación de un informador de RNE (Radio Nacional de España) que realiza su actividad en una zona determinada por su empleadora, decidiendo ésta qué crónicas y reportajes se emiten y retribuyendo sólo las emitidas con una cantidad fija[36]. Recordemos las razones:

- Concurre la nota de voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae,* toda vez que la demandante realiza personalmente las crónicas informativas, en unas ocasiones por encargo de la demandada, y en otras, por decisión propia, procediendo con posterioridad RNE a determinar las que aceptaba y emitía, sin que en la realización de las mismas pudiera ser sustituida aquélla por otra persona.
- La ajenidad de los resultados la refleja el dato esencial de que la demandante no realiza todas las crónicas informativas o los reportajes por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa precisamente para RNE, que fijaba su duración, lugar y hora, y RNE elegía los que eran de su interés, emitiendo aquellas crónicas que resultaban seleccionadas de entre todas las realizadas por la actora[37].
- La dependencia, entendida como pertenencia al círculo rector y organizativo del empresario, también está presente, al constar que a la demandante se le transmiten órdenes, ya que RNE le señalaba la duración, lugar y hora de la emisión de cada crónica y de cada reportaje y RNE elegía el de su conveniencia. Asimismo, tenía limitada la zona geográfica en la que podía desarrollar su actividad[38].
- Finalmente, por lo que se refiere a la retribución de los servicios, se efectuaba abonando una cantidad fija por crónica o por cada reportaje

36 STS de 11 mayo 2009 (RJ 2009, 3866)(Ponente, Sr. García Sánchez).

37 Por otra parte contribuye a la apreciación de la ajenidad, aunque no sea un factor decisivo, el dato de que para la realización de las citadas crónicas utilizara materiales de RNE, como grabadoras, micrófonos, etc.

38 Es irrelevante que la demandada no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, trabajando habitualmente a considerable distancia del empresario en el lugar en el que se producen las noticias que va a comentar.

emitidos. Esta forma de retribución, por resultado, si bien no es la más habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario.

C) Actores de doblaje

Para calificar como laboral el vínculo de los profesionales de rodaje no es exigible ni la exclusividad ni la cesión de derechos de autor, pero sí deben concurrir las notas de ajenidad y dependencia[39].

El proceso tiene origen en la demanda de oficio presentada por la Abogacía del Estado en representación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra la mercantil que ahora recurre (dedicada al estudio de doblaje y sonorización de producciones cinematográficas y de televisión), tras haber levando aquélla actas de infracción y de liquidación en relación a un total de 27 trabajadores, todos ellos codemandados. Se cuestiona la naturaleza jurídica del vínculo contractual concertado por la referida sociedad con los profesionales de doblaje. El TS considera que estamos ante un contrato laboral de artistas[40]:

39 SSTS de 16 y 19 (3) julio 2010 (RJ 2010, 5014, 5015, 7129, 7131)(Ponentes, Sra. Arastey Sahún, Sr. Salinas Molina, Sra. Arastey Sahún, Sra. Segoviano Astaburuaga); 5, 6 y 7 octubre 2010 (RJ 2010, 7799, 5017, 5018) (Ponentes, Sr. Agustí Juliá, Alarcón Caracuel y Moliner Tamborero); 24 noviembre 2010 (PROV\2010\404720) (Ponente, Sr. De Castro Fernández); 9 diciembre 2010 (PROV\ 2011\ 39446)(Ponente, Sr. García Sánchez).

40 Un Voto Particular del Magistrado L. F. De Castro Fernández discrepa del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en el sentido de entender que los trabajadores no mantienen vínculo laboral alguno con la empresa demandada, pues lo que voluntariamente han convenido es un contrato civil de ejecución de obra. Sus argumentos son:

Ausencia de la nota de ajenidad en los medios de producción, pues los trabajos previos y los ensayos se llevan a cabo en los propios estudios de los actores de doblaje, llegando incluso a grabarse en ellos con posterior remisión a la empresa.

Ausencia de ajenidad en los frutos, pues por un lado no se adquieren por el cliente "*ab initio*", sino cuando cada "take" es aceptado, aparte de que el actor mantiene no sólo los derechos morales sino también los de autor sobre la obra.

Falta de ajenidad en los riesgos, pues el actor sólo es retribuido si el "take" es aceptado por la empresa, debiendo grabarlo nuevamente de forma gratuita si es rechazado por el cliente.

Falta de dependencia, pues no consta ninguna manifestación de inserción en el círculo rector y organicista de la empresa (empresa y actor se ponen de acuerdo para todo acto relacionado con la actividad contratada), no trabajan en régimen de exclusividad y la única manifestación directiva se plasma en la supervisión de la grabación definitiva o montaje por el director de doblaje.

El salario se desdibuja por completo, pues no se retribuyen los ensayos y tampoco el "take" rechazado".

Con tales presupuestos, el Voto Particular concluye que la deuda obligacional comprometida es de resultado y no de actividad, y por consecuencia, el ejecutante asume los riesgos hasta que la obra esté entregada y

a) Los actores de doblaje no aportan infraestructura alguna, siendo la empresa que les contrata la suministradora de todos los medios técnicos y humanos necesarios para el desarrollo de la completa prestación de servicios.

b) Es intrínseca a la propia prestación de servicios del artista el sometimiento del mismo a un director de doblaje[41].

c) También resulta propia de la esencia de la relación laboral especial la coincidencia del tiempo de prestación de servicios con el desarrollo de la obra o trabajo artístico, sin que la exclusividad pueda exigirse como nota de la misma. El propio Convenio Colectivo antes indicado refleja el abanico de situaciones posibles en cuanto a la duración de los contratos, e incluye, entre las modalidades de contratación, el contrato por convocatoria.

d) El que los actores de doblaje puedan decidir si aceptan o no participar en determinado doblaje y fijen los días de trabajo de mutuo acuerdo con la empresa - con la lógica consecuencia de que los periodos de descanso y de vacaciones quedan determinados por la voluntad de aquéllos-, no cabe interpretarlo como una excepción a a la dependencia.

e) Si la prestación de servicio se perfila por cada obra el contrato nacerá cada vez que exista acuerdo de voluntades entre las partes sobre el objeto y circunstancia de la prestación, lo cual es congruente con la inexigibilidad de que el artista preste servicios en exclusiva para una empresa de doblaje, al no hallarse vinculado a esta de forma indefinida y continuada.

d) La ajenidad queda también patente al examinar el sistema y cuantía de la contraprestación económica por la actividad de doblaje. Los artistas percibían sus emolumentos en atención a los parámetros de medición de la prestación de servicios pautados del convenio colectivo, en donde puede apreciarse una regulación de la unidad de obra (el "take") y del canon de convocatoria general

aceptada, a diferencia de lo que ocurre en un contrato de trabajo. Nada habría impedido, ciertamente, la suscripción de un contrato laboral con sometido a las previsiones del Convenio Colectivo del sector; pero la voluntad de las partes ha sido contraria a ese propósito y nos sitúa ante una figura cuyo contenido contractual es únicamente identificable con el contrato civil de ejecución de obra.

41 Así se evidencia en el texto del Convenio Colectivo que señala que "La función del actor en el doblaje consiste en interpretar y sincronizar la actuación del actor original con la mayor fidelidad a la interpretación del mismo y siguiendo las indicaciones del Director de Doblaje " (art. 7 del Convenio Estatal de Profesionales del Doblaje (Rama Artística), reproducido literalmente por el Convenio Colectivo de Profesionales del Doblaje (Rama Artística) 1994-1996 del País Valenciano, modificado sólo parcialmente por el Convenio Colectivo de Trabajo para los Profesionales del Doblaje (Rama Artística) para los años 2002 y 2003).

(cuantía fija en cada llamamiento), sistema plenamente coincidente con el empleado en el supuesto de la sentencia recurrida.

e) Asimismo, no cabe negar la ajenidad por el hecho de que los actores de doblaje mantengan sus derechos de autor, sin cesión a la empresa. Los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas[42].

D) Maquilladora televisiva

Ha entendido el TS que no es relación laboral la prestación de trabajo de una maquilladora de TVE que actúa con libertad de criterio y en forma no personalísima[43].

Lo que en esta ocasión se afirma es que, a la vista de los requisitos contemplados en los arts. 1.1 y 8.1 del ET, no reviste la consideración de contrato de trabajo sino de arrendamiento civil de servicios la realización de trabajos de maquilladora en TVE que se realizan en los locales de ésta y con sus medios materiales, con retribución mensual según sesiones de maquillaje, pero sin sujeción al ámbito de ésta (no se la indica cómo ha de trabajar ni se supervisa como lo hace y tampoco controla sus ausencias) y en forma no personalísima (cuando no es ella la que acude a trabajar, envía a persona de su confianza y elección), al faltar requisitos propios del primero de ellos.

E) Operador de imagen

Para el TS posee naturaleza laboral el contrato concertado con una televisión autonómica para la prestación del servicio de asistencia para cobertura

42 Esta afirmación ya la hizo la STS de 31 de marzo de 1997 (rcud. 3555/1996), en la que se razonaba que "*cuando el resultado del trabajo es una obra de autor... la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes* ", entendiéndose en aquel caso que éstos incluían " *los de explotación de las mismas en atención a su actualidad* ".

43 SSTS de 17 junio 2010 (RJ 2010, 2707)(Ponente, Sr. Martínez Garrido) y 3 mayo 2011 (RJ 2011, 4506) (Ponente, Sra. Virolés Piñol).

informativa, por concurrir las notas ajenidad y dependencia, sin que ello se vea obstaculizado por el hecho de que el contrato se suscribiera a través de una sociedad constituida por el trabajador para la prestación de tal servicio[44].

Con ocasión de la demanda por despido presentada por un operador de imagen contra Televisió de Catalunya SA (TVC), se discute la naturaleza jurídica del vínculo suscrito en su día entre las partes para la prestación del servicio de asistencia a la cobertura informativa de la provincia de Barcelona. La sentencia de instancia constató la existencia de relación laboral y que se había producido un despido improcedente, condenando en consecuencia a la empresa mencionada. En suplicación se acoge el recurso de la empresa y se aprecia la inexistencia de relación laboral y la subsiguiente incompetencia del orden social para resolver la extinción denunciada, remitiendo al actor a la jurisdicción civil. Se aporta por el trabajador sentencia contradictoria en un supuesto sustancialmente idéntico.

La particularidad presente en este caso estriba en que el actor no suscribió directamente el contrato cuya calificación se discute, sino que lo hizo a través de una sociedad mercantil constituida con otra persona, cuyo objeto social era el negocio de operadores de cámara, cine TV y video. Era esta sociedad, constituida a requerimiento del medio de comunicación para mantener la relación con el trabajador, la que facturaba periódicamente los servicios prestados por el accionante a TVC como operador de imagen. La sociedad carecía de otros trabajadores o los tuvo de forma esporádica o para una puntual coyuntura, recibiendo el demandante indicaciones para realizar su trabajo y siendo la dinámica del mismo análoga a la que tiene lugar cuando el operador de imagen es trabajador de plantilla de TVC.

La Sala Cuarta, tras ponderar los hechos que figuran como acreditados en la sentencia recurrida, accede a la conclusión de que la relación es laboral, al darse las notas de ajenidad y dependencia que la caracterizan, por más que existiese un contrato formalmente suscrito entre ambas entidades que, en realidad, no

44 STS de 24 junio 2015 (RJ 2015, 3213)(Ponente, Sr. Luelmo Millán).

hace sino sustituir indebidamente el de trabajo que debió suscribirse entre las partes, dada la naturaleza del mismo por cuanto concurren en él todos y cada uno de los requisitos a que alude la jurisprudencia acerca de la nota de la segunda de las referidas notas (dependencia), siguiendo después, con la misma base jurisprudencial, con la primera (ajenidad). Entiende la Sala que la sociedad fue constituida a instancia de la empresa (TVC), que requirió en tal sentido al trabajador para sostener una relación (la labor de un operador de imagen en una empresa) que se ha de considerar laboral; sin que, por lo tanto, se pueda entender justificada la medida extintiva, lo que lleva a la declaración de improcedencia del despido que realmente tuvo lugar.

X. Apunte final

La STS-CIV 236/2019 (al igual que otras muchas) se alinea con la abundante doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre ponderación de los derechos constitucionales en presencia, ausencia de derechos ilimitados y necesidad de valorar casuísticamente todas las circunstancias.

Aunque el litigio suscitado corresponde al ámbito de la jurisdicción civil, en él aparecen suficientes elementos de laboralidad como para suscitar la atención desde esta perspectiva.

Estas notas han pretendido animar a la contemplación unitaria (es decir, interdisciplinar) de una concreta cuestión, en concordancia con la unidad del ordenamiento que la buena Dogmática ha defendido tradicionalmente.

HONOR DE MÉDICO INCUMPLIDOR (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 481/2019 DE 200 SEPTIEMBRE)

I. Introducción

La STS-Civil 481/2019 aborda una cuestión referida al honor (e imagen) de Facultativo dependiente del Servicio Canario de Salud. Se queja de que determinado medio de comunicación regional ha divulgado datos profesionales y personales que perjudican su crédito profesional.

Aunque hay un trasfondo de importante conflicto familiar (se le achaca haber manipulado el historial clínico de su esposa, con la que estaba en proceso de divorcio; al tiempo, su ex cónyuge ha sido condenada por falsificar la firma del esposo de cara a conseguir un préstamo bancario) y político (el Médico ha concurrido como candidato de un partido político a las elecciones locales, aunque sin obtener escaño), lo cierto es que el detonante del litigio no es otro que la difusión de los graves incumplimientos profesionales achacados al demandante.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 481/2019 de 20 de septiembre.
Número recurso o procedimiento: Recurso de casación 5169/2018.
ECLI: ES:TS:2019:2833.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Eduardo Baena Ruiz.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

El litigio gira alrededor de la colisión entre derecho al honor (e imagen) y el derecho de libertad de expresión e información, fundamentalmente este último, los límites de ambos y la trascendencia de que la información sea veraz.

1. Hechos relevantes

Los hechos enjuiciados por la sentencia comentada poseen cierta notoriedad en el territorio de las Islas Canarias. Por cuanto aquí interesa, se resumen del siguiente modo:

En un periódico digital de ámbito regional (21 abril 2016) aparece publicado un artículo ("Un médico manipula la historia clínica de su ex mujer para diagnosticarle trastornos psicológicos"), acompañado de foto del protagonista. Pocos días después (2 mayo 2016) se amplía la noticia ("Sanidad conocía desde Julio del 2015 la denuncia a un médico por manipular un historial clínico").

En esos artículos se da cuenta detallada de que el protagonista ha concurrido como número tres de la lista presentada por una coalición electoral al Ayuntamiento de Las Palmas. Entre otros extremos, se expone lo siguiente:

- Según Informe del Servicio Canario de Salud, el Médico introdujo en el historial clínico de su esposa datos inventados, alusivos al padecimiento de diversos trastornos mentales. La ex mujer ha interpuesto denuncia por falsedad documental.
- Pese a que la ex mujer denunció lo ocurrido a la Sanidad pública, la Administración no tomó medida alguna, escudándose en la judicialización del asunto.
- El protagonista ha sido dado de baja de su partido político, por impago de cotizaciones, tres meses después de celebrarse las elecciones y no resultar elegido.

- Previamente, se había dictado orden de alejamiento contra el Médico, en el seno de un procedimiento a cuyo término fue absuelto.
- El denunciado niega los hechos y manifiesta que adoptará las medidas pertinentes cuando finalice el recorrido judicial de los hechos.
- Durante el proceso de divorcio el matrimonio se ha cruzado una decena de denuncias.
- La ex mujer ha sido condenada por falsedad en documento público, al haber imitado la firma del Médico a fin de que apareciera como avalista de un préstamo.

2. Sentencia del Juzgado

A) Considerando vulnerados sus derechos fundamentales (honor e imagen), el Médico interpone contra la Editora del Diario y la periodista que redactó las informaciones una demanda de tutela de derechos fundamentales.

Solicita que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, que cese esa conducta, que publiquen la sentencia condenatoria, que eliminen de la hemeroteca digital esos contenidos y que lo indemnicen (30.000 €).

B) Mediante sentencia de 13 julio 2017, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Las Palmas desestima la demanda (autos 481/2016), absolviendo tanto a la Editorial cuanto a la periodista, e imponiendo la condena en costas.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el criterio del Juzgado, el Médico interpone recurso de apelación, asimismo desestimado (con imposición de costas) por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria mediante su sentencia de 4 de septiembre de 2018 (rec. 960/2017). Tras una extensa cita de jurisprudencia ordinaria y constitucional respalda el criterio de la instancia porque:

▪Ninguna de las partes puso en duda el interés público y general de la información publicada. Ello vale tanto para la manipulación del historial clínico cuanto para la baja en el partido político por no abonar las cuotas de militante.
▪La periodista contrastó la información referida por la ex esposa con el propio demandante e hizo constar en la noticia su versión sobre los hechos. Informó de modo neutral, haciendo mención a los procedimientos penales que afectaban a ambos.
▪La periodista cita sus fuentes y cuando obtiene alguna conclusión se limita a subrayar lo obvio.
▪La foto publicada fue captada durante un acto público y pertenece a persona que pretende influir en el gobierno de la ciudadanía, reflejando la fuente de donde procede (Facebook de una fuerza política), siendo la imagen del demandante secundaria y difícilmente reconocible.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en determinar si las demandadas se limitaron a ejercer su libertad de información (o de expresión) o si, por el contrario, excedieron los límites de ese derecho constitucional lesionando el derecho al honor y la propia imagen del Médico.

1. El Médico (demandante y recurrente)

Frente a su condena en segunda instancia, el demandante formula recurso de casación, articulado en seis motivos. Denuncia la infracción de preceptos constitucionales (arts. 18.1 y 20.4) y de la LO 1/982.

En esencia, cuestiona el juicio de ponderación realizado para dirimir el enfrentamiento entre los derechos concurrentes. El derecho a la información veraz tiene su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. También cuestiona el juicio sobre la veracidad de la información suministrada.

Al igual que en la demanda y en el recurso de apelación, expone que los artículos periodísticos recogen comentarios e insinuaciones que lo desprestigian, realizando afirmaciones inciertas y aseveraciones falsas y haciendo suyas la versión de su ex esposa con la que mantiene contienda judicial por desavenencias matrimoniales, siendo innecesario mencionar que el demandante fue número tres de determinada candidatura, pues es médico del Servicio Canario de Salud y los hechos se refieren a su esfera privada.

2. La Editora y la periodista (demandadas recurridas)

La representación procesal de la periodista autora de la información y la empresa editora se oponen al recurso. Exponen que la fotografía insertada era accesoria a la información referida a un cargo público, que está tomada en un acto público y publicada en una red social. Y los artículos se basan en hechos objetivos debidamente contrastados: reproducen una denuncia, notician la condena a la ex esposa y aportan información neutral. Los hechos no se refieren al ámbito privado del demandante pues se cometen en el ámbito de su profesión. Y el Servicio Canario de Salud corrobora que la ex esposa no ha sido tratada de afecciones mentales.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, en concordancia con la posición sostenida ante la Audiencia Provincial, interesa la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia recurrida.

V. Preceptos relevantes

De cuanto queda expuesto se desprende con claridad cuál es el marco en el que debe desarrollarse la solución al caso.

A) El art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (4 noviembre 1950) prescribe que "toda persona

tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Además, el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

B) El artículo 20.1.1 CE reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción". El apartado 4 del mismo artículo advierte que las libertades allí reconocidas (como la de expresión) "tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

En paralelo, el artículo 18.1 CE garantiza "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

C) Por su lado la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOHI) prescribe que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

Su artículo 7.3 considera intromisión ilegítima "La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íintimo".

El art. 7.4 LOHI establece que constituye una intromisión ilícita "La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

El artículo 7.7 LOHI considera como una de las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de los referidos derechos "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Conforme al artículo 8.1 LOHI "no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

D) Indirectamente también entra en juego el art. 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ellas recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada.

1. Método conflictivista

Acogiendo la perspectiva conflictivista, tan querida para nuestro TC, la sentencia comentada centra lo debatido alrededor del choque entre el derecho al honor de una persona y la libertad de información. De ello depende que estemos o no ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Dado que los principios y los valores constitucionales se caracterizan por su capacidad para relativizarse, para poder conciliarse recíprocamente, cuando dos derechos fundamentales que encarnan principios y valores diferentes entran en colisión en un determinado supuesto de hecho, la norma que consagra uno de ellos limita la eficacia jurídica de la que consagra el otro. Esta situación no se soluciona excluyendo a priori la vigencia de uno de ellos ni estableciendo una regla que excepcione, en todos los casos futuros, la eficacia de uno de los derechos fundamentales cuando entra en conflicto con el otro.

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ha de establecerse una relación de prevalencia condicionada en la que, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes, se determine qué derecho fundamental prevalece sobre el otro.

2. El honor, en especial de persona pública

Recordemos que el honor es definido de modo negativo en la LOHI ("acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"), mientras que la dignidad es "concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento"[45].

En cuanto al contenido del derecho a la dignidad, abarca la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio).

Para que pueda considerarse justificada una intromisión en el derecho al honor es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que aluda

45 SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero, y 51/2008, de 14 de abril

la noticia o el juicio de valor, ya por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre las que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública[46].

3. La libertad de expresión y de información

Hay que recordar la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d, en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una información pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático.

Las libertades de expresión e información[47] prevalecen sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE siempre que se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática y no se vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática.

4. La necesaria ponderación

Para resolver el conflicto entre libertad de información (o de expresión) y derecho al honor hay que atender a la relevancia pública o el interés general de la cuestión (por la propia materia, por la identidad de las personas, o por ambas). También debe tenerse muy en cuenta la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribe el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica.

46 Por todas, STC 68/2008.

47 La libertad de información recae sobre la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo, como explican SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, y 29/2009, de 26 de enero.

De este modo, la técnica de la ponderación exige valorar el peso abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Aquí juega la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información, por resultar esenciales para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político[48].

5. Veracidad de la información

Aunque no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos (libertad expresión) de la simple narración de unos hechos (libertad de información) resulta conveniente hacerlo. Y es que la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos[49].

Para que la libertad de información resulte amparada constitucionalmente debe ser veraz. Este calificativo alude al resultado de una razonable diligencia por parte del informador (contrastando la noticia de acuerdo con pautas profesionales), de modo que puede concurrir aunque, con el transcurso del tiempo, la noticia pueda ser desmentida[50]. Por eso, la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud, cuanto a negar la garantía o protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable[51].

48 SSTC 105/1990, 9/2097 y 29/2009, entre otras.
49 Por todas, STC 216/2013.
50 Cf. las SSTC 240/1992, 136/2004, 1/2005 y 216/2013, entre otras.
51 Cf. las SSTC 6/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992 y 1/2005, entre otras.

6. Aplicación al caso

La aplicación de los criterios sobre límites de los derechos fundamentales y la necesidad de ponderar el modo en que se interaccionan los diversos derechos fundamentales en presencia abocan a las conclusiones acogidas por la sentencia glosada.

A) Derecho al honor

La Sala Primera considera que no hay vulneración del derecho al honor (personal y profesional) del recurrente:

a) La posible comisión de un delito de falsedad de documento oficial (alteración de la historia clínica de su ex esposa) tiene la suficiente trascendencia social como para ser noticiable. Máxime cuando hablamos de una persona con cierta proyección política.
b) La información fue contrastada por la periodista con el denunciado e hizo constar su versión sobre los hechos. No elaboró la noticia inclinando el acento sobre ninguno de ellos, sino de forma neutral. Citó su fuente, y de modo objetivo y fiable relató lo informado por el Servicio Canario de Salud en relación con el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.
c) Es verdad que la noticia habla de "manipular", pero eso no comporta la vulneración del derecho al honor pues se trata de una conclusión lógica a la vista del contenido de la denuncia por falsedad. Se trata de un término aceptable en el lenguaje informativo.
d) Tampoco se aprecia una inexactitud grave en la noticia sobre la pertenencia del demandante a un partido político y que le dieron de baja por impago de cuotas, pues la sentencia recurrida lleva a cabo un correcto juicio de ponderación.
e) El medio de comunicación no accede al historial clínico de la paciente, sino que, al judicializarse la posible falsificación, es objeto de conocimiento tanto la denuncia como los avatares de un hecho con trascendencia personal

y social, e informa de ello el periódico en los términos y con las circunstancias ya analizadas.

B) Derecho a la propia imagen

El derecho a la imagen ha sido definido como la facultad de determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Su contenido pende de las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, o tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación.

La singularidad de este supuesto es que la fuente de la que se obtuvo la imagen era una red pública, Facebook, de un partido político. El perfil de Facebook no es el del actor sino el de un partido político al que perteneció el actor, en el que destaca el cartel de dicho partido y no la imagen del demandante que es secundaria y difícilmente reconocible.

Si se acompañó la información con ese cartel fue para ilustrarla con la imagen del partido y no con la del actor, por cuanto la noticia, según consta, tenía estrecha relación con la pertenencia del actor, en su día, a ese partido político. Por tanto, el titular del perfil no era el demandante y la vulneración es inexistente.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, la STS-CIV 481/2019 desestima el recurso interpuesto por el Facultativo demandante, que es condenado a la pérdida del depósito y al abono de las costas.

Queda, por tanto, firme, la desestimación de su demanda sobre protección del derecho al honor y a la propia imagen.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento Segundo de la sentencia aparecen diversas consideraciones especialmente relevantes para resumir la posición del Tribunal:

- No constituye canon de la veracidad la intención de quien informa, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona.
- La transmisión de la noticia o reportaje y la expresión de la opinión no pueden sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor.
- El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas.

IX. Comentario

Los términos en que la STS comentada plantea el problema y encauza su solución son del todo similares a los aplicados usualmente en la jurisdicción laboral. A ello contribuye tanto la unidad del ordenamiento jurídico cuanto la existencia de una consolidada doctrina constitucional, alguno de cuyos trazos básicos podemos recordar:

▪El derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de aquellos que ostentan notoriedad pública no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión[52].

▪Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida propia[53].

▪No puede considerarse violado el derecho a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones al mismo como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula[54].

▪El prestigio de una empresa no es un valor exactamente identificable con el honor, consagrado como derecho fundamental, por lo que debe asignársele un nivel más débil de protección[55].

▪Ni los derechos fundamentales, ni los límites a que debe someterse su ejercicio tienen carácter absoluto[56].

X. Apunte final

La STS-CIV 481/2019 se alinea con la abundante doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre ponderación de los derechos constitucionales en presencia, ausencia de derechos ilimitados y necesidad de valorar casuísticamente todas las circunstancias.

Aunque el litigio suscitado corresponde al ámbito de la jurisdicción civil, en él aparecen suficientes elementos de laboralidad como para suscitar la atención desde esta perspectiva. Porque se debate acerca de la difusión de un deficiente comportamiento profesional y ello supone tanto un desdoro de tal índole cuanto una afectación personal.

52 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 5 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
53 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
54 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
55 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 7 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
56 STC 254/1988, de 21 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sra. Begué Cantón).

De ahí que el artículo 2.f) LRJS atribuya a este orden jurisdiccional el conocimiento de los litigios sobre "derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios". Además de que la naturaleza del vínculo profesional (si laboral o funcionarial) aparece silenciada en la sentencia, lo cierto es que en el caso no aparece como causante de la eventual vulneración ni el empleador, ni sujetos vinculados al mismo, aunque sí concurre la conexión directa con la prestación de servicios.

LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR FRENTE AL TUITEO DE COMPAÑEROS (AL HILO DE LA STS-CIV 476/2018)[57]

La presente sección está dedicada a narrar una interesante sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, bien que resolviendo un litigo entre trabajadores de una misma empresa. De ahí que sea conveniente comenzar recordando el sistema de distribución competencial entre los diversos órdenes jurisdiccionales (apartado 1).

La descripción de los hechos (apartado 2) pone de relieve que estamos ante un debate sobre el alcance de los derechos fundamentales. Recordemos que los derechos fundamentales tienen virtualidad plena como consecuencia de su incorporación al texto constitucional y no sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa[58] y que no pueden ser contemplados en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas concretas y en conexión con los ámbitos normativos que regulen cada una de ellas[59].

I. Problemas laborales y órdenes jurisdiccionales

1. Una reflexión general

El análisis de la función jurisdiccional no puede efectuarse en abstracto, desvinculándose de todo el complejo normativo sobre el que se fundamenta y construye. El art. 122 CE ordena que la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales se lleve a cabo en la LOPJ, que es una norma marco y de principios generales que debe completarse con los bloques normativos específicos que fijan los ámbitos sustantivos respectivos de cada

57 STS 476/2018 de 20 julio (rec. 2355/2017). Ponente, Sr. Sarazá Jimena.
58 STC 7/1983, de 14 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).
59 STC 7/1983, de 14 febrero, FJ nº 3 (Ponente, Sr. Tomás y Valiente).

orden jurisdiccional. Éste es el sentido que debe darse al art. 24.1 CE cuando dice que la función jurisdiccional está legalmente predeterminada.

La predeterminación legal de la Jurisdicción (y de la competencia por razón de la materia) se justifica y ampara, a su vez, en dos motivaciones:

a) La Jurisdicción, como la competencia, es un presupuesto del proceso y, como tal, "viene determinada previamente a su ejercicio"[60]. Con ello quiere significarse que los Juzgados y Tribunales únicamente pueden ejercer su función en aquellos ámbitos propios del orden en que están integrados, siempre que resulten ser competentes con arreglo a las normas procesales que resulten aplicables[61].
b) La seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 CE impone al legislador claridad y precisión en la ordenación legal de las materias atribuidas a cada orden jurisdiccional, a fin de que los justiciables conozcan anticipadamente y con el menor margen de duda posible el orden jurisdiccional ante el que debe interponerse la demanda.

Unidad de Jurisdicción (art. 117.5 CE) y pluralidad de órdenes judiciales no son obviamente, conceptos antagónicos o incompatibles en su formulación, pues una cosa es que la Jurisdicción se ejerza con plenitud y exclusividad, sin fisuras frente a otros poderes del Estado, y otra bien distinta que, por razones de especialización, existan órdenes jurisdiccionales con ámbitos competenciales específicos, atendiendo a la distinta naturaleza de las pretensiones que ante ellos pueden formalizarse.

La distribución de competencias entre los distintos órdenes judiciales obedece principalmente a criterios materiales basados en la muy diversa naturaleza jurídica de las materias a que afectan los objetos procesales, lo cual

60 STS/C-A de 30 de abril de 1988 (RJ 1988, 3223).

61 Por esta razón, los órganos jurisdiccionales podrán (deberán), de oficio o a instancia de parte, apreciar su incompetencia para conocer de la pretensión interpuesta cuando (en lo que ahora interesa), con arreglo a tales normas, entiendan que el conflicto debe ser resuelto por un orden jurisdiccional distinto. La predeterminación legal de la competencia obliga, en este mismo sentido, a afirmar la irrelevancia de la voluntad de las partes enfrentadas en la elección del orden jurisdiccional competente para resolver el conflicto.

resulta sumamente positivo si se atiende a la especialización y la idoneidad resultante de los sujetos que ejercen tal función. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los criterios utilizados por las Leyes para tal distribución (lo cual es particularmente perceptible en la materia que nos ocupa) no siempre son suficientemente claros e incontrovertidos.

El artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la piedra angular sobre la que reposa toda la arquitectura jurídica encargada de encauzar los litigios hacia uno u otro ámbito jurisdiccional, mientras que las respectivas normas de cabecera (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de la Jurisdicción Contenciosa, Ley de Enjuiciamiento Criminal) intentan extraer las consecuencias implícitas en su diseño. La realidad, sin embargo, sigue mostrando de manera pertinaz cómo hay ciertas materias en las cuales estamos lejos de la solución diáfana y pacífica.

2. Una reflexión sobre el caso

En el asunto resuelto por la STS 476/2018 de 20 julio (RJ 2018, 2832) el trabajador presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid. Como demandada aparece una compañera de trabajo (superiora del demandante). La causa del litigio radica en la publicación de diversos mensajes en redes sociales donde se evidencia que el demandante se encuentra en situación de baja laboral y, pese a ello, desarrolla una vida social activa.

El artículo 2.1.a) LRJS identifica como una de las materias cuyo conocimiento corresponde a ese orden de la jurisdicción la atinente a cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Y, más específicamente, el artículo 2.f) afirma esa competencia para litigios sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

Pues bien, pese a que la acción versa sobre una pretendida vulneración de derechos fundamentales, que se imputa a otra persona unida al empresario mediante contrato de trabajo, y la conducta combatida tiene clara conexión con el trabajo, lo cierto es que nadie ha cuestionado la competencia del orden civil para conocer del asunto. ¿Se habría considerado competente el Juzgado de lo Social si se hubiera presentado ante él la demanda? ¿Hubiera sido necesario, en tal caso, traer como demandada a la empresa? ¿Habría sido distinto el resultado final en caso de haberse aplicado las previsiones de la LRJS? ¿Conduciría a resultado diverso la resolución con arreglo a los criterios acogidos por la jurisprudencia social a la hora de evaluar la dimensión d elos daños y perjuicios habidos?.

II. Descripción de los hechos enjuiciados y de los antecedentes procesales

1. Hechos probados

El asunto surge como consecuencia de los tuits que publica la jefa de un empleado. Éste se encuentra en situación de incapacidad temporal, pero acude a actos sociales o políticos. De manera sarcástica y pública, la demandada le ha ido interrogando sobre su estado. Repasemos los hechos decisivos:

A) Las partes en litigio trabajan en una misma empresa municipal, siendo la trabajadora superiora jerárquica del demandante. Éste se encuentra en situación de incapacidad temporal, que se está prolongando varios meses.

B) La trabajadora publica en la red social Twitter varios mensajes del estilo de "ahora trabajas en la moda y la imagen", "creía que seguías de baja", "¿estás de baja y haces campaña en Madrid?", "Por el morro!", "baja enfermedad común, no parece enfermo".

C) Esos comentarios a veces van acompañados de fotografías donde se ve al interpelado con la candidata por el Partido Popular a la Alcaldía de Madrid, paseando con un amigo, asistiendo a un desfile de moda junto a personas conocidas en ese mundillo, etc.

D) En otra ocasión una de las fotos aparece con un resumen de una sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, bajo el titular de "Despido de un empleado por celebrar la Eurocopa de fútbol estando de baja por depresión".

Se trata de fotografías ya publicadas en páginas de diversas redes sociales de Internet (Facebook, Instagram, Twitter), por personas distintas de la demandada y cercanas al demandante (su partido político o alguno de sus amigos y amigas), sin que el demandante hubiera hecho objeción alguna a esta publicación previa.

2. Demanda formulada

El trabajador cuya conducta ha sido afeada del modo descrito presenta una demanda alegando que hay una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Solicita: 1) Que se declare la existencia de tal intromisión ilegítima. 2) Que se la condene a pagarle como indemnización 120.000 euros o la cantidad que prudencialmente se fije. 3) Que se la condene a publicar a su costa la sentencia (o su encabezamiento y fallo) en dos periódicos de información general cuyo ámbito de difusión fuese el de la Comunidad de Madrid. 4) Que la condena incluya la supresión de las manifestaciones denigratorias en los distintos canales de la plataforma twitter de la homepage de la cuenta correspondiente. 5) Que se la requiera para que en lo sucesivo se abstenga de llevar a cabo nuevos actos de intromisión, en cualquier ámbito, medio o plataforma de comunicación, que vulneraran el derecho al honor del demandante.

3. Sentencia de instancia y recursos

Con fecha 10 de junio de 2016 el Juzgado de Primera Instancia dicta la sentencia correspondiente. Desestima la demanda e impone las costas al trabajador.

Disconforme con ese fallo, el demandante formaliza recurso de apelación, reiterando las peticiones de su demanda.

Asimismo, el Ministerio Fiscal recurre la sentencia. Pide que se declare que los hechos constituyen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del actor, y se confirme la sentencia en cuanto a que los hechos no constituyen intromisión ilegítima en el derecho al honor e imagen del actor.

4. Sentencia de Apelación

Por su lado, la Audiencia Provincial de Madrid dicta su sentencia 128/2017 de 5 abril (JUR 2017\145009), que desestima los recursos de apelación por las siguientes razones:

Propia imagen.- El derecho a la propia imagen protege el aspecto físico de la persona en tanto en cuanto pueda calificarse, habida cuenta de las circunstancias, de íntimo o reservado. Y, en el supuesto enjuiciado, las imágenes del actor que acompañan los tuits litigiosos presentan a éste en eventos sociales y en lugares públicos y se trata de fotografías, claramente captadas con la expresa anuencia del propio actor, que ya se encontraban publicadas en internet, por personas distintas a la actora.

Intimidad.- El derecho a la intimidad personal y familiar protege el ámbito propio y reservado de la vida de las personas garantizando su derecho a excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro de dicho ámbito propio y reservado. Los tuiters intercambiados (no solo entre actor y demandada) evidencian que la situación de baja laboral del actor era un hecho de conocimiento general entre los partícipes en la conversación.

Por otra parte, la afirmación de que el actor se encontraba de baja laboral por enfermedad común, sin referencia alguna a la concreta enfermedad determinante de la baja no puede considerarse como revelación de un hecho comprendido en el ámbito propio y reservado.

Honor.- Los mensajes litigiosos no son injuriosos o vejatorios y contienen hechos veraces y ciertos, pero sin imputar actuación ilícita alguna. Han de enmarcarse en el ejercicio de la libertad de expresión, que, por tanto, en el presente caso, ha de preponderar sobre el derecho al honor del actor.

5. Recurso de casación

Disconforme con la sentencia de segunda instancia, el demandante interpone recurso de casación, articulado en tres motivos:

- Infracción del artículo 18, 1º de la Constitución en relación con el artículo 20.4 (derecho al honor e intimidad personal) y de lo dispuesto en el artículo 2, 4 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982.
- Infracción del artículo 18, 1º de la Constitución en relación con el artículo 20.4 (derecho al honor e intimidad personal) y de lo dispuesto en el artículo 2, 4 y 7.4º de la Ley Orgánica 1/1982 y de la doctrina constitucional y jurisprudencia que lo interpreta».
- Error en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1, 2 y 7, apartados 5º y 6º de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, en relación con la jurisprudencia aplicable.

En los apartados siguientes se examina, por separado, el resultado de esas tres denuncias.

III. Eventual vulneración del derecho al honor

La idea de que el titular de derechos fundamentales y libertades lo es tanto en relación con los poderes públicos como también en la vida social[62] late en el fondo de esta primera protesta del demandante.

62 STC 18/1984, de 7 febrero, FJ nº 6 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant).

1. Entronque constitucional

El derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de aquellos que ostentan notoriedad pública no implica que se pueda silenciar o recriminar a quienes emiten opiniones, comentarios o críticas sobre su actuación gestora, dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión[63].

Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida propia[64].

No puede considerarse violado el derecho a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones al mismo como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula[65].

El prestigio de una empresa no es un valor exactamente identificable con el honor, consagrado como derecho fundamental, por lo que debe asignársele un nivel más débil de protección[66].

Ni los derechos fundamentales, ni los límites a que debe someterse su ejercicio tienen carácter absoluto[67].

2. Criterio del Tribunal Supremo

No se considera vulnerado el derecho al honor del trabajador, sino ejercitado el de libertad de expresión por la demandada, que ha publicado opiniones, comentarios sarcásticos y críticas respecto del demandante.

63 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 5 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
64 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
65 STC 170/1987, de 30 octubre, FJ nº 4 (Ponente, Sr. García-Mon y González Regueral).
66 STC 20/2002, de 28 enero, FJ nº 7 (Ponente, Sra. Casas Baamonde).
67 STC 254/1988, de 21 diciembre, FJ nº 3 (Ponente, Sra. Begué Cantón).

Tales expresiones se realizan respecto de unos hechos cuya veracidad ha quedado acreditada[68] y respecto de una cuestión que posee "cierto interés general" (el absentismo laboral injustificado, pues los tuits hacían referencia al supuesto carácter injustificado de la baja laboral del demandante mientras estaba en nómina en una empresa municipal).

En suma: no se emplearon expresiones insultantes o vejatorias. Lo realizado por la demandada fue una crítica, utilizando un tono sarcástico, sobre la conducta del demandante, que había acudido a diversos actos sociales mientras estaba de baja laboral.

IV. Eventual vulneración del derecho a la propia imagen

1. Entronque constitucional

El derecho a la propia imagen contribuye a preservar la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros[69].

El derecho a la propia imagen se enmarca en la salvaguardia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás para mantener una calidad mínima de vida[70].

El primer elemento a salvaguardar en el derecho a la propia imagen sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo[71].

68 A saber: que el demandante acudió a determinados actos públicos de un partido político y a eventos del mundo de la moda y de la imagen en un periodo en que se encontraba de baja laboral en la empresa pública municipal en la que trabajaba

69 STC 99/1994, de 11 abril, FJ nº 5 (Ponente Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo–Ferrer).

70 STC 99/1994, de 11 abril, FJ nº 5 (Ponente Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo–Ferrer).

71 STC 99/1994, de 11 abril, FJ nº 5 (Ponete Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

No puede deducirse del artículo 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato[72].

La determinación de los límites del derecho a la propia imagen debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión[73]. Esta legitimación de la intromisión se produciría cuando la propia y previa conducta del afectado, o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel.

El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública[74].

En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

2. Criterio del Tribunal Supremo

En el presente caso, no hay discusión sobre que algunos tuits de la demandada contenían fotografías en las que el demandante aparecía, perfectamente

72 STC 99/1994, de 11 de abril, FJ nº 5 (Ponente, Sr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer).

73 STC 14/2003, de 28 de enero.

74 El derecho a la propia imagen «se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de los demás derechos fundamentales -en relación con un juicio de proporcionalidad-, de las leyes -artículos 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) de la LO 1/82 -, de los usos sociales - artículo 2.1 LO 1/82 -, o de la concurrencia de singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión

reconocible, en diversos actos públicos. Concurren circunstancias que excluyen el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen:

La captación de la imagen del demandante se hizo en eventos públicos, en compañía de otras personas y con el consentimiento del afectado. Otro tanto ha de decirse de la previa publicación de su imagen en Internet (cuentas de Facebook, Instagram o Twitter del partido político al que estaba afiliado o de amigos), en los que la demandada no tuvo intervención y respecto de la que el demandante no hizo objeción alguna.

La prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet[75].

En estos casos, la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general[76].

Lo expuesto no obsta a la ilegitimidad de la publicación de imágenes cuando, aun encontrándose disponibles en Internet, resulte evidente, por su contenido o por las circunstancias que las rodean, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en derechos de la personalidad. En tales casos, resulta

75 Pero la publicación de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía la consideración de personaje público, en las ediciones en papel y digital de un periódico, no tiene esa naturaleza de «consecuencia natural» del carácter accesible de la fotografía en Internet, pues la finalidad de una cuenta abierta en una red social es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación, no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet (STS 91/2017 de 15 febrero).

76 Se aclara, de manera pedagógica, que los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al art. 2.1 LOPDH.

indudable que la publicación previa se ha realizado sin el consentimiento del afectado, por lo que la previa publicación en Internet, por su carácter ilegítimo, no legitima la reutilización pública de tales imágenes.

V. Eventual vulneración del derecho a la intimidad

1. Entronque constitucional

La garantía de la intimidad comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención[77].

Vulnera el derecho a la intimidad un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos a través de un tratamiento técnico, no incluye garantías adecuadas frente a un uso invasor de la vida privada del ciudadano[78].

2. Criterio del Tribunal Supremo

En sus pasajes más interesantes, la STS comentada considera que la comunicación pública de comentarios relativos a la baja por enfermedad de un empleado de la empresa por quien tiene conocimiento de tal circunstancia por razón de su cargo constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal.

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona está comprendida dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución, en la medida en que los datos que se refieren a la salud constituyen un elemento importante de su vida privada. No solo es una

77 STC 202/1999, de 8 noviembre, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Cachón Villar).

78 SSTC 94/1998, de 4 mayo, FJ nº 4 (Ponente, Sr. González Campos); 105/1998, de 18 mayo, FJ único; 123/1998, de 15 junio, FJ nº 2.

información íntima sino, además, especialmente sensible desde este punto de vista y, por tanto, es digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad. Así lo han declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La información sobre la situación de baja laboral del demandante y las conjeturas sobre la enfermedad causante de la baja afectan, por tanto, a su derecho a la intimidad. Se recalca que la demandada había sido la superior del demandante en la empresa pública en la que este trabajaba, en la época en la que se inició la baja laboral, con lo que se está en el supuesto del art. 7.4 LOPDH, que considera intromisión ilegítima en la intimidad la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Si bien pudieran estar justificadas las comunicaciones acerca de la existencia de la baja laboral y las incidencias relativas a la salud de un empleado en lo que fuera imprescindible para denunciar ante la empresa empleadora, la mutua de accidentes de trabajo o las autoridades competentes, el carácter injustificado de una baja laboral, en el presente caso tal información no solo se ha comunicado a la empresa y a la mutua de accidentes de trabajo por una vía improcedente (se les ha incluido como destinatarios de algunos de los tuits en los que se contenían los comentarios sarcásticos y las fotografías), sino que se ha publicado en una cuenta de Twitter, de acceso público, y ha sido objeto de comentarios entre varias personas mediante tuits.

VI. El final

En esencia, la STS reseñada: 1) Estima en parte la demanda. 2) Declara que los tuits en cuestión constituyen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante. 3) Condena a la demandada a pagar una indemnización de 6000 euros. 4) La condena incluye también la supresión definitiva de los tuits objeto del litigio y la admonición para que cese esa conducta.

Con el exclusivo ánimo de activar la reflexión: ¿Podría la empresa ahora sancionar a la trabajadora que ha vulnerado el derecho de otro empleado? ¿Habría prescrito esa posibilidad? ¿O acaso, con los hechos probados, quien debe ser sancionado es el trabajador? ¿Es posible sancionar, por diversos motivos a ambos? ¿Ninguna de las conductas es sancionable? ¿Podría basarse en lo relatado una actuación (de la Inspección Médica, de la Mutua, de personal contratado por la empresa, de la Inspección de Trabajo) tendente a comprobar la veracidad de la causa alegada para la baja? ¿Habría usado parámetros diversos la jurisdicción social para valorar la conducta examinada? ¿Es coherente el ordenamiento cuando impide a la empresa conocer la causa de la baja y supedita la legitimidad de lo que se haga durante a la misma al tipo de patología que la justifica? ¿Habría vulneración de derechos si los comentarios enjuiciados los realiza una persona ajena a la empresa y que conoce la situación de baja por casualidad, referencia o notoriedad?.

UN APUNTE SOBRE LA GRABACIÓN MEDIANTE CÁMARAS (AL HILO DE LA STS-CIV 600/2019 DE 7 NOVIEMBRE)

I. Introducción

La STS-CIV 600/2019 examina una cuestión que está a la orden del día en muy diversos ámbitos: la grabación de imágenes mediante cámaras previamente instaladas. Lo peculiar del caso es que se insta la tutela del derecho a la intimidad frente a la colocación de dos cámaras de vigilancia con fines disuasorios por parte de un vecino; al menos una de ellas parecía enfocar parte de su parcela, el jardín privado y las entradas y salidas de vehículos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que estamos ante una situación objetiva idónea para coartar la libertad personal; además, el derecho del demandante a la tranquilidad de su vida privada comprende no tener que soportar una situación de incertidumbre acerca de si una cámara orientada hacia su casa está o no operativa. Y el fin legítimo de preservar la seguridad mediante cámaras se puede lograr con la única precaución de cerciorarse, antes de instalarlas, de que por su orientación no despertarán sospechas fundadas de que se está comprometiendo de forma innecesaria la vida íntima de un tercero.

La cuestión suscitada sirve para recordar que la videovigilancia de quienes trabajan en régimen asalariado viene siendo motivo de debates y de litigios muy relevantes. Tras los vaivenes del TEDH (Barbulescu I y II; López Ribalda I y II), del Tribunal Constitucional (Universidad de Sevilla y Bershka; Ensidesa y Convenio de Químicas) o del propio Supremo (atrapado entre los anteriores), la aparición de textos normativos que abordan el tema de las *nuevas* tecnologías y las relaciones laborales, con el prisma formal de la protección de datos, genera la necesidad de permanente actualización de lo sabido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.
Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 600/2019 de 7 noviembre.
Número recurso o procedimiento: 5187/2017.
ECLI: ES:TS:2019:3505.
Ponente: Francisco Marín Castán.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El procedimiento se pone en marcha como consecuencia de una demanda (5 octubre 2016) en la que su promotor sostiene que se ha vulnerado su derecho fundamental a la intimidad como consecuencia de la instalación de una cámara en finca vecina. En consecuencia, interesa que cese esa vulneración y que la cámara de referencia sea reorientada (o retirada), absteniéndose de llevar a cabo conductas semejantes en el futuro.

1. Hechos litigiosos

Una entidad mercantil instala en sus dependencias una cámara de video vigilancia que enfoca directamente a un camino privado sobre el que el vecino demandante tiene constituida servidumbre de paso para acceder a su vivienda, de forma que esa cámara constata las entradas y salidas de la misma, así como una parte de la parcela colindante (el jardín).

Por esos hechos el aquí demandante formuló denuncia a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que archivó el caso al no apreciar vulneración alguna (19 julio 2016).

2. Sentencia del Juzgado

Poniendo término al juicio ordinario n.º 926/2016, el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza dicta su sentencia el 4 de mayo de 2017. Desestima la demanda. Argumenta que son falsas las cámaras instaladas con finalidad disuasoria. Además, no considera acreditado que con ellas, aunque fuesen reales, se atente contra la intimidad o imagen del demandante.

Sus núcleos argumentales se centran en lo siguiente: 1º) La falta de aptitud de las cámaras para captar y grabar imágenes; 2º) Su función meramente disuasoria descartaba la vulneración de la intimidad e imagen del demandante; 3º) La distancia de entre 70 y 100 metros a la finca del demandante imposibilitaba que la cámara (en singular) pudiera captar imágenes.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante su sentencia 341/2017 de 31 de octubre la Sección nº 4 de la Audiencia Provincial de Illes Balears dicta sentencia estimatoria del recurso de apelación interpuesto por el demandante (rec. 364/2017), cuya demanda prospera íntegramente.

Cita jurisprudencia sobre la intromisión en la vida privada cuando se controla la entrada y salida del domicilio ajeno[79], de modo que tal derecho se vulneraría si las cámaras instaladas fuesen reales.

Ahora bien, la ausencia de grabaciones no enerva la realidad de una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad personal y familiar. Y es que esos derechos implican la apariencia razonable de que éstos no están en peligro constante de ser lesionados. De lo contrario, faltaría la tranquilidad necesaria

79 La STS 10 diciembre 2010 explica que las entradas y salidas del hogar familiar afectan, aun cuando sólo fuera **tangencialmente**, a la esfera íntima donde se desarrolla la vida del actor, pues la grabación de esas imágenes suponen un control o vigilancia sobre una faceta que toda persona reserva para sí misma o su círculo íntimo no siendo óbice para ello que esa captación (y grabación) de imágenes no esté específicamente dirigida a una finalidad intrusiva ni que las imágenes obtenidas no sean enteramente nítidas.

básica de su titular. Es decir, la instalación de cámaras aparentes no constituye un hecho inocuo para la intimidad de las personas a las que enfocan.

La empresa demandada tampoco ha probado la inexistencia de otros medios que impliquen únicamente a su propiedad, por lo que la instalación de las cámaras disuasorias aparece como desproporcionada con el sacrificio que supone para los derechos fundamentales del actor.

IV. Posiciones de las partes

1. El demandante (recurrido)

Fiel a su demanda, el particular recurrido manifiesta su conformidad con la sentencia de segunda instancia. Insiste en que la instalación de las cámaras no obedecía a razones de inseguridad, riesgo o emergencia que justificaran su instalación ni su orientación, vulnerando el principio de proporcionalidad al someter al demandante a una situación de "vigilancia permanente" que lesionaba tanto su intimidad como su imagen.

Que las cámaras sean falsas en nada altera lo anterior pues los afectados no podían saberlo y su intranquilidad era la misma que si fueren reales.

2. La mercantil recurrente (demandante)

Aunque formaliza recurso por infracción procesal[80] y recurso de casación, aquí solo vamos a ocuparnos del segundo. Explica que la falta de aptitud para captar, grabar y reproducir imágenes impide que las cámaras en cuestión vulneren la intimidad del demandante.

80 Achaca a la SAP recurrida que incurre en condena de futuro citados porque supedita el fallo a un hecho que no ha ocurrido, ni se acredita su previsibilidad, además de exceder los casos en que la LEC habilita las condenas de futuro.

También argumenta que hay vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva, del derecho de defensa y del principio de contradicción, porque no se ha podido probar, ni defender la procedencia de la conducta que no se ha producido, por lo que concurre indefensión.

3. El Ministerio Fiscal

En su defensa de la legalidad, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso por infracción procesal. Sin embargo, se pronuncia a favor de la tesis defendida por el recurso de casación porque la vulneración del derecho debe ser objetiva, que no depender de una sensación y en el caso nadie ha accedido a su vida privada.

V. Normativa aplicable al caso

El artículo 18 de la Constitución dispone que "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (apartado 1), así como que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (apartado 4).

Por su lado, el artículo 7º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen relaciona una serie de intromisiones ilegítimas y menciona "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas".

VI. Doctrina básica

Intimidad frente a cámaras de seguridad.- El derecho fundamental a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar un ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana evitando así las intromisiones arbitrarias.

Carácter objetivo de la situación denunciada.- La STS 600/2019 explica que la situación denunciada es objetivamente idónea para coartar la libertad

del demandante en las esferas personal y familiar, porque quien se siente observado no va a comportarse igual que como lo haría antes de conocer la existencia de las cámaras[81].

Aplicación del test de proporcionalidad.- Con arreglo a consolidada doctrina constitucional, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple tres requisitos: capacidad de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); inexistencia de otra medida más moderada (juicio de necesidad); generación de más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Conducta concordante del perjudicado.- Es relevante examinar la conducta de quien considera vulnerada su intimidad para ver si consintió el público conocimiento de aspectos privados, pues la esfera de la intimidad personal está en directa relación con la acotación que de la misma realice su titular.

Relevancia de la instalación de una cámara falsa.- Argumenta la STS 600/2019 que la instalación de la cámara orientada al jardín del demandante no puede considerarse inocua en el ámbito de las relaciones de vecindad, pues perturba objetivamente, y sin necesidad, la vida del demandante.

VII. Parte dispositiva

En concordancia con los argumentos resumidos, la resolución del TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos, confirma la sentencia recurrida e impone las costas de ambos recursos a la recurrente, con pérdida de los depósitos constituidos.

81 La STS-CIV 1233/2008, de 16 de enero de 2009, ya razonó que el desconocimiento del hecho de ser filmado permite a la persona actuar con una naturalidad o espontaneidad que no hubiera tenido en caso contrario.

VIII. Pasajes decisivos

La doctrina acuñada en esta ocasión por la Sala Primera del Tribunal Supremo aparece condensada en dos pasajes del Fundamento Sexto de la sentencia:

> ▪El derecho del demandante a la tranquilidad de su vida privada comprende también el de no tener que soportar una incertidumbre permanente acerca de si la cámara orientada hacia su finca es o no operativa, pues su apariencia externa le impide comprobarlo y, en cambio, la demandada siempre tendría la posibilidad de sustituir la cámara no operativa por otra operativa.
> ▪El fin constitucionalmente legítimo de preservar la seguridad mediante cámaras de vigilancia, incluso no operativas con una finalidad meramente disuasoria, podía lograrse igualmente con la única precaución de asegurarse, antes de instalarlas, de que por su orientación no despertaran sospechas fundadas de que se estaba comprometiendo de forma innecesaria la vida íntima, personal y familiar del propietario de la finca colindante, y con mayor razón cuando precisamente esa reorientación menos gravosa era lo que primordialmente se pretendía en la demanda, pues en esta no se solicitó indemnización alguna y la retirada de las cámaras se interesó tan solo con carácter subsidiario.

IX. La perspectiva del Derecho Comunitario

La STJUE de 11 diciembre 2019 (C-708/18, *Asociaţia de Proprietari bloc M5A-ScaraA*) se suma a los pronunciamientos que abordan cuestiones sobre privacidad y grabación mediante cámaras en el ámbito privado. Surge como consecuencia de las dudas que a un Tribunal rumano le suscita la normativa nacional que permite la videovigilancia para garantizar la seguridad y la protección de las personas, bienes y activos y la satisfacción de intereses legítimos sin el consentimiento del interesado[82]. Aunque, por razones

82 Una comunidad de propietarios de viviendas instaló un sistema de videovigilancia de las zonas comunes. Un vecino de la comunidad solicitó la retirada de esas cámaras alegando que atentaban contra su derecho a la vida privada.

cronológicas no aplica todavía el Reglamento de 27 de abril de 2016, su doctrina posee relevancia innegable.

Recuerda que son tres los requisitos exigidos para que el tratamiento de datos personales resulte lícito: 1º) Interés legítimo del responsable del tratamiento de datos personales o el tercero a quien se comuniquen[83]. 2º) Imposibilidad de satisfacer ese interés por otros medios menos atentatorios respecto de los derechos al respeto de la vida privada y de protección de los datos personales. 3º) Ponderar los derechos e intereses en conflicto a la luz de las circunstancias específicas del caso.

A la vista de todo ello se concluye que el Derecho de la UE no se opone a disposiciones nacionales que autorizan la instalación de un sistema de videovigilancia en las zonas comunes de un edificio de uso residencial sin el consentimiento de los interesados, con el fin de satisfacer intereses legítimos consistentes en garantizar el cuidado y la protección de las personas y de los bienes, si el tratamiento de datos personales mediante el sistema de videovigilancia de que se trata reúne los requisitos reseñados.

X. Comentarios laborales

1. "Nuevas tecnologías" y relaciones laborales

Hace ya tiempo que viene llamándose la atención sobre la necesidad de concordar las dos magnitudes que la rúbrica acoge. La implantación en el ámbito laboral de las denominadas "nuevas tecnologías" de la información y las comunicaciones (TIC's) genera una serie de conflictos que a veces acceden al terreno jurídico, lleguen o no a los tribunales.

83 Debe existir y ser actual en la fecha del tratamiento y no tener carácter hipotético en ese momento; sin embargo, a la hora de apreciar todas las circunstancias del caso no puede exigirse necesariamente que haya habido anteriormente un perjuicio para la seguridad de los bienes y de las personas.

La referencia a esas innovaciones (ahora galopando en el ámbito de la inteligencia artificial) origina inevitables terremotos conceptuales. Ya parecen trasnochadas las alusiones a la *Cuarta Revolución Industrial* o al *auge de la tecnociencia.* El debate sobre los límites humanos, éticos o científicos carece de fronteras. Aparece y reaparece la pretensión de una absoluta libertad de investigación científica y la reivindicación del uso incondicionado de todas las oportunidades que la innovación científica pone a disposición de las personas.

Esta explosión tecnológica, paralela a la crisis de valores en nuestro entorno, se relaciona con el fenómeno de la *globalización*; entre otras muchas derivadas, aparece una especie de imperialismo cultural, de corte anglosajón, que menoscaba la identidad cultural propia de cada país y al que a veces parece que solo se planta cara desde presupuestos musulmanes. Es evidente que tales realidades minoran el poder clásico, el de las instituciones públicas, los Estados, las sociedades organizadas, los agentes sociales.

Como consecuencia de la rápida evolución de la economía mundial ha surgido ese *Derecho líquido, blando*, donde se invierte el tradicional sistema de fuentes del Derecho a través de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos jurídicos diferentes. Las diversas manifestaciones del *soft law* no son sino una expresión de este proceso. La transformación en responsabilidad social corporativa de lo que son auténticos deberes no anda lejos de ese enfoque, inaceptable para el mundo jurídico.

El tema se enmarca en la fenomenología que gira alrededor del Big Data, el Internet de los ciudadanos 2.0 o el Internet de las Cosas 3.0 y otros muchos epifenómenos actuales o de inminente aparición. En los últimos años se ha generado tanta información como en toda la historia de la Humanidad. Se dice que las tecnologías de la tercera generación permiten penetrar en la "caja negra" que constituye el razonamiento propio de cada individuo, prisionero de las huellas que ha dejado, pudiéndose establecer así el modo en que cada persona realiza sus operaciones y confecciona conclusiones, incluso, predictivas.

Si la información es poder, su tratamiento y control lo es en grado sumo. Los propios actores políticos confían crecientemente en algoritmos para adoptar estrategias o ganar elecciones; desde luego, las empresas los utilizan para procesos de asignación de tareas e incluso de selección de personal.

Toda esta revolución en actividades tan distintas tiene su correspondiente impacto en el mercado de trabajo, donde aparecen nuevas profesiones como científicos de datos, ingenieros de visualización y analistas de negocio 2.0. Así como surgen nuevos modelos de negocio como las plataformas *Uber* y análogas. Que el ordenamiento laboral se perciba frecuentemente como un estorbo para la implantación de todo ello es tan lógico como repudiable, al menos por parte de quienes sigan creyendo en los valores consagrados por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales con los que concuerda.

La incidencia de todo ello en el volumen de empleo (el "mercado" de trabajo) o en su calidad (los trabajadores "pobres") también es un debate inevitable, en el que todo extremismo parece condenado al fracaso. A título de ejemplo, recordemos la polémica sobre si los robots deben cotizar a la Seguridad Social, por expresarlo en términos coloquiales.

La doctrina especializada ha puesto de relieve la necesidad de que el Derecho ponga freno al auge de la tecnociencia pues existe un abuso del ser humano por parte de las máquinas. Preconiza, por ello, que lo jurídico tenga un papel destacado, en particular el constitucionalismo y los derechos a la igualdad y a la dignidad de la persona: *¿todo lo tecnológicamente posible es al mismo tiempo éticamente admisible, socialmente aceptable y jurídicamente legítimo*? (Stefano Rodotà).

2. El conflicto de derechos, como trasfondo

Sirvan los párrafos precedentes para enmarcar el escenario laboralista de la cuestión, centrada en el conflicto entre los diversos derechos constitucionales en presencia. Por una parte los derechos fundamentales del trabajador que, en

su mayoría, pertenecen a la primera generación de derechos fundamentales aparecidos a lo largo del siglo XIX, caracterizados por reunir el doble requisito de ser de la *persona o de la personalidad*, pues pertenecen al trabajador en su condición de tal aun cuando se ejerzan en el marco del contrato de trabajo, pero también por ser *derechos de libertad*, ya que su objeto consiste en la expectativa de la ausencia de intromisiones o interferencias.

Desde luego, por la otra parte y en el lado contrapuesto, aparecen derechos del empleador como la libertad de empresa y el derecho de propiedad, de aparición más tardía, pues surgen ya en el siglo XX a resultas del nuevo pacto social que refundó las relaciones entre Estado y Sociedad. Es aquí donde se plantea una *fuerte tensión dialéctica*, una fricción entre los derechos constitucionales del empresario y los fundamentales del trabajador, que disfrutan de una dimensión constitucional diferente[84].

El principio de proporcionalidad también ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional como uno de sus criterios estelares para la fundamentación de sus decisiones. Aunque no se encuentra de manera expresa reconocido en la CE, es un juicio de ponderación para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los del empresario. La principal novedad de los últimos años radica, en el intento del Tribunal Constitucional español "*de formalizar este principio*", es decir, a través de la regla del triple "*test alemán*" de la proporcionalidad, esto es: 1º) *Idoneidad:* que la intervención en el derecho fundamental sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. 2º) *Necesidad* en cuanto que no quepa una medida alternativa, menos gravosa para el interesado. 3º) *Proporcionalidad en sentido estricto:* que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho. Este último requisito significa que

84 La llamada eficacia horizontal (entre particulares) de los derechos fundamentales, y en concreto en la relación laboral, ha sido avalada en nuestro sistema por una consolidada jurisprudencia constitucional, cuyo arranque se podría situar en la STC 88/1985 de 19 de julio "*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*". El punto de inflexión en la nueva orientación, años después, es la STC 99/1994 de 11 de abril, con la modulación de los derechos fundamentales, que luego se consagra con la proclamación del principio de proporcionalidad, lo que sucede con las SSTC 98/2000 y 186/2000 y más recientemente STC 170 /2013 y STC 39 /2016.

aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho en juego[85].

3. Referencia al marco normativo

Hasta la aprobación de la nueva LOPD existía una previsión legal y de amplio alcance en un solo artículo del ET (el 20.3) importado del Derecho italiano que autoriza al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, *guardando* en su adopción y aplicación la a *consideración debida s*u *dignidad humana*, lo que se justifica en las potestades derivadas del contrato de trabajo, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE[86].

Relevancia de los pronunciamientos constitucionales. La relevancia de las sentencias constitucionales se aprecia de manera inmejorable a raíz del caso Bershka. La STC 39/2016 ha propiciado todo un cambio de enfoque en los pronunciamientos de los órganos judiciales, comenzando por el Tribunal Supremo en sus SSTS de 7 de julio de 2016, las dictadas en Pleno de 31 de enero de 2017 y 2 de febrero de 2017, y 17 de marzo de 2017.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales, vigente desde 7 de Diciembre de 2018 (NLOPD), ha venido a adaptar el Ordenamiento Jurídico español a

85 Esa tripleta constituye ahora mismo la brújula con la que debe recorrerse el camino hacia la solución de los casos surgidos. Así ha sucedido, por ejemplo, con la importante STEDH en el asunto *Barbulescu* y su doctrina para alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora. Al efecto son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador. Como se puede observar, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de nuestro Constitucional o del propio Tribunal Supremo, con independencia de que la ponderación del cada caso sea o no compartida.

86 Esa escasa regulación legal es la que llevaba a la doctrina a afirmar que nos movemos en un *terreno anómico* que otorga un valor primordial a la doctrina judicial hasta el punto de estar ante un Derecho de creación *cuasijurisprudencial.* En esta materia se habla de un *mal envejecimiento de la legislación laboral* pues es evidente que la tecnología se ha desarrollado a unos pasos mucho más agigantados que los sistemas legislativos, y ello no sucede solo en nuestro país.

las previsiones del Derecho eurounitario, concretamente a la introducidas por el Reglamento 679/2016, de 27 de abril de protección de las Personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[87].

El tiempo transcurrido desde que se dictara la Directiva 95/46, que dicho Reglamento deroga, así como los imparables avances de las TIC, han hecho necesaria una profunda renovación y puesta al día de la normativa de protección de datos personales, encaminada a garantizar el derecho fundamental de las personas físicas a disponer de sus datos personales y a controlar su tratamiento.

La protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental que en nuestro ordenamiento ha sido recreado por el TC, evitando así la prematura y comprensible obsolescencia de nuestra CE, que en su art.18.4 se había atrevido a decir que *"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"*. La Era Digital ha revolucionado los sistemas de producción, comunicación y, en consecuencia, las relaciones laborales, por lo que este nuevo ha venido para quedarse en el Ordenamiento jurídico laboral.

Afianzamiento de la videovigilancia. La repercusión de la STC 29/2013 (caso Universidad de Sevilla), es mucho mayor en la jurisprudencia que la de STC 170/2013 (prohibición albergada en convenio sectorial), aunque ésta tuvo mayor impacto en los medios y fue archiconocida para los profanos del Derecho. A través de la STC 29/2013 se marcó la senda constitucional de la doctrina respecto al principio de la autotutela informativa en las relaciones laborales y se aplicó en videovigilancia permanente y por analogía en control por GPS.

87 A su vez, la norma posee una enjundia que todavía no se percibe bien, pero que cabe considerar como de primera magnitud. La mayoría del laboralismo llevaba muchos años reclamando una intervención legislativa en el ámbito de las relaciones laborales y de las nuevas tecnologías, de modo que no hubiera de afrontarse cada concreta cuestión o duda a golpe de sentencia, más exactamente, de la última sentencia procedente de los Tribunales Mayores. Es normal que la NLOPD sea objeto de todo tipo de críticas (por sus silencios, por sus ambigüedades, por sus insuficiencias, etc.), pero el estado de cosas ha cambiado sensiblemente con su promulgación y la primera obligación para cualquier jurista que se precie es la de examinar y conocer a fondo la nueva regulación

Para la videovigilancia oculta se aplicaban los criterios de la STC 186/2000, de 10 de julio: instalación ocasional y temporal de una cámara de grabación tras acreditadas sospechas razonables de incumplimientos contractuales.

Lo doctrina se modifica sustancialmente por la STC 39/2016, de 3 de marzo (caso Bershka), reformulando lo que se entiende por derecho fundamental a la autodeterminación informativa, con un significativo descenso en el grado de protección del art. 18.4 CE. Para entender satisfecha la obligación empresarial, es suficiente con el distintivo informativo general de "zona videovigilada" al que alude la Instrucción núm.1/2006, de 8 de noviembre, sin necesidad de comunicar a los trabajadores los ámbitos concretos de control de la prestación laboral a que pueden destinarse las grabaciones de las cámaras. Si no llegara a ofrecerse esa información general, se deriva que, en tal caso, la instalación de videovigilancia por parte de la empresa no determinaría automáticamente la vulneración del art. 18.4 CE, sino que, por el contrario, la legitimidad constitucional de la medida empresarial vendría determinada por la superación o no del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el caso López Ribalda I parecía marcar un nuevo rumbo en este terreno, al someter a fuertes exigencias la grabación y a proscribir prácticamente el uso de cámaras ocultas. Hay quienes llegar a sostener que este caso supone el fin de la videovigilancia útil, sin duda de manera exagerada y omitiendo los matices que la STEDH introduce. Pero la sentencia posterior de la Gran Sala ha reabierto el debate, al admitir que en ciertas circunstancias puede ser lícita la utilización de cámaras que graban la actividad laboral sin haber sido puestas de manifiesta a las personas afectadas. Como se observa, las cuestiones no parece que estén cerradas de manera definitiva.

SEGUNDA PARTE

SOBRE LA MODIFICACIÓN RETRIBUTIVA Y SU ACEPTACIÓN (VERTIENTES CIVILISTA Y LABORALISTA)

I. Introducción

En su sentencia 507/2019 la Sala Primera del Tribunal Supremo examina un supuesto de alteración en las condiciones retributivas aplicables a un arrendamiento de servicios de largo recorrido. En esencia, viene a sostener que el silencio respecto de la propuesta de cambio en el régimen retributivo (peyorativa para la contraparte) equivale a su aceptación cuando existe una vinculación previa y continuada.

El caso, por su sencillez, constituye una inmejorable oportunidad para reflexionar sobre el consentimiento tácito y el silencio concluyente, sobre los actos coetáneos y los posteriores, sobre la buena fe y el desistimiento. Todo ello al hilo de un Abogado vinculado a entidad de crédito mediante arrendamiento de servicios, pero con intensa dedicación a ese cliente.

Desde una perspectiva laboralista es inevitable, y enriquecedor, el contraste con la regulación que el Estatuto de los Trabajadores (ET) contiene sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) y su diferencia con el pacto novatorio.

II. Examen de la STS-CIV 507/2019

1. Descripción formal de la sentencia

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 507/2019 de 1 de octubre.
Número recurso: Casación e infracción procesal 3281/2016.
Ponente: Pedro José Vela Torres.
Votos Particulares: Carece.

2. Antecedentes del caso

A) Desde 1996 un Abogado presta sus servicios a Caixa Galicia (actualmente, Abanca) en procesos de ejecución por operaciones de crédito.

A partir de diciembre de 2009, las partes convinieron un sistema de determinación de los honorarios que el Letrado tendría derecho a percibir, que modificaron en febrero de 2011.

El 2 de enero de 2012, la entidad y el Abogado suscriben un denominado «contrato marco de colaboración para la prestación de servicios jurídicos de recuperación», en cuya parte expositiva se alude al sistema de cobro de honorarios profesionales a favor de los letrados de Caja de ahorros de Galicia «que, con algunos cambios, ha estado en vigor hasta la firma del presente contrato y que es de aplicación a todos los expedientes entregados para la gestión hasta el 31 de diciembre de 2011».

Poco después (marzo de 2012) la Entidad Financiera dirige a los Abogados externos (entre ellos, el demandante) un correo electrónico, en el que comunicaba unos cambios en el régimen de honorarios para el caso de adjudicaciones de bienes en subasta[88].

88 En concreto, que los supuestos de ejecución hipotecaria finalizados mediante una adjudicación indirecta, instrumentada mediante una cesión de remate por parte del Banco a Favor de una sociedad 100% participada por

Entre finales de 2014 y mediados de 2015, el Abogado emite facturas por intervención en quince procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de 2012. Calcula sus honorarios conforme al acuerdo de 2009, sin someterse al límite cuantitativo establecido posteriormente[89].

B) En tal escenario, la Entidad de Crédito interpone demanda de juico ordinario. Entre otros extremos, solicita la declaración de que la relación contractual existente entre las partes debe acomodarse a lo comunicado al Abogado, quien ha seguido prestando sus servicios sin objetarlo. Por tanto, las cantidades reclamadas por el demandado resultan excesivas e improcedentes, por apartarse de lo contractualmente convenido y suponer una actuación contraria a la buena fe contractual y a sus propios actos.

3. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia 22/2016, de 27 de enero, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de El Ferrol (proc. 573/2015) desestima la demanda interpuesta por Abanca. Considera que los supuestos de adjudicación directa a favor de la entidad y la cesión del remate a un tercero (aunque fuera una sociedad del mismo grupo) eran diferentes, así como que el correo electrónico de marzo de 2011 no tuvo ninguna eficacia novatoria, porque no fue aceptado por el Abogado ni expresa ni tácitamente.

Esta sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Abanca.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante sentencia 242/2016, de 1 de julio, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña (rec. 296/2016) estima el recurso formulado. Expone

éste tienen contractualmente el mismo tratamiento a efectos de honorarios de abogado que los supuestos de ejecución hipotecaria finalizados con adjudicación directa a favor del Banco.

89 Significativamente, las quince facturas suman 929.579,05 € (sin computar IVA, ni retención de IRPF). Por su lado, Abanca reconoce una deuda de 19.360 €, IVA incluido, pero sin retención de IRPF.

que la jurisprudencia ha destacado la aceptación tácita o el silencio como consentimiento o como declaración de voluntad cuando existe un deber de hablar, como aquí sucede por el tipo de vinculación existente entre las partes. El hecho de no emitir el Abogado su primera factura hasta finales de 2014 (aunque las adjudicaciones se sitúan principalmente en 2011/2012) sirvió para reforzar en la Caja la convicción de que sus directrices sobre honorarios serían observadas.

Por eso, a los efectos de los honorarios convenidos entre las partes conforme al Acuerdo de diciembre de 2009 y su anexo de febrero de 2011, los supuestos de ejecución hipotecaria culminados con cesión de remate por parte de la entidad demandante a una sociedad participada por ésta al 100% han de tener el mismo tratamiento previsto para los supuestos de ejecución hipotecaria finalizados con adjudicación directa del bien subastado al banco.

Consiguientemente, son excesivas e improcedentes las sumas minutadas por el demandado sobre los supuestos de adjudicación al Banco con cesión de remate a favor de una sociedad participada en cuanto no se ajusten a los límites expresados, a salvo su derecho a minutar por otros conceptos, si procediere, con arreglo a lo pactado.

5. Recursos ante el Tribunal Supremo

El Abogado en cuestión (inicialmente demandado) acude ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Interpone recurso extraordinario por infracción procesal (canalizado en once motivos) y de casación (único que aquí interesa analizar).

6. Preceptos aplicables

Sin perjuicio de que entren en juego otras previsiones, las normas relevantes para la resolución del caso se hallan en el propio Código Civil (CC) y son bien conocidas.

El artículo 1091 se integra entre las disposiciones generales sobre obligaciones, prescribiendo que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

El artículo 1262 está compuesto por tres párrafos, aunque sin numeración, siendo su tenor el siguiente:

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

7. El silencio y la obligación de responder

A) La doctrina civil acerca de los modos de prestar el consentimiento, en particular del alcance que posea el silencio respecto de una propuesta o manifestación de la contraparte resulta decisiva para afrontar casos como el descrito[90]. Recordemos sus grandes trazos.

- Ninguna de las previsiones legales exige que la aceptación de lo ofertado por la contraparte se preste de forma expresa.
- El conocimiento no equivale a consentimiento.
- Debe distinguirse el silencio con efectos de consentimiento del consentimiento tácito.

90 SSTS-CIV 257/1986, de 28 de abril; 483/2004, de 9 de junio; 842/2004, de 15 de julio; 799/2006, de 20 de julio; 772/2009, de 7 de diciembre; 848/2010, de 27 de diciembre; 135/2012, de 29 febrero; 171/2013, de 6 marzo; 540/2016, de 14 de septiembre.

- El consentimiento tácito deriva de actos concluyentes.
- El silencio equivale a consentimiento o conformidad cuando se puede y debe hablar.

B) No es preciso, pues, que la declaración de voluntad generadora del negocio jurídico sea explícita y directa, pero sí es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado. Para apreciarlo hay que estar a las circunstancias que concurran en cada caso.

C) El silencio no supone genéricamente una declaración, pues, aunque no puede ser indiferente para el Derecho, corresponde estar a los hechos concretos para decidir si cabe ser apreciado como consentimiento tácito, esto es, como manifestación de una determinada voluntad. El problema no está tanto en decidir si el silencio puede ser expresión de consentimiento, como en determinar en qué condiciones puede ser interpretado como tácita manifestación de ese consentimiento

D) Para que el silencio tenga relevancia a efectos de consentimiento, requiere la concurrencia de dos factores, uno subjetivo y el otro objetivo. Primero: que el silente tenga conocimiento de los hechos que motivan la posibilidad de contestación. Segundo: que el sujeto tenga obligación de contestar, o, cuando menos, fuera natural y normal que manifestase su disentimiento, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte.

E) Cuando en el marco de una relación jurídica preexistente una de las partes lleva a cabo un acto concreto que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo manifestarse, guarda silencio, debe considerarse, en aras de la buena fe, que ha consentido.

F) En particular, hay obligación de responder cuando entre las partes existe una relación de negocios, así como cuando resulta lo normal y natural conforme a los usos generales del tráfico y la buena fe. En tales supuestos, con la comunicación de la discrepancia, se evita que la otra parte pueda formarse una convicción equivocada, derivada del silencio del otro, con daño para su patrimonio.

8. Resolución del caso

Habida cuenta de la dilatada duración que tenía el vínculo profesional entre Abogado y Banco[91], la sentencia examinada considera que sí existía obligación de responder a lo comunicado por la contraparte. Sus conclusiones son las siguientes:

- Consta que el recurrente tuvo conocimiento del correo electrónico modificando honorarios, por lo que, si no lo contestó, era conforme a la buena fe contractual que la otra parte considerase que no se oponía al nuevo sistema, ya que lo lógico era, que se si oponía, lo hubiera manifestado expresamente mediante contestación al correo electrónico.
- En consecuencia, el silencio, seguido de la prestación de servicios equivale a aceptación de lo manifestado por el cliente. Que el recurrente, pese a todo, siguiera facturando conforme a lo pactado anteriormente equivale a incumplir lo establecido. Una declaración expresa de disconformidad hubiera situado la relación en otro ámbito, puesto que la Caja podría haberse planteado mantener sus servicios en las antiguas condiciones o prescindir de ellos dada su falta de conformidad.
- No hubo una modificación unilateral, sino que la Asesoría jurídica expuso a los Letrados externos (no solo al recurrente) las nuevas condiciones de trabajo y retribución de los servicios profesionales y estos eran libres de aceptarlas o no; en cuyo último caso tendrían que haber intentado pactar otras condiciones, o directamente, desvincularse del contrato de arrendamiento de servicios profesionales, al no convenirles ya las nuevas.
- Pero si el Abogado no se opuso expresamente y ni siquiera mostró su discrepancia tras la recepción del correo electrónico, no puede achacar incumplimiento a la otra parte, pues ésta actuó en el convencimiento legítimo de que había asumido y aceptado las nuevas condiciones y conforme a ellas debía facturar los servicios profesionales afectados por la modificación.

91 Como queda expuesto, la vinculación profesional se desarrollaba desde hacía más de quince años; era habitual que hubiera reuniones y comunicaciones internas sobre la estrategia a seguir respecto de los procedimientos judiciales y su consiguiente repercusión en los honorarios a cobrar por los letrados, y no podía ignorarse un correo electrónico del jefe de la asesoría jurídica que establecía un nuevo sistema de facturación y cobro.

III. La novación retributiva en el ámbito laboral

Las relaciones entre Derecho Civil y Derecho del Trabajo son tan interesantes como complejas y contradictorias. Por un lado, el propio nacimiento de las leyes laborales obedece al deseo de extraer la prototípica prestación personal de servicios del ámbito de la legislación civilista. Por otra parte, la supletoriedad del Código llama a completar las lagunas existentes con sus reglas. Además, tras los recortes de derechos derivados de las normas de crisis algunas voces se esfuerzan en recuperar (o importar) construcciones del Derecho común de obligaciones al terreno de la relación laboral.

En todo caso, solo enriquecimiento mutuo puede haber cuando se compara el modo de abordar el problema por parte de la legislación civil con el estado de cosas, que acto seguido resumimos, en el ámbito laboral.

1. Arrendamiento de servicios y contrato laboral

Puesto que el contrato de trabajo no es sino un arrendamiento de servicios en el que concurren las notas de laboralidad (dependencia, ajenidad), es lógico que en ocasiones se dude sobre el propio tipo de vínculo existente. En determinados colaboradores externos del empresario la prestación de servicios se caracteriza porque no se materializan en una obra u objeto determinados. En el caso de las profesiones liberales son indicio de dependencia la amplitud del tiempo efectivo ocupado por cuenta de una determinada persona física o jurídica; el sometimiento al plan de trabajo encargado; la realización personal de los encargos, sin posibilidad de sustitución y la imposibilidad de aceptar o rechazar libremente los encargos de un determinado cliente[92].

Las circunstancias descritas primarán sobre otras que reflejan una realidad meramente formal, como son el alta en el Régimen de Autónomos, la licencia fiscal o el Impuesto de Actividades Económicas, y la colegiación[93]. La

92 STS 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7622) y 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 4175).
93 STS 10 de abril de 1995 (RJ 1995, 3040).

facultad confiada al trabajador de designar persona idónea que le sustituya en vacaciones se considera como una consecuencia de su titulación profesional, que le capacita para hallar quien fuera idóneo, sin que destruya el carácter laboral de la relación[94].

Respecto de la prestación de servicios jurídicos se ha dicho que es laboral la contratación de los servicios de asesoría jurídica de un Abogado que depende orgánica y funcionalmente del gerente de la entidad empleadora y percibe una retribución mensual fija[95]. Por el contrario, se considera que no es laboral sino civil la relación del asesor jurídico de empresa con ésta, al no existir dependencia y haberse acordado la compensación por el sistema de iguala[96].

2. Alteraciones en la cuantía o sistema retributivo

A) Cuadro general

Como quiera que a través del contrato de trabajo se encauzan sólo "servicios retribuidos" (art. 1.1 ET) la contraprestación patrimonial del trabajo es, dogmáticamente, tan importante como éste mismo. Sólo quien trabaja "a cambio de una retribución" (art. 8.1 ET) queda comprendido en el campo aplicativo de esta Ley y, por extensión, de las normas laborales; fuera de tal órbita se encuentran los trabajos realizados a título gratuito, esto es, por "amistad, benevolencia o buena vecindad" [art. 1.3.d ET)]. Incluso siendo nulo el contrato de trabajo, allí donde hay verdadera prestación de actividad en régimen de ajenidad y dependencia, surge el deber de compensar aquélla (art. 9.2 ET).

El legislador (en buena medida como consecuencia de las reformas operadas mediante la Ley 11/1994 o la Ley 3/2012) ha circunscrito su tarea a dibujar unas pautas mínimas sobre estas cuestiones, remitiéndose, a múltiples

94 STS 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6784) y STS 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 875).
95 STS de 3 mayo 2005 (RJ 2005, 5786).
96 STS de 19 noviembre 2007 (RJ 2008,1013).

efectos, a la autonomía colectiva o, en menor medida, individual. Un esquema muy sencillo de las alteraciones que la retribución de los trabajadores puede experimentar es el siguiente:

- El acuerdo individual es bastante para aumentar las retribuciones previas, al margen de su origen; el pacto entre empresa y trabajador también puede alterar los salarios que tuvieran su origen en otro anterior, respetando en todo caso los mínimos fijados en convenio colectivo (art. 3.1.c ET).
- Por vía de la modificación sustancial (MSCT) puede alterarse el "sistema de remuneración y cuantía salarial" (art. 41.1.d ET) siempre que afecte a condiciones previstas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o condiciones más beneficiosas (art. 41.2 ET).
- Precisamente el "sistema de remuneración y cuantía salarial" previstos en convenio colectivo solo pueden inaplicarse siguiendo los trámites del *descuelgue* contemplados en el art. 82.3 ET.
- La primacía del convenio de empresa respecto de lo previsto en otros de ámbito superior se extiende a "la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa" (art. 84.2.a ET).

B) La vía de la MSCT

El artículo 41 ET sujeta determinadas decisiones empresariales de modificación del régimen contractual del trabajador a los límites causales, materiales y procedimentales que en dicho precepto se contemplan; pero tal previsión no agota las posibilidades modificativas del contrato a instancias del empresario, ya que el ordenamiento jurídico (artículos 5.c y 20.1 y 2 ET) reconoce la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial. Y es que forma parte del poder de dirección empresarial un *ius variandi* o poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación

laboral[97]. El problema radica en determinar cuándo una modificación debe ser considerada como sustancial y, por tanto, debe seguir para su aplicación el régimen previsto en el artículo 41 ET y cuándo no ostenta tal carácter y puede ser llevada a cabo a través del ejercicio regular del poder de dirección empresarial. En tal sentido, resulta obligado recordar los habituales criterios de nuestra jurisprudencia[98]:

- El art. 41 ET enumera un listado de condiciones que son susceptibles de producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. No se trata de una lista cerrada, sino abierta, siendo su enumeración meramente ejemplificativa y no exhaustiva, ya que en el mismo precepto se precisa que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales las que afecten a dichas materias "entre otras".
- Por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 ET , pasando a ser otras distintas de un modo notorio, debido a la ausencia de una regla que nos diga cuándo una modificación es sustancial; el adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto.
- La calificación de sustanciales de las modificaciones contractuales constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica[99].
- Para saber si se supera la frontera de referencia ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes[100].

97 STS 10 noviembre 2015 (rec. 261/2014).

98 En SSTS como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014).

99 STS 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004).

100 Se destaca la imposibilidad de trazar una noción dogmática de "modificación sustancial» y la conveniencia

▪Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.
▪Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como "el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados".
▪El nivel de derechos, por elevado que sea, no sirve para descartar que existe una MSCT. La determinación del carácter oneroso de los cambios ha de afrontarse por referencia a las alteraciones padecidas por los propios trabajadores de la empresa y no mediante comparación con otros colectivos. Hay que examinar la entidad de los cambios, su duración, las eventuales compensaciones y cualesquiera otras circunstancias concurrentes[101].

3. Alteración retributiva de alcance individual o plural

A) No cabe duda de que la alteración del nivel retributivo que afecte a una persona (como el Abogado demandado en el caso) constituye una MSCT. De entrada, eso la supedita a unas causas, que la empresa ha de exponer y, en su caso, acreditar[102].

Por el contrario, en el ámbito del arrendamiento de servicios la decisión que una de las partes adopte respecto del cambio en el sistema retributivo o en su nivel no está supeditada a esta exigencia de carácter objetivo.

B) Las MSCT podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o

de acudir a criterios empíricos de casuismo; es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador.

101 STS 717/2016 de 12 septiembre (rec. 246/2015).

102 La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Trasladando ello al caso civil glosado, puesto que se trataba de alterar las condiciones de un previo acuerdo, en principio, el importante cambio en el modo de compensar la prestación profesional equivale a la rebaja del salario pactado.

C) La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

La puesta en conocimiento de la contraparte afectada por el propuesto nuevo régimen retributivo constituye elemental exigencia de seguridad jurídica y de respeto a lo pactado, que también opera en el ámbito civil.

D) En el supuesto de que el trabajador resultase perjudicado por la MSCT (como sucede al rebajarle de modo importante sus honorarios) tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Esta facultad resolutoria, con derecho a indemnización, es ajena a la arquitectura del arrendamiento de servicios y constituye una específica protección del ámbito laboral.

E) Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Tampoco estos derechos de quien trabaja y es afectado por una MSCT son trasladables al arrendamiento de servicios: la opción que asiste a quien desarrolla su actividad y no desea proseguir en las nuevas condiciones, no es otra que la de desistir. Presume el legislador que al concertar los términos de su contrato, las partes habrán adoptado las cautelas que consideren necesarias para equilibrar tales situaciones.

4. Alteración retributiva de alcance colectivo

A) La alteración de las condiciones de trabajo (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensiones o reducciones de jornada, despidos) posee "carácter colectivo" cuando, en un período de noventa días, afectan al menos a:

- Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Al problema resuelto por la STS-CIV 507/2019 no le afecta esa categoría, por lo que su estudio carece de sentido. Pero lo cierto es que aparece como probado que la Asesoría Jurídica del Banco comunica el nuevo sistema retributivo a todos los Abogados externos, de manera que el supuesto se asemeja al laboral de índole colectiva.

B) En estos casos, además de la causa, el empleador está obligado (antes de introducir la MSCT) a negociar de buena fe durante un período de consultas, crucial para la correcta implementación de la medida. La cuestión es tan compleja como relevante.

Nada hay en el ámbito de los arrendamientos de servicios semejante. Pensado el supuesto para la típica prestación de actividad individual y en

régimen liberal, el CC es ajeno por completo a una previsión semejante; las modernas formas organizativas del trabajo, sin embargo, han puesto de relieve que muchas empresas utilizan masivamente la actividad de personas que aparecen como titulares de un contrato mercantil o civil.

C) La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Las consecuencias resolutorias son similares a las del caso individual.

5. Ausencia de notificación de la MSCT e impugnación

Tras la entrada en vigor de la LRJS el plazo de veinte días de caducidad para la impugnación de MSCT es aplicable en todo caso, aun cuando no se haya seguido el trámite del art. 41 ET. Por consiguiente, con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas en las colectivas o de las formalidades individuales, lo cierto es que la acción que se ejercite ha de someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad.

Curiosamente, aquí es donde surge una aproximación entre el régimen laboral y el civil. Porque si el trabajador no reclama en el plazo de referencia frente a una MSCT transparente (notificada como tal), sus derechos frente al cambio introducido se homogeneízan con los del arrendador de servicios: desistir o proseguir asumiéndolo.

IV. Una reflexión final

La STS-CIV 381/2019 permite contrastar el modo en que dos ordenamientos que disciplinan la prestación de servicios por cuenta ajena abordan un mismo problema de modo bien diverso, pero sin que falten algunos puntos de aproximación.

La única finalidad de estas líneas es animar el debate sobre el estado de la cuestión y agitar la polémica sobre la potenciación de soluciones civilistas en el campo del Derecho del Trabajo.

INDEMNIZACIÓN POR TÉRMINO BRUSCO DEL CONTRATO DE AGENCIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 26/2019 DE 17 ENERO)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina permite interesantes conexiones entre el régimen mercantil del contrato de agencia y la regulación laboral de quienes actúan como mediadores en el tráfico comercial.

Aquí se discute sobre las consecuencias de que la empresa extinga el contrato sin preaviso ni motivo, simplemente como manifestación de su libre voluntad.

Las dos organizaciones que actuaban como agentes reclaman tanto el resarcimiento acorde a ese carácter brusco e inmotivado de la terminación de sus contratos cuanto la indemnización por clientela.

La resolución estudiada, en realidad, no innova el panorama jurisprudencial, pero constituye un buen motivo para hacer balance del mismo, así como para contrastar este caso con el tenor del bloque laboral.

Por razones procesales, al final el Tribunal Supremo solo puede entrar en el tema referido al preaviso, quedando al margen los demás (en especial el de la indemnización por clientela).

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 26/2019 de 17 de enero (RJ 2019, 74).

Número recurso o procedimiento: Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal 3600/2015.
ECLI: ES:TS:2019:59.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

La cuestión examinada posee carácter netamente jurídico, no existiendo controversia acerca de los hechos sobre los que se litiga. Ello no obstante, interesa examinar atentamente el entramado sobre el que se debate, así como los sucesivos hitos procesales.

1. Hechos relevantes

Una conocida Fábrica de azafranes y aderezos culinarios suscribe con Primer Agente (en 1981) y con Segundo Agente (2009) contratos verbales de agencia y depósito. Se acuerda una remuneración total del 9% de las ventas.

El 19 de abril de 2011 la empresa remite a sus dos agentes (entidades mercantiles) burofax dando por resuelta, con efecto inmediato, la relación contractual, sin invocar motivo alguno distinto al de su libre decisión.

2. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia de 7 de octubre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Novelda dicta sentencia parcialmente estimatoria de la demanda. Su contenido puede resumirse así:

- Comisiones pendientes de abono (un trimestre): la demandada no ha probado su pago, pero como Primer Agente retuvo en su poder una

mercancía, minora aquélla cantidad con el valor de ésta última, condenando a liquidar la diferencia.

▪Daños y perjuicios por no respetar el plazo de preaviso: son improcedentes porque los demandantes no han probado que la extinción del contrato les ocasionara daño alguno ya que, incluso, aumentaron sus ingresos en los ejercicios posteriores.

▪Indemnización por clientela: es improcedente ya que sólo seis clientes de las actoras fueron captados por ellas, y ya no contratan con la demandada; además, no existe pacto de limitación de la competencia.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconformes con la solución acordada en la instancia, los Agentes presentan recurso de apelación, resuelto por la sentencia 225/2015 de 16 octubre (rollo 90/2015), dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante. Examinemos su contenido.

Sobre el incumplimiento del plazo de preaviso.- Entiende que la ruptura sin mediar plazo de preaviso debe ser indemnizada con el lucro cesante (las comisiones que el agente habría previsiblemente obtenido si la empresa hubiera adecuado su actuación a los parámetros legales que rigen la resolución contractual).

Puesto que el Primer Agente ha tenido un contrato de vigencia superior a seis años el preaviso debiera ser de seis meses. Como el Segundo Agente tiene un contrato de dos años de antigüedad le corresponde una indemnización de dos meses.

Operando con el importe medio anual de los últimos cinco años de vigencia (dividido por doce y multiplicado por los meses indemnizatorios) corresponden 41.734 € y 1.573 €, respectivamente, a los Agentes.

Sobre la indemnización por clientela.- Considera acreditado que ambos Agentes mantuvieron la cartera original de clientes y la incrementaron también con alguno relevante.

A la vista de las posiciones de los litigantes[103] y de los datos comerciales concurrentes[104] la sentencia opta por minorar ("equitativamente") la cantidad reclamada a la mitad.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en las consecuencias patrimoniales de una ruptura de contrato mercantil sin causa y sin observar preaviso alguno.

1. Los dos Agentes (recurrido)

En su demanda, la mercantil que hemos denominado "Primer Agente" reclama tanto el pago de unas comisiones trimestrales adeudadas (30.063 €) como el equivalente a seis meses de preaviso (41.734 €) y la correspondiente indemnización por clientela (83.469 €).

Por su lado, la sociedad identificada como "Segundo Agente" también reclama compensaciones equivalentes al plazo de preaviso incumplido de dos meses (1.573 €) y a la indemnización por clientela (9.440 €).

Ambas se han aquietado con la estimación parcial de sus peticiones, por parte de la sentencia de apelación, de modo que ante el Tribunal Supremo defienden el acierto de la SAP recurrida.

103 La parte actora, sobre la base de la pericial acompañada a la demanda, solicita el máximo que permite la norma.

La demandada no plantea alternativa alguna, ni propone prueba que desvirtúe dicho informe, al considerar la improcedencia de esta indemnización.

104 Uno de los clientes importantes captados por las actoras ya no realizó pedido alguno antes de la ruptura contractual y otro los fue disminuyendo progresivamente.

2. La empresa (recurrente)

Es la empresa (conformada en su día con la decisión del Juzgado) quien recurre en casación, centrando su argumentación en el alcance del artículo 25 de la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia (LCA).

Sostiene que el incumplimiento del preaviso no genera, con carácter automático, la obligación de indemnizar, sino que es necesario acreditar que la extinción del contrato hubiese reportado daños y perjuicios para los agentes.

V. Preceptos relevantes

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo un pequeño bloque legal, que debemos examinar atentamente. Sin duda, la LCA es el precepto clave[105].

1. Artículo 1101 del Código Civil

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

2. Artículo 25 de la LCA

Artículo 25. Extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido: el preaviso.

1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

105 Su Disposición Transitoria prescribe que a partir de 1 de enero de 1994, sus preceptos "serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor", lo que explica que no haya dudas al respecto, pese a la fecha en que se celebraron los dos examinados.

2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario.

4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

3. Artículo 29 de la LCA

Artículo 29. Indemnización de daños y perjuicios.

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada, que en su totalidad se basa en doctrina precedente. Se trata de examinar el alcance de las obligaciones derivadas de la extinción unilateral del contrato de agencia cuando el mismo tiene duración indefinida. El artículo 25 LCA es claro acerca de la obligatoriedad del preaviso (entre uno y seis meses) pero no respecto de sus consecuencias. Ello ha generado una jurisprudencia matizada, que no puede despacharse atendiendo solo a una de sus líneas argumentales.

1. Sobre la exigibilidad del plazo de preaviso

A) Obligatoriedad del preaviso

Con carácter general, la jurisprudencia configura el preaviso como una exigencia derivada del principio de buena fe contractual con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles.

La doctrina de la Sala Primera viene manteniendo[106] que en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, pese a lo cual, el deber de lealtad, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto. El deber legal de preaviso que impone el artículo 25 LCA es una concreta manifestación de dicha regla.

B) El preaviso en los contratos indefinidos

La sentencia glosada, retomando la doctrina de otras muchas manifiesta que "*aunque es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida*, un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios"[107].

Hay que llamar la atención acerca de esta premisa, aparentemente contradictoria. Porque si el preaviso es innecesario, la dimisión no preavisada constituiría un derecho y casa mal con ello que posteriormente se abra la puerta al abuso aunque no haya circunstancias especiales.

106 Por todas, SSTS-Civ 480/2012, de 18 de julio (rec. 916/2009) y 317/2017, de 19 de mayo (rec. 3085/2014).
107 En el mismo sentido, STS-Civ 130/2011, de 15 de marzo (rec. 1463/2007).

C) Aplicación al caso

En nuestro caso, entiende la STS glosada que aunque en sí misma la resolución del contrato es razonable en atención a los legítimos intereses del empresario, que por razones de mercado ya no necesitaba de agentes intermediadores, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a los agentes reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión.

2. Indemnización por incumplimiento de preaviso

A) Doctrina general

Conforme a la doctrina legal, de la resolución unilateral sin preaviso del contrato de agencia no deriva necesariamente un daño; tampoco surge un derecho automático a la indemnización sino que debe acreditarse la producción de daños y perjuicios. En síntesis, lo que se afirma es[108]:

- El desistimiento unilateral del contrato, como regla, no da lugar a indemnización alguna a favor de la otra parte.
- En caso de mediar mala fe o abuso en la forma de ejercitar la facultad de desistir, la indemnización comprende los eventuales daños y perjuicios provocados por ilicitud pero no los derivados del desistimiento.
- Son los contratantes quienes definen la duración, exclusiva, territorio, cuantía de la comisión, plazo de preaviso en su caso, posible indemnización por clientela, etc. en función de las características del producto o servicio distribuido, tiempo necesario para rentabilizar la inversión y cuantos otros factores que influyen en las decisiones comerciales.

108 Se sigue el esquema de la STS-Civ 130/2011 de 15 marzo (rec. 1463/2007).

B) El daño emergente

Como típicos perjuicios derivados del incumplimiento del preaviso cabe apuntar al daño emergente. Se trata de las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato. La STS 26/2019 concluye que, en contra de lo sustentado por la recurrente, toda vez que la sentencia recurrida tiene por acreditada la producción de dichos daños, procede su correspondiente resarcimiento.

C) Lucro cesante

Las consecuencias de incumplir el plazo de preaviso no se reducen al resarcimiento del daño emergente sino que también llegan a la reparación del lucro cesante[109]. De este modo, se atiende a la ganancia que haya dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral del empresario, sin el debido preaviso.

La doctrina mayoritaria considera que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso[110]. Por eso, al tiempo, se admite que puede acudirse a otros métodos de cálculo[111].

109 La STS-Civ 569/2013 de 8 octubre (rec. 1176/2011) recopila doctrina de la Sala y explica que también hay que compensar por el lucro cesante, con amparo en el artículo 1106 CC.

110 En este sentido, por ejemplo, SSTS-Civ 569/2013, de 8 de octubre (rec. 1176/2011) y 317/2017, de 19 de mayo (rec. 3085/2014).

111 Cf. en tal sentido SSTS-Civ 480/2012, de 18 de julio (rec. 916/2009) y 317/2017, de 19 de mayo (rec. 3085/2014).

D) Aplicación al caso

Acreditada la existencia de los perjuicios derivados de la falta de preaviso (apreciación de la SAP), el cálculo del lucro cesante ajustado a los parámetros expuestos (promedio de comisiones y ponderación por el número de meses de preaviso omitido) se considera correcto y ajustado.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales y del depósito para recurrir, que aquí no interesan, la STS-CIV 26/2019 desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la empresa.

Significa ello que queda firme la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Es decir: a) Se reconoce el derecho a indemnización por clientela, pero rebajada a la mitad la petición de las demandantes (tema sobre el que el Tribunal Supremo no puede entrar por razones procesales). b) Se declara que la empresa ha resuelto los contratos de agencia sin observar el plazo legalmente establecido. c) Se establece el perjuicio generado por ese incumplimiento en el lucro cesante, obtenido a partir del promedio de las comisiones devengadas durante los últimos cinco años de vigencia y multiplicado por las mensualidades de preaviso incumplidas.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento de Derecho Segundo (a propósito del preaviso en la resolución del contrato de agencia), se argumenta del siguiente modo:

> Aunque es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin

margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

En ese mismo Fundamento de Derecho Segundo (al hilo de las consecuencias patrimoniales de incumplir el plazo de preaviso) se expone lo siguiente:

Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante.

IX. Comentario

1. Obligatoriedad del preaviso para extinguir el contrato de Agencia

Los términos del artículo 25 LCA son claros, sin posible interpretación diversa: la norma exige que se preavise la terminación del contrato de agencia cuando el mismo posee duración indefinida[112].

Sorprende, por eso, que la jurisprudencia entronque la cuestión con deberes generales de lealtad o de buena fe. No es que se trate de una reflexión errónea, sino que rebaja la intensidad de la obligación normativa y abre puertas a su excepción, cosa que el legislador no ha querido ofrecer. La terminación sin preaviso no comporta solo un abuso de derecho o una actuación contraria a la buena fe sino, lisa y llanamente, un incumplimiento del deber legalmente fijado.

112 Y el artículo 24 prescribe que "el contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado", cerrando las puertas a una terminación anticipada basada en la mera voluntad.

Sorprende, desde luego, que en sentencias como la comentada, se afirme de forma expresa que no es necesario observar preaviso para dar por terminado un contrato de agencia con duración indefinida. Se trata de una reflexión al margen de la regulación que el contrato posee y que quizá viene arrastrándose, de modo acrítico e inconveniente, sin reparar en su error; la afirmación tiene sentido respecto de otros contratos similares que carecen de una Ley particular.

2. Consecuencias de incumplir el preaviso

Lo más interesante del caso examinado está en la determinación de las consecuencias que posea el que la empresa extinga el contrato sin observar el plazo de preaviso fijado legalmente. Recordemos que mientras el Juzgado considera que solo surge responsabilidad indemnizatoria en caso de acreditarse los daños y perjuicios, la Audiencia Provincial condena al abono del lucro cesante (las comisiones previsiblemente obtenidas durante el tiempo de preaviso).

El artículo 29 LCA es un precepto complejo y de redacción confusa, pues no queda claro si anuda la indemnización al mero incumplimiento del preaviso o si éste es un mero presupuesto para que pueda acreditarse la existencia del daño patrimonial. Adicionalmente, tampoco queda claro si está restringiendo la eventual indemnización a la compensación de los gastos efectuados por el agente o si es posible adicionar el lucro cesante.

En concordancia con ello, la jurisprudencia civil ha optado por una aproximación prudencial a los supuestos examinados. Tiende a admitir la indemnización por daño emergente solo cuando está debidamente acreditado, mientras que acepta la compensación por el lucro cesante con mayor flexibilidad.

3. Contraste con el régimen laboral de mediadores mercantiles

El RD 1438/1995, de 1 de agosto, en desarrollo del artículo 2.1.f) ET, regula la relación laboral especial de los mediadores en operaciones mercantiles.

Se trata de un contrato sumamente parecido al de agencia, aunque con la particularidad de que el laboral solo puede ser concertado por personas físicas, lo que no sucede en el mercantil. La jurisprudencia ha acabado reconociendo que las diferencias entre uno y otro se hallan en la concurrencia (si es laboral) de la nota de dependencia[113].

En la relación laboral las consecuencias de una terminación contractual sin justificación se reconducen a un despido improcedente:

- La general (por remisión al ET): 33 días de salario por año de servicio. Conforme a la jurisprudencia mayoritaria, las remuneraciones a tomar en cuenta son las del año inmediatamente anterior al despido; sin embargo, en este caso hay que atender a un lapso de dos ejercicios[114].
- La específica por clientela. El trabajador tiene derecho a una indemnización especial distinta de la que pudiera corresponderle por despido improcedente, en consideración al incremento de clientela conseguido por él, cuando concurran determinadas circunstancias[115].

Como se observa, la norma laboral huye del sistema civilista de acreditación de daños y perjuicios cuando pretende compensar el daño generado por la ruptura ilegal del contrato. Sin embargo, cuando se trata de indemnizar por la clientela conseguida ambas regulaciones poseen una gran similitud[116].

113 SSTS 2 julio 1996 (rec. 454/1996); 21 octubre 1996 (rec. 4053/1995).

114 Rige la regla especial del artículo 10.Tres del RD 1438, esto es, calculándose el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido o resolución del contrato o período inferior, en su caso.

115 El artículo 11 del RD 1438/1985 establece al efecto dos condiciones: a) Que la extinción del contrato no se hubiere debido al incumplimiento por el trabajador de las obligaciones que le corresponden. b) Que una vez extinguido el contrato, el trabajador esté obligado a no competir con el empresario o a no prestar sus servicios para otro empresario competidor del mismo.

116 En el ámbito del contrato mercantil, el art. 28.3 LCA dispone que no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior..

Por su lado, el art. 11.Tres del RD 1438/1985 dispone que a falta de acuerdo entre las partes, la indemnización por la clientela se fijará por el Magistrado de Trabajo, sin que pueda exceder del importe total de las comisiones correspondientes a un año, calculado por el importe medio del total de las comisiones percibidas durante los últimos tres años, o período inferior que hubiere durado la relación laboral, en su caso.

X. Apunte final

La STS-CIV 26/2019 muestra a las claras la diferente consideración que el Derecho Mercantil y el del Trabajo tienen de la libre decisión empresarial de extinguir un contrato. Mientras el de agencia puede resolverse libremente, sin más obligación que respetar el preaviso, el de mediadores mercantiles considera la libre extinción como un despido improcedente. Mientras los daños y perjuicios están tasados para el trabajador (por la indemnización de despido improcedente), en el contrato de agencia quedan sujetos a la acreditación.

El punto común, sin embargo, aparece cuando se trata de valorar la aportación de nueva clientela a la empresa. En este terreno las regulaciones paralelas son relativamente similares.

Respecto de la institución del preaviso, la legislación sobre contrato de agencia le concede un valor muy importante, similar al que la legislación de otros países contempla para despidos por causas empresariales. Sin embargo, para nuestro Derecho laboral resulta inocuo que se anticipe la decisión de despedir sin causa; en todo caso se considera ilícita, sea nula o improcedente.

CARÁCTER ABUSIVO DEL PACTO DE EXCLUSIVIDAD (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 263/2019 DE 10 MAYO)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina permite interesantes conexiones entre el régimen mercantil del contrato de mediación y la regulación laboral de quienes se comprometen a realizar tareas productivas solo para un empleador.

La resolución estudiada, en realidad, no innova el panorama jurisprudencial, pero constituye un buen motivo para hacer balance del mismo, así como para contrastar este caso con el tenor del bloque laboral.

El supuesto examinado por la STS 263/2019 es bien sencillo: un particular desea vender inmueble de su propiedad y concierta los servicios de determinada inmobiliaria, suscribiendo al efecto contrato de exclusiva. Estando vigente éste, la finca es enajenada directamente por su dueño a persona que había conocido la oferta a través de la Agencia. Cuando el profesional reclama los honorarios pactados, la contraparte los rechaza y considera que la cláusula de exclusividad es abusiva.

La relación individual de trabajo también contempla la existencia de cláusulas de dedicación exclusiva, libremente pactadas por empresa y persona asalariada. Asimismo, cuando se reclama con base en el pacto suscrito surge en ocasiones la disputa sobre el carácter abusivo de lo acordado.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 263/2019 de 10 de mayo.

Número recurso o procedimiento: Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal 2013/2016.
ECLI: ES:TS:2019:1451.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

La cuestión examinada posee carácter netamente jurídico, no existiendo controversia acerca de los hechos sobre los que se litiga[117]. Ello no obstante, interesa examinar atentamente el entramado sobre el que se debate, así como los sucesivos hitos procesales.

1. El contrato suscrito

En determinada fecha el particular y la Agencia Inmobiliaria suscriben un "Contrato de encargo de venta en exclusiva", de cuyo contenido interesa resaltar los siguientes pasajes:

> ▪Esta autorización faculta a comercializar la propiedad de referencia, a la empresa Inmobiliaria y a las empresas con las que mantiene acuerdos de colaboración para la venta de propiedades, así como la inclusión y la publicación de las características y fotografías de la propiedad en Internet.
> ▪La gestión de venta del citado inmueble se encomienda en exclusiva durante un periodo de 6 meses, a partir de la fecha del presente documento, prorrogables tácitamente por periodos de igual duración, si no mediase renuncia expresa.
> ▪Los honorarios por el asesoramiento, mediación y gestión de venta se establecen en 4 % del precio de venta, más IVA, con un mínimo de 6.000 €.

117 Carece de importancia, a nuestros efectos, que la parte recurrente en casación articule un motivo de infracción procesal. Concretamente, en cuanto a la recepción por el comprador de correos electrónicos remitidos por la actora porque se demostró que la cuenta de correo electrónico dejó de estar operativa por lo que era imposible el conocimiento alguno del inmueble, por ese medio.

▪La propiedad se compromete a no vender por su cuenta o por mediación de un tercero, hasta la finalización del plazo convenido. Si el propietario incumpliese esa condición, habrá de abonar los honorarios pactados en concepto de compensación por los gastos y perjuicios ocasionados.

Estamos, por tanto ante un contrato de mediación, subsumible en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario. Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil. Su naturaleza exige que el mediador ponga en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que pueda llegar a concluirse un contrato; el mediador tiene derecho a cobrar el premio cuando el contrato llegue a celebrarse, estando sometido a la condición suspensiva de su celebración, salvo pacto expreso[118].

2. Los hechos posteriores

A) En el transcurso del procedimiento queda probado que el demandado se benefició de forma directa de la gestión profesional de la Agencia para vender, aunque sin intervención de la misma, el inmueble. Así se desprende de los siguientes hechos:

▪La agencia publicitó la venta del piso en internet a través de una ficha completa y muy descriptiva.
▪El comprador observó el cartel de venta instalado en la vivienda y colocado por la agencia del actor.

118 La STS 965/2011 de 28 diciembre recopila abundante jurisprudencia sobre el tema.

- El propio demandado, mediante correo electrónico, agradeció a la Agencia su actividad y aceptó que le facturase hasta 500 € por las cuatro visitas realizadas.

B) A pesar de todo lo expuesto, el comprador no acudió a la Agencia, sino que contactó directamente con el vendedor y la operación se cerró de ese modo.

C) El demandado comunicó a la Agencia que había vendido el piso, pero negándose a abonar los honorarios pactados, pese a que el comprador había tomado conocimiento de la finca por las gestiones de la parte actora. Aceptaba abonar una cantidad de 500 € como compensación por las visitas giradas al piso.

D) Ante ese panorama, la Inmobiliaria interpone demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad. Solicita que se condene al demandado al abono de 10.000 € por vulneración del pacto de exclusiva, más intereses legales. Subsidiariamente, que se le condene al pago de los honorarios (el 4% del precio de venta con un mínimo de 6000 €), más IVA e intereses.

3. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia de 25 de febrero de 2015, el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander (proc. 763/14) desestima íntegramente la demanda interpuesta.

La sentencia de primera instancia estima la nulidad de la cláusula de exclusividad. Aplica la legislación sobre consumidores y usuarios, considerando que hay abuso en el pacto de venta con reserva de exclusiva. En consecuencia, no es posible lucrar cantidad alguna invocando su incumplimiento.

Acoge la doctrina judicial conforme a la cual prima la consideración de que el demandado es consumidor y el demandante un profesional. En esas condiciones, cláusulas como las del caso se están declarando nulas por abusivas y sin posibilidad de integración por constituir una limitación a la libertad de contratación.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con la solución acordada por el Juzgado, la Inmobiliaria presenta recurso de apelación ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander (rec. 268/2015). Mediante sentencia de 27 de abril de 2016, el Tribunal de segundo grado estima el recurso y revoca íntegramente la sentencia previa.

En su parte dispositiva, condena al demandado a que abone al actor 6.000 euros más IVA en concepto de honorarios, con los intereses legales desde la interposición de la demanda. Sus argumentos básicos son los siguientes:

- La parte demandada perfeccionó contrato de compraventa y el demandado se benefició de forma directa y concluyente de la gestión de la actora para conocer al comprador (internet, observación del cartel en la finca, información por correos electrónicos y teléfono, visitas a la propiedad).
- La cláusula litigiosa es habitual en este tipo de contratos y no impide que el propietario venda su finca, sin apoyo del profesional, sino que incorpora una compensación a su favor cuando lo hace en el periodo de vinculación durante el que se desarrolla una actividad generadora de gastos y esfuerzo.
- El inmueble se ha vendido y se reconoce la actuación de la demandante por parte del propietario, todo ello dentro del periodo de vigencia derivado de la prórroga tácita del contrato.
- No hay un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones recíprocamente asumidas.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en las consecuencias de que se haya vendido la finca estando vigente el contrato de mediación con pacto de exclusiva.

1. El vendedor (recurrente)

El demandado, que ahora posee la condición de recurrente casacional, se aferra a su carácter de consumidor, reconocida por las Leyes y proyectada por abundante doctrina judicial en casos como el suyo.

Admite que existen soluciones discrepantes de las Audiencias Provinciales y pide que se unifique la doctrina en el sentido acogido por la sentencia del Juzgado.

Con amparo en esas bases, considera que debe declararse la nulidad, por abusiva, de la estipulación contractual sobre consecuencias de la venta al margen de la Agencia y pide la desestimación de la demanda.

2. La Agencia Inmobiliaria (recurrida)

La parte recurrida reitera los argumentos acogidos en la SAP: no hay limitación de libertad contractual, sino previsión justa y equilibrada sobre consecuencias del pacto de exclusividad.

Además, recalca que ha desarrollado cuantas actuaciones estaban previstas en el contrato de mediación.

V. Preceptos relevantes

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo un pequeño bloque legal, que debemos examinar atentamente. Sin duda, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGCU) es la norma clave[119]. Ello, sin perjuicio de que previsiones más generales del Código Civil aparezcan concordando con la primera.

119 Mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se aprobó su Texto Refundido.

1. Artículo 80 LGCU

El muy conocido y relevante artículo 80 de la Ley ("Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente") posee el siguiente tenor:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

2. Artículo 85.6 LGCU

Asimismo, debemos traer a colación el artículo 85 LGCU ("Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario"), en concreto su apartado 6, conforme al cual son abusivas:

"Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

3. Artículos 1152 y 1181 CC

En relación con los preceptos de la LGCU reseñados, se discute si debe aplicarse un par de preceptos del Código Civil.

Conforme al artículo 1151 CC, "En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código".

Por su lado, el artículo 1181 CC dispone que "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada, que en su totalidad se basa en doctrina precedente. Se trata de examinar el alcance del pacto de exclusividad: validez, abusividad, consecuencias de que se cierre el negocio jurídico encomendado al margen del mismo y posible moderación de las consecuencias.

1. Aplicación de las garantías propias de consumidores y usuarios

Punto de partida de toda la doctrina es que hay que aplicar las reglas protectoras de los consumidores y usuarios al contrato por el que un particular[120] encomienda a una Agencia Inmobiliaria[121] la venta de su inmueble.

120 El artículo 3º LGCU prescribe que s efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

121 Conforme al artículo 4º LGCU, a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda

Se trata de una importante premisa, aunque por su obviedad lo cierto es que el Tribunal Supremo no se detiene a justificarla.

Desde esa perspectiva se entiende bien la pervivencia jurisprudencial de una regla clásica, según la cual el mediador tiene derecho a la remuneración cuando de sus gestiones se hubiera aprovechado quien concluyó el contrato[122]. En la mediación o corretaje el devengo de honorarios está supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso, y se consuma o perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación del contrato a que tiende la mediación, de forma que el derecho a percibir la comisión surge cuando los actos inequívocos de mediación cristalizan en la operación en la que intervino el agente[123].

2. Admisión de los contratos de exclusividad

Las exigencias del transcrito art. 80 LGCU no impiden que los contratos de mediación incorporen obligaciones de exclusividad y previsiones para garantizar esa condición del agente[124].

Se descarta la nulidad de tales cláusulas, que a veces se ha defendido al entender que impiden que el propietario venda su finca sin el apoyo del profesional. Ese no es el resultado, sino que el particular puede vender al margen del compromiso asumido, pero arrostrando las consecuencias patrimoniales pactadas para el caso.

No existe un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes cuando se incorpora tal pacto de exclusividad durante un periodo

persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

122 Por todas, STS-CIV 311/2008 de 7 mayo.

123 En ese sentido STS 448/2014 de 30 julio.

124 Desde luego, es posible que el pacto de mediación no sea en exclusiva y sea otro mediador quien, posteriormente, pone en contacto a las mismas partes las cuales contratan entonces en condiciones distintas de las inicialmente proyectadas, en tal caso el derecho a la percepción de la comisión por el primero de los mediadores exigiría acreditar que en todo caso su intervención fue determinante para la conclusión del negocio. En ese sentido, STS 448/2014 de 30 julio.

de tiempo determinado en compensación con la dedicación por el agente o corredor de una estructura empresarial y de unos medios humanos y materiales que se ponen al servicio del comitente para cumplir con su encargo.

En consecuencia, este tipo de estipulación no es intrínsecamente contraria a las exigencias de concreción, claridad y sencillez en su redacción, siempre que sea accesible y legible.

Por otro lado, el consumidor es libre de acudir a otro intermediario que no contrate bajo el régimen de exclusiva, de modo que la voluntariedad en la elección del Agente o Mediador se proyecta también sobre la validez de las condiciones en que se pacta.

Además, este tipo de pacto ni siquiera impide que el propietario venda su finca sin el apoyo profesional. Lo que sucede es que deberá abonar la compensación pactada durante el período de vinculación contractual por el desarrollo de la actividad generadora de gastos y esfuerzo humano del mediador. Abordemos este tema.

3. Admisión de la cláusula penal en el contrato de exclusiva

¿La viabilidad de pactos con exclusiva comporta la licitud de las cláusulas penales que los refuerzan? En principio la respuesta es positiva. En principio, para reconocer al mediador el derecho a la remuneración es preciso que el negocio promovido haya sido resultado de su actividad, pero ello no impide que los contratantes pacten una remuneración en el caso de ventas convenidas a iniciativa del comitente.

La compensación pactada se estima exigible en caso de incumplimiento de la misma por la quiebra del principio de buena fe contractual que ha de regir las relaciones entre las partes y que se justifica tanto por el evidente perjuicio que le ocasiona al corredor la venta a un tercero por las ganancias dejadas de obtener en concepto de honorarios, como por la falta de compensación de

los gastos de inversión y de medios desplegados para el cumplimiento del encargo.

Como queda expuesto, la LGCU lanza la tacha de nulidad sobre las cláusulas que comporten un perjuicio desproporcionado, o no equitativo, o generador de un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

4. Examen del caso debatido

El tenor de lo pactado se considera válido. Su redacción es clara y comprensible, con términos sencillos que establecen un justo equilibrio entre las obligaciones de las partes, de forma que la mediadora se comprometía a desarrollar una intensa actividad en orden a facilitar la venta de la vivienda, mientras que la propiedad se obligaba a respetar la exclusiva durante seis meses, incluso a no vender por su cuenta, estableciendo una compensación económica para el caso de incumplimiento por la propiedad.

En el caso (el inmueble se ha vendido vigente la exclusiva) debe operar la cláusula penal. Su contenido (los honorarios pactados) sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios; más bien, los daños y perjuicios se liquidan previamente. No es posible una moderación de la pena: el supuesto de hecho que el pacto contempla ha sido el que sirvió para fijarla pena. No puede hablarse, en consecuencia, de un cumplimiento parcial o irregular (art. 1154 CC).

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales y del depósito para recurrir, que aquí no interesa, la STS-CIV 263/2019 desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del vendedor.

Como no se aprecia ni desequilibrio entre las obligaciones de las partes ni una indemnización desproporcionada, máxime cuando el particular se benefició de la actuación del mediador, hay que resolver el tema en los términos acordados por la Audiencia Provincial.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento de Derecho Quinto (a propósito de la decisión de la Sala sobre la pretensión de abusividad), se argumenta del siguiente modo:

"Esta sala no ha proscrito la posibilidad de pactar la exclusiva en los contratos de mediación o corretaje".

En ese mismo Fundamento de Derecho (al hilo de las consecuencias patrimoniales de incumplir el plazo de preaviso) se expone lo siguiente:

"[….] No se considera desproporcionada la indemnización pactada dado que el acuerdo parte de un encargo con obligación por parte del mediador de desarrollar amplios medios de publicidad, unido a que la exclusiva pudo haber sido obviada contratando con otro intermediario, y en base a los perjuicios que se causan al mediador por la venta a un tercero con quiebra de la buena fe contractual, cuando el mediador ha puesto su estructura empresarial, con medios materiales y humanos al servicio del comitente, por lo que el desequilibrio es inexistente".

IX. Comentario

1. El pacto de plena dedicación laboral

Partiendo de la licitud del pluriempleo no desleal (*podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios)* el art. 21.1 ET permite que se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

La exigencia legal de que la compensación correspondiente a este pacto sea «expresa» se interpreta en el sentido de que ha de formularse de modo claro y terminante[125] -lo que sin duda se logrará de modo más pleno acudiendo a la forma escrita-.

2. Compensación de la exclusividad

La obligación esencial del empresario es sufragar la compensación económica pactada con el trabajador. El precepto se refiere, en el apartado primero, a una "*compensación económica expresa*", mientras que en el apartado tercero, cuando habla de la rescisión del pacto para que el trabajador recupere su libertad de trabajo, indica que esta circunstancia será "perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación". Un pacto suscrito sin que figure cuál es la concreta remuneración que debe corresponderle al trabajador debe considerarse nulo[126], aunque a veces se acepta la acreditación de la existencia del pacto por directa y precisa inclusión de su remuneración en la nómina del trabajador[127].

Al hilo del pacto de no competencia post-contractual, se admite la validez de la cláusula penal para el supuesto de incumplimiento de la obligación de no concurrencia, advirtiendo que deben interpretarse restrictivamente para no incurrir en abusos injustificados[128]. Incluso, se ha considerado válida la cláusula penal que establece como indemnización el doble de la cuantía recibida en compensación económica por la no competencia[129].

3. Duración del pacto

Respecto de la duración, nada se dice, de modo que existe libertad para fijarla de modo indefinido o temporal. Lo relevante es que el trabajador

125 STSJ Extremadura 23 octubre 1992 [AS 1992, 4722].
126 STS-SOC 10 julio 1991 (RJ 1991\5880).
127 STS-SOC 3 junio 1986 (RJ 1986, 3454).
128 STS-SOC 16 marzo de 2005 [RJ 2005, 3510].
129 STS-SOC 9 febrero 2009 [RJ 2009, 1443].

podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación (art. 21.3 ET) mientras que al empleador o le asiste esa facultad y habrá de acudir al disenso o a la modificación sustancial del art. 41 ET.

4. Consecuencias de incumplir la plena dedicación

La doctrina judicial puntualiza que la indemnización a cargo del trabajador que quebranta su deber de no concurrencia alcanza tanto a la pérdida sufrida por el empresario como al lucro cesante[130].

X. Apunte final

La STS-CIV 263/2019 muestra a las claras la diferente consideración que el Derecho Mercantil y el del Trabajo tienen del pacto de exclusividad. Pero en el fondo ambos bloques mantienen un deseo de proteger a la parte más débil del negocio jurídico al que se sobrepone dicho acuerdo. Cliente particular y persona que trabaja, por tanto, puede limitar su libertad contractual sí así lo aceptan voluntariamente; también cabe que en los dos casos la exclusividad vaya acompañada de una penalización para los casos de incumplimiento; finalmente, las consecuencias patrimoniales de haber actuado desconociendo lo pactado no pueden resultar desproporcionadas.

La actuación al margen de lo pactado (trabajando al margen del contrato laboral que incorpora la plena dedicación, vendiendo la finca sin la intermediación del Agente) genera la obligación de compensar los daños y perjuicios. No parece que la jurisprudencia sea proclive a modular la entidad de la pena acordada en esos casos, pero sí a examinar su abusividad, lo que parece paradójico.

130 STSJ Canarias, Sta. Cruz Tenerife 13 enero 2000 [AS 2000, 208].

TERCERA PARTE

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA POR EL DEFICIENTE CUESTIONARIO DE SALUD UTILIZADO (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 562/2018)[131]

La presente sección está dedicada a glosar una interesante sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. La autoría de quien escribe se justifica porque la resolución presenta una interesante conexión con aspectos de Seguridad Social.

I. Coordenadas del caso

Estamos ante un supuesto cuyo núcleo litigioso se centra en las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico. Surge como consecuencia de que el sujeto asegurado es declarado en Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), situación contemplada en la póliza como siniestro o riesgo protegido (con una indemnización de 18.030,36 €).

131 STS 562/2018 de 10 de octubre, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo (rec. 2833/2015) (Ponente, Sr. Marín Castán).

1. Hechos litigiosos

Del relato de hechos probados interesa destacar los siguientes:

▪El 14 de abril de 1999 el demandante suscribe una póliza de seguro[132], con efectos desde el 10 de ese mes.
▪Inmediatamente antes de suscribir el contrato el asegurado realiza una declaración sobre su estado de salud. Entre otras cosas, manifiesta que no padece sintomatología que aconseje consulta médica, estudio, hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica[133].
▪Dicho cuestionario fue rellenado por un agente de la Aseguradora, según las respuestas del asegurado[134].
▪En el momento en que se suscribe la referida póliza, el asegurado llevaba varios años consumiendo de forma habitual diversas clases de estupefacientes (cocaína, heroína, cannabis), además de alcohol y sustancias psicoactivas.
▪Mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 6 agosto 2010, el demandante fue declarado en situación de IPA, presentando el siguiente cuadro clínico residual desencadenante de dicha incapacidad (doc. 4 de la demanda): «Trastorno depresivo y trastorno de adaptación con clínica que interfiere en el funcionalismo global del paciente a pesar del tratamiento médico; trastorno por consumo de tóxicos, actualmente en remisión total; hipoacusia de transmisión O.D. con pérdida del 70% e hipoacusia neurosensorial O.I. con pérdida del 25%; episodios de dolor torácico en estudio; pérdidas de memoria pendiente de completar estudio».

132 En concreto: 1) La compañía aseguradora es Bansabadell Vida S.A. de Seguros y Reaseguros. 2) El producto es un «Seguro de Protección Familiar-Seguro de Vida». 3) Cubre tanto el riesgo de fallecimiento cuanto el de IPA. 4) La suma asegurada en caso de invalidez es de 3.000.000 pesetas (18.030,36 euros).

133 También responde negativamente a las preguntas de (1) si ha padecido o padece alguna enfermedad o accidente que le haya obligado a interrumpir su actividad laboral durante más de 15 días o si está de baja por enfermedad o accidente; (2) si tiene alguna alteración física, psíquica o funcional, ha sido intervenido quirúrgicamente o ha recibido alguna transfusión antes de 1987, toma medicinas periódicamente o está sometido a tratamiento o control médico; (3); y (4) si padece o ha padecido cualquier enfermedad del hígado, enfermedad infecto-contagiosa o enfermedad de transmisión sexual.

A la pregunta de si fumaba (6) consta una respuesta afirmativa, «un paquete al día» y, a la de si consumía bebidas alcohólicas (otro apartado de la misma pregunta 6), una respuesta negativa.

134 La declaración fue cumplimentada materialmente (a bolígrafo) por un empleado de la entidad de crédito que actuó como agente de la aseguradora, pero con las contestaciones suministradas por el tomador/asegurado.

▪Tras notificar a la Aseguradora el siniestro, y ante la falta de acuerdo extrajudicial, el asegurado presenta demanda reclamando la cantidad prevista en la póliza para el caso de que accediera a la situación de IPA.

2. Sentencia de instancia

Mediante sentencia de 12 abril 2013 (proc. 416/2012) el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Rubí desestimó íntegramente la demanda. De manera resumida, sus razonamientos son los siguientes:

▪La controversia se ciñe a la existencia de dolo.
▪Aunque fue un agente de la demandada quien rellenó «a bolígrafo» el cuestionario de salud que firmó el asegurado, se plasmaron las respuestas dadas por el demandante (incluso su peso, altura, tabaquismo).
▪El asegurado ocultó dolosamente sus problemas de salud, derivados de la drogadicción que padecía desde muchos años atrás.
▪Aunque no se le preguntó expresamente sobre si era consumidor de drogas, incurrió en una ocultación dolosa relevante (art. 10 LCS) porque sí se le preguntó, entre otras cuestiones, si tenía alguna alteración psíquica, si tomaba medicamentos periódicamente, si tenía en ese momento alguna sintomatología que requiriera tratamiento y, en fin, si consumía bebidas alcohólicas, a todo lo cual contestó de forma negativa.
▪Fueron esas patologías previas del asegurado, ocultadas al contratar, las que tuvieron una «incidencia directa» en su invalidez.

3. Sentencia de apelación

Con fecha 9 de julio de 2015 (rec. 791/2913) la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por el demandante, a quien impone las costas. La argumentación central se resume así:

- El cuestionario de salud está relleno con las respuestas del interesado, por lo que le obliga, aunque lo haya escrito el agente.
- El demandante era «politoxicómano» (alcohol, cocaína, heroína y cannabis).
- El asegurado negó que consumiera alcohol o que padeciera sintomatología que aconsejara consulta médica, estudio o tratamiento.
- Uno de los padecimientos aludidos en el cuadro residual del dictamen-propuesta determinante de su declaración de invalidez fue un «trastorno por consumo de tóxicos, con alusión a pérdida de memoria pendiente de completar estudio».

4. Recurso de casación

Disconforme con la solución reiterada por la sentencia de segunda instancia, el asegurado presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional fundado en infracción de las normas y de la doctrina jurisprudencial sobre el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunte el asegurador. En estas notas vamos a examinar solo el recurso de casación, que se basa en tres motivos

1º) Han de recaer en el asegurador las consecuencias de que el asegurado no respondiera personalmente a las preguntas del cuestionario de salud.

2º) Recaen sobre al asegurador las consecuencias que derivan tanto de la falta de cuestionario como de la presentación de cuestionarios incompletos o genéricos, vagos, imprecisos u oscuros, excluyendo en estos casos la existencia de dolo del asegurado.

3º) El dolo debe apreciarse con criterio objetivos y no subjetivos y en este caso no cabe apreciar dolo en el recurrente, pues su conducta «únicamente podría encuadrarse en el concepto de inexactitud o culposa».

5. Regulación aplicable

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo el tenor de unos pocos preceptos de la Ley de Contrato de Seguro, aunque también se pone en juego, de manera instrumental, el propio concepto general de dolo.

En primer término, interesa revisar el alcance del artículo 3º de la LCS:

Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

Con todo, el precepto realmente central para la cuestión examinada en este caso no es otro que el artículo 10 de la propia LCS, cuyo texto es el siguiente:

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

También entre en juego la previsión del artículo 89 de la LCS, donde se contempla el supuesto de dolo en las declaraciones del tomador del seguro:

En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo.

Se exceptúa de esta norma la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado, que se regula en el artículo siguiente.

A falta de un específico concepto de la conducta dolosa en la legislación seguro, interesa recordar la muy conocida definición del artículo 1269 CC:

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

II. Doctrina del Tribunal Supremo

La STS 562/2018 realiza un completo inventario de los principales criterios que la jurisprudencia civil ha venido acuñando sobre el alcance que posee el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS.

Al hilo de ella, conviene sistematizar la doctrina contenida en diversas resoluciones de la propia Sala Primera, como las SSTS 2/2016, de 17 de febrero; 157/2016, de 16 de marzo; 726/2016 de 12 de diciembre; 222/2017 de 5 de abril; 542/2017, de 4 de octubre; 323/2018 de 30 de mayo.

1. Criterios generales

Aunque la cuestión posee una impronta muy casuística, al tener que examinarse todas las circunstancias concurrentes, se ha ido destilando un pequeño grupo de criterios generales, que son los siguientes:

- El deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS se configura como una obligación de contestar a lo que pregunte el asegurador.
- El asegurador debe asumir las consecuencias que deriven de la presentación de un cuestionario incompleto.
- No es preciso que el cuestionario asuma una forma especial, pues lo relevante es su contenido material.
- Ante cada caso, hay que examinar si el tipo de preguntas formuladas permite que el asegurado pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían.

2. Supuestos de dolo

Aplicando los expuestos criterios generales, en diversas ocasiones, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha entendido que los casos examinados nos situaban ante una ocultación dolosa o, al menos, gravemente negligente, de datos sobre la salud con incidencia en el riesgo asegurado. Son casos como los siguientes:

- Así sucede si al asegurado se le pregunta específicamente acerca de patologías concretas (cardiacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubieran precisado tratamiento médico y él es consciente de que las sufre.
- También cuando se le preguntó si ha tenido o seguía teniendo alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica, si había padecido en los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica y si se consideraba en ese momento en buen estado de salud, todo ello teniendo el asegurado

«antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión», lo que permitió concluir que en esas circunstancias no estaba justificado que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica ni, menos aún, que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico.

▪Hay culpa grave del asegurado porque, si bien no se le formularon preguntas concretas sobre una patología o enfermedad en particular, se consideró que sus reticencias no estaban justificadas según las circunstancias concurrentes, al haber quedado acreditado que «aunque no fuera plenamente consciente de la concreta enfermedad que padecía o de su gravedad, indudablemente sí que era conocedor de que padecía importantes problemas de salud de presumible evolución negativa por los que había precisado consulta médica y la realización de diversas pruebas, y, por tanto, de que esos problemas eran los que le habían llevado a estar bajo tratamiento médico.

3. Supuestos de responsabilidad de la Aseguradora

Por el contrario, la jurisprudencia niega la existencia de ocultación en casos de cuestionarios demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permiten al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro.

Así, en el caso de una cláusula «estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado» en el momento de suscribir el seguro, en la que no se incluían preguntas significativas para la determinación del riesgo objeto de cobertura. En concreto, no se le pidió ninguna respuesta acerca de enfermedades relevantes como el cáncer que padecía.

El hecho de que la tomadora no manifestara los antecedentes de psicosis que padecía desde mucho antes no permitía concluir que estuviera ocultando

datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, «pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad».

En otro caso, respecto de un asegurado psiquiatra, se descarta la ocultación valorando que a la falta de preguntas sobre una patología concreta, de tipo mental, que pudiera asociar a sus padecimientos, se sumaba el empleo de un adjetivo («relevante») dotado de un matiz de subjetividad que no podía operar en perjuicio del asegurado, ni siquiera tratándose de un médico especialista en psiquiatría, pues sus conocimientos en la materia, aunque permitieran descartar que no fuera consciente de su enfermedad, no implicaban necesariamente que tuviera que valorar sus antecedentes psíquicos como significativos o relevantes, ya que no le habían impedido ejercer su profesión hasta la fecha del siniestro.

III. Pronunciamientos de la STS 562/2018

La resolución comentada quiere ser fiel a la doctrina que últimamente viene sentando la jurisprudencia civil. Como queda expuesto, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el art. 10 LCS, en su párrafo primero, exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del riesgo no vaya a depender de las circunstancias por las que fue preguntado el asegurado.

1. Resolución de fondo

La clave del asunto está en que hay que determinar si las preguntas permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

Para la STS 562/2018, a la vista de los hechos probados, han de recaer sobre la Aseguradora las consecuencias de un cuestionario incompleto, ambiguo o poco claro. Veamos sus argumentos:

- Puede pensarse que las adicciones del asegurado desembocan probable o necesariamente en enfermedades invalidantes. Pero aunque se concluya de ese modo, ello no exime a la Compañía de cumplir sus deberes.
- No cabe exonerar al asegurador de las consecuencias que debería soportar por la presentación de un cuestionario nada preciso sobre el consumo de drogas y sus efectos en la salud.
- Si el cuestionario es genérico no cabe reprochar al asegurado haber omitido la declaración de un riesgo respecto de algo (su adicción a las drogas) sobre lo que no se le preguntó y cuyos efectos en su salud tampoco tenía por qué conocer, dada la ausencia de patología o sintomatología derivada del dicho consumo.
- Es razonable entender que si la aseguradora veló por conocer los riesgos para la salud que podían derivarse del consumo habitual de «bebidas alcohólicas», formulando una pregunta al respecto (no siendo relevante la ocultación de este dato al no guardar relación el consumo de alcohol con las patologías que determinaron la invalidez), sea exigible la misma diligencia a la hora de preguntar por otros hábitos de consumo relacionados con drogas notoriamente más dañinas para la salud como la heroína o la cocaína, lo que sin embargo no hizo.
- No se ha probado que el asegurado sufriera con anterioridad a ninguna patología física o psíquica vinculada al consumo de drogas y médicamente diagnosticada, que además pudiera vincularse causalmente con las que finalmente determinaron su invalidez. Tampoco hay síntomas de

enfermedad alguna que se manifestaran de forma evidente, por ejemplo impidiéndole trabajar.

▪Ninguna compañía de seguros podía ignorar a finales de la década de 1990 el problema social del consumo de drogas ni, lo que es más importante a los efectos del art. 10 LCS, los efectos perjudiciales para la salud -a corto, medio o largo plazo- del consumo de sustancias como la heroína y la cocaína.

▪La Aseguradora no puede descargar sobre el asegurado las consecuencias de su propia desatención en la redacción o contenido del cuestionario, pues de ser así se estarían ampliando los conceptos legales de «dolo o culpa grave» hasta comprender, en perjuicio del asegurado, la negligencia no grave o la simple falta de previsión sobre las consecuencias futuras de sus hábitos.

▪La conclusión no puede ser otra que descartar la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente.

2. Decisiones principal y accesorias

La estimación del recurso de casación lleva a que se estime íntegramente la demanda, condenando a la entidad demandada a pagar al demandante la suma de 18.030,36 €.

Esa cuantía se incrementa con los intereses de demora del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al tipo legal más un 50% y a partir de ese momento al tipo del 20% si aquel no resulta superior.

Se recuerda que la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudirse al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar. En este caso nunca se ha cuestionado la realidad del siniestro (declaración de invalidez), que inmediatamente fue puesto en conocimiento

de la aseguradora, ni tampoco se han suscitado dudas razonables en torno a su cobertura.

Conforme al art. 398.2 LEC no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, y conforme a los arts. 398.1 y 394.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las del recurso extraordinario por infracción procesal.

En cuanto a las costas de las instancias, de conformidad también con el art. 398.2 LEC no procede imponer a ninguna de las partes las del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que tenía que haber sido estimado, y conforme al art. 394.1 LEC procede imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia, dado que la demanda ha sido estimada en su integridad.

IV. Aspectos de Seguridad Social

Sin duda, lo esencial de la sentencia comentada radica en la defensa que asume sobre el derecho del tomador del seguro a ser preguntado de manera explícita y clara acerca de las cuestiones que interesan al negocio jurídico cuyo alcance la Aseguradora está aquilatando. Sin embargo, unas leves pinceladas complementarias de un par de cuestiones relacionadas con la perspectiva de Seguridad Social ayudarán a comprender mejor el trasfondo del asunto.

1. El concepto de Incapacidad Permanente

El artículo 193.1 LGSS define la incapacidad permanente contributiva (IP) como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral[135].

135 Añade que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del

Lo normal es que la IP proceda de incapacidad temporal, pero no resulta imprescindible; mientras el tratamiento médico prosigue no puede hablarse -en principio- de una IP. El fin del tratamiento médico se invoca en el sentido de que el proceso de curación esté finalizado y no pueda progresarse más, pero tampoco es precisa el alta médica en los casos en que concurran secuelas definitivas (por ejemplo, pérdida de extremidades); nótese que la norma no restringe en principio ningún tipo de síndrome o patología, razón por la que se viene aludiendo a dolencias psicofísicas, del mismo modo que lo importante son los resultados (deficiencia de la salud) y no las causas (carácter de la contingencia).

La Ley pide que esas lesiones sean "susceptibles de determinación objetiva", lo que guarda estrecha conexión con el procedimiento y criterios a seguir para la calificación de la invalidez. Así, la deficiencia de la salud, por mucho que exista, no configura una IP si es sentida por el trabajador, admitida por el empleador o proclamada por terceros distintos a los órganos competentes en la materia; por decirlo de otro modo, es precisa una constatación *oficial*.

Las deficiencias observadas han de ser previsiblemente definitivas. Como se trata de conceder una pensión, la Ley quiere garantizar el acierto de tal medida, evitando que accedan a la IP quienes sólo vayan a merecer protección transitoria. Pero la posibilidad de que el inválido recupere su capacidad laboral no obsta a la consideración como IP de una patología cuando, médicamente, se estima que ello es incierto o a largo plazo. La permanencia se compatibiliza con la eventualidad de que se revisen las secuelas, lo que incluso en algún caso puede llevar a que se mantenga reservado el puesto de trabajo hasta dos años (art. 48.2 ET; art. 7 RD 1300/1995).

Las patologías de referencia han de disminuir o anular la capacidad laboral del sujeto en cuestión, por lo que las congénitas no cuadran con este concepto[136]. La toma en consideración de este aspecto subjetivo, por esencia

incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

136 Según las SSTS 27 julio 1992 (RJ 1992, 5664) y 26 enero 1999 (RJ 1999, 1106), las patologías anteriores a la afiliación y alta sólo pueden tomarse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad si posteriormente se ha producido una agravación trascendente.

individualizador, va a adquirir toda su relevancia a la hora de determinar el grado de incapacidad existente. La IP es concepto relacional, que existe sólo por referencia a la merma de capacidades laborales para el desempeño de actividades productivas antes desempeñadas por el sujeto en cuestión; aquí se atiende a la *profesión habitual* y al nivel de afectación que sobre la misma posean las lesiones padecidas.

A la vista de todo ello, la IP se configura como la *situación pensionada a que accede un trabajador (actual o pretérito) como consecuencia de la merma definitiva, presunta o real, de su capacidad laboral*. De este modo se enlazan los diversos componentes del concepto: protección económica, alteración de la salud, permanencia de las deficiencias e influencia en la capacidad laboral.

2. La Incapacidad Permanente Absoluta

El grado de IPA para todo trabajo se identifica como equivalente a aquella patología que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Los tribunales vienen entendiendo que este grado ha de apreciarse con criterio restrictivo por sus importantes consecuencias, procediendo sólo si concurre una situación fisiológica que anule radicalmente cualquier posibilidad de actuación en el mundo laboral, como cuando el sujeto padece dolores o trastornos que le impidan llevar a cabo con asiduidad y continuidad el ejercicio profesional[137]; si subsiste una capacidad laboral residual no ha de optarse por este nivel[138], mientras que la solución es opuesta en el caso de personas con aptitudes para algunas actividades pero sin facultades reales para desarrollar eficazmente las tareas componentes de cualquier ocupación. No queda más remedio que examinar el cuadro total de secuelas existentes en cada sujeto y realizar la valoración sobre si es o no posible desempeñar, pese al mismo, alguna profesión de manera eficaz.

137 En este sentido, por todas, SSTS 23 octubre y 10 diciembre 1990 (RJ 1990, 7933 y 9765). La determinación de tal grado de invalidez ha llevado a los tribunales a apreciar conjunta o simultáneamente, de un lado, la severidad de la incapacitación y, de otro, las posibilidades reales de hallar ocupación.

138 Por ejemplo, en el caso de auxiliar administrativa afectada por el SIDA, pero cuya enfermedad está controlada por el tratamiento dispensado, por lo que puede realizar tareas sedentarias y livianas (STSJ Cataluña 1 marzo 2005 [JUR 2005, 116661]).

La verdad es que hay bastante convencionalismo en el modo de aplicar esa exigencia, como se comprueba a la vista del art. 198.2 LGSS, donde se admite que el sujeto en situación de IPA posea una capacidad residual que le permita el desempeño alguna actividad productiva. La norma en cuestión permite la compatibilidad de la pensión con un nuevo trabajo productivo si concurren dos condiciones[139]: 1ª) Actividad productiva compatible con el estado del inválido, por lo que no concurre cuando se considere que el trabajo es perjudicial para su salud. 2ª) Actividad cuyo desempeño no revele un cambio en la capacidad de trabajo (a efectos de revisión), pues carece de sentido que se siga cobrando una pensión concedida para proteger una limitación en la capacidad laboral que ya no se sufre.

La situación de incapacidad permanente absoluta es compatible con el desempeño de una actividad laboral a tiempo completo, con tal que no resulte perjudicial para el incapacitado[140]. En consecuencia, no procede revisar el grado de IP declarado inicialmente por el hecho de que el beneficiario realice una actividad laboral compatible con su estado, si sus secuelas no han variado[141].

3. Las patologías preexistentes

Sobre la posibilidad de que patologías previas a la incorporación del trabajador al sistema de Seguridad social sean tomadas en cuenta para determinar su situación invalidante es menester recordar los términos del actual párrafo segundo del artículo 193.1 LGSS. Conforme al mismo

> Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con

139 Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

140 SSTS 30 enero 2008 (RJ 2008, 1984) (Ponente, Sr. De Castro Fernández); 10 noviembre 2008 (rec. 56/08); 1 y 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 370, 383)(Ponentes, Sr. Desdentado Bonete y De Castro Fernández).

141 STS de 23 abril 2009 (RJ 2009, 3115)(Ponente, Sr. De Castro Fernández).

nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

De aquí deriva la general imposibilidad de que lesiones previas sean la causa de una posterior declaración de IP. Pero no siempre es fácil la aplicación de la regla. De hecho, la jurisprudencia ha evolucionado. En una primera fase sostuvo que las patologías anteriores a la afiliación y alta sólo pueden tomarse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad si posteriormente se ha producido una agravación trascendente[142]. Sin embargo, actualmente mantiene que las reducciones anatómicas o funcionales que han de computarse son todas las existentes en el momento en que se solicita el reconocimiento de la incapacidad permanente[143].

4. Revisión de la Incapacidad Permanente

El artículo 200 LGSS contempla la posibilidad de que quien está considerado en situación de IP vea alterada esa calificación, sea por agravación, sea por mejoría. Las causas de revisión contemplan la evolución clínica del incapaz (agravamiento o mejoría) o la equivocación en el diagnóstico. La regulación puede sistematizarse del siguiente modo:

- Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual podrá instarse la revisión por agravación o mejoría del inválido, *en tanto el incapacitado no haya cumplido la edad de jubilación*. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión.
- Si el inválido desarrolla cualquier trabajo autónomo o por cuenta ajena, el INSS podrá, de oficio o a instancia del interesado, solicitar la revisión sin esperar a que transcurra el mencionado plazo.

142 SSTS 27 julio 1992 (RJ 1992,5664) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 26 enero 1999 (RJ 1999, rec. 5066/1997).

143 SSTS de 28 noviembre 2006 (RJ 2006, 8372) (Ponente, Sr. Gil Suárez); 26 septiembre 2007 (RJ 2007, 7900); 21 febrero 2008 (RJ 2008, 3035); 14 diciembre 2010 (RJ 2011, 49)(Ponente, Sr. Gilolmo López).

- Las revisiones basadas en error de diagnóstico podrán llevase a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación.

V. Reflexiones finales

Vale la pena llamar la atención sobre el distinto enfoque que respecto de las patologías previas al aseguramiento sostienen los dos bloques considerados. En el ámbito privado, se considera necesario que la Aseguradora interrogue de manera explícita y clara al asegurado acerca de ello; en caso contrario, el riesgo no queda excluido de protección. En el ámbito público lo que prevalece es la realidad; la previa patología no impide que pueda surgir una IP, sino que hay que tomar en consideración su influencia; la voluntad del trabajador queda al margen.

Lo mismo sucede respecto de la reversibilidad de la protección. El contrato de seguro que anuda una cantidad dineraria a la existencia de IPA se ejecuta plenamente cuando acaece el riesgo, sin posible reversión por la ulterior mejoría del estado de salud del tomador del seguro. Por el contrario, si se accede a la IPA la Seguridad Social abona una pensión, que puede quedar sin efecto (para el futuro) en caso de mejoría.

Cuando la póliza de seguro describe como riesgo protegido la declaración de IPA, es evidente que el debate jurídico no puede versar acerca de la concurrencia del siniestro; la IPA existe o no, sin que la jurisdicción civil pueda examinar la regularidad o acierto de tal decisión. Por el contrario, un típico litigio propio de la jurisdicción social es el que versa sobre la calificación de la incapacidad permanente; en tal modalidad procesal, precisamente, la mayoría de las veces se centra la discusión acerca de la magnitud de los padecimientos y de sus repercusiones sobre la profesión habitual de la persona.

ENFERMEDAD PREEXISTENTE A LA DECLARACIÓN DE RIESGOS EN SEGURO DE INCAPACIDAD PERMANENTE (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 106/2019 DE 19 FEBRERO)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina permite interesantes conexiones entre el ámbito del aseguramiento privado y el de la protección pública brindada por la Seguridad Social.

La trabajadora a la que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) declara en situación de Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) había suscrito previamente una póliza de seguros cubriendo tal riesgo. La Compañía Aseguradora rechaza abonar la cuantía prevista para el caso porque sostiene que la causa de la IPA es una enfermedad ya existente en el momento de concertar el seguro.

La materia interesa no solo porque sea frecuente que los contratos mercantiles de seguro remitan a categorías propias de la Seguridad Social a efectos de proteger situaciones invalidantes bajo la categoría de "riesgo asegurado". También porque quienes trabajan suscriben contratos de seguro pensando en obtener un complemento a la protección dispensada por la Seguridad Social y su conducta negocial, en cuanto tomadores del negocio jurídico en cuestión, puede resultar decisiva para determinar si cuando acaece el riesgo (aquí la pérdida del trabajo, por pasar a la situación de IPA) surge realmente el derecho a cobrar la indemnización pactada, una parte de la misma, o incluso nada.

También aparece una dimensión procesal relevante en cualquier ámbito jurisdiccional, no solo en el civil. Tiene que ver con el necesario carácter congruente que la respuesta judicial debe tener respecto de lo debatido en el litigio.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 106/2019 de 19 de febrero.
Número recurso o procedimiento: Recursos de casación e infracción procesal 752/2016.
ECLI: ES:TS:2019:518.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Mª Ángeles Parra Lucán.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Durante el mes de agosto de 2004 (en el ámbito de un préstamo hipotecario) la trabajadora (inmigrante de habla no castellana) concierta contrato de Seguro con una Compañía del mismo grupo que la Entidad Financiera prestamista. Siete años más tarde, en octubre de 2011 inicia una IT a cuyo término (18 meses), previa intervención del EVI[144], el INSS le reconoce una IPA con fecha 17 de abril de 2013.

El 22 de octubre de 2014 la trabajadora presenta demanda solicitando a Ibercaja la cantidad de 60.000 €, prevista en la póliza suscrita para la eventualidad de que fuese declarada afecta de una IPA, más los intereses correspondientes (artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros) desde el 17 de abril de 2013.

144 Con fecha de abril de 2013 emite el dictamen propuesta, con el cuadro clínico residual de «Trastorno Esquizoafectivo, hipotiroidismo, obesidad mórbida en LEQ», proponiendo la calificación como IPA.

La Entidad Aseguradora rechaza el pago de cantidad alguna, sosteniendo que la asegurada omitió dolosamente un dato relevante: cuando suscribió el contrato de seguro ya padecía la misma enfermedad que, años después y agravada, ha ocasionado su IPA.

2. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia de 11 de mayo de 2015 (proc. 914/2014) el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Zaragoza desestima la demanda, sin imposición de costas.

Recalca que la IPA de surge "*por evolución negativa o agravamiento de una dolencia preexistente a suscribir la póliza*". Así pues, "*nos encontramos ante evolución o agravamiento de un proceso patológico ocultado a la aseguradora y por ello se ajustan a derecho los argumentos de oposición a la demanda*".

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante su sentencia 6/2016 de 8 enero la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza pone fin al recurso de apelación n.º 357/2015. Estima parcialmente tanto el recurso cuanto la demanda de la trabajadora y condena a la Compañía Aseguradora a pagar la cuantía pactada pero "*reducida proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo*".

Accede a esa conclusión porque descarta la existencia de dolo o culpa grave por parte de la tomadora, aventurando que el idioma pudo complicar la cumplimentación del clausulado[145]. La SAP parte de que la actora y su marido, que declararon que en las fechas de concertación del seguro tenían problemas idiomáticos con el español, afirmaron que ella sí declaró al empleado de la entidad que padecía depresión y que luego se limitaron a firmar la póliza

145 "No consta documentalmente que el cuestionario fuera trascrito fielmente y que ni siquiera se ha llamado al empleado que comercializó el seguro para que adverase su correcto proceder".

sin que previamente se les leyera el resultado de la declaración, por lo que la única explicación era que el empleado pusiera una contestación diferente a la facilitada.

A la vista del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), concluye que existió algún tipo de error en la declaración del riesgo, pero no se ha acreditado que se haya producido por culpa grave o dolo. Por eso procede reducir la prestación en proporción a la diferencia de primas entre la que hubiera correspondido de conocer el real riesgo existente y la fijada por la entidad a la vista de aquella declaración.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en el deber de previa declaración de riesgos por parte del tomador de un seguro, habiendo resultado incontrovertido que la IPA reconocida deriva de enfermedad preexistente.

1. La trabajadora (recurrente)

La trabajadora interpone recurso por infracción procesal. Puesto que la Compañía aseguradora no argumentó sobre una eventual responsabilidad proporcional y la SAP la concede considera que hay infracción de diversas normas procesales.

También formaliza recurso de casación, porque ella no incurrió en dolo, sino que respondió a las preguntas que le formulaba el empleado, al menos tal y como ella las entendía.

En suma: mientras que la reducción de la prestación requiere que el asegurador ejercite tal pretensión, en el caso solo ha invocado la existencia de una conducta dolosa que ni ha quedado acreditada, ni ha existido.

2. La Compañía Aseguradora

La Aseguradora denuncia la mala fe o dolo de la asegurada al declarar el riesgo. La declaración de salud suscrita incluye una respuesta negativa a la pregunta de si había estado en tratamiento por depresión.

Sin embargo, lo cierto es que la trabajadora sí tenía antecedentes y estaba con tratamiento farmacológico desde 2003. Conforme al art. 10 LCS, el dolo del tomador da lugar a la liberación del asegurador.

Interesa advertir que la Aseguradora demandada invoca dolo de la trabajadora y se limita a pedir la liberación del pago de la prestación, sin activar la pretensión subsidiaria de que se reduzca proporcionalmente por haber existido inexactitud en la declaración de riesgos.

V. Preceptos relevantes

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo el tenor de unos pocos preceptos de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), aunque también se pone en juego, de manera instrumental, el propio concepto general de dolo.

En primer término, interesa revisar el alcance del artículo 3º de la LCS:

Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

Con todo, el precepto realmente central para la cuestión examinada en este caso no es otro que el artículo 10 de la propia LCS, cuyo texto es el siguiente:

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo[146] *o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.*

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

También entre en juego la previsión del artículo 89 de la LCS, donde se contempla el supuesto de dolo en las declaraciones del tomador del seguro:

En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo.

146 A falta de un específico concepto de la conducta dolosa en la legislación seguro, interesa recordar la muy conocida definición del artículo 1269 CC: "Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

Se exceptúa de esta norma la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado, que se regula en el artículo siguiente.

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada.

1. Sobre el silencio de la trabajadora acerca de su enfermedad

El incumplimiento del deber de declaración de riesgos asegurados tiene las consecuencias establecidas en el art. 10 LCS y que la sentencia sistematiza así:

a) La facultad del asegurador de «rescindir» el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro.

b) La reducción de la prestación del asegurador «proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo». Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión.

c) La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, si «medió dolo o culpa grave del tomador del seguro».

2. Sobre la ausencia de derecho a la prestación reclamada

La Aseguradora pretende no abonar cuantía alguna, porque considera que ha mediado dolo en la concertación de la póliza. Pero ese tipo de comportamiento no queda acreditado y, por lo tanto, tampoco cabe aplicar la drástica consecuencia del art. 10 LCS.

Es una consecuencia del modo en que ha quedado centrado el problema tras el paso del litigio por las dos instancias anteriores. La propia SAP recurrida parte de que no ha habido mala fe, sino una inexacta declaración del riesgo, quizá motivada por la dificultad de comunicación al no ser española la recurrente.

Es cierto que la reducción de la prestación del asegurador no exige que concurran circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración. Ahora bien, esa minoración (acogida por la SAP recurrida) sí requiere, en virtud del principio de rogación procesal, que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno.

3. Sobre la minoración de la prestación prevista

La STS examinada censura el modo en que la Audiencia Provincial ha reducido la prestación a cargo de la Compañía Aseguradora tanto por razones procesales cuanto por argumentos de fondo.

Respecto de la conducta achacada a la trabajadora: sería necesario partir de que ella ocultó su patología, lo que no se ha acreditado. Frente a la declaración tanto suya cuanto de su esposo (sosteniendo que sí informaron de la depresión padecida), la Aseguradora ni aporta documental alguna con las respuestas ofrecidas al concluir el contrato ni siquiera ha instado la declaración del empleado que comercializó el seguro.

Desde un punto de vista procesal: para minorar el importe de la indemnización prevista es necesario que haya habido un debate al respecto. Sin embargo, ni en la instancia ni en apelación se suscitó la cuestión, introducida de modo incongruente por la SAP. Yerra ésta cuando aplica la reducción legalmente prevista solo porque queda acreditado que la IPA asegurada es consecuencia de una enfermedad anterior a la concertación del seguro.

Resultado de lo anterior es que la SAP tampoco fija la cuantía de la prestación a la que condena, ni siquiera las bases para obtenerla.

4. Sobre los intereses

El artículo 20.4º LCS contempla un importante interés a favor del asegurado[147], pero el apartado 8º del mismo precepto prescribe que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable. Esto es lo que la Aseguradora entiende, argumentando que la propia necesidad de acudir a la vía judicial determina la improcedencia del recargo. Además, que el Juzgado desestimara la demanda constituye argumento razonable para considerar que el inicial rechazo del siniestro estaba basado en la "*causa justificada*" de que habla la norma.

Sin embargo, la STS comentada aplica la doctrina conforme a la cual la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudirse al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura. Ese no es el caso.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 106/2019 estima los recursos interpuestos por la trabajadora (infracción procesal y casación). Eso supone el triunfo total de lo pedido en la demanda inicial.

147 "La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100".

La SAP incurre en incongruencia al condenar a la Aseguradora al pago parcial de la indemnización pactada, porque si bien es cierto que el art. 10 LCS así lo permite, se trata de una cuestión ajena al litigio. Lo que las partes discuten es si procede o no abonar la prestación contemplada en el contrato de seguro. Lo que las partes discuten es si ha mediado o no dolo o culpa grave de la trabajadora (en cuanto tomadora del seguro), nada más.

Habida cuenta de que no se ha probado la existencia de su conducta dolosa, una vez reconocida por el INSS la condición de pensionista de IPA a la trabajadora, lo procedente es "*estimar íntegramente la demanda, condenando a Ibercaja Vida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. a pagar a la demandante la cantidad de 60.000 euros incrementada con los intereses del art. 20 LCS desde el 17 de abril de 2013 y hasta su completo pago*".

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 1 del Fundamento Tercero, la sentencia resume el sentir de otras muchas anteriores y sienta el criterio decisivo, al tiempo que sintético, para la resolución de los problemas expuestos. Vale la pena leerlo con detenimiento:

"*La reducción de la prestación del asegurador no exige que concurran circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, pero requiere, en virtud del principio de rogación procesal, que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno y no puede aplicarse si esta pretensión no se ha ejercitado*"

IX. Comentario

Para contextualizar y evaluar la doctrina que acabamos de exponer interesa realizar una doble aportación. Primero, siguiendo la doctrina de la propia jurisdicción civil. Segundo, enlazando con el ámbito de la Seguridad Social.

1. Doctrina sobre la obligación de declarar el riesgo

La jurisprudencia civil ha venido aquilatando el alcance que posee el deber de declaración del riesgo regulado en el expuesto art. 10 LCS. Las SSTS 2/2016, de 17 de febrero; 157/2016, de 16 de marzo; 726/2016 de 12 de diciembre; 222/2017 de 5 de abril; 542/2017, de 4 de octubre; 323/2018 de 30 de mayo y STS 562/2018 de 10 de octubre permiten elaborar el siguiente cuadro.

- El deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS se configura como una obligación de contestar a lo que pregunte el asegurador.
- El asegurador debe asumir las consecuencias que deriven de la presentación de un cuestionario incompleto.
- No es preciso que el cuestionario asuma una forma especial, pues lo relevante es su contenido material.

Sobre la Aseguradora pesa el deber de preguntar de modo frontal cuanto necesita saber para evaluar el riesgo. De ahí que, por ejemplo, el hecho de que la tomadora no manifestara los antecedentes de psicosis que padecía desde mucho antes no permitía concluir que estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, «pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad».

2. Patologías previas y protección de Seguridad Social

Sobre la posibilidad de que patologías previas a la incorporación del trabajador al sistema de Seguridad Social sean tomadas en cuenta para determinar su situación invalidante es menester recordar los términos del actual párrafo segundo del artículo 193.1 LGSS. Conforme al mismo

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

De aquí deriva la general imposibilidad de que lesiones previas sean la causa de una posterior declaración de IP. Pero no siempre es fácil la aplicación de la regla. De hecho, la jurisprudencia ha evolucionado. En una primera fase sostuvo que las patologías anteriores a la afiliación y alta sólo pueden tomarse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad si posteriormente se ha producido una agravación trascendente[148]. Sin embargo, actualmente mantiene que las reducciones anatómicas o funcionales que han de computarse son todas las existentes en el momento en que se solicita el reconocimiento de la incapacidad permanente[149].

3. Intereses por mora según la jurisdicción social

Respecto de la condena al abono del interés previsto en el artículo 20 LCS, conviene recordar que la jurisprudencia social también viene activándolo:

- El interés por demora previsto en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro no surge cuando la oposición al abono de la indemnización está justificada[150].
- Durante los dos años posteriores al siniestro el interés por mora equivale al interés legal incrementado en un 50% y a partir del segundo año se eleva al 20%[151].

148 SSTS 27 julio 1992 (rec. 1762/1991) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 26 enero 1999 (rec. 5066/1997).

149 SSTS de 28 noviembre 2006 (rec. 4126/2005) (Ponente, Sr. Gil Suárez); 26 septiembre 2007 (rec. 2492/2006); 21 febrero 2008 (rec. 64/2007); 14 diciembre 2010 (rec. 1419/2010).

150 STS de 10 noviembre 2006 (rec. 3744/2005)(Ponente, Sr. Botana López).

151 STS 16 mayo 2007 (rec. 2080/2005) (Ponente, Sr. Gil Suárez).

▪Los intereses de demora del art. 20 de la Ley del Contrato del Seguro no son exigibles a la empresa empleadora, responsable del pago de la mejora voluntaria, al no ostentar la condición de aseguradora[152].

X. Apunte final

La STS-CIV 106/2019 se alinea con la abundante doctrina sentada al hilo de las obligaciones que pesan sobre la Compañía Aseguradora cuando se comprueba que el riesgo asegurado no estaba bien delimitado como consecuencia de inexactitudes o de omisiones. Más que sentar criterios novedosos, sirve para comprobar el modo en que ha ido destilándose un *corpus* bastante favorable para quienes parecen como tomadores o beneficiarios de las pólizas mediante las que se asegura el riesgo de incapacidad permanente.

En el ámbito de la Seguridad Social lo relevante para saber si se activa o no su acción protectora es el carácter preexistente de las dolencias causantes de la incapacidad. Cuando trasladamos el problema al terreno del aseguramiento privado, sin embargo, posee suma relevancia la conducta de quien toma el seguro; manifestar la real situación patológica, responder con inexactitudes u ocultarla dolosamente son tres supuestos diversos tanto en su etiología cuanto en sus consecuencias.

152 STS de 4 mayo 2011 (rec. 1534/2010)(Ponente, Sr. Martínez Garrido).

INDEMNIZACIÓN POR EL ACCIDENTE DE SPANAIR (VERTIENTES CIVILISTA Y LABORALISTA)

I. Introducción

1. El accidente de Spanair en Barajas

Los medios de comunicación difundieron ampliamente la noticia del hecho que ahora ocupa nuestra atención: el 20 de agosto de 2008, hacia las 14:23 horas, se produjo un accidente de aviación en el aeropuerto de Barajas. Recordemos unos pocos detalles del siniestro:

- Cuando está iniciando la maniobra de despegue, el avión MD82 matrícula EC-HFP, de la compañía Spanair, que realiza el vuelo JK5022 de Madrid a Las Palmas de Gran Canaria, cae al suelo y explota[153].
- Causa primordial del accidente es la indebida configuración por los pilotos de determinados elementos para el despegue (*flaps, slats*); concurre asimismo que esa deficiencia no es avisada por el sistema TOWS.
- La fabricante del avión es Douglas Corporation, fusionada con BOEING. El fabricante no está obligado a instalar el sistema TOWS.
- En el siniestro fallecen ciento cincuenta y cuatro personas y resultan heridas otras dieciocho.
- La responsabilidad civil del transportista aéreo por los daños que pudieran sufrir los pasajeros de la aeronave siniestrada estaba asegurada por la compañía Mapfre Global Risks Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros S.A. (en lo sucesivo, Mapfre) con una póliza que cubría también los daños sufridos por la aeronave y la responsabilidad frente a terceros.

153 Quien esto escribe, casualmente, a la semana siguiente tomó el mismo vuelo; pocas veces un despegue de aviación comercial se habrá desarrollado con un silencio tan sobrecogedor.

- La responsabilidad del asegurador, frente a terceros y frente a pasajeros, tenía un límite de mil quinientos millones de dólares USA por acaecimiento y aeronave.
- Asimismo, Spanair tenía suscrito con MAPFRE un seguro de responsabilidad civil por accidentes de trabajo.

2. Las cuestiones dirimidas

Formando parte del pasaje hay una mujer que fallece. Sus familiares (madre y hermanos) interponen una demanda contra Mapfre, aseguradora de la responsabilidad civil de la aeronave siniestrada, en la que ejercitaron la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS) y le reclamaron diversas indemnizaciones por el fallecimiento de su familiar, así como los intereses del art. 20 LCS. El asunto, lógicamente, se tramita ante la jurisdicción civil.

A bordo del avión también hay personas que están realizando su trabajo, en cuanto empleados de la aerolínea. Algo más de un año después del accidente, los padres de una auxiliar de vuelo (fallecida asimismo) reciben de Mapfre la cantidad de 25.000 € de anticipo con cargo al seguro. En junio de 2013 la citada Aseguradora ofrece a los actores (padres de la víctima) un total de 166.506,95 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios (de ellos, 96.398,77 euros son para la madre conviviente con la fallecida), consignados ante Notario. Están calculados con el baremo de 2014, incrementado un 50%. Los padres discrepan de las cuantías recibidas y presentan una demanda en el orden social de la jurisdicción.

3. El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro

El art. 20 LCS está en el centro de las sentencias examinadas. Resulta imprescindible su atento estudio. Lo que en él se dispone es que "si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las

cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas":

1.º Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

2.º Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

3.º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

5.º En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6.º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

6.º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7.º Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

8.º No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

9.º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante, cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

10.º En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia.

II. Examen de la STS-CIV 681/2019[154]

Invocando el art. 76 LCS, los demandantes piden que se condene a la Aseguradora al abono de una importante cantidad de dinero, que se concreta teniendo en cuenta los intereses derivados del art. 20 LCS[155].

154 La STS-CIV 681/2019 de 17 diciembre resuelve el recurso de casación 857/2017; como Ponente aparece D. Rafael Sarazá Jimena y carece de votos particulares.

Resuelve asunto idéntico al de las SSTS-CIV 269/2019, de 17 de mayo, 461/2019, de 3 de septiembre, y 630/2019, de 21 de noviembre, cuya doctrina invoca y reproduce.

155 En concreto, 8.284.501,10 €; para la madre se reclama 3.041.677,60 € y para cada uno de los hermanos 1.266.933,90 €, 1.812.857,17 € y (para tres de ellos) 721.010,81 €).

La Aseguradora despliega diversas argumentaciones frente a la referida pretensión: excepciona la falta de litisconsorcio pasivo necesario (por no haber sido demandada la empresa fabricante del avión), advierte que si es condenada[156] debe calcularse la indemnización conforme al Derecho español y se opone a que haya intereses al amparo del art. 20 LCS.

1. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia 307/2015, de 16 de diciembre de 2015[157], el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria (proc. 267/2013) estima parcialmente la demanda interpuesta y condena a Mapfre al abono de indemnizaciones alejadas de lo pedido, pero añadiendo a las mismas "los intereses del artículo 20 LCS"[158].

A la postre, la sentencia condena a Mapfre a indemnizar a los demandantes en diversas cantidades, decrecientes según se tratara de la madre, la hermana mayor de edad que convivía con la fallecida y los hermanos mayores de edad que no convivían que la fallecida. Tales cantidades son fijadas «conforme a los criterios orientativos de las tablas 1A y considerando un perjuicio excepcional en el caso de autos (tabla 1B)», tablas que corresponden al baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

Estas cantidades devengan el interés del art. 20 LCS (desde la fecha del siniestro).

2. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante sentencia 288/2016, de 19 de septiembre, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (rec. 419/2016) desestima el recurso formulado.

156 Mapfre pide al Juzgado que desestime la demanda planteada sobre la base de una exclusiva responsabilidad de The Boeing Company por defecto de diseño de la aeronave siniestrada.

157 En los términos que aclara un posterior Auto de 18 de diciembre, eliminando la anterior referencia a que los intereses del art. 20 LCS corrían "desde la fecha de presentación de la demanda".

158 En concreto, reconoce 50.000 € en favor de la madre (87 años de edad); 18.705 € para cuatro hermanos (de 61, 59, 56 y 55 años) y 25.000 para la hermana conviviente (58 años).

3. Recurso de casación

Es la compañía aseguradora quien acude ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Interpone recurso de casación, estructurado en tres motivos, aunque el primero no interesa a nuestros efectos[159].

En los otros dos aparecen abordadas sendas cuestiones de orden muy práctico: determinar si ha de aplicarse la legislación española o la internacional y decidir si procede aplicar los intereses de demora de la LCS

4. Aplicación de la legislación nacional

Mapfre sostiene que las indemnizaciones por los daños personales causados en accidentes de aviación vienen fijadas por el Reglamento (CE) n.º 2027/1997[160] y en el art. 22.26 del Convenio de Montreal (CM). Sus previsiones son las que deben prevalecer sobre las de la LCS[161].

El Tribunal Supremo desestima el motivo, al que reprocha que confunde la regulación aplicable a la responsabilidad derivada del contrato de transporte con las obligaciones del asegurador frente al perjudicado:

- El régimen normativo supraestatal se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como

159 Invoca la vulneración de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo según la cual nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio "tempus regit actum" o de irretroactividad.

El motivo es desestimado porque el art 477 LEC exige que el recurso se base en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Resulta esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación, de modo que su ausencia comporta que no pueda admitirse.

160 Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, modificado por el Reglamento (CE) n.º 889/2002.

161 Ofrecer la indemnización en los seis meses posteriores al siniestro o antes de comenzar el juicio, si la segunda fecha es posterior. Hacer un anticipo a cuenta no inferior a 16.000 DEG en los 15 días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización. Además, excluye las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo.

consecuencia de la acción directa ejercitada por este, que se rigen por la normativa nacional aplicable.

▪El referido régimen no es completo y permite la aplicación de la normativa relativa a las obligaciones de las compañías aseguradoras, cuyas peculiaridades no están reguladas en él. El recargo que establece el art. 20 LCS lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo.

▪Que el art. 29 CM excluya las indemnizaciones punitivas del régimen de indemnización de daños causados en el transporte aéreo supone que opta por el sistema de indemnización resarcitoria, frente a los sistemas de indemnizaciones punitivas que caracterizan algunos sectores normativos de los ordenamientos de *Common Law*. Pero no excluye la posibilidad de establecer recargos en el caso de demora en el pago de las indemnizaciones.

5. Virtualidad de los intereses contemplados en el art. 20 LCS

La recurrente combate la aplicación del art. 20 LCS por varios motivos. Porque la incertidumbre sobre la cobertura del seguro supone una causa justificada para exonerar de su pago. Porque la consignación y puesta a disposición de los demandantes de la indemnización enerva el devengo de intereses. Porque la obligación de indemnizar del asegurador nace del art. 18 y no del art. 20.3 LCS. Porque en la responsabilidad por daños personales en el transporte aéreo hay plazos específicos. Y porque ha habido diligencia de Mapfre para cumplir sus obligaciones.

El Tribunal Supremo también desestima este motivo de recurso. Además de reiterar que la mora del asegurador se somete a la LCS y no al régimen internacional, advierte lo siguiente:

▪El pago del anticipo exigido por el art. 5 del Reglamento[162] no es el «importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por

162 "Sin demora y, en cualquier caso, a más tardar en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización, la compañía aérea comunitaria abonará los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas, de forma proporcional a los perjuicios sufridos".

él conocidas» (art. 20.5 LCS) sino «los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas», cuya cuantía está muy alejada de la indemnización mínima que el asegurador pudiera estar obligado a pagar por el fallecimiento de un pasajero.

▪El pago del anticipo no impide el devengo del interés de demora del art. 20 LCS respecto del resto de la cantidad a que asciende la indemnización.

▪La LCS impone al asegurador una celeridad y diligencia extrema en la realización «de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo», así como en el cumplimiento de su prestación.

▪Si la aseguradora no anticipa en el plazo de cuarenta días desde la recepción de la notificación del siniestro el importe mínimo que «pueda deber» según las circunstancias por él conocidas, y no cumple su prestación (generalmente, el pago de una indemnización) en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, incurre en mora en los términos previstos en el art. 20 LCS, salvo que «la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable» (art. 20.8.º LCS).

▪La existencia del siniestro era conocida por Mapfre desde el momento en que el mismo se produjo, dada su repercusión pública, y los daños, al menos los daños personales consistentes en el fallecimiento de un número elevado de pasajeros, también fueron conocidos inmediatamente, sin que la aseguradora cumpliera su obligación de indemnizar en el plazo fijado en el citado precepto legal.

▪La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique por sí sola el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar.

▪No excluye el devengo del interés de demora acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa. Tampoco la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama justifica

el retraso. La deuda nace con el siniestro y la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado.

En suma, la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la indemnización, las dudas que inicialmente pudieran haber existido sobre las causas del siniestro, las propuestas de acuerdo o el ofrecimiento de pago sin consignación, no pueden ser consideradas como circunstancias excepcionales que enerven el devengo de los intereses de demora del art. 20 LCS.

III. Examen de la STS-SOC 844/2019 de 5 diciembre[163]

El asunto que aborda la Sala Cuarta gira en torno a la aplicación de los intereses preceptuados en el artículo 20 LCS a la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo con resultado de muerte. La demanda la interpusieron los padres y los hermanos de la trabajadora fallecida.

1. Sentencia del Juzgado

Con fecha 25 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social número 6 de los de Málaga dicta su sentencia 485/2015 (proc. 41/2015), que estima en parte la demanda de reclamación de cantidad por accidente laboral formulada por los padres de la fallecida y desestima la reclamación de los hermanos. La sentencia absuelve a la compañía Boeing pues no se ha justificado que infringiera sus responsabilidades. Sí condena solidariamente a la administración concursal de Spanair y a Mapfre a abonarles la cantidad de 57.608,18 euros (al padre) y de 83.898,76 euros más el interés previsto en el art. 20 LCS[164].

163 La STS-SOC 844/2019 de 5 diciembre resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina 1500/2017; como Ponente aparece D. Antonio V. Sempere Navarro y carece de votos particulares. Sigue la doctrina sentada en STS 833/2017 de 24 octubre (rec. 3424/2015).

164 Aplica para el cálculo de la indemnización el Baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor vigente en el momento del accidente, descartando la aplicación de la Ley 35/2015, por ser posterior al siniestro.

Respecto de los intereses por mora, se basa en jurisprudencia civil para concluir que la aseguradora debe asumir el pago de los intereses contemplados en el art. 20 LCS pues la discrepancia fundamental, objeto del litigio, ha sido el importe de la indemnización, no la realidad del siniestro.

2. Sentencia del Tribunal Superior

Disconformes con la sentencia de instancia, presentan recurso de suplicación tanto la Aseguradora cuanto los demandantes. La STSJ Andalucía (Málaga) 285/2017 de 15 de febrero (rec. 1898/2016) desestima ambos.

En lo relativo a la determinación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, cita diversas SSTS sobre posibilidad de aplicar, orientativamente, el baremo fijado en la Ley 30/1995, de 9 de noviembre. Proclama la responsabilidad (no controvertida) de las demandadas y se inclina por la aplicación de dicho baremo en la regulación vigente a la sazón, que incluye en la cantidad el daño o perjuicio moral alegado[165].

En lo que concierne a la codena al abono del interés previsto en el artículo 20 LCS, argumenta su procedencia y correlativa desestimación del recurso de la Compañía de Seguros, al no haberse efectuado en forma debida el ofrecimiento y consignación en el acto de conciliación ni en cualquier otra actuación procesal. La cantidad (25.000 euros) se entregó a los padres casi un año después del accidente y alcanza un pequeño porcentaje de la realmente debida.

Tampoco concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para aplicar la excepción contenida en el art. 20.8 de la LCS, pues la Aseguradora ha conocido el siniestro con anterioridad a la reclamación y la existencia del proceso no constituye, por sí, causa que justifica el retraso en el pago.

165 Descarta que deba prevalecer el baremo fijado en la Ley 35/2015 y recalca que el baremo aplicable al caso no permite la contemplación diferenciada del daño moral, ni la inclusión de los hermanos entre las personas compensadas por la muerte de la trabajadora.

3. Recurso de casación unificadora

Frente a la resolución de la Sala de lo Social de Málaga interpone recurso de casación MAPRE GLOBAL RISKS, que se estructura en tres motivos.

- Primero: sobre la consignación y enervación de la mora como consecuencia del ofrecimiento de la indemnización.
- Segundo: el carácter litigioso del procedimiento y aplicación de la previsión contenida en el art. 20.8 LCS, en relación con los apartados 3 y 4 del mismo artículo.
- Tercero (formulado de manera subsidiaria): los intereses del art. 20 LCS y el dies a quo de su devengo.

4. Resolución del recurso

Por razones procesales[166], la sentencia en cuestión no puede examinar el fondo del recurso.

A) Enervación de la mora

Mapfre expone que ha realizado la consignación y ofrecimiento a los actores de la indemnización y que ello enerva la mora (art. 20.8 LCS). Lo que sucede es que la sentencia utilizada para el contraste no guarda la preceptiva identidad con el caso presente:

En el presente caso se debate sobre una indemnización por daños y perjuicios, y en el referencial sobre una mejora voluntaria; ni el supuesto ni la causa de pedir concuerdan.

Aquí nos encontramos ante una consignación en junio de 2013 (las diligencias previas se habían archivado en septiembre de 2013) en sede notarial, de una cantidad indemnizatoria calculada por la Aseguradora según

166 En concreto, al no concurrir el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS.

el baremo de tráfico por el fallecimiento acaecido en fecha 20 de agosto de 2008, y para cuyo percibo se requería acreditar la condición de perjudicados y la suscripción del documento "Acuerdo de indemnización total y final y renuncia de acciones." Este ofrecimiento condicionado tampoco figuraba en la referencial –la causa de oposición a la aceptación por el causahabiente consta que lo fue por su cuantía-, y se efectúa con un lapso temporal notablemente superior al existente en el caso de contraste.

B) Incertidumbre de la cuantía indemnizatoria

Subraya el recurso la existencia de una discrepancia jurídica razonable, justificativa de la negativa de la entidad aseguradora a abonar la cantidad reclamada, que sostiene ha sido resuelta de manera contradictoria en ambos pronunciamientos cuando los hechos son sustancialmente iguales; en los dos hay una pluralidad de sujetos de los que se pretende la condena al abono de la indemnización, y una divergencia en la reclamación de cantidad requerida por las partes, además de la coincidencia en los fundamentos y en las pretensiones articuladas[167].

Tampoco aquí ha tenido posibilidad de examinar el tema suscitado la Sala Cuarta porque la sentencia referencial (STS de 30 de marzo de 2015; ec. 3204/2013) aprecia la ausencia de contradicción entre las resoluciones judiciales enfrentadas lo que le impide entrar a examinar el problema acerca del modo de abonar los intereses contemplados en el art. 20 LCS.

C) Nacimiento de los intereses moratorios

El recurso invoca la doctrina contradictoria de la STS 17 de julio de 2007 (rec. 4367/2005). Expone que se le condena al pago de intereses desde la fecha

167 Las razones esgrimidas para afirmar que no concurre un retraso culpable en el pago de la indemnización son en síntesis las que siguen: 1) Existencia de una discusión fundada sobre la causa última del accidente y, por tanto, acerca de la identidad de los responsables. 2) Discusión jurídica y de fondo sobre la naturaleza y forma de determinar la responsabilidad. 3) Diferencia sustancial en la cantidad reclamada derivada de la aplicación de diferente normativa para su concreción. Adiciona la articulación de un proceso penal en el que se solicitaba la condena a la empresa fabricante de la aeronave en base a un incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos, diligencias previas que concluyeron con un auto de sobreseimiento.

del siniestro, mientras que la de contraste sitúa el devengo desde la notificación de la sentencia de instancia.

Las situaciones fácticas son muy distintas: en la recurrida el fallecimiento de la causante, el conocimiento desde su inicio del siniestro por la aseguradora, la existencia de un proceso penal, el allanamiento parcial de la administración concursal de Spanair reconociendo la responsabilidad por culpa de los pilotos y la oposición de la aseguradora en la cuantificación de los daños y reconociendo el importe ya indicado. En la de contraste, una situación de incapacidad permanente total como consecuencia del accidente, cuestionada por el afectado, la sanción a la empresa por infracción de medidas de seguridad y recargo de prestaciones, la puesta en cuestión por la aseguradora de las consecuencias económicas del accidente oponiendo que no figuraba en las condiciones particulares la cobertura de la IPT.

Y el debate de fondo suscitado en una y otra tampoco resulta coincidente –aunque efectivamente ambas apliquen el desglose de los tramos indemnizatorios- en la recurrida se señala que no es controvertida la responsabilidad de la empresa ni de la Compañía de seguros y entiende que el ofrecimiento y consignación no lo fueron en forma, de manera que no entraba en juego el apartado 8 del repetido art. 20.

La referencial sitúa el plano temporal de análisis desde la fecha de la sentencia de instancia (antes se estimaba justificada la demora en el pago de la indemnización) y así concluye la aplicación de los dos tramos cuando se reconoce el interés del citado art. 576 LEC.

IV. Un apunte final

Una vez más se comprueba que problemas análogos acaban siendo abordados por diversas jurisdicciones y siendo resueltos con aplicación de normas similares. En el presente caso, el resultado práctico es que la solución

adoptada por la jurisprudencia civil coincide con la acogida por el orden social de la jurisdicción, bien que la Sala Cuarta del Supremo no haya entrado en el asunto de fondo[168]. En síntesis:

A) No resultan de aplicación el Reglamento comunitario 2027/1997 y el Convenio de Montreal, pues su régimen normativo se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista y no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las aseguradoras frente al perjudicado que se rigen, en nuestro caso, por la LCS.

B) La cuantificación indemnizatoria puede llevarse a cabo tomando el baremo de accidentes de automóvil con valor orientador, incrementado en un porcentaje en atención a las circunstancias que concurren en accidente aéreo.

C) Que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores no implica que el margen de arbitrio judicial llegue al extremo de poder elegir qué baremo aplicar al accidente y qué cuantías, pues debe estarse al baremo vigente en fecha del siniestro (2008).

D) Los intereses aplicables al asegurador se rigen por el art. 20 LCS, pues el pago del anticipo previsto en el art. 5 del Reg. 2027/97 está previsto solo para cubrir las necesidades económicas inmediatas, cuantía muy alejada de la cantidad mínima que tendría que pagar la aseguradora por el fallecimiento de un pasajero.

E) Las graves consecuencias del accidente fueron conocidas por la aseguradora desde el principio, dada su repercusión mediática, por ello no estaba exenta de indemnizar en el plazo legal.

F) No concurren circunstancias extraordinarias que justifiquen el retraso en el pago

168 La propia STS-SOC comentada constata que "la solución a que ha accedido la sentencia recurrida concuerda con la que viene acogiendo la Sala Primera de este Tribunal en los litigios derivados del mismo siniestro aéreo y que afectan a familiares de quienes tenían la condición de pasajeros".

EL COSTE DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN CASO DE (CUMULATIVA) COBERTURA PÚBLICA Y PRIVADA

I. Introducción

La universalidad del derecho a la asistencia sanitaria que nuestro ordenamiento persigue, al menos tendencialmente, requiere una vigorosa dotación de medios materiales y humanos. En consecuencia, sin adecuada financiación tampoco puede pensarse en que el Sistema Nacional de Salud sea eficiente y moderno. De ahí que las Entidades encargadas de su gestión deban administrar adecuadamente los recursos de que disponen y no descuidar las fuentes de financiación que permitan allegarlos. En ese escenario, se comprende que cuando un Servicio Público de Salud considera que ha prestado una asistencia sanitaria cuyos costes deben ser asumidos por otro sujeto, ponga en marcha mecanismos de recaudación.

La STS-CIV 45/2020 aborda el caso de una Compañía Aseguradora a la que el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) reclama el importe de la atención hospitalaria prestada a una recién nacida cuya madre ha dado a luz en Clínica Privada y al amparo de una póliza de aseguramiento.

Las disputas sobre quién ha de afrontar el coste de la asistencia sanitaria no son exclusivas de una jurisdicción y aparecen asimismo tanto en el orden social cuanto en el contencioso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.
Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número de resolución judicial y fecha: STS número 45/2020 de 22 de enero.

Número recurso o procedimiento: Recurso de casación 1108/2017.
ECLI: ES:TS:2020:.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

El supuesto sobre el que se pronuncia la Sala Primera es muy sencillo y puede exponerse del siguiente modo:

A) Desde 2003 una mujer es titular de una póliza privada de asistencia sanitaria a cargo de la Aseguradora (Adeslas, por absorción de Aresa). A su amparo tiene cubierta, entre otras prestaciones, la asistencia a parto. Conforme al apartado 5º del artículo 8º: "Los hijos recién nacidos tendrán derecho a ser incluidos en la Póliza desde el momento de su nacimiento. Para ello, el Tomador deberá comunicar al Asegurador esa circunstancia dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de nacimiento, mediante la cumplimentación de una solicitud. Las altas notificadas dentro de este plazo retrotraerán sus efectos a la fecha de nacimiento, no aplicándose periodo de carencia superior al que faltase por consumir a la madre. Si el alta del recién nacido se comunica con posterioridad al plazo indicado, será necesario cumplimentar el Cuestionario de Salud y el Asegurador podrá denegar su admisión".

B) La citada señora es asimismo beneficiaria de la asistencia sanitaria pública (en concreto, del Sistema Público de Salud del País Vasco).

C) Poniendo fin a su embarazo, el 8 de abril de 2011 alumbra una niña en determinada Clínica bilbaína, al amparo de la citada póliza privada de asistencia sanitaria.

D) Tres días después de su nacimiento la neonata presenta un problema de salud (ictericia con hiperbilirrubilemia). El personal médico de la Clínica recomienda su traslado al hospital público de Basurto, lo que de inmediato realiza una ambulancia.

E) La bebé permanece hospitalizada (en el servicio de Neonatología), recibiendo un tratamiento específico (fototerapia) del que no disponía la Clínica. Una semana después es dada de alta, siendo tratada en consultas externas de neonatología y en consultas externas de cardiológica infantil después de esa fecha.

2. Demanda de Osakidetza

El Servicio Público de Salud del País Vasco demanda a Adeslas para que asuma el coste del tratamiento dispensado a la recién nacida, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 103 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro (LCS) y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). En concreto, reclama 9.744,49 euros.

3. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia de 17 de mayo de 2016, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao (proc. 692/2013) desestima la demanda.

Razona que la menor no se encontraba incluida en la póliza de seguros de su madre, al no haber sido dada de alta voluntaria en la misma, dentro del plazo de los treinta días siguientes al nacimiento, como tampoco con posterioridad a tal fecha. Además, la asistencia sanitaria pública es prestada a partir del tercer día de vida de la menor, y no coincidiendo con su nacimiento.

4. Sentencia de apelación

Mediante su sentencia 17/2017, de 12 de enero, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya confirma el criterio del Juzgado (rec. 573/2016)[169].

Recalca que la mujer tenía cubierta por la póliza la hospitalización por parto, incluyendo la estancia de los recién nacidos en la incubadora sin cama de acompañante, así como los gastos de medicación que precisasen éstos durante dicha estancia, pero no la asistencia médica adicional del neonato.

Además la prestación de la asistencia en el hospital de la red pública se produjo tres días después del nacimiento de la menor que tuvo lugar sin incidencias. También subraya que la asegurada no activó la posibilidad de dar de alta a la menor en el plazo de los treinta días siguientes al parto o, incluso, con posterioridad. En esa conducta hay una clara opción por la sanidad pública[170].

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo es del todo igual a la que se ha desarrollado en las instancias previas y que ya ha sido expuesta.

1. El Servicio Vasco de Salud

La Entidad responsable de la asistencia sanitaria pública en el País Vasco sostiene lo mismo que desde el inicio de su reclamación: que los artículos 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como el artículo 103 en relación con el 105 de la ley 50/1980, del Contrato de Seguro, obligan a Adeslas al pago de la asistencia sanitaria en cuestión.

169 Conforme al fallo, "confirmamos la sentencia apelada con expresa imposición al recurrente de las costas causadas en el recurso"

170 Finaliza advirtiendo que resulta improcedente abordar la interpretación del contrato de asistencia sanitaria concertado entre Dª Estela con Aresa porque no estamos en un controversia entre aseguradora y asegurado sobre la cobertura del seguro, sino en una acción de reembolso de gastos de asistencia médica entablada por una entidad del sistema nacional de salud frente a una entidad aseguradora.

2. La Aseguradora

Dejando al margen cuestiones procesales[171], la Aseguradora sostiene que la asistencia prestada por Osakidetza no se encuentra en el ámbito de cobertura de la póliza de seguro concertada. Y es que la madre no la incluyó ni durante los treinta días siguientes, ni con posterioridad.

V. Normativa aplicable al caso

Son dos los bloques normativos que deben concordarse para dar solución al problema suscitado: el que regula la asistencia sanitaria pública y el que disciplina el contrato de seguro.

A) El Capítulo V ("De la Financiación") del Título III ("De la estructura del sistema sanitario público") de la LGS está integrado por seis artículos. El último de ellos (art. 83) es el que ahora interesa examinar con detalle:

«Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados».

171 Adeslas entiende que el recurrente pretende una nueva valoración de la prueba (para declarar que el traslado de la menor vino motivado por una situación de urgencia). El TS no accede a ello porque considera que no se trata de algo decisivo, ni aparece tratado el tema en las sentencias anteriores (para afirmar o descartar la urgencia).

También sostiene que no se da la necesaria identidad de las circunstancias fácticas del caso enjuiciado con las concurrentes en las resoluciones invocadas justificativas del interés casacional. Pero el TS descarta una interpretación rigurosa sobre la concurrencia de ese requisito y advierte que incluso una de las sentencias versa sobre caso en que consta una condición general igual a la que constituye el objeto de este proceso, que subordina la atención pediátrica, desde el nacimiento, a que la recién nacida fuera dada de alta en la póliza en el plazo de los 30 días siguientes

B) Previsión similar anterior la encontramos en las normas reglamentarias sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización[172], así como en la propia Ley General de la Seguridad Social[173].

C) La Sección Tercera ("Seguro de accidentes") del Título III ("Seguro de personas") de la LCS está integrada por cinco artículos, siendo el penúltimo de ellos el 103, cuyo contenido reza así:

«Los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato. En todo caso, estas condiciones no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente».

D) La Sección Cuarta ("Seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria") del citado Título III, está integrada solo por dos artículos; el primero de ellos, que es el 105, dispone lo siguiente:

«Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan».

172 El artículo 2.7 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización dispone que "Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad".

173 La DA Décima de la LGSS/2015 prescribe que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de las siguientes atenciones, prestaciones o servicios: "a) Los ingresos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago".

VI. Doctrina básica

1. El aseguramiento de la asistencia sanitaria

Los seguros de asistencia sanitaria permiten que se otorgue la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda. Mediante ellos se garantiza al asegurado el pago (por la Aseguradora) no solo del coste económico de las operaciones médicas, y los gastos de estancia o manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios que actúan como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones[174].

Precisamente, uno de los puntos controvertidos que presentan los contratos de seguro de asistencia sanitaria, deriva del régimen jurídico aplicable a la atención médica dispensada en centros públicos o privados no concertados, o por facultativos no incluidos dentro del cuadro médico facilitado por la compañía aseguradora.

2. La doble cobertura de la asistencia

Desde la perspectiva del Derecho Privado, cuando determinada persona tiene protegido un mismo riesgo tanto en el sistema público cuanto en una Compañía Privada existe una facultad de optar. Esto permite al asegurado elegir que la prestación médica requerida sea dispensada por la entidad que le ofrezca mayores garantías y confianza. Dicho de otra forma, optar por el sistema nacional o autonómico de salud o por la compañía de seguros privada con la que concertó una póliza de tal clase.

En el caso examinado, no opera el art. 82 de la LCS[175], que exige para el ejercicio de la acción subrogatoria en el seguro de personas la existencia de un

174 Así lo expone, por ejemplo, la STS-CIV 438/2009, de 4 de junio.

175 Conforme al mismo "En los seguros de personas el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria".

tercero causante del siniestro a quien poder reclamar el importe de los gastos de asistencia sanitaria dispensada[176]. Es claro que los gastos médicos reclamados nacen de una patología sufrida por una niña en cuyo desencadenamiento no intervino ningún otro sujeto de derecho.

3. Financiación de asistencia sanitaria en casos de doble cobertura

Sin duda, la aportación más interesante de la STS 45/2020 surge cuando examina las principales posibilidades que pueden concurrir en los casos de doble cobertura de la asistencia sanitaria.

A) Si la madre acude directamente a los servicios públicos de salud, como reconoce la entidad recurrente, Osakidetza no tendría el derecho de repetición previsto en el art. 83 LGS. La razón para ello es que la madre optó, dentro de su libertad de decisión, a que el tratamiento médico de su hija se llevara a efecto en la sanidad pública.

B) Si la menor está siendo atendida en un centro médico concertado por la aseguradora privada y la madre solicita el alta voluntaria en el mismo para el traslado de su hija a la sanidad pública, a la que se encuentra afiliada, por considerarla más idónea para la atención de su hija, tampoco nacería el derecho de repetición[177].

C) Si la madre sólo tiene el seguro privado descrito: cabe el derecho de repetición, puesto que no es de recibo que el compromiso contractual asumido se preste aprovechando o utilizando la red sanitaria pública. Si la entidad demandada se comprometió contractualmente a prestar la asistencia sanitaria a sus asegurados y, por imposibilidad de llevarla a efecto, los deriva a la red de centros de la sanidad pública, la reclamación efectuada por éstos de los gastos dispensados se encuentra amparada en la mentada ley general.

176 En este sentido, STS 105/2010, de 26 de febrero.

177 Como señala la STS 835/2006, de 19 de julio, cabría «acudir entonces al Centro público, que estaría obligado a prestarle, como beneficiaria de su sistema, las atenciones que precisara».

4. Especificidad del caso

La asegurada optó por acudir a la sanidad privada para dar a luz a su hija, desarrollándose el parto sin incidencias. El hospital privado no negó la atención que precisaba la menor, sino que sus propios facultativos indicaron la necesidad del traslado de la niña a un hospital público para el tratamiento de la enfermedad que presentaba. La razón para ello derivaba de la carencia de los medios terapéuticos necesarios para proceder al tratamiento de la recién nacida.

La madre no dio de alta a la menor, en la póliza suscrita, dentro del plazo contractual pactado, para que la cobertura adquiriese efectos retroactivos, conforme al art. 8 apartado quinto de su condicionado general antes transcrito, ni tampoco lo hizo con posterioridad. Eso implica que la madre ejercitó su derecho de elección, para que el tratamiento médico de la patología que sufría su hija le fuera dispensada en la sanidad pública, así como para las otras enfermedades que le fueron descubiertas u otras que pudiera padecer en el futuro.

VII. Parte dispositiva

En su parte dispositiva la sentencia examinada es sencilla: desestima el recurso de casación, impone a la recurrente las costas del recurso de casación (art. 398.1 LEC) y decreta la pérdida del depósito (DA 15ª LOPJ).

VIII. Pasajes decisivos

Al final del Fundamento Tercero la STS 45/2020 condensa la conclusión a que accede, desfavorable para Osakidetza:

"En definitiva, al ser titular de una doble cobertura, optó por la sanidad pública, una vez que consideró que ésta le ofrecía mayores garantías y confianza".

"Por otra parte, la elección de la madre fue clara, como resulta de sus concluyentes actos posteriores, de inequívoca significación jurídica, sin que, de su conducta de llevar a su hija inicialmente al centro privado, podamos obtener conclusiones jurídicas favorables al derecho de repetición del servicio público de salud al amparo del art. 83 de la LGS, puesto que no llegó a nacer obligación contractual de la aseguradora demandada de hacerse cargo de los gastos de la asistencia médica de la niña, con los efectos retroactivos que la póliza garantizaba y que no fueron activados".

IX. Comentario

El debate acerca de quién debe soportar el coste de ciertas prestaciones de asistencia sanitaria ha sido materia de abundante litigiosidad, en buena parte para determinar si el gasto realizado al margen del sistema debiera ser asumido por éste (en forma de reintegro, al haberse anticipado) o por el beneficiario. La mayoría de los casos omite el examen sobre si la asistencia sanitaria por contingencia común sigue siendo una prestación de Seguridad Social o debe considerarse ajena al mismo. Recordemos algunos ejemplos al hilo de los criterios de jurisprudencia social unificada:

- GRÚAS HIDRÁULICAS.- Las grúas hidráulicas para facilitar el desplazamiento de un inválido se configuran como prestaciones especiales y, por ello, sólo generan ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan[178].
- SILLA DE RUEDAS ELÉCTRICA.- El INSALUD no está obligado a cambiar la silla de ruedas manual facilitada en su día al inválido por otra de tracción eléctrica[179]. Tras la OM de 18 enero de 1996 ha de concederse

178 SSTS 22 marzo 1994 (RJ 1994, rec. 3192/92)(Ponente, Sr. Campos Alonso); 23 diciembre 1994 (RJ 1994, rec. 2687/93).

179 SSTS 22 junio 1994 (RJ 1994, 5467) (Ponente, Sr. Fuentes López); 28 noviembre 1994 (RJ 1994, 9244); 23 diciembre 1994 (RJ 1994, 10225); 28 abril 1995 (RJ 1995, 3280); 28 septiembre 1995 (RJ 1995, 6919).

la silla de ruedas eléctrica a quien padezca las enfermedades en ella contempladas u otras que comporten secuelas análogas[180].

▪PRÓTESIS OCULARES Y AUDITIVAS.- Los audífonos y las gafas se configuran como prótesis especiales y, por ello, sólo generan ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan[181].

▪PRÓTESIS ORTOPROTÉSICAS.- La Seguridad Social pública no cubre las prótesis que tienen como finalidad la corrección o mejora de la apariencia externa deformada por causa de enfermedad común[182].

▪PRÓTESIS ESPECIALES.- Las plantillas ortopédicas y botas correctoras se configuran como prótesis especiales y, por tanto, sólo generan ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan[183], al igual que sucede con las fajas ortopédicas lumbares o análogas[184], corsés termoplásticos[185], collarines cervicales[186], prótesis ortodóncicas[187], etc.

▪CARTERA DE SERVICIOS.- Tras la aprobación del RD 63/1995 de 20 enero y la OM de 18 enero de 1996 ha de estarse a sus previsiones concretas para determinar el alcance de los correspondientes derechos[188].

El Auto 22 diciembre 1998 (RJ 1998, rec. 1576/1998) (Ponente, Sr. Fernández López) considera falto de contenido casacional al recurso que ignora esta doctrina.

180 SSTS 26 enero 2000 (RJ 2000, rec. 474/1999) (Ponente, Sr. Fernández López); 7 febrero 2000 (RJ 2000, rec. 1097); 31 marzo 2000 (RJ 2000, rec. 158/99) y 5 abril 2000 (RJ 2000, rec. 88/99).

181 SSTS 23 febrero 1993 (2)(Ponente, Sr. Campos Alonso) (RJ 1993, 1270 y 1271); 28 abril 1993 (RJ 1993, 3379); 5, 6, 15, 19, 20, 23 y 31 julio 1993 (RJ 1993, 5549, 5550, 5681, 5744, 5749, 5759 y 5999); 23 septiembre 1993 (RJ 1993, 7029); 14, 16, 29 y 30 octubre 1993 (RJ 1993, 7602, 8053, 8084 y 8091); 4, 5, 22 y 29 noviembre 1993 (RJ 1993, 8545, 8552, 8924 y 9089); 5 febrero 1994 (RJ 1994, 801); 22 marzo 1994 (RJ 1994, 2619); 4 y 26 mayo 1994 (RJ 1994, 3992 y 4305); 7 noviembre 1994 (RJ 1994, 8597).

182 SSTS 2 octubre 1995 (RJ 1995, 7089), (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 27 diciembre 1995 (RJ 1995, 9877); 13 mayo 1996 (RJ 1996, rec. 3895).

183 SSTS 2 (Ponente, Sr. Fernández López), 12 y 18 diciembre 1996 (RJ 1996, 9461, 9648 y 9726); 26 mayo 1997 (RJ 1997, 4422); 11 junio 1998 (RJ 1998, 5199).

184 SSTS 21 febrero 1997 (RJ 1997, 1575) (Ponente, Sr. Marín Correa); 10 y 13 marzo 1997 (RJ 1997, 2304 y 2465); 23 (2) y 30 junio 1997 (RJ 1997, 4937, 4941 y 4951); 21 octubre 1997 (RJ 1997, 7479); 25 noviembre 1997 (RJ 1997, 8625); 1 diciembre 1997 (RJ 1997, 8922); 13 enero 1998 (RJ 1998, 449); 27 febrero 1998 (RJ 1998, 2215).

185 SSTS 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2588) (Ponente, Sr. Bris Montes); 9 junio 1997 (RJ 1997, 4694).

186 STS 30 marzo 1998 (RJ 1998, 3162) (Ponente, Sr. Cachón Villar).

187 STS 4 febrero 2000 (RJ 2000, 1605) (Ponente, Sr. Botana López).

188 SSTS 5 junio 2001 (RJ 2001, 5486) (Ponente, Sr. González Peña); 4 noviembre 2003 (RJ 2003, 9059); 16 febrero 2004 (RJ 2004, 1417).

El criterio, en particular, vale para la adquisición de sillas de ruedas convencionales, incluso con adaptaciones personales[189]; o para una prótesis de extremidades inferiores[190].

▪SILENCIO ADMINISTRATIVO.- La ausencia de respuesta en el plazo legalmente establecido de tres meses equivale a denegación por silencio administrativo de los gastos de asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social[191].

▪EXTRANJEROS REAGRUPADOS.- No tienen derecho a asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos los ciudadanos extranjeros no comunitarios con residencia temporal en España por reagrupación familiar, dado que para optar a dicha residencia legal, su familiar reagrupante, sea éste ciudadano de la UE o de países terceros, tuvo que acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía[192].

▪RENOVACIÓN DE PRÓTESIS.- La Mutua que cubre el accidente de trabajo del que deriva la necesidad de una prótesis ha de hacerse cargo de su renovación, aunque el beneficiario haya pasado a la condición de pensionista de jubilación[193].

▪PRÓTESIS MICROELÉCTRICA.- En caso de accidente de trabajo, la reparación del daño causado debe hacerse de la manera más completa posible, lo que incluye la implantación de una prótesis mioeléctrica aunque no se trate de un supuesto de amputación bilateral de miembros superiores[194].

▪REPARACIÓN ÍNTEGRA.- Procede la implantación de prótesis de última generación en pierna a consecuencia de accidente de trabajo, aunque no esté incluida en el catálogo general de material ortoprotésico, pues en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño[195].

189 STS 7 junio 2001 (RJ 2001, 5499) (Ponente, Sr. González Peña).

190 STS 12 noviembre 2001 (RJ 2001, 9876) (Ponente, Sr. García Sánchez).

191 SSTS (2) de 18 diciembre 2018 (RJ 2018, 6054)(Ponente, Sra. Virolés Piñol) y (PROV\2019\45343) (Ponente, Sr. Moralo Gallego).

192 SSTS, Pleno, de 13 (4) mayo 2019 (RJ 2019, 2878, 2883, 2354 y 2190)(Ponentes, Sra. García Paredes y Sres. Luelmo Millán y Gullón Rodríguez, con Voto Particular del magistrado Salinas Molina, al que se adhiere la magistrada Segoviano Astaburuaga).

193 STS 11 abril 2000 (RJ 2000, rec. 1772/99)(Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

194 STS de 2 abril 2010 (RJ 2010, 3743)(Ponente, Sr. Gilolmo López).

195 STS de 24 enero 2012 (RJ 2012, 2157)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

▪TRANSPORTE SANITARIO.- La prestación complementaria de transporte sanitario no comprende el traslado en taxi hasta el centro de salud, incluso aunque exista indicación del facultativo sobre su utilización[196].

▪DISCAPACITADOS.- La gratuidad absoluta en las prestaciones farmacéuticas sólo está prevista para los discapacitados que, ya como titulares o beneficiarios, no estén incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad[197].

▪CONTRADICCIÓN.- Cuando se discute acerca de la procedencia del reintegro de los gastos médicos efectuados fuera del sistema resulta muy problemática la existencia de supuestos idénticos[198].

▪HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA.- 1º) La Seguridad Social no está obligada a sufragar los gastos ocasionados por la hospitalización psiquiátrica efectuada (en centros sanitarios ajenos a las instituciones del sistema) cuando aquélla no se solicita o comunica a la Entidad Gestora ni ha mediado urgencia vital[199]. 2º) Aunque a la entidad gestora no se le hubiere notificado el ingreso en un centro psiquiátrico privado, procede el reembolso de gastos correspondientes a un período posterior al internamiento inicial, cuando la entidad gestora venía consintiendo asistencias sanitarias anteriores cuyos gastos había abonado[200].

▪CONVICCIONES RELIGIOSAS.- El contenido de la asistencia sanitaria no puede ampliarse por el beneficiario invocando sus convicciones religiosas[201].

---

196 SSTS 26 septiembre 2001 (RJ 2001, rec. 2585/2000)(Ponente, Sr. Fernández López); 1 octubre 2001 (RJ 2001, rec. 707/2001); 29 octubre 2001 (RJ 2001, rec. 901/2001).

197 STS de 17 mayo 2011 (RJ 2011, 4983)(Ponente, Sr. Gilolmo López).

198 SSTS 26 mayo 2004 (RJ 2004, 4973) (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea); 21 junio 2004 (RJ 2004, 5316); 22 noviembre 2004 (RJ 2005, 218); 20 septiembre 2006 (RJ 2006, 8733).

199 SSTS 12 diciembre 1991 (RJ 1991, 9065); 15 enero 1992 (RJ 1992, 41); 31 mayo 1995 (RJ 1995, 4013); 19 febrero 1997 (RJ 1997, 2159); 26 y 31 marzo 1997 (RJ 1997, 2621 y 2629); 30 abril 1997 (RJ 1997, 3556); 16 junio 1997 (RJ 1997, 4755).

200 STS 29 marzo 2000 (RJ 2000, 3137)(Ponente, Sr. Fuentes López); 23 mayo 2000 (RJ 2000, 5522); 13 noviembre 2000 (RJ 2000, 1420); 12 marzo 2001 (RJ 2001, 3157); 11 (2), 12, 19, 25 (2), 26 y 28 junio 2001 (RJ 2001, rec. 280/2000, rec. 3370/2000, rec. 278/2000, rec. 3372/2000, rec. 3374/2000, rec. 3420/2000, rec. 1460/2000 y rec. 3373/2000); 4 julio 2001 (RJ 2001, 7917).

201 SSTS 14 abril 1993 (RJ 1993, 3338)(Ponente, Sr. García-Murga Vázquez); 3 mayo 1994 (RJ 1994, 5490).

▪TRATAMIENTOS SEGUIDOS EN EL EXTRANJERO.- 1º) Es inexistente el derecho al reintegro de gastos ocasionados por asistencia prestada en el extranjero para enfermedad no tratada por la Seguridad Social española[202]. 2º) Tampoco cuando el demandante se trasladó por iniciativa propia y sin autorización de la Seguridad Social española a un centro extranjero, aduciendo que la ausencia de prescripción de tratamiento inmediato tras la intervención quirúrgica a que fue sometido constituye un supuesto de denegación injustificada de asistencia[203], o bien eludiendo de tal modo la lista de espera en orden a la práctica de un trasplante renal[204]. 3º) En supuestos de urgencia vital, procede el reintegro de gastos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada en país extranjero, aunque no existencia convenio de asistencia sanitaria con aquel país[205]. 4º) Procede el reintegro de gastos por la asistencia sanitaria proporcionada en el extranjero, si se ha presentado inesperadamente una situación de urgencia vital con motivo de un viaje realizado fuera de nuestras fronteras no proyectado con tal fin[206]. 5º) Procede el reintegro de la totalidad de los gastos generados por una intervención sanitaria de urgencia realizada en otro país comunitario, incluidos los gastos de los que no se hace cargo el Estado en el que se ha prestado la asistencia conforme a su propia legislación[207].

▪PRÓTESIS.- No procede el reintegro del importe de la prótesis implantada por servicios sanitarios privados en supuesto que no sea de urgencia vital o denegación injustificada de asistencia por parte de los servicios sanitarios de la Seguridad Social[208].

▪REQUISITOS.- La Seguridad Social no está obligada a sufragar los gastos ocasionados por la asistencia prestada en centros sanitarios ajenos

202 SSTS 13 octubre 1994 (RJ 1994, 8050)(Ponente, Sr. Fernández López); 30 noviembre 1994 (RJ 1994, 9724); 8 febrero 1995 (RJ 1995, 788); 21 diciembre 1995 (RJ 1996, rec. 1967/95); 8 marzo 1996 (RJ 1996, 1979).

Doctrina colateral o complementaria de la principal reseñada es que la absolución del INSALUD o Entidad análoga comporta la de la TGSS, pues que en cuanto servicio común no asume responsabilidad directa respecto de las prestaciones dinerarias, sino que satisface las que tengan por titular a la Entidad Gestora correspondiente.

203 STS 26 abril 1996 (RJ 1996, 3616) (Ponente, Sr. Fernández López).

204 STS 7 octubre 1996 (RJ 1996, 7496) (Ponente, Sr. Martínez Emperador).

205 STS 4 abril 2000 (RJ 2000, 2615)(Ponente, Sr. Salinas Molina).

206 STS 21 marzo 2002 (RJ 2002, 9884)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).

207 SSTS de 4 marzo 2010 (RJ 2010, 2477)(Ponente, Sr. Agustí Juliá) y 13 julio 2010 (RJ 2010, 6815).

208 SSTS 10 abril 1995 (RJ 1995, 3037) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 13 julio 1995 (RJ 1995, 6131); 23 octubre 1995 (RJ 1995, 7868); 5 marzo 1996 (RJ 1996, rec. 2417/1995).

a las instituciones del sistema, cuando aquélla no se solicita ni comunica a la Entidad Gestora ni ha mediado urgencia vital[209], no bastando con la simple indicación de un facultativo[210].

▪DENEGACIÓN INJUSTIFICADA.- 1º) Para que exista denegación injustificada de prestación de la asistencia sanitaria debida es preciso que haya sido pedida formalmente la asistencia y que ésta sea denegada de modo positivo, bien expresamente, bien por denegación tácita inequívoca, no bastando con que los facultativos aconsejen el recurso a servicios ajenos a la Seguridad Social[211]. 2º) Procede el reintegro de gastos por la asistencia prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social a enfermo cardíaco que se somete a intervención quirúrgica en clínica privada, con la que se ponen en contacto los propios médicos del servicio público, ante la negativa del centro público de referencia a realizar la operación[212].

▪TRASPLANTE DE CORAZÓN.- La Seguridad Social no está obligada a sufragar los gastos ocasionados por trasplante de corazón realizado en Clínica privada, cuando el mismo no se solicita a la Entidad Gestora ni ha mediado urgencia vital[213].

▪ENFERMO DE PARKINSON.- Es inexistente el derecho al reintegro de gastos ocasionados por asistencia prestada en centro privado frente a enfermedad de Parkinson, pese a que se suministre terapia practicada en el sistema sanitario público sólo de manera incipiente[214].

▪URGENCIA VITAL.- Concurre la situación de urgencia vital en caso de diagnóstico de posible carcinoma pulmonar, con aplazamiento indefinido por los servicios públicos de salud de la intervención necesaria para su adecuado diagnóstico y posterior tratamiento[215].

---

209 SSTS 12 diciembre 1991 (RJ 1991, 9065); 15 enero 1992 (RJ 1992, 41); 31 mayo 1995 (RJ 1995, rec. 2885/94).

210 SSTS 17 julio 1995 (RJ 1995, 6267)(Ponente, Sr. linares Lorente).

211 STS 27 septiembre 1996 (RJ 1996, rec. 3781/95)(Ponente, Sr. Bris Montes).

212 STS de 31 enero 2012 (RJ 2012, 3636)(Ponente, Sr. Alarcón Caracuel).

213 STS 25 octubre 1999 (RJ 1999, rec. 760) (Ponente, Sr. Gullón Rodríguez). Doctrina emparentada con la presente en SSTS 12 diciembre 1991 (RJ 1991, 9065); 15 enero 1992 (RJ 1992, 41); 31 mayo 1995 (RJ 1995, rec. 2885/94).

214 STS 20 diciembre 2001 (RJ 2002, rec. 1661/2001) (Ponente, Sr. Varela de la Escalera).

215 STS 19 diciembre 2003 (RJ 2003, PROV. 141567)(Ponente, Sr. Martínez Garrido).

▪BOMBA DE INSULINA.- No se tiene derecho al reintegro de los gastos originados por la adquisición de una bomba de infusión continua de insulina, aunque el tratamiento fuera prescrito por los facultativos de un centro de salud pública, si dicha adquisición fue anterior a su inclusión como prestación farmacéutica por Orden de 12 de marzo de 2004[216]

▪REHABILITACIÓN NEUROLÓGICA.- No procede el reintegro de los gastos ocasionados por un tratamiento de rehabilitación neurológica recibido en la sanidad privada si, consideradas las circunstancias del caso, no se dan los requisitos de urgencia vital y denegación injustificada de asistencia[217].

▪CIRUGÍA TRANSEXUAL.- El sistema público no viene obligado a reintegrar los gastos por cirugía transexual que no está basada en trastorno de la personalidad[218].

▪TÉCNICAS EXPERIMENTALES.- La sanidad pública no está obligada a reembolsar los gastos derivados de la aplicación de una técnica más moderna y avanzada existente en la sanidad privada pero que no ha sido aprobada por la administración estatal, ni consta su solvencia científica[219].

▪REPRODUCCIÓN ASISTIDA.- No constituye un supuesto de urgencia vital que da derecho al reintegro de gastos el diagnóstico genético preimplantatorio, necesario para el tratamiento de reproducción asistida[220].

▪CASCO CORRECTOR.- Cabe entender incluido en el catálogo reglamentario de productos sanitarios el casco craneal para corregir una plagiocefalia postural, por analogía con las prótesis de restauración facial, siendo reintegrable su importe por los servicios públicos de salud al haber sido prescrita su utilización por un facultativo de dichos servicios[221].

▪LECHE HIDROLIZADA.- Procede el reintegro de gastos por la adquisición de leche hidrolizada especial prescrita médicamente, por

216 SSTS de 5 junio 2006 (RJ 2006, 4744) (Ponente, Sr. Fuentes López); 27 diciembre 2006 (RJ 2007, 1003) y 27 febrero 2007 (RJ 2007, 4169).

217 SSTS de 22 noviembre 2006 (RJ 2006, 9295)(Ponente, Sr. Souto Prieto); 23 junio 2008 (RJ 2008, 4674).

218 STS 29 mayo 2007 (RJ 2007, 6348) (Ponente, Sr. Botana López).

219 STS de 17 julio 2007 (RJ 2007, 8301)(Sala General; Ponente, Sr. López García de la Serrana).

220 STS de 16 noviembre 2009 (RJ 2009,7755)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

221 STS de 12 febrero 2014 (RJ 2014, 1097)(Ponente, Sra. Arastey Sahún).

alergia congénita a las proteínas de la leche de vaca, en paciente menor de edad pero mayor de dos años[222].

▪TRATAMIENTO OFTALMOLÓGICO.- La Seguridad Social no está obligada a abonar gastos ocasionados por haber acudido el beneficiario a la medicina privada, prescindiendo de la autorización de aquélla y tratándose de técnicas experimentales[223].

▪ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.- Es responsabilidad del INSS la renovación de prótesis derivada de accidente de trabajo, pese a la transferencia de competencias en materia sanitaria a la Comunidad Autónoma[224].

X. Apunte final

Que un litigio por cantidad relativamente moderada (menos de diez mil euros) haya tenido tanto recorrido evidencia no solo el interés doctrinal que el Tribunal Supremo detecta en el tema, sino también la relevancia que este tipo de asunto está asumiendo para la sanidad pública. A medida que las pólizas de asistencia privada florecen, sus beneficiarios mezclan el acudimiento a los dos grandes tipos de establecimientos existentes, los públicos y los privados.

En casos como el presente, por más que no se debata entre la persona asegurada y la correspondiente Compañía, resultará importante atender a la extensión de la póliza en cuestión. Porque si se demanda de la red de centros privados una prestación comprendida en el contrato de seguro, la negativa a darla (incluso si es por carencia de medios) no deja de constituir un incumplimiento contractual. Que el sujeto asegurado sea también beneficiario del sistema público de salud no debiera cambiar esa conclusión; en tal caso todo indica que sí existe un tercero obligado a al pago.

222 STS de 17 febrero 2014 (RJ 2014, 1360)(Ponente, Sr. Salinas Molina).

223 STS 25 marzo 2004 (RJ 2004, 2048) (Ponente, Sr. Fuentes López).

224 SSTS 15 enero 2009 (RJ 2009, 655); 10 marzo 2009 (RJ 2009, 1722) y 23 septiembre 2009 (RJ 2009, rec. 2657/2008).

Nótese asimismo que cuando el Servicio Público de Salud decide reclamar a la Aseguradora, y no a quien ha recibido la asistencia sanitaria, está activando un resorte que finaliza ante la jurisdicción civil.

SUMISIÓN A LAS NORMAS PRESUPUESTARIAS DEL CONTRATO DE SEGURO A FAVOR DE LOS EMPLEADOS DE EMPRESA PÚBLICA (AL HILO DE LA STS-CIV 258/2018).

La presente sección está dedicada a glosar una interesante sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo[225], bien que resolviendo un litigo sobre contrato de seguro cuyos beneficiarios son quienes trabajan para la sociedad Metro de Madrid, perteneciente a la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM).

I. Descripción de los hechos enjuiciados y de los antecedentes procesales

1. La póliza suscrita

El 1 de enero de 2010, Metro de Madrid S.A. y La Estrella S.A. (actualmente, Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros) suscriben una póliza colectiva de seguros. Merced a ella quedan protegidos quienes trabajan en Metro frente a los riesgos de fallecimiento por cualquier causa, fallecimiento por accidente, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

La póliza tiene dos años de duración, pero se prorroga anualmente. La prima se calcula en función de la plantilla existente a final de cada año. Hacia el mes de marzo se emitía el recibo correspondiente.

2. La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma

La Ley 7/2012, de 26 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, de Presupuestos Generales del año 2013 (LPGCAM)[226], en concordancia con las

225 STS 258/2018 de 18 abril (rec. 2797/2015); Ponente, Sr. Vela Torres.

226 Su art. 21 encuadra en el sector público a las empresas Públicas con forma de entidad de Derecho Público

previsiones estatales sobre contención del gasto público de tal etapa, suspende la vigencia de acuerdos o convenios que comportasen mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social. Su artículo 21 establece en los apartados 6 y 7 lo siguiente:

6. No se podrán realizar a favor del personal contemplado en el presente artículo aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

7. Durante el año 2013, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 32, párrafo segundo* y *38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* , queda suspendida y sin efecto la aplicación de cualquier previsión relativa a la percepción de beneficios sociales, gastos de acción social y de todos aquellos de naturaleza similar, tanto en metálico como en especie, que tengan su origen en Acuerdos, Pactos, Convenios y cláusulas contractuales para el personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid contemplado en el presente artículo, excluidos préstamos, anticipos y las ayudas y pluses al transporte de los empleados públicos.

En consecuencia, no se procederá al abono de cantidad alguna, ni de complementos personales, consolidados o no, que tengan como causa dichos conceptos […].

3. Actuación de las partes del contrato de seguro

El 17 de abril de 2013, una vez recibida la relación de trabajadores y solventadas otras cuestiones de índole técnico, la Aseguradora emite el recibo de prima correspondiente a dicha anualidad (por importe de 369.824,43 €).

Mediante escrito de 25 de julio, Metro comunica que no puede renovar la póliza del año, por motivos presupuestarios. Sin embargo, desde 1º de enero hasta esa fecha Metro Madrid comunicó diversos siniestros, atendidos por la Aseguradora (por importe de 75.235 €).

y con forma de sociedad mercantil, como es el caso de Metro de Madrid S.A.

4. Demanda y sentencias recaídas

La Aseguradora presenta demanda interesando que se condena a Metro a pagar la prima del año, con sus correspondientes intereses. Subsidiariamente, que se la condene al pago de las indemnizaciones abonadas en 2013, más un 4,75% de la prima en concepto de gastos generados por la renovación de la póliza.

Aunque la demandada se allana a la petición subsidiaria, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid (28 enero 2015) estima la pretensión principal. Considera que la LPGCAM se publica cuando ya se ha prorrogado tácitamente la póliza de seguro, al no haberse comunicado con dos meses de antelación la intención de no renovarla.

Mediante sentencia de 8 de julio de 2015 la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por Metro. Considera que el contrato suscrito entre las partes tiene naturaleza civil y se rige por su normativa propia de Derecho privado, por lo que las previsiones de la LPGCAM no podían ser óbices para el cumplimiento del contrato.

5. El debate sobre infracción procesal

Disconforme con la solución acogida en el segundo grado jurisdiccional, Metro presenta recurso extraordinario por infracción procesal. Denuncia que la sentencia recurrida inaplica una Ley postconstitucional vigente (la LPGCAM), lo que invade competencias exclusivas del Tribunal Constitucional.

El recorrido de este recurso es muy corto. La sentencia glosada recalca que la sentencia de apelación no cuestiona la vigencia de la LPGCAM, sino que considera que dicha norma no es aplicable a una relación jurídica de Derecho Privado. Se trata de una consideración jurídica de orden sustantivo, no procesal.

6. El recurso de casación

El primer motivo del recurso de casación combate la inaplicación del precepto de la LPGCAM con fundamento en que Metro no hizo ninguna observación al entrar en vigor: De ese modo se supedita el imperio de la Ley a su invocación por los particulares en sus relaciones privadas.

El segundo motivo refiere a la exclusión de los contratos de Metro del ámbito de aplicación de la norma, con fundamento en la naturaleza privada de los mismos.

7. El origen de la póliza

Pese a que queda al margen del debate suscitado ante el Tribunal Supremo, a nuestro efectos, interesa recalcar que el contrato de seguro suscrito trae causa de lo previsto en el convenio colectivo aplicable. En el BOCAM de 11 septiembre 2009 se publica el Convenio Colectivo de la empresa "Metro de Madrid, S.A.". Su cláusula 24ª ("Póliza de Seguro Colectivo de Vida de los trabajadores en activo") prescribe lo siguiente:

> Los trabajadores en activo estarán asegurados, mediante la correspondiente Póliza de Seguro Colectivo de Vida, en los términos y por los capitales que seguidamente se enuncian:
>
> 1. Trabajadores que a 1 de enero de 2002 no habían alcanzado los 55 años de edad o que, habiéndolos alcanzado a dicha fecha, optaron por acogerse a esta modalidad de seguro de vida: El capital asegurado es de 25.000 euros por fallecimiento, y hasta 50.000 euros, si el fallecimiento es consecuencia de un accidente. La Incapacidad Permanente Absoluta está asegurada por 2.235,77 euros.
>
> 2. Trabajadores que a 1 de enero de 2002 habían alcanzado los 55 años de edad y que no optaron por acogerse a la modalidad de aseguramiento señalada en el apartado primero: Mantienen el aseguramiento del riesgo de vida y de Incapacidad Permanente Absoluta en los términos y por los capitales actuales (2.235,77 euros, en ambos casos).

II. Afectación las Leyes de Presupuestos a derechos laborales

La propia LPGCAM indica que la suspensión de derechos de acción social tiene por objeto adecuarse al cumplimiento de los objetivos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera[227]. Son muchas las ocasiones en que tanto el Tribunal Constitucional cuanto el Tribunal Supremo han estudiado el problema que surge cuando los derechos de orden social contemplados en un convenio colectivo se ven afectados por normas posteriores. Resumamos lo esencial.

1. Doctrina constitucional

Que un convenio colectivo sea afectado por acontecimientos posteriores (normas o criterios jurisprudenciales) no supone que se esté vulnerando derecho constitucional alguno.

"Del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida" puesto que "en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario"[228]. Múltiples resoluciones del Tribunal Constitucional han reiterado esa doctrina. Por todas, véase el Auto 205/2012, de 30 de octubre (del Pleno), conforme al cual "el derecho a tener en cuenta, dada la duda de constitucionalidad suscitada, referida al alcance y valor normativo del convenio colectivo, es el art. 37.1 CE, que reconoce el derecho a la negociación colectiva y que sólo si se reconociera la "afectación" de ese derecho en los términos constitucionales del art. 86.1 CE, podría

227 Esta Ley desarrolló el mandato contenido en el art. 135 CE , reformado el 27 de septiembre de 2011, y da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, para garantizar una adaptación continua y automática a la normativa europea, que persigue asegurar la sostenibilidad financiera, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía y reforzar el compromiso con la estabilidad presupuestaria, cuya finalidad es contribuir a consolidar el marco de una política económica orientada al crecimiento económico y la creación del empleo, mediante la contención del gasto.

228 En tales términos, los conocidos AATC 85/2011 y 101/2011.

llegar a plantearse si además supone una "afectación" al derecho a la libertad sindical, ya que la "afectación" de aquél es presupuesto para poder considerar la posible "afectación" de este último. Así mismo recordamos que la facultad de los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva, así como el carácter vinculante de los convenios, emana de la Constitución. No obstante señalamos también, en el fundamento jurídico 8 del ATC 85/2011, de 7 de junio, que del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, aunque se trate de una norma sobrevenida, pues en virtud del principio de jerarquía normativa, el convenio colectivo debe someterse y respetar no sólo la ley formal, sino cualesquiera otras normas de rango jerárquico superior. De ello concluimos que como quiera que los preceptos legales cuestionados no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios, estos no suponen una "afectación" en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE".

Sobre la línea delimitadora ley-convenio colectivo y la primacía de la Ley sobre el convenio colectivo, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que "el Convenio Colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución" (STC 177/1998).

Con arreglo a esta doctrina, ya muy consolidada, la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón

de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva. La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del Derecho del Trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandados.

2. Jurisprudencial social

En el fondo del problema ahora conocido por la STS 258/2018 aparece el convenio colectivo de Metro recogiendo el compromiso de suscribir una póliza de seguros y la posterior LPGCAM que suspende los beneficios de esa índole por mor de la crisis económica. Cuestiones similares han sido resueltas por el Tribunal Supremo desde tiempo atrás, asumiendo también las enseñanzas de la jurisprudencia constitucional. Como mera ilustración basta recordar lo que sigue.

La STS de 9 de diciembre de 1995 (recurso 532/1995) declaró que el carácter normativo del convenio colectivo deriva de su sometimiento a las normas de rango superior, dentro del cuadro de las fuentes del Derecho, de suerte que la norma paccionada ha de someterse al Derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa.

La STS 16 febrero 1999 (rec. 3808/1997) sintetiza la doctrina existente sobre el particular, con cita de numerosos precedentes. Conforme a ella, las leyes presupuestarias estatales o las de las Comunidades Autónomas pueden imponer límites máximos al incremento de las retribuciones del personal laboral al servicio de las respectivas Administraciones Públicas, que lo acordado en los Convenios Colectivos puede ser modificado por el legislador

siempre y cuando la modificación no tenga tal entidad que afecte al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, proclamando "la primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE , las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada".

El art. 37.1 de la Constitución no se vulnera por la entrada en vigor de una ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes. Aunque la negociación colectiva descanse y se fundamente en la *Constitución (art. 37.1*), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la ley sobre el convenio, como se desprende de su art. 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley[229].

La STS 25 marzo 1998 (recurso 3823/1997), argumenta que "el *Tribunal Constitucional que ha declarado en su sentencia 58/1985* que la limitación de la autonomía colectiva del Sector Público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada del Derecho necesario establecido por la Ley, que en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan por tanto excluidas, de la negociación colectiva. Añadiendo que igualmente aquella limitación puede originarse en virtud de circunstancias que aconsejen una política de control salarial que pueden legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, declarando que esta limitación no vulnera el *artículo 14 de la Constitución* , *sentencias 858/85* y *331/1986* ; *precisando, la sentencia nº 96/1990* , que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el *artículo 14, ni tampoco el 37,1 de la Constitución* , añadiendo la *sentencia 210/1990* que el

229 STS 10 febrero 1998 (recurso 2750/1997).

Convenio Colectivo es una norma que solo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley le señala", recordando que "en la misma línea se ha pronunciado *esta Sala en sus sentencias de 9 de Julio de 1991*, *24 de Febrero de 1992* , *7 de Abril* y *8 de Junio de 1995* que han señalado en definitiva la primacía de la norma de origen legal sobre la norma de origen convencional en materias de derecho necesario".

La STS 22 diciembre 2005 (rec. 197/2003) razona que "La prevalencia de la ley sobre el convenio colectivo es un principio consagrado en los artículos 3 y 85 del Estatuto de los Trabajadores , y que el Tribunal Constitucional ha reiterado, como sucede con las sentencias 177/1988, de 10 de octubre , 58/1985, de 30 de abril y 210/1990, de 20 de diciembre , en las que declaró la prevalencia jerárquica de la ley sobre el convenio, por cuya razón éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, primacía que no puede perderse de vista a la hora de afrontar el problema del alcance y del valor normativo del convenio colectivo".

III. Invalidez sobrevenida de la póliza de seguros

El apartado anterior conduce a una clara conclusión: el convenio colectivo que afecta a empleados del sector público puede ser válidamente afectado por Leyes o normas presupuestarias, sea del Estado, sea de la Comunidad Autónoma. La suspensión de las correspondientes cláusulas o su derogación será la consecuencia lógica, con arreglo a los principios generales sobre articulación de las fuentes del Derecho y al contenido de las disposiciones. Esa es la perspectiva propia de los litigios que han accedido a la jurisdicción social.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se examina la validez de la póliza de seguros preexistente? Recordemos que el caso examinado surge porque la Aseguradora reclama el abono de la prima correspondiente a una póliza que viene de atrás, que nació siendo completamente válida, que se ha ido prorrogando, e incluso que ya ha sido activada durante el año en curso por la empresa asegurada, al

notificar algún siniestro (es decir, la noticia de empleados que o han fallecido o han accedido a la condición de inválidos permanentes). Revisemos los fundamentos de la doctrina ahora acuñada.

1. La Ley incide en el contrato de seguro

La STS 258/2018 apenas emplea argumentos específicos para afirmar que la LPGCAM afecta al contrato de seguro suscrito por una empresa pública con una Compañía de Seguros.

El razonamiento es sencillo y contundente: a) Metro es una sociedad mercantil pública; b) La LPGCAM elimina los derechos derivados de convenios o pactos que mejoren la acción protectora de la Seguridad Social o se refieran a acción social; c) La póliza de seguros es el eslabón último de esa mejora de derechos.

Es irrelevante, a estos efectos, que los derechos suspendidos deriven de un contrato privado, puesto que el mencionado artículo suspende cualquier fuente obligacional que comporte gastos de acción social.

2. Imposibilidad legal de cumplir el contrato

El paso siguiente consiste en encajar lo sucedido en la tipología novatoria de los negocios jurídicos. El resultado es la equivalencia con los supuestos de imposibilidad legal de cumplimiento del contrato, en cuanto al pago de la prima, por parte de la tomadora del seguro.

Con arreglo a las previsiones del Código Civil[230] se explica que no existe obligación respecto de prestaciones imposibles, siempre que estemos ante

230 El artículo 1184 CC ("también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible") se refiere a las obligaciones de hacer, pero se aplica analógicamente a las obligaciones de dar, en línea con lo previsto en el art. 1182 CC ("Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora").

una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor, que incluso guarda estrecha relación con el caso fortuito. Además, la imposibilidad legal se extiende a cualquier imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de una disposición legal, como de preceptos reglamentarios o mandatos de autoridad competente.

3. Extinción de las obligaciones contractuales

Con arreglo a jurisprudencia consolidada, la imposibilidad sobrevenida en estudio lleva inexorablemente al incumplimiento contractual. En contratos sinalagmáticos, eso comporta la extinción de las obligaciones respectivas, con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa, con sus frutos, y del precio percibido, con sus intereses).

No es que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la parte contraria. No puede serle exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible, pero, en aras de la buena fe y de la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, sí le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante.

Para resolver el contrato no se exige una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que basta la frustración del contrato para la otra parte[231]. Esa resolución debe acompañarse, en cuanto sea posible, del respeto a la equivalencia de las prestaciones, por exigencias de la buena fe[232].

231 Con arreglo al artículo 1124 CC "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

232 Conforme al artículo 1258 CC "

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de

IV. Conclusión y apuntes

1. Criterio del Tribunal Supremo

La doctrina sentada en esta ocasión por la Sala Primera puede resumirse del siguiente modo: 1º) La LPGCAM comporta para la empresa pública demandada la imposibilidad legal de cumplir con su obligación de pagar la prima anual de la póliza concertada. 2º) La Aseguradora no puede exigir el pago de la prima en cuestión. 3º) Metro debe devolver el dinero recibido por la atención de los siniestros comunicados. 4º) Que se trate de póliza preexistente y prorrogada no altera ninguna de las anteriores conclusiones.

2. Reflexiones adicionales

Dados los términos en que está planteado el litigo, quedan fuera del mismo numerosas interrogantes que el estudio sí puede apuntar.

¿Qué sucede con las cantidades ya percibidas por los trabajadores respecto de los cuales Metro había comunicado su fallecimiento o situación de incapacidad permanente? ¿Puede la empresa reclamarles su devolución, y, en su caso, ante qué jurisdicción?

¿Puede considerarse la póliza de seguro en estado latente, de modo que recupere su virtualidad en el momento en que las normas presupuestarias permitan nuevamente los pactos sobre derechos adicionales de carácter social? ¿Posee la Aseguradora que sufre la extinción sobrevenida de su contrato alguna prioridad a la hora de concertar la nueva póliza, si es que eso es lo que procede?.

¿Es igual la solución cuando la póliza asegura al personal frente a accidentes que deriven en una situación de incapacidad permanente que cuando lo hace frente a la situación surgida con tal declaración? ¿Deberá soportar la Aseguradora

lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

el riesgo derivado de hecho acaecidos mientras la póliza estaba vigente, pero culminados (muerte o invalidez) en el periodo en que ya no tenía validez?

¿Podrían, o deberían, haberse personado en el litigio los representantes de los trabajadores, en cuanto beneficiarios de la póliza sobre cuya validez se discute de forma indirecta? ¿Puede entenderse que la STS 258/208 opera el efecto de cosa juzgada respecto de reclamaciones de trabajadores (o de sus herederos) cuando se produzca el supuesto contemplado en el convenio colectivo?.

3. Concordancias

Problemas sobre alcance o validez de contratos de seguro suscritos por el empleador a fin de cumplir las previsiones del convenio colectivo son conocidos con cierta frecuencia por la Jurisdicción Social. Con ánimo meramente ilustrativo, interesa recordar algún criterio sentado por la jurisprudencia de unificación en tales casos:

- El trabajador que accede a la incapacidad permanente total ha de percibir la cantidad contemplada en el convenio colectivo y no sólo la parte fijada en póliza aseguradora concertada para los supuestos de incapacidad absoluta, asumiendo el empleador las prestaciones no aseguradas[233].
- La misma consecuencia procede cuando lo reclamado es una indemnización por fallecimiento y la empresa no ha asegurado el riesgo en los términos que el convenio establece[234].
- La compañía aseguradora con la que se ha concertado la mejora pactada en convenio colectivo queda exenta de toda responsabilidad al hallarse en suspenso la cobertura por impago de las primas de la póliza en el momento del hecho causante de la prestación complementaria, rescindiéndose el contrato[235].

233 SSTS 13 mayo 2004 (RJ 2004, 3772) (Ponente, Sr. Samper Juan); 31 enero 2007 (RJ 2007, 1024) (Ponente, Sr. De Castro Fernández).

234 SSTS 31 enero 2006 (RJ 2006, 1555)(Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 10 junio 2009 (RJ 2009, 4555) y 16 septiembre 2010 (RJ 2010, 7431)(Ponente, Sra Calvo Ibarlucea).

235 SSTS 17 enero 2001 (RJ 2001, 776)(Ponente, Sr. Fuentes López) y 13 abril 2011 (RJ 2011, 3949) (Ponente, Sr. López García de la Serrana).

CUARTA PARTE

IMPUTACIÓN DE PAGOS A CARGO DEL FOGASA (AL HILO DE LA STS-CIV 4/2020 DE 8 DE ENERO)

I. Introducción

La STS-CIV 4/2020 de 8 enero aborda un problema planteado en el seno del concurso a quienes son trabajadores, tienen salarios pendientes de cobro y el Fondo de Garantía Salarial les abona la prestación legalmente prevista, que resulta insuficiente para cubrir la totalidad de la deuda.

Puesto que la legislación concursal jerarquiza los créditos en orden a su prelación de cobro, resulta muy relevante saber qué es lo que hay que entender abonado por el ente público, No solo por la indefinición de las normas laborales, sino también porque el propio Fondo no identifica la parte de la deuda salarial que está abonando, sin perjuicio de que se subrogue en el crédito.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.
Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 4/2020 de 8 enero.

Número recurso o procedimiento: 694/2017.
ECLI: ES:TS:2020:6.
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El procedimiento se pone en marcha como consecuencia de una demanda interpuesta por ocho trabajadores de una empresa concursada. Reclaman el pago de diversas deudas salariales[236] y las consideran créditos contra la masa. La administración concursal (AC), sin embargo, entiende que la pretensión debe ser íntegramente desestimada.

El meollo del asunto se encuentra en la interpretación que se asuma respecto de cuáles son los créditos salariales que deben entenderse satisfechos por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

1. Hechos litigiosos

Al encontrarnos ante un debate de corte jurídico, los datos fácticos relevantes para su comprensión son bien sencillos:

Los trabajadores demandantes tienen pendientes de cobro diversas cantidades por salarios, que corresponden a categorías diversas desde el punto de vista concursal:

- Salarios de los 30 últimos días previos a la declaración de concurso (créditos contra la masa)[237].

236 La cuantía reclamada individualmente oscila entre los 4501 y los 8307 euros, integrando en tales cifras tanto el importe de los salarios correspondientes a los últimos treinta días anteriores a la declaración del concurso cuanto los propios de actividad desarrollada tras la misma.

237 El art. 84.2.1º LC identifica como créditos contra la masa "los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional".

- Salarios anteriores a la declaración de concurso no comprendidos en la anterior categoría (créditos concursales)[238].
- Salarios posteriores a la declaración de concurso (créditos contra la masa[239]).

Una vez facilitada la certificación procedente por parte de los administradores concursales respecto a los créditos reconocidos en el concurso, los trabajadores solicitan del FOGASA el abono de las cantidades correspondientes.

En virtud del art. 33 ET, el Fogasa ha abonado a cada uno de los trabajadores en concepto salarios la suma de 6.010,80 euros, sin que en sus respectivas resoluciones haya hecho una imputación concreta de pagos.

2. Debate suscitado y sentencia del Juzgado

A) Los demandantes piden que el pago del Fondo se impute a los créditos concursales en primer término; de este modo, solo si existía remanente tras realizar la anterior imputación, debiera aplicarse a los créditos contra la masa.

B) La AC, por el contrario, sostiene que el pago en cuestión debe aplicarse primeramente a los créditos contra la masa, es decir, al salario de los 30 últimos días que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (en la fecha, 1.390,60 €) y a los salarios posteriores a la declaración de concurso.

238 A su vez, el art. 90.1.3º LC identifica como créditos con privilegio especial los refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

El art. 91.1.1º LC considera créditos con privilegio general los correspondientes a salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.

239 A tenor del art. 84.2.5º LC, son de ese tipo "los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales […] hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso".

C) Con fecha 1 de enero de 2016 el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba dicta sentencia que viene a desestimar la práctica totalidad de las peticiones realizadas[240], asumiendo el criterio de la AC.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante su sentencia 601/2016 de 15 noviembre (rec. 645/2016) la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba estima la apelación de los trabajadores. Considera que las cuantías pagadas por el Fondo (sin imputación por su parte) deben aplicarse a los créditos más antiguos en el tiempo (que son concursales), subrogándose dicho ente en dicha posición concursal respecto de tales créditos. Sus dos líneas argumentales son las siguientes:

> Primera.- No es lógico que los créditos concursales (privilegiados generales) sean o no satisfechos en función del momento que se presentase la certificación ante el FOGASA[241].
>
> Segunda.- La protección del FOGASA debe dirigirse al crédito más susceptible de protección y éste es el crédito concursal[242].

IV. Cuestión casacional

Como acaba de exponerse, la SAP considera que los pagos del Fogasa debían imputarse primero a los créditos más antiguos (con naturaleza

240 Su fallo estima parcialmente la demanda, en el sentido de que a uno de los trabajadores le reconoce el derecho a percibir "de manera inmediata" la cantidad de 976 euros.

241 Si se presenta en fecha cercana a la declaración del concurso (y por tanto el importe de los créditos contra la masa no es muy importante) podría alcanzar a los créditos concursales. En cambio, si se presenta el certificado ante el FOGASA, transcurrido varios meses después de la declaración del concurso (y por tanto ya resultaría importante la suma de los créditos contra la masa) ya no alcanzaría (con el límite del art. 33-1 ET) a los créditos concursales.

242 Los créditos concursales podrán ser objetos de quitas, esperas o su transformación en otros títulos a través de un convenio, o en fase de liquidación serán satisfechos después de los créditos contra la masa. Frente a ello, los créditos contra la masa (es decir, los salarios devengados después de la declaración del concurso) cuentan con la garantía de la masa activa, dado su carácter prededucible y los ingresos que puedan obtenerse con el normal desarrollo de la actividad empresarial.

concursal) y solo en lo que reste a los créditos contra la masa, sin perjuicio de la subrogación del ente público en la posición de los trabajadores respecto de los créditos satisfechos.

En línea con la tesis acogida por la sentencia del Juzgado, la AC formula su recurso de casación.

Está estructurado en dos motivos, pero aquí intersa resaltar solo el segundo. En él denuncia la infracción de los arts. 84.3 y 154 LC, además de diversa jurisprudencia. Reprocha a la SAP de Córdoba que entronice un principio tuitivo de los derechos de los trabajadores y permita que se puedan abonar los créditos con privilegio general antes que los créditos contra la masa.

V. Normativa aplicable al caso

A) El artículo 84.2.1º LC contempla como créditos contra la masa los correspondientes a salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, aunque en cuantía que no supere el doble del SMI. A su vez, el artículo 84.3 LC establece lo siguiente:

Los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social.

Asimismo, el art. 154 LC ("Pago de créditos contra la masa") establece lo siguiente:

Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.

Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

B) Por su lado, el art. 33 ET ("El Fondo de Garantía Salarial") no contiene ninguna regla de imputación de estos pagos, más allá de la especificación de las cuantías abonadas por indemnizaciones y por salarios. Interesa ahora recordar el tenor de su apartado 1:

El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

C) También interesa traer a colación las reglas contenidas en el Código Civil (CC) cuando regula la imputación de pagos:

- Artículo 1172: El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse.
  Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato.
- Artículo 1173: Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.
- Artículo 1174: Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata.

VI. Doctrina básica

A partir de los datos expuestos y de subrayar la consecuencia que posee el que el FOGASA abone unas cantidades a los trabajadores[243], la Sala Primera del Tribunal Supremo, en línea con sus precedentes, sienta la doctrina que conviene reiterar.

1. Inaplicabilidad de las reglas del Código Civil

La sentencia estudiada explica que las reglas del CC sobre imputación de pagos se refieren a los pagos realizados por el deudor principal fuera de un contexto concursal.

Supuesto extraconcursal.- El primer motivo para la anticipada conclusión es que en caso de estar en concurso el deudor se ve afectado por las reglas concursales de pago, que distinguen claramente entre créditos concursales y contra la masa, y dentro de los primeros prevé una clasificación de créditos que conlleva una prelación legal de pago. Una vez declarado el concurso del deudor, este está vinculado por las reglas concursales de pago y la imputación de pagos debe respetarlas.

Identidad del pagador.- Un segundo motivo para sostener la sujeción a la LC y no al CC deriva del hecho de que el FOGASA es quien ha pagado parte de los créditos laborales. Por tanto, quien realiza el pago no es el deudor, sino un tercero que responde hasta de los créditos de los trabajadores en caso de impago del empleador.

Subsistencia del crédito.- En realidad, el crédito laboral sigue existiendo, aunque, respecto del pago efectuado el Fondo se subroga en la posición del trabajador frente al empleador deudor, que sigue siendo deudor de ese crédito.

243 El pago del Fogasa, en cuanto garante del pago de una parte de los créditos adeudados por la sociedad empleadora en concurso de acreedores, no conlleva la extinción de estos créditos frente a la concursada, sino un cambio de acreedores, al subrogarse el Fogasa en la posición de los trabajadores respecto de los créditos satisfechos.

Conclusión.- Los pagos realizados por el Fogasa no extinguen las deudas del empleador concursado a las que se impute su pago, sino que continúan pero con la subrogación de tal organismo en la posición del trabajador. Lo que impide pueda servir, en un supuesto como este, la regla legal de la imputación prioritaria a la deuda más onerosa del art. 1174 CC.

2. Aplicación de las reglas concursales

Al resultar inaplicables las previsiones del CC y carecer de reglas especiales la legislación laboral no queda más opción que aplicar lo prescrito para supuestos concursales. Las reglas de imputación de pagos deben extraerse de los principios concursales y de la *ratio* subyacente a las reglas de preferencia de pagos dentro del concurso. De este modo:

- Los créditos contra la masa deben pagarse a su vencimiento (art. 84.3 LC).
- Para el pago de los créditos concursales, por formar parte de la masa pasiva (art. 49 LC), debe esperarse, en caso de convenio, a su aprobación y de acuerdo con la novación pactada en cuanto a quitas y esperas.
- En caso de liquidación, tras la liquidación del activo, después de que hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa (salvo en el caso del crédito por privilegio especial respecto de los bienes afectados a su pago) y por el orden de prelación aprobado en la lista de acreedores.
- El art. 154 LC contiene una regla implícita de prelación (antes de pagar los créditos concursales, debe deducirse de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la misma).

3. Especificidad del pago por el FOGASA

En este contexto, aunque sea el Fogasa quien realice el pago y no el propio deudor, y por lo tanto permanezca el crédito frente al deudor concursado, para la imputación de pagos debería seguirse estas prioridades de cobro.

La imputación de pagos debe realizarse de entre la pluralidad de créditos respecto de los que, conforme a lo previsto en el art. 33 ET, el Fogasa estaba obligado a adelantar el pago.

Eso supone que sólo podrá imputarse el pago a estos créditos y no a los que, aun siendo también de la misma naturaleza (en nuestro caso, salarios), fueran posteriores a la reclamación frente al Fogasa.

VII. Pasajes decisivos

La doctrina acuñada en esta ocasión por la Sala Primera del Tribunal Supremo aparece condensada en el Fundamento de Derecho Segundo:

Consiguientemente, en un supuesto como este, debía imputarse el pago por salarios primero a los adeudados que hubieran dado lugar a créditos contra la masa. Sólo lo que excediera de estos importes, se imputaría a los créditos concursales y por el orden de prelación legal consiguiente a la clasificación de créditos.

VIII. La perspectiva de la jurisdicción social

No parece que la jurisprudencia social haya tenido ocasión de afrontar u supuesto idéntico al resuelto por la Sala Primera, aunque sí otros emparentados. Recordemos tres aspectos.

1. Pagos del Fondo cuando hay deuda heterogénea

El supuesto de autos es el siguiente: unos trabajadores que habían sido despedidos obtuvieron sentencia favorable en la acción por despido entablada, reconociéndoseles el derecho a percibir de la empresa para la que habían trabajado determinadas sumas en concepto de indemnización y salarios de trámite; por subasta de los bienes del empresario se obtuvo una determinada

cantidad de dinero que se entregó a los trabajadores, a prorrata de sus créditos; declarada la insolvencia parcial de la empresa, aquellos reclamaron al FOGASA el abono de los débitos insatisfechos, y este organismo consideró que las cantidades ya percibidas por los trabajadores en ejecución de sentencia debían imputarse a los salarios de trámite, abonándoles en su caso la diferencia. No conformes los empleados con la decisión del FOGASA, reclaman que lo obtenido en su día en la subasta se impute a prorrata entre salarios e indemnizaciones.

Entiende la Jurisprudencia que los abonos realizados con los bienes subastados del empleador, sin declaración empresarial -en el momento del pago- sobre el concepto adeudado al que debían aplicarse, y sin haber mediado recibo alguno de los acreedores en que se hiciese aplicación del pago, deben regirse por lo dispuesto en el Código Civil respecto de la imputación de pagos: cuando no pueda imputarse el pago, se estimará satisfecha la deuda más onerosa de entre las que estén vencidas.

Para la Sala Cuarta lo que sucede es que tanto la deuda salarial cuanto la de la indemnización por despido poseen un gravamen similar: los intereses que devengan las deudas reconocidas en sentencia (art. 921 LEC) o los privilegios del crédito laboral (art. 32 ET) alcanzan por igual a ambas partidas económicas[244]. Partiendo de que ambas deudas (referidas a salarios de tramitación e indemnizaciones por despido) poseen similar gravamen, no siendo ninguna más onerosa que la otra para el empresario, el pago hecho debe imputarse a prorrata, independientemente de que esta solución no beneficie al FOGASA como deudor subsidiario, por aplicación de lo dispuesto en las normas del Código Civil[245].

244 La apreciación, como se sabe, y atendido el art. 32 ET en su integridad, no es del todo exacta, ya que algunas previsiones sólo benefician a los créditos salariales.

245 En concreto, es el segundo párrafo del art. 1174 CC el que dispone que cuando no pueda imputarse el pago a ninguna deuda en particular "si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata".

La anterior doctrina traslada, sin ambages, al terreno de las relaciones laborales las previsiones del Código Civil, que actúa como norma supletoria o común de las relaciones *inter privatos*; no se pierda de vista que la repercusión sobre responsabilidad del Fondo es meramente refleja pues lejos de contemplarse el alcance de sus obligaciones, lo que se está haciendo es determinar el modo en que haya de entenderse distribuido entre los trabajadores-acreedores el dinero de su empresario-deudor. El resultado final de la construcción que acoge el Supremo puede sistematizarse como sigue:

-El deudor múltiple que se ha de tener en cuenta a los efectos de la ponderación de onerosidad de sus distintas deudas es el empresario principal, no el eventual responsable subsidiario (FOGASA).

-Las deudas de indemnización por despido y por salarios de trámite son igualmente gravosas para el empresario, a la vista de la legislación y jurisprudencia sobre prelación de créditos laborales.

-No es razonable convertir la figura de la imputación de pagos en un arma en manos del deudor subsidiario que no hizo efectivo el pago de la cantidad objeto de imputación.

En conclusión, cuando los créditos pendientes se refieren a salarios de trámite e indemnizaciones por despido, los pagos hechos con los bienes subastados del empleador deben imputarse a prorrata, con las consecuencias que esta distribución lleva consigo en orden a la responsabilidad del Fondo[246]

2. Naturaleza del Fondo

La jurisprudencia consideró inicialmente que la posición jurídica del Fondo era similar –no idéntica– a la de un fiador con responsabilidad subsidiaria y naturaleza pública[247].

246 SSTS de 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7751)(Ponente, Sr. Gil Suárez); 22 julio 1996 (RJ 1996, 6376) y 15 julio 1997 (RJ 1997, 5706).

247 SSTS 13 febrero 1993 (rec. 1816/1992); 7 octubre 1993 (rec. 3355/1993) y 3 diciembre 1993 (rec. 2354/1992).

Sin embargo, posteriormente sostuvo que no puede ser identificado con el fiador definido en el art. 1822 del Código Civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso y que más bien ha de ser considerado como «un peculiar ente asegurador –público– que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial[248].

3. La imputación de pagos

La STS 29 junio 2015 (rec. 2082/2014) analiza un supuesto en que se pacta en un despido colectivo una indemnización que supera la mínima legal y la empresa abona solo una parte. Se discute si esas cuantías ya pagadas han de descontarse al fijar la responsabilidad legal del FOGASA o deben considerarse como destinadas a cubrir la mejora indemnizatoria. La sentencia acoge la posición del Fondo por las siguientes razones[249]:

- La imputación de pagos tiene un presupuesto elemental (varias deudas de una misma especie) que no concurre: solo hay una deuda indemnizatoria.
- Las reglas civiles, en todo caso, conducirían a entender que el pago ha de imputarse a prorrata.
- La imputación de pagos podría valer existiendo dos deudas de ontología diversa (indemnizatoria y salarial) sobre las que aplicar el mecanismo extintivo que regula el Código Civil.

IX. Apunte final

La solución asumida por la Audiencia Provincial de Córdoba, sin duda, era la más beneficiosa para los trabajadores; la doctrina acuñada por la Sala

248 SSTS 22 abril 2002 (rec. 1545/01) y 22 octubre 2002 (rec. 132/2002).

249 La doctrina ha sido seguida por diversas sentencias que recapitula la STS 273/2019 de 2 abril (rec. 932/2018).

Primera, sin embargo, no asume un enfoque finalista de ese tipo sino que atiende a la lógica interna de las diversas regulaciones (civil común, laboral, concursal).

La solución de referencia es impecable dogmáticamente. Ahora bien, conviene advertir que el legislador bien podría haber considerado que al ser un tercero quien abona la deuda (con financiación procedente de la totalidad de empleadores que cotizan) podría haberse dado un tratamiento distinto al problema.

Por su lado, la jurisprudencia de la Sala Cuarta no ha tenido ocasión de abordar el mismo problema, pero sí ha admitido la posibilidad de que las reglas de imputación de pagos civilistas jueguen en beneficio de los trabajadores. Lo que sucede es que se trata de una construcción anterior a la vigencia de la Ley Concursal y parece difícilmente sostenible si no media un cambio normativo.

ASESORAMIENTO PRESTADO POR ENTIDADES FINANCIERAS: VERTIENTES CIVIL Y LABORAL (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 229/2019 DE 11 ABRIL Y LA STS-SOC 121/2019 DE 20 FEBRERO)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina aborda una cuestión que viene ocupando frecuentemente la atención de los órganos de la jurisdicción civil: la exigencia de responsabilidad indemnizatoria a las Entidades Financieras que comercializaron determinado producto sin poner de manifiesto al cliente los verdaderos riesgos que asumía.

Siendo personal asalariado quien, en la inmensa mayoría de los supuestos, ha intermediado (actuando por cuenta del Banco o similar) con el destinatario final de la operación (hipoteca, préstamo, inversión, compra de acciones o de deuda, etc.) es evidente que la acción dirigida contra la mercantil de referencia se basa en que la misma asume los actos de sus empleados.

La reiteración del supuesto-tipo (operación financiera con resultado negativo para quien la realizó, confiando en la solvencia de la entidad, protesta sobre la ausencia de suficientes datos a la hora de concertarla) ha propiciado no solo un sinfín de litigios (siendo los más conocidos los asociados a las cláusulas suelo hipotecarias) sino también una acrisolada doctrina acerca del alcance de los daños y perjuicios reclamables. A esa vertiente se dedica la resolución ahora glosada, enlazando seguidamente su contenido con el de otra sentencia, esta vez de la Sala Cuarta, que contempla una vertiente distinta del problema.

Para evitar la reproducción de esos episodios, los poderes públicos han adoptado una batería de medidas en diversos campos. De todas ellas ahora

interesa recalcar la referida a la formación del personal encargado de atender a la clientela. Un elemental silogismo conduce a imponer determinado nivel de conocimientos a fin de que le sea exigible la exactitud y trasparencia deseables en el tráfico financiero. Y aquí entra en juego la vertiente laboral que se aborda. La STS-SOC glosada examina la naturaleza del tiempo que los empleados de un importante Banco han dedicado, precisamente, a formarse para conseguir esa loable finalidad.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 229/2019 de 11 de abril.
Número recurso o procedimiento: Recursos de casación e infracción procesal 179/2017.
ECLI: ES:TS:2019:1244.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Pedro José Vela Torres.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Los hechos sobre los que ha debido pronunciarse el Tribunal Supremo son muy escuetos. En determinada fecha (enero de 2005) dos clientes de Catalunya Caixa adquieren títulos de deuda subordinada de la propia entidad (por importe de 150.000 €).

Como consecuencia de las negativas vicisitudes por las que atraviesa la referida entidad, años más tarde se produce el canje obligatorio de los

mencionados títulos por acciones[250] y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD). A resultas de esas operaciones, se reintegra a los inversores la suma de 116.368,50 €.

El saldo patrimonial de todo ello es que los inversores: 1) Adquieren títulos por importe de 150.000 €. 2) Reciben por los títulos adquiridos 116.368,50 €. 3) Durante la vigencia de la inversión obtienen rendimientos por importe de 45.852,25 €.

2. Demanda formulada y Sentencia del Juzgado

A) Considerando que la Entidad Bancaria (el BBVA, por subrogación) había incumplido sus obligaciones y generado un perjuicio patrimonial, los inversores presentan demanda en reclamación de daños y perjuicios.

En concreto piden que se les abone un total de 33.631,50 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones recibidas en el canje), más sus intereses legales[251].

B) Mediante su sentencia n.º 94/2015, de 5 de mayo, el Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona desestima la demanda y absuelve a la entidad financiera, imponiendo las costas a los actores.

En esencia, considera que, si se sumaba la cantidad obtenida en la venta de las acciones y la percibida como rendimientos, los demandantes no habían tenido perjuicio económico alguno.

250 En concreto, como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 7 de junio de 2013.

251 Subsidiariamente piden que se le condene a pagar 33.631,5 €, menos los rendimientos netos percibidos del producto desde su contratación, que se incrementará en la cantidad que resulte de aplicar al nominal contratado, la media anual del índice Euribor cada 12 meses incrementado en un punto, desde la contratación del producto hasta el 5 de julio de 2013.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconformes con el referido fallo, los clientes interponen recurso de apelación. Mediante su sentencia 459/2016 de 14 de octubre, la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona altera el resultado de la instancia y estima el recurso.

Así, revoca la sentencia del Juzgado porque considera que el Banco ha incumplido sus obligaciones legales y contractuales de información, diligencia y trasparencia en la contratación de deuda subordinada. Acogiendo la petición principal de los reclamantes, declara su derecho a ser indemnizados con 33.631,5 € en concepto de daños y perjuicios, con los intereses legales.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra en el alcance de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el deficiente asesoramiento financiero. Presuponiendo el mismo (no hay debate al respecto), se trata de ver si los perjuicios causados son compensables con los beneficios obtenidos.

Es decir, tras las actuaciones seguidas en los dos primeros grados jurisdiccionales, ya no se cuestiona la existencia de responsabilidad indemnizatoria, sino tan solo su alcance[252].

1. El Banco (recurrente)

El Banco recurrente argumenta que los rendimientos percibidos por razón de la inversión deben tenerse en cuenta para determinar el efectivo daño por

252 Queda al margen de nuestra atención el recurso por infracción procesal instrumentado, denunciando la infracción del art. 24 CE, por error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba. Se expone que la sentencia recurrida no considera acreditado el lucro cesante, cuando la percepción de los rendimientos de la inversión por parte de los demandantes consta en la prueba documental.

incumplimiento contractual. Considera que ese es el criterio de destila la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, mientras que las Audiencias Provinciales mantienen posiciones dispares al respecto.

2. Los inversores (recurridos)

Como es lógico, los inversores mantienen el acierto de la sentencia recurrida, concordante con su petición principal: hay que mantener la condena a la indemnización de 33.631,50 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), más sus intereses legales.

V. Preceptos relevantes

A) Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaban siendo decisivos solo dos conocidos mandatos del Código Civil (CC). En primer lugar, el artículo 1101, integrado en un Capítulo rubricado como "De la naturaleza y efecto de las obligaciones", prescribe lo siguiente:

"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

B) Por otro lado, enmarcado en el mismo Capítulo, se encuentra el artículo 1106, cuyo tenor es el siguiente:

"La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

C) A su vez, para la resolución del problema laboral abordado por la STS-SOC 131/2019 hay que atender a un par de preceptos. Por un lado, la Directiva

2014/65, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. Conforme a su art. 25.1[253]:

"Los Estados miembros exigirán a las empresas de servicios de inversión que aseguren y demuestren a las autoridades competentes que lo soliciten que las personas físicas que prestan asesoramiento o proporcionan información sobre instrumentos financieros, servicios de inversión o servicios auxiliares a clientes en nombre de la empresa de servicios de inversión disponen de los conocimientos y las competencias necesarios para cumplir sus obligaciones de acuerdo con el artículo 24 y el presente artículo. (...)".

D) Por otro lado, la trasposición de este requisito sobre los conocimientos y competencias de las personas que prestan asesoramiento e información ha tenido lugar a través del Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre), por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (LMV). En consecuencia, el art. 220 sexies de la citada Ley posee ahora el siguiente texto:

Prueba de conocimientos y competencias necesarios. 1. Las empresas de servicios y actividades de inversión asegurarán y demostrarán a la CNMV, previo requerimiento, que las personas físicas que prestan asesoramiento o proporcionan información sobre instrumentos financieros, servicios y actividades de inversión o servicios auxiliares a clientes en su nombre disponen de los conocimientos y las competencias necesarios para cumplir sus obligaciones de acuerdo con los artículos 208 ter, 209 y 211 a 220 quinquies.

2. La CNMV publicará en su página web las directrices aprobadas por la AEVM donde se especifiquen los criterios para la evaluación de conocimientos y competencias previstos en el apartado anterior y, en su caso, las Guías Técnicas que hubiese aprobado en virtud del artículo 270.1 donde se concreten los criterios que considera adecuados para que las entidades puedan

253 Significativamente, se encuentra en una Sección denominada "Disposiciones para garantizar la protección del inversor". A su vez, el artículo aparece rubricado como "Evaluación de idoneidad y conveniencia e información a los clientes".

demostrar que el personal que informa o que asesora sobre servicios y actividades de inversión posee dichos conocimientos y competencias necesarios.

E) El art. 21.3 de la citada LMV también contiene una previsión de interés para la solución del conflicto laboral:

La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá elaborar guías técnicas, dirigidas a las entidades y grupos supervisados, indicando los criterios, prácticas, metodologías o procedimientos que considera adecuados para el cumplimiento de la normativa que les resulte de aplicación. Dichas guías, que deberán hacerse públicas, podrán incluir los criterios que la Comisión Nacional del Mercado de Valores seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir a las entidades y grupos supervisados una explicación de los motivos por los que, en su caso, se hubieran separado de dichos criterios, prácticas, metodologías o procedimientos.

F) Por su lado, el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores (ET) aborda aspectos sobre "*Promoción y formación profesional en el trabajo*", entre los que aparece el reconocimiento del derecho recogido en el apartado 1.d):

A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia civil comentada.

1. Regla general sobre indemnización por asesoramiento defectuoso

La cuestión referida al alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos

financieros complejos ha generado un conjunto de criterios cuyo contenido principal ahora se recuerda[254]. Destaquemos las tres siguientes afirmaciones, que en realidad son diversas expresiones de una misma idea:

- La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado.
- En la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.
- El daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes

2. Concreción de los beneficios compensables para minorar el daño

Dados los términos fácticos del problema suscitado, se comprende que haya merecido atención especifica el tema de si son compensables los perjuicios achacables (de uno u otro modo) al deficiente asesoramiento con las ganancias derivadas de la operación financiera (justo la cerrada con esa actuación anómala).

El criterio de nuestro Tribunal Supremo es que si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño (en el caso, por incumplimiento de las obligaciones informativas de la otra parte) pero también una ventaja (aquí, la percepción de unos rendimientos económicos mientras la inversión ha estado vigente), deben compensarse uno y otra.

Ahora bien, esa minoración solamente puede tomar en cuenta aquellas ventajas obtenidas, precisamente. mediante el hecho generador de la responsabilidad.

254 Por todas, SSTS-CIV 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero.

3. Adaptación del artículo 1106 CC

Vale la pena subrayar que la doctrina recién expuesta es el resultado de un razonamiento doctrinal, construido a partir de las previsiones del Código Civil antes recordadas. En concreto, la regla sobre alcance de la compensación no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, sino que deriva de la norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar.

Considera la sentencia glosada que del tenor del art. 1106 CC ("la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor") se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

4. Aplicación al caso

Aplicar los postulados expuestos al caso es bien sencillo: 1º) A los clientes les reporta un beneficio el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución reciben unos rendimientos pecuniarios. 2º) El menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión. 3º) Ese menoscabo, a su vez, se compensa con la ganancia obtenida, puesto que tuvo la misma causa negocial.

Aparece, de forma colateral, un último aspecto reseñable. La entidad financiera demandada no solo era comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. Pero ese dato no altera las conclusiones expuestas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da

lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en su emisión. Y, en segundo término, porque el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 229/2019 estima el recurso de casación interpuesto por el Banco (no así el de infracción procesal).

Eso supone desestimar el recurso de apelación de los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que la suma de los rendimientos percibidos y el importe obtenido con la venta de las acciones recibidas en el canje es superior a la inversión realizada.

Lo que implica que no proceda indemnización alguna, puesto que el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que aquí no se produjo.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 3 del Fundamento Tercero se condensa el alcance de la doctrina acerca de cómo cuantificar los daños sufridos, en especial por lo que respecta a la compensación con posibles ganancias:

Cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro.

IX. Comentario: el caso de la STS-SOC 131/2019 de 20 de febrero

La STS-SOC 131/2019 de 20 febrero[255] afronta el conflicto colectivo promovido a instancia sindical para que se declare la obligación que incumba al Banco de considerar que el tiempo dedicado a la formación por parte de los empleados que deben obtener la Certificación para la Red Comercial MIFID II tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos[256].

La clave de la solución está en el alcance del concepto formación necesaria a que alude el artículo 23.1.d) ET.

1. Problema suscitado

Tras publicarse la Directiva 2014/65, pero antes de que se hubiera traspuesto en España (y de que hubiera finalizado el plazo habilitado al efecto), Bankia presenta a la representación legal de los trabajadores (RLT) un Programa de formación y certificación para la red comercial, de forma que sus integrantes puedan obtener las acreditaciones exigidas por el art. 25 de la referida Directiva.

A tal fin, el Banco suscribe un contrato con la institución educativa encargada de impartir el curso[257] y acto seguido remite a los trabajadores que potencialmente podían realizar tareas de información y asesoramiento sobre servicios de inversión un correo electrónico invitándoles a realizarlo.

255 Resuelve el recurso de casación 210/2017 y es Ponente la Sra. Arastey Sahún.

256 La STS 179/2019 de 6 marzo resuelve el mismo problema, en esta ocasión respecto del Banco Popular.

257 El curso impartido por la Fundación de Estudios Financieros dura 114 horas durante 30 semanas, de ellas 10 horas son presenciales, 7 de ellas corresponden a un taller de 8 a 15 horas dentro de la jornada, 3 horas corresponden al examen de 11 a 14 horas, el resto de la formación es on line, videos de 68 horas, 24 horas de web conferences, 12 horas de auto evaluación, tras recibir la formación los trabajadores para obtener la titulación deben superar un examen de 3 horas de duración.

Los demandantes consideran que se trata de formación subsumible en el precepto del ET porque realmente es necesaria para cumplir con los requerimientos del trabajo[258] y dista de ser voluntaria en la realidad[259].

La cuestión a resolver, por tanto, versa sobre si la formación que la empresa está ofreciendo, dentro del programa tendente a obtener las acreditaciones exigidas por el art. 25 de la Directiva 2014/65, puede entenderse incluida en el supuesto del art. 23.1.d) ET.

2. Alcance general del artículo 23.1.d ET

El supuesto legal que ahora interesa concurre respecto de la obligación de garantizar la asistencia de los vigilantes de seguridad a los cursos de *formación permanente*, conforme al artículo 57 del Reglamento de Seguridad Privada, que presenta "identidad de razón" con la obligación formativa que establece a cargo de las empresas el artículo 19.2 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos y debe tener una "solución análoga" a la prevista en este precepto. En consecuencia, las empresas de seguridad quedaron obligadas a abonar a los trabajadores las horas empleadas en dicha formación permanente obligatoria fuera de la jornada, que como tal no podía "considerarse un permiso, ni ser tratada como tal, pues el permiso juega precisamente para la dispensa de la jornada; no para lo que es jornada o ha de cumplirse fuera de ella"[260].

En el caso de los conductores de vehículos de transportes de viajeros, que prestan servicios en empresas del sector de transporte de viajeros por carretera o urbanos, se planteó si la realización del curso obligatorio de "formación continua" previsto en el Real Decreto 1032/2007, con objeto de actualizar conocimientos y obtener el *certificado de aptitud profesional* (CAP), debía

258 En el correo electrónico individualizado que Bankia dirige a su plantilla explica que "La Directiva MIFID II, que está previsto entre el vigor el 01 de enero de 2018, exige que los profesionales de las entidades financieras que proporcionen información y asesoramiento sobre servicios de inversión tengan certificados los conocimientos y las competencias necesarias según las directrices publicadas por la European Securities and Markets Authority (ESMA)".

259 De hecho, se ofreció a 5634 trabajadores y se inscribieron 5417.

260 En tal sentido, STS 25 febrero 2002 (rec. 174/2001).

ser con cargo a las empresas y si debía considerarse como tiempo de trabajo efectivo. Dada la preponderancia de la seguridad vial y de la prevención de accidentes de trabajo en el contenido del curso, se estimó que esta formación respondía a lo dispuesto en el artículo 19 de la LPRL, surgiendo el derecho de estos conductores a recibir dicha "formación continua" con cargo a las empresas para las que trabajaban, y a realizar los cursos dentro de la jornada laboral, debiendo considerarse como tiempo de trabajo efectivo, o, en otras horas, asimismo computables como tiempo de trabajo efectivo[261].

3. El contenido de una Guía financiera no comporta exigibilidad

La Guía Técnica 4/2017 para la evaluación de los conocimientos y competencias del personal que informa y que asesora, elaborada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 27 de junio de 2017[262] puede hacer pensar que la formación reseñada es imprescindible.

Pero la STS reseñada entiende que la existencia y exigibilidad de la obligación no puede desprenderse de los criterios que la CNMV establezca en desarrollo de sus actividades de supervisión. Esos efectos, en su caso, se desplegarán frente a las entidades, empresas y sociedades supervisadas, con independencia de las obligaciones y responsabilidades que éstas asuman frente a su personal.

4. Coordenadas de la necesidad formativa: inexigibilidad del contenido de la Directiva

Separándose de percepciones subjetivas (como la derivada de que casi el cien por cien de las personas concernidas por la oferta empresarial la haya cursado), la STS considera que debe estarse a un concepto objetivo, normativo, a la hora de precisar si determinada formación es necesaria.

261 SSTS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002) y 12 de febrero de 2008 (rec. 6/2007).

262 La indicada Guía no es sino la concreción de las "Directrices para la evaluación de los conocimientos y competencias", elaboradas por la Autoridad Europea del Mercado de Valores (ESMA) el 22 de marzo de 2016 -22/03/2016 | ESMA/2015/1886 ES (rev)-.

No siendo exigible al Banco el cumplimiento, solo a partir de la entrada en vigor del RDL 14/2018 puede hablarse de necesidad, por referencia a la obligación que pesa sobre la empresa. La Directiva no despliega efectos directos sobre los particulares, obligando exclusivamente a los Estados Miembros a adecuar su legislación nacional de forma tal que se cumplan los mandatos y objetivos. Por ello, ninguna obligación puede ser exigible a la empresa con base exclusiva en ese texto normativo de la Unión. Solo de la norma española que, en cumplimiento del mandato de la Unión, lleva a cabo la trasposición cabría derivar obligaciones y derechos para los particulares.

5. Dimensión temporal del problema: momento de la formación

Cuando discurren los hechos litigiosos no existe obligación de que el personal de Bankia posea la formación contemplada en la Directiva. La empresa, por tanto, se adelanta a los cambios posteriormente implementados por el legislador nacional.

Para la STS comentada esa cuestión es crucial y aboca a la imposibilidad de aplicar el régimen jurídico (en especial, la consideración como tiempo de trabajo del dedicado a la formación).

6. Conexión con el puesto de trabajo

Otro aspecto que el Tribunal Supremo toma en cuenta para desestimar la pretensión sindical refiere a la conexión funcional de la formación con cada puesto de trabajo, como exige el art. 23.1.d ET.

El haberse adelantado a la exigencia normativa hace que sea imposible la concurrencia de ese presupuesto, por definición. De ahí que, tal y como se desprende de los hechos probados, la empresa hiciera una oferta formativa generalizada[263], sin vinculación directa a concretos puestos de trabajo y sin que

263 La empresa ofrece la formación a "los trabajadores que potencialmente podían realizar tareas de información y asesoramiento sobre servicios de inversión".

de su aceptación o rechazo se haya acreditado que se extrajeran consecuencias de ningún tipo[264].

Se descarta que el evidente beneficio que la empresa obtiene (tener formada a su plantilla cuando es exigible, y sin haber tenido que remunerar el tiempo dedicado a ello como de trabajo efectivo) pueda bastar para poner en juego la previsión del artículo 23.1.d ET[265].

X. Apunte final

La STS-CIV 229/2019 (al igual que otras muchas) es fiel a la dogmática clásica del negocio jurídico. Ante la constatación de que una de las partes del contrato (de inversión financiera) no ha actuado de modo diligente busca el modo de reequilibrar las posiciones. En esa línea, aquilata el daño producido por la actuación de quien ha comercializado el producto financiero en un doble sentido: pérdidas y ganancias.

Es evidente que un enfoque diverso resulta posible. Las ganancias son el resultado esperado si hay una evolución favorable de los mercados financieros en que se haya invertido, mientras que la deficiente información sobre los riesgos constituye una anomalía. ¿No podría pensarse que el perjuicio derivado de la deficiente conducta empresarial debe ser indemnizado en sí mismo? En ese caso se aplicaría la misma lógica que preside la aproximación jurídica al supuesto en que ha habido pérdidas naturales, inherente al riesgo de la inversión. Del mismo modo que la crisis financiera ha dejado al descubierto

264 La STS salva la hipótesis de que quienes pudieran estar afectados por una decisión empresarial distinta, de la que se pueda colegir la imperatividad de la formación y la vinculación de esta con la eventual modificación de las tareas del puesto de trabajo, se hallen, en su caso, legitimados para llevar a cabo las reclamaciones pertinentes.

265 La STS de 11 de febrero de 2013 (rec. 278/2011), en otro contexto, llama la atención sobre "las previsiones del artículo 4.2 b) ET, que establece más genéricamente el derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo, redacción del precepto que se ha visto muy ampliada y mejorada en la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, posterior a la demanda que dio origen al presente conflicto colectivo; formación que en este caso revierte en beneficio de las propias empresas, que han de prestar el servicio de transporte de viajeros en las condiciones generales que exige el RD, y en las particulares que se refieren a la formación de sus empleados".

algunos puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros, el Derecho ha generado mecanismos de defensa para los consumidores perjudicados y quizá ese enfoque podría ser uno de ellos.

Para que la formación de los trabajadores (a cargo de la empresa) sea considerada tiempo de trabajo efectivo le Ley exige que sea necesaria y obedezca a modificaciones en el puesto de trabajo. La STS-SOC 131/2019 descarta que la necesidad formativa pueda dimanar de un estado de cosas ajeno al ámbito normativo (abusos financieros, indefensión de los consumidores, etc.) o de una norma que todavía no ha entrado en vigor (la Directiva 2014/65). De este modo, ofrecer formación a la propia plantilla cuando se prevé que va a ser necesaria, pero todavía no lo es, comporta una importante consecuencia en el régimen laboral aplicable.

Al igual que sucede con la doctrina de la Sala Primera, es evidente que en ese caso podría pensarse en una interpretación más flexible del artículo 23.1.d ET, de modo que el concepto de "formación necesaria" comprendiera supuestos como el descrito (cuando se sabe que el adjetivo calificativo será real tras un breve periodo) y las modificaciones operadas en el puesto no sean reales en el momento de la formación pero sí poco después.

LOS CONTRATOS PARA MANTENIMIENTO DE ASCENSORES (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 469/2019)[266]

La presente sección está dedicada a glosar una interesante y conocida sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, al hilo de la duración de los contratos para mantenimiento de ascensores. La resolución propicia un interesante paralelismo con el criterio, también reciente, sostenido por la Sala Cuarta del propio Tribunal al contemplar es actividad desde otra perspectiva.

I. Visión civilista

1. Coordenadas del caso

Estamos ante un supuesto cuyo núcleo litigioso se centra en las consecuencias de que el titular de un edificio con ascensor desista anticipadamente del contrato de mantenimiento suscrito con la empresa del ramo.

A) Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 469/2019 de 17 de septiembre.
Número recurso o procedimiento: Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal 3743/2016.
ECLI: ES:TS:2019:2795.
Ponente: Rafael Sarazá Jimena.
Votos Particulares: Carece.

266 STS 469/2019 de 17 de septiembre, dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (rec. 3743/2016) (Ponente, Sr. Sarazá Jimena).

B) Hechos probados

Del relato de hechos probados interesa destacar los siguientes:

- En agosto de 2012 una empresa de ascensores y determinada comunidad de propietarios conciertan el mantenimiento de los tres elevadores con que cuenta.
- Cada uno de los contratos contiene unas condiciones generales. Conforme a ellas la empresa asume el mantenimiento a todo riesgo («revisiones periódicas», «mantenimiento preventivo», «reparación o reposición de piezas», «atención de averías», etc.).
- Los contratos contemplan una duración de cinco años prorrogables tácitamente por periodos sucesivos de la misma duración mientras una de las partes no lo denunciara con una antelación de tres meses antes de su vencimiento por correo certificado[267].
- Bajo el epígrafe «cancelación anticipada» aparece una doble y bilateral previsión, según que la extinción sea instada injustificadamente por la empresa ("la propiedad podrá exigir los daños y perjuicios que se le hubiesen causado") o por la Comunidad (la empresa "podrá exigir los daños y perjuicios que con la citada resolución se le hubiesen causado").
- El propio contrato parece contradecir la genérica previsión indemnizatoria cuando añade que "se establece en concepto de valoración de daños y perjuicios, independientemente de quien haya realizado la cancelación del contrato, una indemnización equivalente al 50% del importe de los servicios de mantenimiento que queden pendientes desde el momento de la resolución hasta la fecha de vencimiento del contrato, tomando como base el valor del último recibo devengado".
- También incluyen los contratos previsiones sobre el precio a pagar por la Comunidad[268] y condiciones particulares sobre descuento comercial y suministro de línea telefónica para emergencias.

267 Está cláusula estaba impresa y dejaba dos huecos, uno para la mención a la fecha de inicio del contrato y otro para la mención del número de años de duración, menciones que estaban completadas a bolígrafo.

268 Se establecía en 217,26 euros mensuales, en uno de los contratos, y en 223,79 euros mensuales, en los otros dos contratos.

▪A finales de marzo de 2014, la Comunidad comunica a la empresa que desistía del contrato.

2. Debate suscitado

A) La empresa demanda a la Comunidad de propietarios. Pide que, conforme a lo pactado, se le condene al pago del 50% de las (cuarenta) cuotas restantes hasta el fin del contrato (10.264 €).

Expone que la duración pactada y la cláusula penal estaban justificadas por los gastos fijos e inversiones que tenía que realizar, que no podía amortizar si el contrato no tenía una duración mínima. Para el caso de que no se aplicara la cláusula indemnizatoria fijada propuso varios criterios indemnizatorios fijados por la doctrina judicial.

B) La Comunidad niega que se hubiera negociado el contenido de los contratos, por lo que tales previsiones estereotipadas eran nulas. Invoca diversos preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[269].

Expone asimismo que posteriormente ha suscrito un contrato de mantenimiento con empresa nueva, que el mismo dura solo un año y tiene un coste menor; eso corrobora el carácter abusivo del contrato inicial. También considera que la cantidad reclamada no responde a un daño real, sin que haya quedado acreditado perjuicio concreto alguno.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

A) Primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia dictó sentencia de 5 de mayo de 2015, que desestimó la demanda y condenó a la actora al pago de las costas causadas.

269 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LCU).

La clave radica en que aprecia el carácter abusivo de las condiciones generales que fijan una duración de, al menos, cinco años prorrogables. De ese modo se limita la facultad de desistimiento del usuario mediante la exigencia del preaviso y la penalización contemplada.

Conclusión de ello es que ninguna obligación indemnizatoria incumbe a la Comunidad demandada. La cláusula en que se basa la demanda es abusiva y no posee efectos vinculantes para la demandada como consumidora, de modo que se debe tener por no puesta.

B) Apelación

La sentencia 324/2016 de 21 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña estima el recurso interpuesto por la empresa de ascensores. Revoca la de instancia y condena a la comunidad a indemnizar a la actora en la cantidad de 10.264 euros con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

La SAP 324/2016 destaca que estamos ante contrato de adhesión, pero que su precisión sobre duración de cinco años no es abusiva, por las siguientes razones:

- El plazo es razonable ya que la empresa ha de seguir una planificación económica, proveerse de personal cualificado y adquirir piezas de repuesto para atender los servicios convenidos.
- La prórroga automática tampoco excluye u obstaculiza el derecho del consumidor a poner fin al contrato. Cuando se produjo el desistimiento el contrato no se encontraba en período de prórroga sino en el plazo inicial del contrato.
- Los arts. 1101 y 1124 del Código Civil, ante la resolución unilateral e injustificada del contrato, avalan la reparación del daño sufrido[270].

270 "producido el incumplimiento contractual de la comunidad demandada, que frustra las legítimas expectativas de ganancia de la actora en las condiciones y tiempo convenidos, constituyendo la duración del contrato

▪Se pactó un descuento en el precio y un periodo de carencia en el pago, sin que pueda estimarse de acuerdo con las normas citadas que este porcentaje y la indemnización resultante sean desproporcionadamente altos o no se correspondan con los daños efectivamente causados, en relación con los factores expuestos.

4. Recurso de casación

Disconforme con la solución acogida por la sentencia de segunda instancia, la empresa de mantenimiento de elevadores presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional fundado en infracción de las normas y de la doctrina jurisprudencial. En estas notas vamos a examinar solo el recurso de casación, que se basa en la infracción de los arts. 62.2 y 3, 82.1, 83 y 87.6 LCU.

Considera que la proclamada validez de la duración quinquenal colisiona con el criterio habitualmente sostenido por la propia Audiencia en otras ocasiones.

Expone que la duración del contrato debiera ser como máximo de tres años, con prórrogas anuales. Invoca en su apoyo un Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (2011), aunque no sea vinculante. En él se recomienda la duración inicial en 1 año, a no ser que se trate de un ascensor nuevo, en cuyo caso podría ampliarse la duración del servicio de mantenimiento inicial hasta un total de 3 años, por cubrir el periodo de garantía de 24 meses más un año.

5. Regulación aplicable

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo el tenor de unos pocos preceptos de la mencionada LCU.

---

estipulada un elemento decisivo para su perfección y la prestación de consentimiento por la demandante, en función de los riesgos asumidos y de su previsión de atender el servicio de mantenimiento en todo ese tiempo, surge en todo caso el deber de indemnizarla".

El artículo 62 regula el contrato que discurre entre empresario y los consumidores o usuarios, disponiendo en su número 2 lo siguiente:

"Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato".

Puesto que ahora se debate acerca de la validez del plazo pactado para la duración del contrato, es muy de tener en cuenta lo previsto en el apartado 3 del propio art. 62 LCU:

"En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.

El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".

Asimismo, respecto de las cláusulas abusivas, el art. 83.1 LCU alberga una previsión relevante para el caso:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Por su lado, el artículo 83 LCU ("Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato"), según la redacción aplicable por razones temporales, prescribe lo siguiente:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

En esa misma línea, el art. 87 LCU ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad") prescribe lo siguiente en su apartado 6:

Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

6. Premisas para el control de la cláusula cuestionada

La STS 469/2019 admite la posibilidad de someter la cláusula de duración del contrato al control de abusividad, teniendo en cuenta que forma parte de un negocio jurídico voluntario y de contenido negociado. Veamos los argumentos de ello.

A) Ausencia de verdadera negociación

La interdicción de las cláusulas de duración excesiva en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deriva de la previsión del art. 87.6 LCU, antes expuesto.

En el caso no se ha demostrado que haya habido verdadera negociación[271].

El periodo de «carencia» de seis meses puede ser uno de los elementos de la oferta formulada por la empresa para hacerla más atractiva.

Las reglas sobre carga de la prueba conducen a que no se tenga por acreditada la negociación.

Si la concesión de ese periodo de carencia correspondía a una contrapartida por la extensión del contrato hasta cinco años, podía haber sido probado mediante la aportación del correo electrónico previamente cruzado entre las partes.

B) La previa negociación no impide el control

Aunque una cláusula haya sido negociada no excluye que pueda controlarse su legalidad.

El art. 62.3 LCU opera en tal sentido. Fue introducido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y no se vincula al desarrollo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sino que se establece, según la exposición de motivos de la ley, «en coherencia» con la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales. Esta circunstancia redunda en la idea de que la prohibición no exige que la duración esté fijada en una cláusula no negociada.

Mientras que en el art. 87.6 LCU se considera abusiva «la *imposición* de plazos de duración excesiva», en el art. 62.3 se prohíben «las cláusulas que *establezcan* plazos de duración excesiva» (énfasis de cursiva añadido), por lo

271 Son dos las razones: 1ªQue el formulario de contrato utilizado por la empresa con sus clientes dejara un hueco para que el número de años del contrato fuera completado a bolígrafo no es prueba suficiente de la existencia de negociación sobre esa cláusula. 2ª) que el precio se «bonificara» no prueba que se hizo a cambio de una duración más extensa del contrato.

que este último precepto no exige el requisito de la «imposición» propio de las condiciones generales.

C) Conclusión

La norma imperativa examinada («se prohíben») introduce una limitación a la autonomía de la voluntad en este sector de la contratación, al excluir la validez de los plazos de duración excesiva de los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado celebrados con consumidores, «en coherencia» con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales y sin necesidad de que el plazo excesivo se contenga en una condición general.

7. Doctrina sobre cláusulas de duración excesiva

La regulación contenida en el art. 87.6 LCU ha propiciado que el Tribunal Supremo desentrañe su alcance en supuestos como el presente. Repasemos lo esencial de su doctrina:

A) Fundamento de la abusividad

Desde la óptica del cliente, una vinculación excesiva al contrato de prestación de servicios le impide aprovecharse de las mejores prestaciones que otros empresarios o profesionales, en especial los que intentan introducirse en el mercado, puedan ofrecerle.

Estas cláusulas comportan una importante restricción de la competencia y comporta que el consumidor pague un precio excesivo por el bien o servicio.

B) Parámetros de la autonomía

Para decidir cuándo una duración es excesiva deben tomarse en consideración diversos factores. En especial, cuál es la naturaleza de los servicios prestados,

lo que depende del sector de actividad en el que se encuadren tales servicios, y cuáles son las obligaciones que para el prestador de los servicios resulten del contrato concertado. Otros factores a tener en cuenta son la interrelación de la cláusula de duración con otras cláusulas, como las que establecen la prórroga tácita del contrato, la revisión de precios, las consecuencias del desistimiento, etc.

C) Administración de altas y bajas

Es consustancial a toda empresa que presta servicios de forma continuada la sucesión de altas y bajas de clientes, circunstancia esta que el empresario ha de tomar en consideración en sus previsiones. La prestación de servicios de modo competitivo es la que debe traer como consecuencia que las altas superen a las bajas o, al menos, las compensen, de modo que este riesgo no ponga en peligro la supervivencia y rentabilidad de la empresa. Por tanto, en la contratación con consumidores de servicios que deban prestarse de modo continuado, este riesgo debe afrontarse por el empresario ofertando buenos servicios a un precio atractivo, no mediante la vinculación temporal excesiva de los clientes, a través de cláusulas que establezcan una duración desproporcionada del contrato. A este criterio responde la previsión de los arts. 62.3 y 87.6 LCU.

Por tanto, el riesgo que supone la baja de los clientes no puede suprimirse restringiendo indebidamente los legítimos derechos económicos de los consumidores, entre los que se encuentra obtener las ventajas derivadas de la competencia entre las diversas empresas prestadoras del servicio, sino que debe quedar fijado en sus justos términos, mediante el establecimiento de plazos razonables que permitan al empresario organizar la prestación del servicio y, en caso de contratos «a todo riesgo», amortizar la adquisición de piezas costosas, pero que no supongan una vinculación excesiva que impida a los consumidores, durante un periodo prolongado, beneficiarse de las mejores ofertas que hagan otros empresarios del sector.

8. Resolución del caso

La STS 469/2019 concluye que la cláusula de duración del contrato examinada es nula por aplicación de lo dispuesto en los arts. 62.3 y 87.6 LCU.

Resulta razonable que el empresario de mantenimiento de ascensores exija un tiempo mínimo de duración del contrato para organizar su actividad y recuperar la inversión. Esta duración mínima permite afrontar las consecuencias negativas de las bajas tempranas.

Pero ello no justifica un plazo de duración del contrato tan extenso como el de cinco años y la pena asociada a la ruptura anticipada.

La empresa de mantenimiento de ascensores no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen una duración superior a tres años, que es el plazo máximo que, en concordancia con los criterios mantenidos por un sector importante de las Audiencias Provinciales, y en línea también con lo mantenido por la autoridad nacional de la competencia, se considera razonable para un contrato de esta naturaleza, habida cuenta que se trata de un contrato que incluye la obligación de la empresa de mantenimiento de sustituir, a su cargo, las piezas averiadas.

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, el recurso de apelación, desestimado, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada.

II. Visión laboralista

Por su lado, la jurisprudencia laboral ha debido clarificar el tipo de vínculo que discurre entre la empresa ascensorista y las personas a las que encomienda las tareas de mantenimiento, formalmente como arrendamiento de servicios.

La doctrina está formulada en SSTS Pleno, de 24 (2) enero 2018 (rec. 3595/2015 y 3394/2015; Ponente, Sr. Blasco Pellicer, con Voto Particular de la magistrada Virolés Piñol); también, más ampliamente, en STS de 8 febrero 2018 (rec. 3389/2015; Ponente, Sr. Sempere Navarro)

1. Problema suscitado

Una empresa ha concertado un contrato marco de ejecución de obra con un trabajador (supuestamente autónomo) para la realización de actividades de montaje y reparación de ascensores. Los hechos probados (tomando uno de los casos abordados) son los siguientes:

- El demandante está de alta en RETA y presta sus servicios (instalador de ascensores) para la Compañía desde 2005.
- Las partes tienen suscrito un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras.
- Con arreglo al referido contrato marco de colaboración el demandante ("subcontratista") se compromete a realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores.
- El demandante cobra su trabajo contra facturas.
- Las facturas giradas en el año 2013 ascendieron a 11.977 euros.
- El actor no está sujeto a horario de trabajo, pero sí a plazos de realización del montaje y al resultado fijado por la empresa.
- El actor utiliza su propio vehículo y teléfono móvil.
- La empresa facilita el utillaje de montaje específico, así como las herramientas ordinarias.
- En el mono de trabajo del actor luce el distintivo de la Compañía.
- Algunos EPI eran facilitados por la empresa como las líneas de vida y el resto los aportaba el actor, como las botas, guantes y el casco.
- Los ascensores le son entregados por la empresa.
- Las vacaciones del actor no tenían que ser autorizadas por la empresa demandada.

▪La empresa demandada realizaba reuniones sobre seguridad, tanto con los autónomos como con sus trabajadores.
▪El actor tenía suscrito seguro de responsabilidad civil, así como contrato en materia de prevención de riesgos laborales autónomos.
▪Al actor le entregaba la empresa demandada plan de seguridad y salud, manuales de montaje y reparación, así como una guía del subcontratista
▪El demandante recibía material diverso de ferretería o maquinaria a nombre de la empresa, firmando las facturas y albaranes dirigidos a ésta.
▪El demandante podía coordinarse con otros trabajadores de la empresa demandada, que se reservaba competencias de supervisión, inspección y de corrección del trabajo del actor.
▪El actor debía asistir al lugar de trabajo que le ordenaba la empresa, y la prestación de servicios se efectuaba personalmente, sin que tuviera personal contratado.

2. Premisas metodológicas

A) Presupuestos esenciales de laboralidad

La discusión versa sobre los términos en que ha de interpretarse el alcance del artículo 1.1 ET, precepto que determina los elementos esenciales del contrato de trabajo ("quienes voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección" del empleador).

Como está en juego el alcance de los artículos 1.1 y 8.1 ET, que establecen los confines del contrato de trabajo y una tenue presunción de laboralidad (el contrato de trabajo "*se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*", establece el segundo de ellos) es imprescindible tener a la vista tales preceptos y su interpretación jurisprudencial.

B) Necesario casuismo

El conocido sistema indiciario acogido por la jurisprudencia a la hora de determinar si concurren las notas de ajenidad y, en especial, de dependencia propicia que la determinación de si existe o no contrato de trabajo en un concreto supuesto esté vinculada a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso.

3. Distinción entre contratos civiles y mercantiles

A propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, la jurisprudencia laboral[272] viene sosteniendo lo siguiente:

a) La realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes a la relación que regulan, porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes.

b) Aparte de la presunción iuris tantum de laboralidad que el artículo 8 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su artículo 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurran, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

c) La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina,

272 Contenida entre otras en las SSTS de 25 de marzo de 2013 (rcud. 1564/2012), de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 253/2010), de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1709/2007), de 11 de mayo de 2009 (rcud. 3704/2007) y de 7 de octubre 2009 (rcud. 4169/2008), entre muchas otras.

ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia.

d) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

e) En sentido contrario, para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, órdenes, instrucciones. etc., practicando su trabajo con entera libertad; esto es, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza[273].

f) La dependencia y la ajenidad constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato. Son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación.

273 La doctrina de la Sala Cuarta ha sentado una serie de criterios que resume la STS de 9 de diciembre de 2004 (rcud 5319/2003) y que han reproducido posterioridad, muchas otras (por todas: SSTS de 12 de febrero de 2008, rcud. 5018/2005; de 22 de julio de 2008, rcud. 3334/2007 y de 25 de marzo de 2013, rcud. 1564/2012)

De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4. Análisis de la dependencia

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario.

Se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992, STS de 22 de abril de 1996); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes con la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 15 de abril de 1990, STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995); y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989).

Esta doctrina ha sido reiterada por múltiples sentencias posteriores dictadas en los más variados supuestos, siendo de destacar las de 26 de noviembre de 2012 (R. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (R. 2569/12).

5. Ajenidad y dependencia en el caso

En aplicación de toda esta doctrina se considera que concurren en el asunto las notas características de la relación laboral:

- En primer lugar, no cabe duda de la concurrencia de voluntariedad y de prestación de servicios personales por parte del demandante.
- En segundo lugar, aparece clara la característica de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan "ab initio" a la mercantil que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados; por otra parte nada hay que acredite que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada.
- En tercer lugar, los trabajos llevados a cabo por el demandante (montaje de ascensores y elevadores y su eventual reparación) se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil demandada que es la que proporciona no solo los bienes de equipo, sino las instrucciones de montaje. Al actor se le daba formación sobre el montaje y la instalación entregándole los manuales de montaje y reparación. Destaca, especialmente, que el demandante ha prestado sus servicios exclusivamente a la empresa de forma habitual, personal y directa realizando el mismo trabajo que un montador -oficial 2ª- laboral de la empresa y que en su trabajo vestía con un mono que llevaba el distintivo de la misma.
- En cuarto lugar, no consta que el actor fuera un verdadero empresario que –titular de un negocio- ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la demandada en la forma y condiciones que esta determinaba.

6. El juego de la presunción de laboralidad

A la vista de tales datos y operando en el caso la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el artículo 8 ET, resulta forzoso concluir que al concurrir las notas típicas de la relación laboral establecidas en el artículo 1.1 ET, la relación del demandante con la demandada ha de ser calificada de laboral.

No obsta a la anterior conclusión que de los hechos probados se deduzcan indicios que pudieran incidir en la inexistencia de las notas de dependencia (no sujeción a horario o no imposición de vacaciones) y de ajenidad (encomienda de contratas propias de la actividad de construcción o utilización de medios propios en la realización de la actividad) ya que tales indicios o resultan marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza que apuntan, según se ha visto en sentido contrario. A tales efectos resulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor). También resulta destacable que, en definitiva, el trabajo del actor es exactamente el mismo que realizan otros trabajadores de la empresa con los que ésta mantiene relación laboral.

No estamos, por tanto, en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación en el sector de construcción que regula el régimen de subcontratación en dicho sector y que, en modo alguno, interfiere ni condiciona la aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET.

Tampoco resulta de aplicación el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula el concepto y ámbito subjetivo del trabajador autónomo económicamente dependiente. El actor no es un trabajador autónomo de este tipo, entre otras razones, porque no ha

quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores "económicamente dependientes" a los trabajadores dependientes[274].

7. Conclusión

Existe relación laboral en la realización de trabajos de instalación y reparación de ascensores, pese a haber suscrito las partes contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, al concurrir la notas de ajenidad - los frutos del trabajo pasan «ab initio» a la mercantil contratante que asume la obligación de retribuir dichos servicios, y sin que el empleado asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni realice una inversión en bienes de capital relevante-, y dependencia -pues los servicios se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil que es la que proporciona no solo los bienes de equipo, sino las instrucciones de montaje, dando al empleado formación sobre el montaje y la instalación entregándoles los manuales de montaje y reparación.

274 El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA, que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual.

III. Reflexiones finales

Para llevar a cabo su actividad prototípica, las empresas de mantenimiento de ascensores han de realizar una doble contratación. Ad extra, por así decirlo, buscando clientes que concierten los servicios de referencia para mantener en perfecto estado sus elevadores. Ad intra, siguiendo con el símil, a fin de concertar la prestación de trabajo por quienes han de afrontar materialmente la realización de las correspondientes tareas. Clientes y personal que trabaja, por tanto, aparecen como elementos imprescindibles para el normal funcionamiento de la compañía.

Las dos perspectivas expuestas (civil y laboral) atienden, respectivamente, a esas contrapartes de la contratación realizada por distintas empresas del sector. Sin conexión temática alguna (calificar el tipo de contratación, aquilatar la validez de su duración), sin embargo, aparece cierto denominador común en la pareja de criterios expuestos: se rechaza la validez del negocio jurídico en los términos en que aparece formalmente concertado.

La cláusula que establece cinco años de duración para el concierto de la actividad de mantenimiento de los ascensores se considera abusiva. El encauzamiento del trabajo personal de quien realiza las tareas de mantenimiento como un arrendamiento de servicios aparece como fraudulento. Por lo tanto, bien podría decirse que la protección a quienes aparecen como consumidores o prestadores de servicios personales queda reforzada y cuestionada la contratación en las condiciones predeterminadas por la Compañía.

EL DEBER DE FACILITAR UNA CUENTA CORRIENTE BANCARIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 508/2019 DE 1 OCTUBRE)

I. Introducción

La STS-Civil 508/2019 aborda una cuestión referida al modo de cumplir el convenio alcanzado en el seno de un concurso de acreedores entre éstos y la mercantil que atraviesa serias dificultades de subsistencia. El convenio contiene una cláusula que impone a los acreedores comunicar a la concursada una cuenta bancaria en la que hacer los pagos, con el consiguiente efecto de que debía entenderse que se renunciaba a los fraccionamientos ya vencidos mientras no se realizara tal comunicación.

La Sala Primera advierte que esta cláusula debe ser interpretada y tamizada por las exigencias de la buena de. Así, descendiendo al supuesto litigioso, cuando el acreedor público (AEAT) tiene regulado en la norma administrativa una específica forma de cobro de sus créditos y la propia concursada lo ha seguido para satisfacer los créditos con privilegio general, no cabe invocar el incumplimiento de la referida obligación para no eludir el pago de los fraccionamientos ya vencidos.

El caso (visión civilista) permite enlazar con el problema afrontado por la Sala Cuarta del propio Tribunal Supremo (visión laboralista) acerca de un beneficiario de prestación pública de asistencia social que tampoco cumple con su deber de facilitar una cuenta bancaria en la que poder percibirla.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.

Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 508/2019 de 1 de octubre.
Número recurso o procedimiento: Recurso de casación 543/2017.
ECLI: ES:TS:2019:2964.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

El litigio gira alrededor de la colisión entre lo expresamente previsto en el acuerdo concursal y las normas sobre pagos en favor de la Hacienda Pública (AEAT, Agencia Estatal de Administración Tributaria).

1. Hechos relevantes

A) Los hechos enjuiciados, por cuanto aquí interesa, son muy sencillos y escasos. Determinada mercantil es declarada en concurso y, en su seno, se logra un convenio que es aprobado judicialmente.

B) El referido convenio contiene la siguiente cláusula:

> A los efectos de facilitar la justificación del cumplimiento del convenio, el pago será realizado mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente designada por los acreedores. Los acreedores deberán notificar en el juzgado (...) los datos de una cuenta en la que deseen que les sean realizados los pagos. Esta comunicación deberá realizarse en el mes siguiente a la fecha de aprobación judicial del convenio. En caso contrario se entenderá que el acreedor renuncia a los plazos temporalmente superados. Sin perjuicio de su notificación en cualquier momento de vigencia del convenio, recuperando el acreedor su derecho parcial por los pagos temporalmente pendientes de cumplimiento.

C) En este concurso la AEAT tiene reconocidos créditos con privilegio general y otro ordinario, afectado por las quitas y esperas aprobadas con el convenio.

D) La concursada ha pagado los créditos con privilegio de la AEAT, no afectados por el convenio, mediante el denominado sistema normalizado de ingreso en entidad colaboradora.

E) La AEAT no designa ninguna cuenta bancaria para que se le hiciera el pago del crédito ordinario afectado por el convenio. La empresa no abona los pagos fraccionados que el convenio prevé en favor de la Agencia.

2. Sentencia del Juzgado

A) Saliendo al paso de la referida situación (impago de los fraccionamientos acordados), la AEAT interpone demanda incidental por incumplimiento de convenio. Pide que se declare incumplido el convenio, acordándose su resolución y aplicándose los efectos previstos en el artículo 140 de la Ley Concursal (LC).

B) Mediante sentencia de 26 de abril de 2016 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Lugo estima íntegramente la demanda (incidente concursal 177/2012), declarando incumplido el convenio por impago del crédito ordinario de la AEAT.

Admite la validez de la cláusula convencional, pero advierte que debe someterse a interpretación. Por eso, si la AEAT recibe los pagos de los créditos con privilegio especial por el sistema de documento normalizado de ingreso en entidad colaboradora, no le resultaba exigible que aportara una cuenta bancaria para recibir por otro conducto diferente el pago del crédito concursal ordinario. En suma, que la AEAT no hubiera indicado una cuenta bancaria no eximía del pago de los fraccionamientos vencidos.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el criterio del Juzgado, la empresa interpone recurso de apelación, asimismo desestimado (con imposición de costas) por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo mediante sentencia de 23 de diciembre de 2016 (recurso de apelación 450/2016). Sus argumentos vienen a respaldar completamente el enfoque del Juzgado:

> No vemos posible, por exigencias de la buena fe, justificar el impago de la mercantil apelante con base en la cláusula del convenio (...), la cual impone a los acreedores el deber de notificar al juzgado los datos de una cuenta en la que deseen que les sean realizados los pagos, estableciendo que en caso contrario se entenderá renunciados por aquéllos a los plazos temporalmente superados.
>
> La designación de una cuenta no resultaba precisa en el caso de la AEAT puesto que la mercantil apelante conocía la manera de realizar los pagos. […] El crédito privilegiado se viene abonando sin incidencias y a través del sistema de documento normalizado de pago, y no suponía más que pagar una cantidad mayor del mismo modo y manera ya conocidos por la concursada.
>
> Hay que descartar que la AEAT haya de percibir el pago de modo distinto en función de la naturaleza del crédito, pues no siendo objeto de discusión que la misma viene recibiendo adecuadamente su crédito privilegiado a través del sistema de documento normalizado de pago, no vemos que se deduzca de la cláusula que no pueda verse satisfecho el crédito ordinario a través de idéntico modo de pago, pareciendo incluso contradictorio que así no se hiciere cuando el crédito privilegiado se abona sin incidencias.
>
> En ningún caso, admitir este hecho diferencial (que la entidad apelante ya sabía dónde hacer el pago), supone confundir los pagos de los créditos privilegiados, no sujetos a convenio, de los ordinarios que sí lo están.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo es del todo igual a la que se ha desarrollado en las instancias previas y que ya ha sido expuesta.

1. La AEAT (demandante y recurrida)

La representación procesal de la AEAT se opone al recurso e insiste en la idea de que se ha incumplido el convenio, por lo que debe abrirse la fase de liquidación.

2. El empresario (demandado y recurrente)

Frente a su condena en segunda instancia, el demandante formula recurso de casación, aduciendo la vulneración de diversos preceptos de la LC (arts. 100, 129, 140, 136, 156 y 157 LC.

Insiste en que el convenio se había aprobado judicialmente y en dicho convenio se preveía expresamente el deber de los acreedores afectados por el convenio de suministrar una cuenta para que se pudieran realizar los pagos, así como las consecuencias del incumplimiento de este deber. De acuerdo con lo convenido, como la AEAT no suministró la cuenta bancaria en la que realizar los pagos, se debía entender que renunció a los plazos temporalmente superados y, lo que es más importante, no había habido incumplimiento del convenio.

V. Preceptos relevantes

A) El primer bloque de preceptos que conviene tener a la vista es el referido al modo de realizar pagos por deudas (generalmente tributarias) a la Hacienda Pública.

El Reglamento General de Recaudación[275] dedica su art. 29 a los ingresos de entidades colaboradoras, habilitando al Ministro del ramo a disciplinar los

275 Fue aprobado mediante Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Conforme a su Preámbulo, "tiene, desde el punto de vista material, un ámbito de aplicación más amplio que el contenido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, puesto que no se circunscribe al cobro de las deudas y sanciones tributarias, sino también al de los demás recursos de naturaleza pública, tal y como ocurría con el reglamento hasta ahora vigente".

plazos, forma y soporte en que entregarán al órgano de recaudación competente la información necesaria para la gestión y seguimiento de los ingresos.

En concordancia con esa previsión, la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio, desarrolla parcialmente esas normas, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria[276].

B) El segundo bloque normativo, de mucha mayor enjundia para el caso, viene constituido por los diversos preceptos de la LC que inciden en el caso.

El art. 100 LC ("Contenido de la propuesta de convenio") es relevante a efectos de acreditar la validez de la cláusula incluida en el convenio concursal mediante la que se obliga a facilitar un número de cuenta a los acreedores. En su número 2 dispone que la propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Se añade también que "las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento".

El artículo 128 ("Oposición a la aprobación del convenio") permite que los acreedores disconformes con el convenio formulen motivos de oposición al mismo, pudiendo basarla "en la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración", o en que resulte objetivamente imposible de cumplir.

276 Su Anexo III, como clave 069, contempla el ingreso por liquidación de otros ingresos no tributarios, que opera como título residual.

El art. 129 LC disciplina el modo en que ha de tramitarse la referida oposición al convenio; se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada.

El art. 131 LC prevé que el Juez, haya sido o no formulada oposición, rechace de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciare que se ha infringido alguna de las normas sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración.

El art. 140 LC resulta especialmente relevante para nuestro caso puesto que disciplina el incumplimiento del convenio. Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la publicación del auto de cumplimiento al que se refiere el artículo anterior[277].

Finalmente, los artículos 156 y 157 LC disciplinan el pago de créditos con privilegio general y el de los créditos ordinarios.

C) El recurrente considera que la cláusula del convenio sobre facilitación de cuenta bancaria es válida (art. 100 LC), que la AEAT ha podido oponerse al referido convenio (arts. 100, 128, 129 y 131 LC), que la acción de incumplimiento no puede extenderse a la interpretación de su alcance (art. 140 LC) y que la eficacia novatoria respecto de los créditos ordinarios y subordinados hace que queden completamente sometidos al convenio. También denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre validez de estas cláusulas y vinculación a los acreedores.

277 También prescribe que la solicitud se tramitará por el cauce del incidente concursal; que contra la sentencia que resuelva el incidente cabrá recurso de apelación; y que la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

VI. Doctrina básica

A la vista de cuanto antecede, debemos ya resumir la doctrina acogida por la sentencia en estudio.

1. Validez de la cláusula convencional

La cláusula del convenio que establecía para los acreedores el deber de indicar una cuenta bancaria en que recibir los pagos se considera eficaz y válida a todos los efectos. En línea con la resuelto en caso similares[278], se sostiene lo siguiente:

- Esta previsión convencional, que no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, no incumple los límites que respecto del contenido recoge el art. 100 LC. Tampoco infringe normas de carácter imperativo.
- Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.
- Por tanto la cláusula debe desenvolver todos sus efectos. Entre ellos que, respecto del primer pago, los acreedores que no comunicaron la cuenta en la que debían hacerse las correspondientes transferencias de pago, dentro del plazo de tres meses desde la publicación de la aprobación del convenio, se entendería que habían renunciado a ese primer pago.
- La sanción de que se tenga por renunciado el derecho al cobro de los fraccionamientos ya vencidos mientras no se haya cumplido con este deber tiene sentido para evitar situaciones de pendencia de cobro o incumplimiento por razones ajenas al concursado.
- En esos casos la falta de pago no puede considerarse un incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 LC y debe desestimarse la pretensión de resolver el convenio.

278 SSTS-CIV 50/2013, de 19 de febrero y 228/2016, de 8 de abril.

2. Interpretación de la cláusula convencional

Pero la validez de la cláusula no impide que, para su aplicación al caso concreto, su alcance se interprete conforme a su finalidad y circunstancias concurrentes.

La finalidad es clara: facilitar el pago de los créditos afectados por el convenio y dejar constancia de su cumplimiento. Se trata de evitar la pendencia del cumplimiento de los fraccionamientos vencidos de los créditos afectados por el convenio, por el desconocimiento de la cuenta donde pueda realizarse, y que pueda quedar constancia de los pagos, para justificar, en su caso, el cumplimiento. Imponer a los acreedores concursales un deber de estas características, siempre y cuando se conceda un plazo razonable, está justificado en atención a esta finalidad y, en principio, se corresponde con el lógico interés de los acreedores de cobrar sus créditos.

Pero no cabe una aplicación de la cláusula de forma contraria a la buena fe. En un caso como el presente, en que el acreedor público (AEAT) tiene regulado en la norma administrativa una específica forma de cobro de sus créditos y la propia concursada lo ha seguido para satisfacer los créditos con privilegio, no cabe escudarse en la reseñada cláusula del convenio y en que la AEAT no ha indicado la cuenta bancaria para no pagar los fraccionamientos ya vencidos de los créditos afectados por el convenio.

En el caso existe una forma de pago de esos créditos públicos impuesta por una norma administrativa, usada por la concursada para pagar los créditos privilegiados de la AEAT, y que permite cumplir lo convenido y dejar constancia del cumplimiento. Así las cosas, no tiene sentido que la cláusula se oponga frente al acreedor público que tiene prescrito normativamente una determinada forma de pago, para justificar el impago de los fraccionamientos vencidos.

3. Incumplimiento de la cláusula convencional

Por las razones expuestas, la mercantil que no satisface los pagos fraccionados previstos, aunque se ampare en la carencia de la cuenta bancaria de la AEAT, está incumpliendo el convenio concursal y propiciando que se sigan los efectos (liquidación) previstos en la LC.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, la STS-CIV 508/2019 desestima el recurso interpuesto por el empresario demandante, que es condenado a la pérdida del depósito y al abono de las costas.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 4 del Fundamento de Derecho Segundo encontramos diversas consideraciones especialmente relevantes para resumir la posición del Tribunal:

- La validez de la cláusula no impide que, para su aplicación al caso concreto, en que la AEAT pide la declaración de incumplimiento del convenio, el tribunal realice una interpretación de la cláusula conforme a la finalidad de la cláusula y las circunstancias concurrentes.
- Una cláusula de estas características no tiene sentido que se oponga frente al acreedor público que tiene prescrito normativamente una determinada forma de pago, para justificar el impago de los fraccionamientos vencidos.

IX. Comentario ("Conexión laboralista")

Los términos en que la STS comentada plantea el problema y encauza su solución son del todo similares a los aplicados en la jurisdicción laboral cuando

ha debido enfrentarse con problemas análogos[279]. Aquí se ha discutido si el solicitante de una prestación de desempleo (RAI, Renta Activa de Inserción) puede exigir que la misma se le abone sin necesidad de poner a disposición de la Administración una cuenta corriente en entidad financiera[280].

1. Normas aplicables

Por referencia al momento en que se produce la discusión en la práctica (noviembre de 2013) el tenor de la Disposición Final Quinta de la LGSS/1994 indica que la RAI forma parte de la acción protectora del desempleo; esta ayuda específica cuenta "con el régimen financiero y de gestión" propio de tal protección por desempleo. Es en sus normas, y no en otras más genéricas, donde debe buscarse la respuesta normativa a los diversos problemas que se susciten.

El artículo 228.2 LGSS prescribe que las "condiciones" del pago de las prestaciones (una de las cuales es la RAI) se establecerán "reglamentariamente". El RD 1369/2006, regulando el Programa de la RAI no detalla el modo en que deba de procederse, por lo que se hace necesario acudir al Reglamento desarrollando las previsiones legales en materia de desempleo, originariamente aprobado mediante RD 625/1985.

Desarrollando las previsiones del RD 1391/1995, la Orden Ministerial de 22 febrero 1996 contempla el pago de las prestaciones por desempleo a través de cuenta bancaria, de ventanilla o de cheque.

279 La exposición se centra ahora en la STS-SOC 538/2016 de 21 junio (rec. 1342/2015).

280 Pese a que el beneficiario pide cobrar por ventanilla, el SPEE le requiere para que aporte un número de cuenta donde efectuar el pago advirtiendo que lo contrario comporta el "archivo de las actuaciones". Puesto que el interesado insiste en su solicitud y expresa que "no dispone de ninguna cuenta bancaria por elección personal", finalmente (enero 2014) se resuelve archivar su solicitud "en razón a no aportar el número de cuenta de entidad financiera colaboradora de la que sea titular, necesario para el abono de la prestación".

En el marco de la actividad procesal desarrollada, el Juzgado de lo Social advierte (lo que no se ha impugnado) que las páginas web de algunas entidades bancarias publicitan la existencia de cuentas sin comisiones de administración y mantenimiento.

Pero el RD 200/2006, de 17 febrero, modificó la regulación específica sobre pago de prestaciones por desempleo y dispone que el pago se realice a través de cuenta bancaria aunque admitiendo supuestos excepcionales ("debidamente justificados" en que así se autorice).

2. El pago a través de cuenta corriente

En el ámbito de las relaciones laborales está admitido con normalidad el pago a través de entidades bancarias. Las SSTS de 29 octubre 1993 (rec. 4088/1992) y 5 noviembre 2001 (rec. 4752/2000) ya admitieron que la empresa puede acudir a la transferencia bancaria como "modalidad de pago" de las retribuciones, viniendo obligado el trabajador a facilitar los datos de una cuenta crediticia. Para justificar esa posición se invocan diversos argumentos:

- Se trata de modalidad dotada de mayor seguridad que las que comportan pago en metálico.
- No se trata de incidir en la obligación del trabajador de aperturar una cuenta corriente, sino de decidir sobre el derecho del empresario a cumplir sus obligaciones en la forma que permite el ET a cuyo cumplimiento debe colaborar el trabajador de acuerdo a los principios de la buena fe y de las obligaciones que le impone el art. 5 del ET como derivadas del contrato de trabajo.
- La apertura de cuenta corriente o cartilla de ahorros es una conducta usualmente aceptada y adoptada en la sociedad actual, criterio que resulta apto para enjuiciar el alcance de la norma conforme al artículo 3.1 del Código Civil (de acuerdo con la realidad social en el tiempo en que se aplica), salvo que se pruebe que exista una razón seria y fundada para que el trabajador pueda mantener la negativa al establecimiento de la relación bancaria controvertida.

De este modo, la doctrina de la Sala Cuarta venía a coincidir con lo prescrito mucho después por el RD 200/2006: quien realiza el pago periódico

(empleador, SPEE) puede exigir que el destinatario aporte datos bancarios que permitan realizarlo a través de transferencia. Esa regla cede cuando se aportan razones serias que acrediten la inconveniencia del sistema de pago a través de transferencia.

3. El pago en efectivo, como excepción

La regla general para abonar la RAI queda clara: abono en la cuenta de la entidad financiera colaboradora indicada por el solicitante. La posibilidad alternativa no se encuentra en un plano de igualdad que permita la libre elección por la persona afectada; no se establece una disyuntiva, sino un principio y una excepción. De aquí extrae la Sala Cuarta diversas consecuencias:

- El pago en efectivo no surge por la mera voluntad de quien lo reclama, sino que está sujeto a causa. Constituye un error identificar la decisión subjetiva de no abrir una cuenta como la justificación para no facilitar sus datos, pues ello supone alterar el esquema delineado por la norma.
- Lo que se requiere para desplazar la regla general sobre sistema de pago es que concurran circunstancias que lo aconsejen y que las mismas se acrediten. El precepto exige una adecuada justificación de las circunstancias o razones que habiliten al abono de la prestación en efectivo. Ese es el significado de los "casos, debidamente justificados" a que alude la norma.
- Adicionalmente, y sin perjuicio del control judicial que sobre ello se ejerza, es necesario que la entidad gestora de la RAI "permita el pago en efectivo".
- La excepción contemplada no desemboca en un pago "por ventanilla" a través de las oficinas de empleo, sino en el abono de la ayuda, en dinero metálico, "por la entidad financiera".
- Como medida de cierre se prescribe que la realización del pago no conllevará gasto ni para la entidad gestora ni para el perceptor.

4. La STS-SOC 538/2016

Resolviendo el conocido caso de quien pretende cobrar la RAI pero rechaza aperturar una cuenta corriente, el Tribunal Supremo ha destacado que el recurrente no ha desarrollado en momento alguno prueba tendente a exponer los concretos motivos de su negativa a facilitar una cuenta corriente, más allá de su propia voluntad de no hacerlo. Ello en modo alguno basta para activar su derecho a cobrar a través del método subsidiario y excepcional que los reglamentos contemplan y del que fue expresamente informado. La negativa del actor a facilitar los datos requeridos por la Entidad Gestora, en términos jurídicos, es injustificada, por lo que su pretensión no puede prosperar.

Además, se parte de que diversas entidades publicitan cuentas sin cobro de comisiones; al margen de toda otra consideración, ello priva de fuerza al eventual argumento referido a los costes de abrir una cuenta propia con entidad financiera. Con independencia de que la previsión reglamentaria sobre ausencia de coste pudiera hacerse valer, en su caso con la intervención del propio SPEE, ante la entidad financiera elegida para evitar cualquier coste que gravase la débil economía del solicitante.

Tampoco se han aducido razones contextuales (geográficas, horarias, etc.) que denoten la especial dificultad del solicitante para disponer de la Ayuda transferida a su cuenta bancaria. Por ejemplo, la acreditación de que en su lugar de residencia no existen sucursales financieras o de que dificultades personales le impiden acceder a sus servicios son sencillos ejemplos de posibles justificaciones.

El pago de la prestación y subsidio por desempleo se realizará mediante el abono en la cuenta de la entidad financiera colaboradora indicada por el solicitante o perceptor, de la que sea titular, salvo en los casos, debidamente justificados, en los que la entidad gestora permita el pago en efectivo por la entidad financiera. La "razón seria y fundada" que la tradicional doctrina exige o los "casos debidamente justificados" que el Reglamento sobre desempleo

contempla no aparecen por lado alguno si lo único que consta es una oposición personal a contar con ese instrumento financiero. Sí tiene razón al exponer que no existen unas concretas causas justificativas para cobrar en metálico, pero yerra al entender que la libre decisión de no contar con tal tipo de contrato financiero es una de ellas.

X. Apunte final

La STS-CIV 481/2019 admite que se pueda obligar al acreedor a facilitar una cuenta corriente en la que recibir los pagos; pero descarta que cuando se omite ese comportamiento y previamente vienen realizándose abonos por parte del mismo deudor a través de otro cauce la consecuencia deba ser la misma que cuando se trata de ingresos novedosos.

La STS-SOC 538/2016 también admite que el cobro de una prestación social se supedite a que el acreedor facilite un número de cuenta bancaria; pero admite que hay supuestos en los que ese deber quiebre y el pago deba realizarse en metálico.

Ambas sentencias operan con normas bien diversas, pero se aproximan al debate con la misma actitud. Parten del principio general de colaboración (deber de facilitar los datos bancarios) y admiten que el mismo pueda excepcionarse si concurren circunstancias que, atendiendo a la buena fe y al resto de parámetros habituales en materia de obligaciones, así lo aconsejen.

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR Y SOCIO ÚNICO POR DEUDAS LABORALES
(Al hilo de la STS-CIV 420/2019, de 15 julio)

I. Introducción

La STS-CIV 420/2019 suscita todo un ramillete de interesantes cuestiones en el día a día de las empresas. Examina el alcance de la responsabilidad de los administradores sociales, en concreto por deudas nacidas con posterioridad al momento en que existe causa de disolución empresarial y siempre que hayan transcurrido más de dos meses sin que quien administra la sociedad active los mecanismos legales pertinentes (convocar Junta para disolver, ampliar capital, instar el concurso, etc.). Junto a esa cuestión genérica aparecen varias circunstancias de interés laboral:

1º) Las deudas reclamadas son indemnizaciones por extinción de contratos laborales; el Juzgado de lo Social declaró nulos los despidos, imposible la readmisión, pertinente el abono de indemnizaciones extintivas y de salarios de tramitación, existente la insolvencia empresarial.

2º) La sociedad mercantil pertenece a un varón, que no solo es el propietario de todas las acciones sino que también es el administrador.

3º) La causa del despido es la imposibilidad del administrador material de seguir gestionando la empresa.

4º) Varias empleadas ofrecen la adquisición de acciones; tras su despido promueven una nueva empresa que se dedica a la misma actividad que la liquidada y origen de las deudas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número de resolución judicial y fecha: 420/2019 de 15 de julio.
Número recurso o procedimiento: Casación e infracción procesal 3654/2016.
ECLI: ES:TS:2019:2387.
Ponente: Pedro José Vela Torres.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Una Sociedad Anónima viene dedicándose a la enseñanza (formación profesional), en especial la de régimen concertado con la Comunidad Foral de Navarra. El capital social corresponde a un solo socio, que es también administrador único.

A principios de 2013 cinco empleadas[281] contactan con la familia del dueño a fin de buscar una solución para la continuidad de la actividad, porque él no estaba en condiciones de gestionar la sociedad, y le ofrecen adquirir el negocio. A partir de aquí se desencadenan los hechos que originan el problema judicializado:

- En mayo de 2013 se diagnostica al administrador una probable enfermedad de Alzheimer e infartos corticales de evolución crónica.
- El 3 de junio de 2013 el administrador otorga un poder general a su hijo para gestionar la sociedad.
- El 4 de junio de 2013 la empresa comunica a las trabajadoras la apertura de un expediente de regulación de empleo (ERE) a fin de extinguir todos los contratos de trabajo[282].

281 La empresa tenía 14 trabajadoras contratadas, 11 prestando servicios como docentes y 3 labores de oficina y limpieza.

282 En el ERE, la empresa aportó un balance de situación, a 30 de abril de 2013, en el que figuraba un patrimonio neto de 8.333,94 € y un capital social de 63.106,27 €.

▪El 20 de junio de 2013 la sociedad comunica el despido a todas las trabajadoras, por no existir fondos propios para el mantenimiento de la actividad empresarial y encontrarse el administrador y socio único imposibilitado para aportar más capital[283].

2. Intervención del Juzgado de lo Social

Las trabajadoras despedidas presentan demanda; el Juzgado de lo Social declara nulos los despidos y ordena la readmisión de las trabajadoras, con abono de los salarios de tramitación.

Al constatarse, en ejecución de sentencia, que no era posible la readmisión (por haberse clausurado el centro de trabajo) el Juzgado de lo Social declara extinguidas las relaciones laborales y condena al pago de la indemnización del despido improcedente (Autos de 11 de abril de 2014). La empresa es declarada insolvente y no cumple la condena.

3. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

Las trabajadoras, en dos tandas, presentan demanda ejerciendo la acción de responsabilidad por deudas contra el administrador y solicitan su condena al pago de las cantidades debidas por las indemnizaciones no abonadas[284], deducidas las cantidades abonadas por el FOGASA.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona (proc. 328/2014 y 400/2014, acumulados) estima íntegramente la demanda mediante su sentencia 130/2015,

---

En el periodo de consultas del ERE, dos de las trabajadoras realizaron una oferta de 108.000 € por la adquisición de las acciones, que fue rechazada.

Ante ello, las trabajadoras solicitaron una moratoria en la tramitación del expediente, que también fue denegada.

283 En la carta de despido consta que no se abonaría la indemnización legalmente prevista, por no disponer la empresa de solvencia económica.

Al tiempo que se comunicaban los despidos, la empresa solicitó del Gobierno de Navarra la extinción del concierto educativo, dado que iba a cerrar el centro.

284 Al parecer, lo que las trabajadoras reclaman es el abono tanto de los salarios de tramitación cuanto de las indemnizaciones por fin de contrato, aunque la STS examianda solo alude a éstas.

de 30 de julio. Son tres los argumentos cruciales de la resolución: 1º) Concurren dos causas de disolución societaria. 2º) Las deudas reclamadas por las trabajadoras son posteriores a las mismas (derivan de la resolución judicial de no readmisión). 3º) El demandado no está incapacitado judicialmente para el ejercicio de derechos; el otorgamiento de poder en favor de su hijo no le exime de sus obligaciones legales.

Eso supone, al margen el tema de los intereses y las costas, que el administrador es condenado a abonar a las demandantes las cantidades de 65.852,27 €; 56.989,62 €; 35.077,77 €; 37.836,48 €; y 41.068,15 €.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con la condena referida, el administrador interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Navarra (rollo 854/2015), cuya Sección 3ª lo estima mediante sentencia 389/2016 de 2 de septiembre.

Sus tres líneas argumentales básicas son las siguientes: 1ª) Invoca la jurisprudencia que rechaza la acción de responsabilidad por deudas sociales en el caso de que los socios o el acreedor, en el momento de concertar la deuda, conocen la situación económicamente precaria de la sociedad. 2ª) En el caso no solo existe una evidente incapacidad del demandado para gestionar la sociedad, lo que era conocido por las trabajadoras, sino que dos de ellas han continuado con el mismo negocio, en el que otras trabajadoras han podido seguir prestando sus servicios. 3ª) El perjuicio por la forma en que se ha liquidado la sociedad es ajeno a la acción de responsabilidad por deudas sociales[285].

285 Se trataría de un supuesto de responsabilidad individual de los arts. 225, 236 y 241 LSC, y por ello recaía sobre las actoras la carga de probar la actuación negligente, el daño y la relación de causalidad, lo que a su vez exigía haber identificado en la demanda los activos de la sociedad, acreditando su valor, y la concreta actuación negligente imputada al demandado.

IV. Posiciones de las partes

1. Las recurrentes (trabajadoras despedidas)

Desde que interponen su demanda, las trabajadoras sostienen lo mismo: que al menos desde el 30 de abril de 2013 la sociedad cesó en su actividad al despedir a toda la plantilla, instar la extinción del concierto educativo, extinguir el contrato de arrendamiento de local y retirar todo el mobiliario; además, según el balance de situación tenía un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social[286].

Sus tres motivos de casación se basan en lo siguiente: 1º) La jurisprudencia sobre naturaleza *"cuasi-objetiva"* de la responsabilidad de los administradores. 2º) La doctrina sobre la mala fe de las acreedoras. 3º) La doctrina sobre extensión de los deberes del administrador cuando se nombra un apoderado general.

2. El administrador (recurrido)

El administrador considera que la indemnización reclamada por cada trabajadora deriva de una relación laboral, originándose desde el mismo momento en que comienza la misma, por lo que no es posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Argumenta que había pérdidas, pero las actoras eran conscientes de ello ya que no sólo conocían su estado económico sino que eran ellas mismas las que gobernaban de hecho el negocio por imposibilidad física y material del administrador.

286 Es decir, concurren varias causas de disolución sin que el administrador social haya activado el concurso de acreedores, según le obliga la Ley. Sostienen la mala fe del administrador, al iniciar un despido colectivo cuya consecuencia inmediata es el pago de la indemnización por despido, aceptando una deuda a sabiendas de que no se iba a hacer frente a la misma.

V. Normativa aplicable al caso

La norma axial del tema examinado es el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

1. Artículos 238 y 241 LSC (Responsabilidad de los administradores: acción social e individual)

El artículo 238 LSC regula la acción social de responsabilidad contra los administradores y, por cuanto ahora interesa, dispone: 1º) Que "se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día". 2º) Que "la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social". 3º) Que "el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados".

El artículo 241, por su parte, advierte que "Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos".

2. Artículo 367 LSC (Responsabilidad de los administradores a partir de la existencia de causa de disolución)

Por su lado, en el marco de Sección dedicada a la disolución social por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria, el art. 367 LSC alberga las siguientes previsiones:

"1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración

de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior".

3. Recapitulación

Para que los administradores sociales respondan ex art. 367 LSC es preciso: 1º) Que concurra alguna de las causas de disolución de la sociedad[287]. 2º) Que los administradores no convoquen a la junta general para abordar el tema. 3º) Que transcurran dos meses desde que existe la causa de disolución o desde la fecha de la junta contraria a la disolución. 4ª) Que sea imputable al administrador la conducta pasiva. 5ª) Que no haya causa justificadora de la omisión.

Por otro lado, la responsabilidad solidaria frente a los acreedores ex art. 367 LSC no precisa la existencia de daño. Su objeto no es la indemnización por daño (aunque en ocasiones se identifique el daño con el importe de la deuda impagada) y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia (más bien se asimila a una institución preconcursal dirigida a la liquidación societaria).

287 El art. 363.1 LSC prescribe que la sociedad de capital deberá disolverse: a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año. b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto. c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento. e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años. h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

VI. Doctrina básica

Interesa recordar la estricta óptica civilista y casacional que, como es obligado, asume la Sala Primera del Tribunal Supremo. En sus consideraciones no veremos, por tanto, una reflexión sobre la posibilidad de entender que estamos ante un supuesto en que el empresario real es la persona física y no la sociedad mercantil que administra y titulariza en exclusiva. Tampoco aparece la reflexión sobre si en ejecución de sentencia el Juzgado de lo Social podía haber ido más allá, resolviendo el mismo tema que ahora se suscita. Al margen, asimismo, queda la duda sobre si puede entenderse que hay continuidad de empresa cuando una parte de las trabajadoras despedidas pone en pie una entidad que prosigue la actividad de la liquidada. Y asume el criterio de la jurisprudencia social cuando determina el momento en que debe entenderse nacido el crédito reclamado.

1. Responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones

Examinando el art. 367 LSC, la jurisprudencia civil viene entendiendo que estamos ante una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*. Se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que, por su específica condición de administrador, se le exige un determinado hacer y cuya inactividad se presume imputable -reprochable-, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer.

Al incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social se anuda, como consecuencia, su responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con ello se pretende garantizar los derechos tanto de los acreedores cuanto de los socios.

Aunque la doctrina civil viene entendiendo que la responsabilidad del art. 367 LSC no es cuasi-objetiva, sino una «responsabilidad por deudas»[288],

288 En tal sentido, 923/2011, de 26 de noviembre; 104/2012, de 5 de marzo; 225/2012, de 13 de abril;

a efectos prácticos lo relevante es que para apreciar la responsabilidad del administrador no es necesario que éste haya actuado dolosamente –a sabiendas–, pese a conocer la situación de insolvencia. Basta con la omisión de la conducta exigida legalmente, la imputación al administrador de dicha pasividad y la inexistencia de causa justificativa.

2. Responsabilidad del administrador en el caso examinado

La STS-CIV 420/2019 declara la responsabilidad del administrador de la mercantil (recordemos que es propietario único) porque concurren los requisitos del art. 367 LSC: hay causa de disolución legal (pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social); transcurren los plazos legales sin adoptar las medidas previstas legalmente; los créditos reclamados son posteriores a la fecha del acaecimiento de la causa legal de disolución.

Seguidamente, interesa examinar con detalle alguna de las líneas argumentales desplegadas para llegar a tal conclusión.

3. Irrelevancia de que las trabajadoras conocieran la insolvencia

La sentencia glosada recuerda la doctrina sobre irrelevancia del conocimiento que los acreedores hayan tenido de la insolvencia societaria[289]. El mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 367 LSC[290]. La buena fe es exigible al accionante, pero que el acreedor conozca la precaria situación de su deudora no implica que tenga mala fe.

818/2012, de 11 de enero; 414/2013, de 21 de junio; 590/2013, de 15 de octubre; 367/2014, de 10 de julio; 246/2015, de 14 de mayo; y 650/2017, de 29 de noviembre.

289 Presente en 557/2010, de 27 de septiembre; 173/2011, de 17 de marzo; 826/2011, de 23 de noviembre; 942/2011, de 29 de diciembre; 225/2012, de 13 de abril; 395/2012, de 18 de junio; y 733/2013, de 4 de diciembre.

290 La Sala Primera llega a decir que "Por el contrario, al contratar en esas circunstancias, conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello".

Recuérdese que los administradores sólo responden de los créditos nacidos con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. Si se admitiera que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica[291].

Además, en este caso no se trata de profesionales o empresarios que deciden contratar o no con el deudor en situación comprometida, sino de trabajadoras de la empresa, a quienes las exigencias de la buena fe no compelen a renunciar a su puesto de trabajo con pérdida de sus derechos laborales.

4. Nacimiento de las deudas reclamadas

Como queda expuesto, Juzgado y Audiencia Provincial discrepan a la hora de decidir si las deudas son posteriores a la fecha en que concurría la causa de disolución[292].

Invocando la doctrina de la Sala Cuarta, se expone que la sentencia del Juzgado de lo Social que acuerda la extinción del contrato de trabajo por incumplimientos graves del empleador reviste carácter constitutivo. Por tal razón, tanto la extinción de la relación laboral como el nacimiento del crédito indemnizatorio correspondiente operan con carácter *ex nunc* desde la sentencia firme que lo acuerda. Hasta el momento mismo de dictarse la sentencia, sigue existiendo la relación jurídica laboral entre el empleador y el trabajador; de ahí que, para el cálculo de la indemnización, se tome en cuenta

291 El argumento no es concluyente. Más que vaciar de contenido el precepto, lo que sucede en tales casos es que quien sigue suministrando a la sociedad lo hace asumiendo mayores riesgos.

292 La causa de disolución por pérdidas cualificadas existía y era conocida por el administrador, como mínimo, desde la fecha del balance de situación presentado en el ERE (30 de abril de 2013). A su vez, las deudas sociales consistentes en los créditos de las trabajadoras no se concretaron hasta que el juzgado de lo social transformó la condena a su readmisión en una indemnización sustitutoria, lo que tuvo lugar mediante sendos autos de 11 de abril de 2014.

el periodo temporal existente entre el inicio de la relación laboral y el de dictar la sentencia.

En consecuencia, las obligaciones sociales objeto de litigio son posteriores a la causa de disolución.

5. Obligaciones del administrador societario cuando concurre con otro de hecho

El hecho de que el administrador estuviese retirado de la gestión y fuese su hijo quien condujera la empresa no releva al primero de sus obligaciones legales.

Conforme a doctrina consolidada[293]: a) La regla general es que quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho. b) Al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad. c) La convocatoria de la junta general para acordar algunas de las medidas enervadoras de la situación de pérdidas cualificadas corresponde al administrador social y no al apoderado general.

La aplicación de esos criterios al caso conduce a concluir que si el administrador conservaba capacidad para acudir a una notaría y otorgar un poder de representación, también la conservaba para un acto tan sencillo como convocar una junta general. Desde luego, no se ha acreditado que careciera de esa capacidad. Y lo mismo vale para el dato conforme al cual una de las empeladas gestionaba la actividad académica del centro.

VII. Parte dispositiva

La STS glosada estima los dos recursos de casación interpuestos por las trabajadoras. La anulación de la SAP de Navarra comporta que gane firmeza

293 SSTS-CIV 509/1999, de 7 de junio; 222/2004, de 22 de marzo; 261/2007, de 14 marzo; 55/2008, de 8 de febrero) 721/2012, de 4 de diciembre.

la resolución dictada en primera instancia, condenando al administrador único de la mercantil (y dueño de la titularidad del capital social) al abono de las indemnizaciones derivadas de la extinción de su contrato de trabajo (en la parte no cubierta por el FOGASA).

VIII. Pasajes decisivos

A) El FD Cuarto resuelve un problema (no infrecuente) que surge cuando una pequeña empresa se encuentra en situación difícil y algunos miembros de la plantilla, conociéndolo, se plantean su adquisición. Enlazando la cuestión con los deberes del administrador social, y descendiendo al caso concreto se concluye:

> Que las demandantes conocieran la enfermedad del administrador, que pese a ello permanecieran en la empresa y que intentaran adquirirla, no exonera al administrador social de su obligación de disolver y liquidar la sociedad cuando concurrió causa legal para ello, en este caso, la existencia de pérdidas cualificadas.

B) El FD Quinto estudia el momento en que debe considerarse nacido el crédito laboral reclamado (indemnización por extinción, al no haberse cumplido la sentencia condenando a la readmisión como consecuencia del despido nulo), y aplicando doctrina social expone lo siguiente:

> La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que la sentencia del juzgado de lo social que acuerda la extinción del contrato de trabajo por incumplimientos graves del empleador reviste carácter constitutivo. Por tal razón, tanto la extinción de la relación laboral como el nacimiento del crédito indemnizatorio correspondiente operan con carácter *ex nunc* desde la sentencia firme que lo acuerda.

C) Finalmente, el propio FD Quinto estudia si la existencia de un administrador de hecho exonera de sus deberes al formalmente designado (afectado por enfermedad grave). Concluye así:

Si el administrador social conservaba capacidad para acudir a una notaría y otorgar un poder de representación, también la conservaba para un acto tan sencillo como convocar una junta general.

IX. Comentario

1. La exigencia de responsabilidades a los administradores sociales

La responsabilidad que puede seguirse contra los administradores de sociedades de capital para el resarcimiento de los daños que su mal actuar haya deparado al patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros acreedores es cuestión tan polémica como relevante. La reciente práctica forense muestra un aumento de las reclamaciones sobre el tema, peticiones que se han sustanciado ante distintos órdenes judiciales y con origen en muy diversos tipos de deudas.

A la vista de la expuesta regulación, debe recalcarse que la responsabilidad de los administradores sociales en las sociedades de capital viene teniendo una doble plasmación en la legislación societaria:

A) La acción social: su objetivo es restablecer el patrimonio de la sociedad de un daño sufrido por causa de la actuación ilegal, antiestatutaria o negligente de su administrador en el ejercicio de su cargo. La legitimación activa para iniciar esta acción corresponde a la sociedad; en defecto de ésta, subsidiariamente, a los accionistas, y por último, cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, a los acreedores sociales, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

B) La acción individual: pueden interponerla directamente los socios y acreedores sociales, entre los que se encuentran los trabajadores, contra los administradores de la sociedad, teniendo como objetivo el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de una actuación del administrador que haya lesionado sus intereses.

2. La responsabilidad de los administradores por deudas laborales

Ya por referencia a deudas de carácter laboral, hay consenso en que la exigencia de responsabilidad (la acción individual) puede instrumentarse de diversos modos: 1) en la propia demanda principal, directamente; 2) en trámite de ejecución de sentencia, a través del incidente correspondiente; 3) mediante una acción declarativa expresa, una vez que ya existe una decisión judicial reconociendo el mencionado crédito, el cual haya resultado incobrado contra la mercantil, o sea prevea tal resultado fallido.

Tras las modificaciones en la legislación societaria de los años noventa[294] los órganos de la jurisdicción social recibieron numerosas demandas en las que se suscitaba el tema, procediendo el órgano judicial unas veces a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión, por contraste con otras en las que su intervención lo ha sido para emitir una declaración de incompetencia *ratione materiae*. La jurisprudencia de unificación acabó conociendo del tema, pero solo tangencialmente. Veamos en qué medida.

3. Competencia jurisdiccional para la exigencia de tales responsabilidades

Sobre la competencia jurisdiccional para conocer de este último tipo de acción -la acción individual-, exigiendo responsabilidad a los administradores sociales incumplidores de sus obligaciones por las deudas laborales aún no satisfechas existentes entre la sociedad empleadora y sus trabajadores -salarios, indemnizaciones, etc.-, se ha pronunciado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina, en dos sentidos opuestos.

Por descontado, es innegable la competencia de los órganos de la jurisdicción social para estudiar y resolver las pretensiones principales (acción resolutoria

294 Ley 19/1989, de 25 de julio, por la que se adaptó nuestra Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades; Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.

y reclamación de salarios)[295], en cuanto que plenamente incardinadas en los arts. 9º.5 de la LOPJ y 1º de la LPL (actual LRJS). Sin embargo, las dudas surgen al advertir que la acción se dirige también contra los administradores de la compañía, para que se les declare responsables solidarios por haber incumplido el mandato contenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Sociedades Anónimas, a tenor de la cual venían obligados a adecuar los estatutos sociales a la nueva normativa rectora de estas sociedades, aumentando el capital social al mínimo de diez millones de pesetas.

A) Supuestos de incompetencia jurisdiccional

La Sala Cuarta rechaza la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de este tipo de litigios, remitiendo la controversia a los órganos de la jurisdicción civil[296], excluyendo que se tratara de una cuestión prejudicial a resolver por los tribunales laborales, cuando se esgrime el incumplimiento, por los administradores de la obligación de convocar junta general para abordar el tema.

En estos casos no corresponde al orden social la competencia para dilucidar las responsabilidades que puedan derivarse, en el plano de las relaciones laborales, del incumplimiento por parte de los administradores sociales de los deberes societarios reseñados[297].

295 Materialmente, la cuestión que genera la vigente doctrina del TS es del todo corriente: sendas demandas sobre resolución contractual indemnizada al amparo del art. 50 del ET, así como por salarios devengados y no percibidos; lo interesante surge a propósito del sujeto demandado: la sociedad anónima que ocupa la posición de empleador, pero también sus administradores, en cuanto incumplidores de determinadas obligaciones mercantiles.

296 Contraria a aceptar la competencia del orden judicial social se había manifestado la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, en su Auto de 8 marzo 1996, que tras constatar que la acción ejercitada, prevista en la LSA, "nada tiene que ver con la relación laboral que [el trabajador] tenía con la entidad... excepto en el origen del crédito insatisfecho", al residir la "causa petendi" "en el incumplimiento de los deberes que competían a los demandados como administradores sociales", declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer del fondo de la reclamación, atribuyendo la competencia a la jurisdicción civil. En la misma línea se han expresado también, entre otras, las SSTSJ Aragón de 2 y 9 febrero, 28 septiembre 1994 y 8 mayo 1996; Valladolid de 3 septiembre 1997 y Andalucía/Sevilla, de 7 noviembre 1996; por su parte, la STSJ Cataluña, de 18 noviembre 1996, elude pronunciarse taxativamente sobre la competencia "pues dependerá de la acción que se ejercite y la causa de pedir por la que se accione".

297 SSTS 15 enero 1997 (RJ 1997, 31); 28 febrero 1997 (RJ 1997, 4220); 21 julio 1998 (RJ 1998, 6211); 9 noviembre 1999 (RJ 1999, 8520); 17 enero 2000 (RJ 2000, 918); 9 junio 2000 (RJ 2000, rec. 601/1999); 8 mayo 2002 (RJ 2002, rec. 3079/2001)(Ponente, Sr. Varela de la Escalera).

B) Supuestos de competencia jurisdiccional

Sin embargo, se proclama que corresponde al orden jurisdiccional social la competencia para dilucidar las responsabilidades que puedan derivarse, en el plano de las relaciones laborales, del incumplimiento por parte de los administradores de la obligación de adaptar los estatutos a los mandatos de la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Aquí la responsabilidad pedida es típicamente laboral, aunque su declaración penda del incumplimiento de preceptos mercantiles. Recordemos los argumentos:

- La causa de pedir sigue siendo laboral, por más que la extensión de responsabilidad a los administradores sociales se base en la infracción de mandatos de la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas.
- Deberá ser la naturaleza de los créditos sociales que se hayan de satisfacer la determinante de la competencia de los Tribunales que hayan de decidir sobre el conjunto.
- Esta responsabilidad constituye una garantía para quienes contratan con la sociedad confiados en su solvencia, de modo que si por el no cumplimiento de aquel mandato legal la compañía se coloca en situación de no poder satisfacer los créditos a sus acreedores, serán los Tribunales que conozcan de las deudas sociales insatisfechas los que asimismo deban pronunciarse sobre la existencia y alcance de aquélla responsabilidad.

En suma, corresponde al orden jurisdiccional social la competencia para dilucidar las responsabilidades que puedan derivarse, en el plano de las relaciones laborales, del incumplimiento por parte de los administradores de la obligación de adaptar los estatutos a los mandatos de la nueva Ley de Sociedades Anónimas[298].

El Auto 11 enero 1999 (RJ 1999, 79) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete) aprecia falta de contenido casacional en recurso que ignora tal doctrina.

298 SSTS 28 octubre 1997 (RJ 1997, 7556)(Ponente, Sr. Martínez Garrido); 31 diciembre 1997 (RJ 1997, 9644); 31 marzo 1999 (RJ 1999, 3782); 20 septiembre 1999 (RJ 1999, 7227).

C) Reflexión crítica

No es fácil entender el diverso criterio de la Sala Cuarta. Que respecto del incumplimiento de unas obligaciones mercantiles pueda actuarse y respecto de otras sea imposible parece poco justificado; tema diverso sería el de que se planteara como cuestión principal a debatir, lo que resultaría inasumible. Pero que en el curso del procedimiento judicial o en el trámite de ejecución, siempre respecto de deudas de índole laboral, haya de analizarse la posible responsabilidad de los administradores sociales parece conclusión razonable y acorde con el sentir de los fundamentos jurídicos que sostienen la segunda de las tesis jurisprudenciales expuestas.

En todo caso, la argumentación que se desarrolle debe construirse sobre la base de premisas ajenas al Derecho de la UE, porque sus previsiones no confieren a los trabajadores el derecho a exigir responsabilidad a los administradores societarios ante la misma jurisdicción social que conoce sus reclamaciones[299].

X. Apunte final

Todo indica que el caso resuelto por la STS-CIV 420/2019 está cerca de los supuestos de abuso de personalidad jurídica y próximo a aquellos en que se ha optado por "levantar el velo" y atribuir la condición real de empleador a la persona física que es dueña de todo el capital social, administradora única de la mercantil y que está materialmente al frente de la actividad productiva. ¿Por qué no se suscitó esa cuestión en el pleito laboral? Sin duda, por el modo en que se han sucedido los acontecimientos. Pero genera confusión que se invoque la deficiente condición psicofísica del administrador (en realidad, empleador) como causa del cese cuando formalmente esa condición no le cuadra. Seguramente las demandantes se abstuvieron de ese enfoque porque

299 En este sentido, STJUE 14 diciembre de 2017 (C-243/16), Miravitlles Ciurana. ECLI:EU:C:2017:969. Resuelve cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 30 de Barcelona.

podría reconducirse la terminación del contrato a la imposibilidad subjetiva del empleador para proseguir su actividad, lo que desencadena un régimen bien distinto.

La doctrina de la Sala Cuarta sobre incompetencia jurisdiccional es anterior a la LRJS y sorprende que no se haya replanteado la cuestión. Un caso como el presente muestra lo disfuncional que resulta el que el orden civil tenga que reexaminar lo ya resuelto en la jurisdicción social y reaviva las dudas acerca de si la tutela judicial no quedaría mejor respetada concentrando en el órgano laboral el conocimiento integral de la cuestión.

QUINTA PARTE

LABORALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 120/2018)[300]

I. Coordenadas del caso

Estamos ante un supuesto cuyo núcleo litigioso se resume en que una mujer que trabaja en la empresa de su marido presenta demanda de divorcio e interesa el abono de una pensión compensatoria integrada por cuantía fija (500 € mes) más otras elástica (cantidad equivalente al salario que percibe si es despedida, o a la rebaja retributiva si se da tal hipótesis).

1. Hechos litigiosos

Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Getafe la demandante formaliza su solicitud de divorcio. Pide la disolución del matrimonio y adopción de determinadas medidas (respecto del hijo menor, los vehículos, el domicilio familiar, etc.); entre ellas interesa destacar la referida a una pensión compensatoria integrada por una cuantía fija (500 euros mensuales) más otra condicional y flexible ("para el supuesto en el que doña Natividad pierda su empleo en la empresa o se le reduzca su salario, la cantidad que la Sra. Natividad haya dejado de percibir, bien por su despido, bien por su reducción salarial").

300 STS 120/2018 de 7 de marzo, dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (rec. 1172/2017) (Ponente, Sr. Salas Carceller).

Asimismo, por su lado, el esposo presenta solicitud de divorcio en la que se interesa la adopción de una serie de medidas, omitiéndose el establecimiento de pensión compensatoria alguna por considerar que no se produce desequilibrio entre los cónyuges.

Ambas demandas fueron acumuladas y contestadas por la contraparte.

2. Sentencias de instancia y de apelación

Con fecha 18 de diciembre de 2015 el Juzgado de Primera Instancia dicta su sentencia. Por cuanto ahora interesa, acuerda que no procede fijar pensión compensatoria.

Por su lado, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2016, la sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid revoca parcialmente el fallo del Juzgado. Habida cuenta de las circunstancias concurrentes, considera que a) El esposo debe abonar una pensión compensatoria de 500 euros mensuales; b) Además, en caso de pérdida de empleo o reducción de salario, abonará también la cantidad que la esposa deje de percibir hasta completar la cantidad que venía recibiendo por su trabajo en la empresa del marido (1900 euros mensuales).

3. Recurso de casación

Disconforme con el giro que el pleito ha adoptado en segunda instancia, el esposo formaliza recurso de casación, denunciando la vulneración del artículo 97 del Código Civil (CC).

Invoca a su favor la jurisprudencia conforme a la cual el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe de existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión cuya procedencia no se acredita cuando se produce la crisis matrimonial.

4. Regulación básica

Aunque entran en juego otros muchos preceptos, ara la solución del caso acaba siendo decisivo el tenor del artículo 97 del CC. Recordemos su alcance:

"El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".

La pensión compensatoria es un derecho personal que la Ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. Se trata de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación.

II. Doctrina del Tribunal Supremo

La STS 120/2018 mantiene que el momento de apreciar el desequilibrio económico es el de la ruptura, debiendo traer causa aquel de la misma. Sin embargo, relativiza el carácter general de dicha doctrina en casos especiales, como el presente, en el que los únicos ingresos de la esposa proceden del trabajo que actualmente desempeña en una empresa regida por el esposo, realizando un juicio prospectivo de futuro.

1. Criterios precedentes

Ante un supuesto similar al que abordamos, la STS 106/2014 de 18 de marzo (rec. 201/2012) censura la concesión preventiva o condicionada de una pensión compensatoria, sin cuantificación económica, en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa del esposo tras la ruptura matrimonial. Justifica ello en diversos argumentos:

- El desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior.
- El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.
- A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio.
- Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que fa ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables.

En ese mismo sentido puede verse, entre otras, las SSTS 720/2011, de 19 de octubre (rec. 1005/2009), 385/2015 de 23 junio (rec. 1099/2014). Con arreglo a su doctrina, los sucesos posteriores a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción. Por tal razón cuando no hay desequilibrio en el instante de la ruptura tampoco procede fijar una pensión en previsión de que uno de los cónyuges pierda el empleo que tenga en ese momento.

2. Matización de la STS 120/2018

La relevancia de la sentencia comentada radica en que viene a introducir una importante inflexión en el alcance de la doctrina expuesta. Sin abandonar la idea principal (el desequilibrio económico se mide en el momento de la crisis matrimonial) admite la toma en cuenta de los acontecimientos posteriores cuando la suerte de uno de los cónyuge depende en buena medida de la voluntad del otro. Esto es lo que sucede en el supuesto (no tan infrecuente en nuestra realidad) surgido cuando uno de los cónyuges viene percibiendo sus principales ingresos como consecuencia de la actividad desplegada por cuenta del otro.

Revisemos las líneas argumentales de esta importante mitigación de la doctrina general expuesta:

- Se trata de realizar una valoración análoga a la propia de cuando se fija un límite temporal a la pensión compensatoria.
- Desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante: pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa.
- El juicio sobre la existencia de desequilibrio no se concreta en realidad en la cantidad fija y mensual (500 €) sino que se estima verdaderamente en la que viene percibiendo como ingreso profesional (1.900 € mensuales). Esa cantidad no ha de desembolsarse en la actualidad por el obligado como pensión por desequilibrio precisamente porque la percibe la esposa por su trabajo, pero sí habrá de abonarse íntegramente en el caso de que finalice la actual relación laboral, por causa no imputable a ella, sin perjuicio de la posibilidad siempre presente de modificación o extinción posterior de la medida por alteración de las circunstancias que ahora se tienen en cuenta.

III. Laboralidad del trabajo desempeñado

1. En general

El artículo 1.3.e) ET prescribe que están al margen de la legislación laboral (y, por tanto, de la contratación laboral) los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo[301].

El fundamento de esta exclusión aparece justificado en la consideración por parte del legislador de la ausencia de una de las notas características del trabajo asalariado, la ajenidad o transmisión de los frutos o resultados de la actividad a un tercero[302], habida cuenta de que el trabajo se hace para algo propio, la comunidad familiar, sin que, por otra parte, este sea retribuido[303].

Como es lógico, cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo, pero en los supuestos en los cuales el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la norma ha establecido una presunción *iuris tantum* a favor del trabajo familiar no asalariado[304]. *A sensu contrario*, la falta de convivencia permite colegir la laboralidad de la relación[305].

En este sentido, la normativa laboral y de Seguridad Social ha venido considerando tradicionalmente a los trabajadores familiares como colaboradores que, aún a pesar de recibir una posible contraprestación, corren igualmente con los riesgos de la actividad. Es más, la presunción también se da cuando el capital aparece distribuido entre los ascendientes-descendientes-

301 La norma añade que se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

302 STS 29 noviembre 1990 (RJ 1990/7721); STSJ Andalucía/Sevilla 10 abril 2007 (AS 2007/3263).

303 (STSJ Comunidad Valenciana 5 abril 2001, AS 2001/ 2046.

304 SSTS 12 abril 1983 (RJ 1983/1831), 22 marzo 1985 (RJ 1985/1367), 14 marzo 1986 (RJ 1986/1327), 22 abril 1986 (RJ 1986/2223), 29 octubre 1990 (RJ 1990/7721), 13 marzo 2001 (RJ 2001/3838); SSTSJ Extremadura de 9 marzo 2005 (AS 2005/532), Castilla y León/Valladolid 19 junio 2013 (JUR 2013/244030].

305 STSJ Murcia 29 abril 2013, JUR 2013/199685.

socios, éstos son convivientes y se encuentran unidos por vínculo de parentesco hasta segundo grado[306].

En este ámbito, y para el supuesto de que el empleador sea una persona jurídica, no será posible hacer referencia a los parientes del empresario en sentido estricto, sin embargo, las relaciones de parentesco entre los propietarios del capital pueden desvirtuar la condición de laboralidad[307]. Así, aun cuando fuese tomada en consideración la realidad de las personas físicas que integran la empresa, tampoco podrían considerarse como trabajos familiares los del pariente de un socio cuando la participación que tiene éste no alcanza el 50% del capital social[308].

En cualquier caso, dicha presunción puede ser destruida con la prueba del salario[309], igualmente si éste se percibe según convenio[310], aunque la mera apariencia de retribución no será suficiente, sino que habrá de acreditarse la desvinculación entre el trabajo y el parentesco[311].

Para quebrar la presunción no será suficiente la presentación de "meros documentos formales" elaborados por los propios interesados ni la aportación del contrato de trabajo, la atribución de una concreta categoría profesional o la cotización a la Seguridad Social, sino que se deberá acreditar la independencia económica (que no se presume al convivir), beneficiándose sólo de la retribución que documentan las nóminas sin que participe de los beneficios de la titularidad del negocio empresarial[312].

En cambio, sí se deshace tal presunción en los supuestos en los cuales exista prestación de servicios y percibo de una retribución que exceda de lo que comúnmente se conoce como "dinero de bolsillo" o "paga semanal", expresiones

306 STSJ País Vasco 6 junio 2006, AS 2007/877.
307 STS 30 abril 2001, RJ 2001/4614.
308 SSTS de 19 abril 2000 (RJ 2000/4247), 27 abril 2000 (RJ 2000/4254).
309 STS 5 noviembre 2008, RJ 2009/129.
310 SSTS 19 abril 2000 (RJ 2000/4247), 27 abril 2000 (RJ 2000/4254).
311 STSJ Andalucía/Sevilla 10 abril 2007, AS 2007/3263.
312 SSTSJ Cantabria 28 octubre 1999 (AS 1999/6321), País Vasco 6 junio 2006 (AS 2007/877).

generalmente utilizadas para identificar las cantidades entregadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa[313].

La presunción de extralaboralidad de la relación no alcanza a los supuestos de convivencia extramatrimonial, pues no encaja dentro del tipo legal al no poder aplicarse por analogía el artículo 1.3.e) ET[314], aunque no han faltado pronunciamientos que sí han considerado esta situación análoga al matrimonio[315], si bien, tal y como alguna sentencia ha manifestado, al denegarse pensiones de viudedad por reclamarla quien legalmente no es cónyuge, sino pareja de hecho, idéntica interpretación habrá de realizarse en cuanto al precepto tratado, en tanto define quiénes son los familiares y utiliza expresamente el término cónyuge[316].

2. En el caso examinado

A lo largo del procedimiento que finaliza con la STS 120/2018 se da como cierto no solo que la esposa viene trabajando en la empresa del marido sino que percibe una remuneración (de 1.900 euros mensuales). Como queda expuesto, se trata de una posibilidad admitida por nuestra legislación; precisamente la condición principal para que suceda así radica en la percepción del salario concordante con la actividad desempeñada.

Desde esa perspectiva, y sin perjuicio de los problemas de convivencia que ello pueda ocasionar (mayores cuanto más pequeña sea la empresa y mayor implicación directa posea su titular), la desaparición del vínculo conyugal entre empresario y trabajadora no posee consecuencia alguna desde el punto de vista de su continuidad. Lo único que sucede es que pierde operatividad la presunción deslaboralizadora que el artículo 1.3.e) ET contiene.

313 STS 5 noviembre 2008, JUR 2009/2798.
314 SSTS 24 febrero 2000 (RJ 2000/2236), 11 marzo 2005 (RJ 2005/3867).
315 STSJ Cataluña 21 diciembre 2004 (AS 2005/238).
316 STSJ Canarias/Las Palmas 31 de junio 2006, AS 2006/2913.

IV. Condicionantes laborales de la pensión compensatoria

La STS 130/2018 supedita el abono de una mayor pensión compensatoria a que finalice la relación laboral entre quienes se divorcian y lo haga "por causa no imputable" a la esposa. Esa decisión posee una clara lógica: puesto que el esposo, tras el divorcio, pasa a ser deudor de una pensión compensatoria (500 euros mensuales) y empleador de su ex cónyuge, si decide extinguir la relación laboral estaría privando a la esposa de la parte más relevante de sus ingresos (1.900 euros mensuales), generando así un desequilibrio inexistente en el momento del divorcio.

Las dificultades aplicativas de esa razonable decisión peden derivar de las dudas que genera la catalogación de algunas causas de terminación del contrato de trabajo. Siguiendo el esquema del artículo 49 ET, seguidamente se examinan las causas de terminación del contrato de trabajo desde tal perspectiva.

1. Disenso

El contrato de trabajo se extingue, ante todo, por *mutuo acuerdo* de las partes. El contrato es un negocio jurídico que se traduce en el nacimiento de una relación, cuyo contenido regulan los interesados en la medida que no venga condicionado por la Ley o por el pacto colectivo, resultando lógico que los mismos interesados dispongan de legitimación bastante para extinguir o liquidar el vínculo, puesto que seguimos en la órbita de la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, presuponiendo lógicamente la validez de la manifestación de voluntad, estamos ante una causa extintiva que no es imputable a decisión del empleador.

2. Condición resolutoria

El contrato de trabajo puede extinguirse por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. La condición es elemento accidental del negocio jurídico, que la voluntad de las partes puede introducir en el mismo con eficacia resolutoria. Ante cada supuesto concreto ha de estudiarse si la condición resolutoria constituye aprovechamiento por el empresario de las circunstancias concurrentes para ejercer su derecho más allá de los límites normales, o renuncia de derechos. Por ejemplo, las cláusulas de rendimiento mínimo referido a la actividad de ventas son, en principio, lícitas, pero para ejercitar la posibilidad de extinción del contrato en caso de descenso de las cantidades o cifras pactadas ha de actuarse dentro de los principios de buena fe y ponderación concreta de las causas del descenso[317].

3. Temporalidad

Se extingue el contrato de trabajo por *expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato*. En el apartado anterior se contempla la condición resolutoria. Estamos ante lo que el Código Civil llama «día cierto»: aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo (art. 1125).

Se trata de supuesto ajeno al resuelto por la STS 120/2018, por lo que carece de interés su examen en este momento.

317 En STS de 14 diciembre 2011 (RJ 2012, 3496) la aplicación de la cláusula resolutoria de una manera automática, exenta de referencia alguna a otros parámetros, objetivos o subjetivos, hace que la cláusula se entienda aplicada en manifiesto abuso de derecho. Constituye despido improcedente, por ejercicio manifiestamente abusivo del contenido de la cláusula resolutoria, la decisión de la empresa de extinguir el contrato de trabajo al aplicar la misma de forma directa y con base en los meros resultados o cifras de ventas, sin ofrecer ningún tipo de referencia a los elementos objetivos o subjetivos que pudieran concurrir.

4. Dimisión

La cuarta apertura del artículo 49.1 ET nos sitúa ante la *dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar*. El cuadro de causas de extinción que el legislador construye, parte de la situación débil del trabajador. De ahí que, mientras al empresario se exige, para separarse del contrato, la concurrencia de ciertas causas, al trabajador nada se pide. Basta con su *dimisión.* Puede así «despedirse» a voluntad *(ad nutum)* en términos del viejo art. 1584 del CC; pues lo único que siempre preocupó es mantenerlo al margen de vínculos que se perpetúan sin fin (art. 1583). Deriva de una tal consideración que el campo de aplicación del desistimiento operario sea el contrato por tiempo indefinido. En los de duración pactada sigue discutiéndose si hay que estar a lo comprometido (hasta el punto que su quebranto podría desencadenar el deber de reparar perjuicios, siempre que se probaren) o si también es trasladable toda la construcción general.

5. Imposibilidad del trabajador

Prescribe el apartado quinto del art. 49.1 ET que el contrato de trabajo puede extinguirse por *muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*.

La muerte del trabajador acarrea la extinción automática de la relación laboral, debido a que el contrato se celebró, según concepción arraigada, en consideración a la persona del operario *(intuitu personae)*. Igual alcance extintivo posee la *invalidez* del empleado. El precepto menciona la invalidez permanente total o absoluta, así como la gran invalidez, situaciones que son las enumeradas por la LGSS.

Es evidente que en tales casos no cabe hablar de la terminación de contrato de trabajo por voluntad del empleador, salvo supuestos excepcionalísimos en que él haya sido el causante de las patologías que provocan el fin del contrato.

6. Jubilación del trabajador

El contrato puede extinguirse *por jubilación del trabajador*. Para el trabajador, la jubilación significa alejamiento de su situación laboral activa, y paso, por razones de edad, a otra de carácter pasivo, en que subviene a sus necesidades primarias con mecanismos asegurativos varios.

Al margen de la modalidad jubilatoria que entre en juego (ordinaria, anticipada, postergada, voluntaria, parcial, etc.) es claro que el empresario no puede considerarse responsable de la terminación del contrato de trabajo por esta causa.

7. Imposibilidad del empleador

Puede extinguirse el contrato de trabajo p*or muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante*. El *empresario,* de modo paralelo a lo que sucede al trabajador, puede verse involucrado en situaciones que influyen, con mayor o menor intensidad, en la normal prosecución del negocio. Se trata obviamente de acontecimientos que afectan a la persona misma del empleador, pero aún así hay que distinguir entre la persona individual o la jurídica.

La traslación de estas categorías al supuesto abordado por la STS 120/2018 podría generar alguna duda aplicativa en el caso de jubilación. Si esta circunstancia no va acompañada del traspaso de la empresa (en cuyo supuesto la relación laboral se mantiene y la esposa seguiría prestando la actividad para el nuevo empleador), sino de su liquidación, no sería disparatado sostener que la voluntad empresarial está en el trasfondo de que la demandante divorciada se quedase sin empleo; pero tampoco carece de sentido sostener que la causa se halla en el cumplimiento de una edad por parte del empresario y en el ejercicio (como persona física) de su derecho a acceder la situación de jubilado.

8. Fuerza mayor

Puede extinguirse el contrato de trabajo por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada por la Autoridad Laboral.

Se trata de causa extintiva claramente ajena a la voluntad del empleador; que el contrato termine por ese motivo, en suma, no le obligaría a abonar la pensión compensatoria incrementada.

9. Despido objetivo y colectivo

Puede extinguirse el contrato de trabajo por despido fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; en ineptitud del trabajador; o en su absentismo o falta de adaptación a los cambios introducidos en la empresa.

Aunque formalmente es el empleador quien activa la terminación del contrato, lo hace basándose en la concurrencia de circunstancias adicionales a las de su mera voluntad, que deben explicitarse y acreditarse en caso de controversia judicial, Por lo tanto, desde la óptica que nos interesa, parece que no debiera entenderse producida la terminación contractual por la voluntad del ex cónyuge empleador.

10. Extinción causal

Cabe la extinción del contrato de trabajo *por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*. El artículo 50 ET habla de «justas causas» de resolución y lista varias (impagos o retrasos, ciertas modificaciones sustanciales), pero más adelante, en el apartado c), habla de «cualquier otro incumplimiento» lo que permite hablar de una catalogación abierta *(numerus apertus)*.

Aunque formalmente quien extingue el contrato es la persona que trabaja, en realidad se basa en la conducta incumplidora del empleador, por lo que bien pudiera entenderse reconducible el supuesto a los que se deben a su voluntad. De hecho, a efectos de indemnización y de cómputo de extinciones para ver si hay un despido colectivo, así ha de estimarse.

11. Despido

El art. 49.1 k) menciona el «despido» del trabajador como una de las causas de extinción del contrato de trabajo. Los ingredientes del concepto legal de causa justa son: a) un *incumplimiento:* el trabajador quebranta deberes que dimanan del contrato, bien por previsión expresa del mismo, bien por estipulación adicional del pacto colectivo, bien por disposición complementaria del legislador; b) carácter *grave* del incumplimiento: lo que apunta a la ineludible importancia o trascendencia del quebranto contractual; la propia norma se hace eco de tal exigencia, cuando habla de ausencias «repetidas», disminución «continuada» en el rendimiento, o embriaguez «habitual»; desde este requisito, las circunstancias del caso pasan a un primer plano, y permiten lo que en la praxis se llama aplicación «gradualista» de las causas de despido; por eso mismo, será difícil que en este punto se formulen y reiteren criterios unificadores del Tribunal Supremo; c) índole *culpable* de la infracción: es el tercero y último elemento, imprescindible en el presente estadio de civilización, donde una responsabilidad por el simple resultado, a título de sanción, está fuera de lugar; como es evidente, no es preciso el dolo (intención); puede bastar la culpa (negligencia); todo en el sentido ya consagrado por la teoría de las obligaciones en el derecho común.

Si existe causa y el despido se declara procedente queda claro que la voluntad del trabajador es la que propicia la extinción. Pero si se califica como improcedente y no media readmisión estaríamos ante la hipótesis principalmente contemplada por la STS 120/2018: la voluntad del empleador se erige como la verdadera razón por la que no se prosigue la prestación de servicios.

12. Violencia de género

Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser *víctima de violencia de género*. Este apartado fue introducido por la LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En conexión con esta causa de extinción, la propia LO 1/2004, art. 21.3, previene que «la suspensión y la extinción del contrato de trabajo [que sean consecuencia de la violencia de género] darán lugar a situación legal de desempleo; el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo».

No cabe duda de que esta causa sería reconducible a la terminación del contrato por voluntad del empleador.

SEXTA PARTE

LA INFRACCIÓN DE NORMA EN EL RECURSO DE CASACIÓN (CIVIL Y SOCIAL) (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 629/2019 DE 21 NOVIEMBRE)

I. Introducción

La STS-Civil 629/2019 aborda una cuestión tan ucrónica para el recurso de casación como la referida al requisito de la infracción normativa. El tradicional formalismo del remedio procesal arquetípicamente resuelto por el Tribunal Supremo ha sido sacudido múltiples veces por la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva, pero eso no significa que sus exigencias hayan desaparecido hasta el extremo de desfigurarlo.

El caso resuelto por la sentencia comentada, por su propia sencillez, permite centrar la atención en la exigencia procesal incumplida, la atinente a la cita de las normas que se considera infringidas.

Sobre esa base resulta muy interesante examinar el modo en que la Sala Cuarta del propio Tribunal viene interpretando la exigencia análoga de la LRJS, al tiempo que recordando las características elementales del escrito interpositorio del recurso.

Esta fue una más de las instituciones jurídicas introducidas por la Revolución burguesa de 1789, para posibilitar que un órgano de naturaleza política, actuando como Tribunal, revisara las sentencias dictadas por los órganos judiciales a fin de comprobar si se ajustaban o no a lo querido por el legislador, esto es, garantizaba la primacía de la soberanía popular, encarnada por el Poder Legislativo, respecto de los demás poderes de ella derivados. Si se apreciaba una contradicción entre la norma —interpretada conforme al criterio «auténtico» del Tribunal de Casación— y la resolución de instancia, ésta era anulada (*casada*, rota) y el asunto devuelto al correspondiente órgano jurisdiccional para que lo resolviera de nuevo, aunque a la vista de la vinculante doctrina del órgano superior.

Aunque buena parte de tales notas originarias han ido modificándose tanto por el trasvase del «modelo» a nuestro ordenamiento cuanto por el transcurso del tiempo, ese breve apunte histórico puede ayudar a comprender mejor alguno de los preceptos que hoy regulan nuestra casación en el orden social de la jurisdicción. Para el Derecho procesal español constituye una arraigada tradición el que la casación social atienda con la misma intensidad a su prototípica misión de permitir la defensa de la ley frente a la actuación jurisdiccional, garantizando la uniformidad en su aplicación (valores compendiados en lo que se llama *ius constitutionis*) y a la, inicialmente accesoria, de preservar el interés de los particulares afectados por la sentencia impugnada (identificado como *ius litigatoris*). Por ello se dice que «el recurso en cuestión es uno de los instrumentos que sirve para ejercitar el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución» (STC 17/1985, de 9 de febrero).

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 629/2019 de 21 de noviembre.
Número recurso o procedimiento: Recurso de casación 729/2016.
ECLI: ES:TS:2019:.

Ponente: Pedro José Vela Torres.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

El litigio surge como consecuencia de que un particular ejerce una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, interesando la nulidad de las diversas estipulaciones del mismo.

1. Hechos relevantes

A) Con fecha 20 de septiembre de 2012 la entidad financiera (BANKIA) y el particular suscriben contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

B) Posteriormente (10 diciembre 2014), el prestatario presenta demanda interesando que se declare la nulidad de hasta seis cláusulas del referido contrato[318]

C) En síntesis, alega que se trata de condiciones generales predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, oscuras o ambiguas -en algunos casos- que determinan un importante desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes en perjuicio del consumidor y a favor de la prestamista, por lo que conforme al art 83 del TRLGDCU deben ser declaradas nulas.

2. Sentencia del Juzgado

Mediante sentencia de 22 de abril de 2015 el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Guadalajara, dicta sentencia parcialmente estimatoria de la demanda (rollo 284/2015).

318 En concreto, la cláusula financiera 5 que establece "Gastos a cargo del cliente"; la cláusula financiera 6 en cuanto al interés de demora y compensación de deudas; la cláusula financiera 6 bis que regula el vencimiento anticipado; la cláusula financiera 1.Primero, último párrafo que limita el destino o uso de la finca hipotecada; la cláusula hipotecaria 2 en cuanto regula la obligación de abonar las contribuciones e impuestos que gravan la finca hipotecada y de contratar un seguro de daños designando al Banco como beneficiario, autorizándolo a efectuar esos pagos o contrato en nombre del cliente; y la cláusula hipotecaria 5 relativa a la cesión del crédito hipotecario.

De este modo, tres de las seis clausulas combatidas son declaradas nulas, por tener el carácter de abusivas.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el criterio del Juzgado, el cliente interpone recurso de apelación (rec. 284/2015) que es resuelto por la sentencia 183/2015, de 15 de diciembre[319]. Sus argumentos vienen a respaldar completamente el enfoque del Juzgado, por lo que desestima el recurso e impone las costas a la parte vencida.

Aplica doctrina del TJUE para sostener que la cláusula sobre resolución del préstamo cuando se impague una sola cuota (aunque Bankia aceptó que admitiría hasta tres), en sí misma, no resulta nula habiendo de atenderse a las circunstancias concretas en las que pudiera ser aplicada y, más concretamente, si tal aplicación supone vulneración del vigente artículo 693 de la LEC y, sobre todo, con independencia de ello, si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, circunstancias éstas que no constan.

Respecto de la cláusula que limita el destino o uso de la finca hipotecada (considerada por el prestatario como contraria al derecho de propiedad), se considera que está redactada en términos claros y precisos, tiene una finalidad legítima cual es evitar el perjuicio que para la entidad prestamista tendría el juego de los artículos 56 y 57 de la LC, que permiten paralizar o suspender el ejercicio de la acción ejecutiva cuando el bien hipotecado esté afecto o vinculado a una actividad profesional, industrial, empresarial o de carácter productivo. Resulta legítimo por consiguiente que la entidad financiera proteja su acción limitando contractualmente el destino del bien hipotecado.

319 Aunque en su encabezamiento aparece numerada como 181/2015; a efectos identificativos no cae duda de que posee el ECLI:ES:APGU:2015:427.

Y sobre la obligación de que el hipotecante asegure el bien hipotecado también se rechaza el recurso porque la cláusula controvertida tiene como finalidad la atribución de facultades al acreedor, para evitar el eventual incumplimiento por el deudor de su deber de conservación del bien hipotecado, posibilitando la efectividad de la garantía constituida.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo es del todo igual a la que se ha desarrollado en las instancias previas y que ya ha sido expuesta.

1. El demandante (y recurrente)

Amparándose en criterios acogidos por diversas sentencias de la propia Sala Primera del Tribunal Supremo sostiene que las tres cláusulas consideradas válidas por la Audiencia Provincial contienen condiciones generales, predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, oscuras o ambiguas.

Por ello, han generado un importante desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes en perjuicio del consumidor y a favor de la prestamista, por lo que conforme al art 83 del TRLGDCU deben ser declaradas nulas.

2. La demandada (y recurrida)

Bankia sostiene que las cláusulas son claras, sencillas, accesibles y susceptibles de comprensión directa por el demandante; que fueron conocidas por aquel y que respetan la buena fe y el justo equilibrio de las posiciones de las partes, por lo que niega su carácter abusivo.

3. Examen de los motivos de casación formalizados

Puesto que la sentencia comentada entiende que el recurso no ha cumplido con las exigencias formales que a la casación impone el legislador, resulta necesario examinar con detalle el tenor de los motivos articulados:

Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oponerse la sentencia nº 181/15 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad que permite al banco prestamista dar por vencido el préstamo hipotecario de una sola cuota mensual.

Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia recurrida, considera no abusiva a la cláusula que limita el uso y destino de la vivienda hipotecada, oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia recurrida, considera no abusiva la cláusula que atribuye al prestatario la obligación de abonar todos los impuestos y contribuciones que gravan la finca, así como otorgar poderes al banco prestamista para contratar en nombre del cliente un seguro de daños, adeudando su prima y los gastos derivados de su contratación, en la cuenta donde se pagan las cuotas del préstamo hipotecario, oponiéndose así a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

V. Preceptos relevantes

Por cuanto luego se verá, debemos recordar las previsiones de la LEC que disciplinan ciertas formalidades en el recurso de casación. En concreto, el artículo 477 ("Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación") establece lo siguiente:

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

VI. Doctrina básica

A la vista de cuanto antecede, debemos ya resumir la doctrina acogida por la sentencia en estudio.

1. Estructura del recurso de casación

Como es lógico, son muchas las ocasiones en que la Sala Primera se ha ocupado de desentrañar el alcance del artículo 477 LEC. Recopilemos algunos aspectos relevantes de lo dicho en ellas[320]:

320 Véase las SSTS-CIV 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 enero de 2012, 185/2012, de 28 de

▪La función nomofiláctica que cumple el recurso de casación exige que en el recurso se identifique con absoluta precisión la norma que se pretende infringida y cuya interpretación por esta Sala cumple la finalidad que a la Jurisprudencia asigna el artículo 1.6 del Código Civil.

▪No se cumple tal exigencia cuando en un mismo motivo se alegan pluralidad de normas, como acontece en este caso en el que, además de las que se identifican de forma específica, se añaden las concordantes y siguientes, con desconocimiento de una muy reiterada y uniforme jurisprudencia que afirma que la cita de la norma o normas infringidas no puede hacerse mediante fórmulas como "y siguientes", "y concordantes" u otra similar.

▪El escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente.

▪La estructura del recurso debe ser muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sin mezclar cuestiones de hecho y de Derecho, o sustantivas y procesales o, también, jurídicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción.

▪En consecuencia, no está permitido en casación la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria.

▪El recurso que opta por acumular preceptos infringidos sin detallar las infracciones, infringe la normativa casacional y dificulta la defensa del recurrido.

▪El recurrente debe argumentar la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado.

▪No cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada a la casación.

▪No es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y porqué resulta infringido el Derecho aplicable a la decisión del caso.

---

marzo, 348/2012, de 6 de junio, y 121/2017, de 23 de febrero.

2. Necesaria denuncia de infracción normativa

En estrecha relación cuanto queda expuesto, la doctrina de la Sala Primera[321] viene insistiendo en que el recurso de casación, conforme al art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. De este modo:

- Es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.
- La identificación de la norma infringida debe hacerse en el encabezamiento del motivo, esta enumeración que se hace luego, al final del desarrollo de las alegaciones, tampoco cumple la función de identificación de la concreta norma legal infringida, en atención al carácter heterogéneo de las normas legales invocadas, por su variedad y disparidad.
- Esta exigencia legal no se cumple con la genérica referencia, contenida en la formulación del motivo, a «Infracción del Código civil» y a «Infracción de los artículos relativos al consentimiento y a su prestación (los razonamientos jurídicos y el fallo de la sentencia infringen el art. 24 de la CE y también el art. 51 de la carta magna)». La referencia en general al Código civil y luego a los artículos relativos al consentimiento y a su prestación es demasiado genérica, insuficiente para fundar un motivo de casación. Y la mención de los arts. 24 y 51 de la Constitución tampoco sirve, pues además de que se citan en relación con las insuficientemente identificadas normas infringidas, contienen una prescripción muy general a estos efectos.

3. Conversión de la causa de inadmisión en otra de desestimación

La deficiente formulación del recurso de casación comporta que el mismo deba ser inadmitido a trámite[322]. Ahora bien, en el presente caso no sucedió así, por lo que es necesario recordar que la causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de

321 Por todas, SSTS 108/2017, de 17 de febrero, 399/2017, de 27 de junio y 91/2018, de 19 de febrero.

322 El art. 483.2.2º LEC dispone que procede la inadmisión del recurso de casación si el escrito de interposición del recurso no cumpliese los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley.

la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia[323].

Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos"[324].

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, la STS-CIV 629/2019 desestima el recurso interpuesto por el prestatario demandante, que es condenado a la pérdida del depósito y al abono de las costas.

En síntesis: el recurso de casación resulta inadmisible, por cuanto no se cita, en ninguno de sus motivos, la norma sustantiva que se considera infringida por la sentencia recurrida.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 3 del Fundamento de Derecho Segundo encontramos diversas consideraciones especialmente relevantes para resumir la posición del Tribunal:

- El recurso de casación, conforme al art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción.

323 SSTS-CIV 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo.

324 Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre.

- Como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.
- No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara.

IX. Comentario ("Conexión laboralista")

Los términos en que la STS comentada plantea el problema y encauza su solución son del todo similares a los aplicados en la jurisdicción laboral cuando ha debido enfrentarse con problemas análogos.

1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso

Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho[325].

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998, entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la

325 Cf- STS-SOC 40/2016 de 26 enero (rec. 144/2015) y las en ella citadas.

pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

Por otro lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000).

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descanse en error patente (SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997).

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

2. Exigencias específicas de la casación social

El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá «en los supuestos y por los motivos» establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las «resoluciones» recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los «motivos» en el artículo 207 LRJS. Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros —aunque fueren legítimos— intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal *a quo*, sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados «motivos del recurso») permitidas al efecto.

Puesto que la casación se plantea ante el Tribunal que ocupa un lugar preeminente en el sistema judicial, se requiere la asistencia de Abogado, y el legislador la ha rodeado de diversas exigencias, la tutela judicial no padece cuando se exige su real y escrupuloso cumplimiento (STEDH 15 septiembre 2016; *Trevisanato contra Italia*). No caben formalismos excesivos, pero tampoco desconocimientos de que hay que cumplir de modo razonable cuanto la norma procesal pide.

Con arreglo al artículo 210.2 LRJS, en el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207 (cuestiones formales, revisión fáctica, infracciones sustantivas), razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezca la doctrina invocada[326].

Con el referido norte interpretativo (hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado) interesa recordar que el actual art. 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias:

- Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación.
- Se redactarán con el necesario rigor y claridad.
- Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207.
- Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo.
- Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas.
- Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas[327].

326 Cf. las SSTS-SOC 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014), 1060/2016 de 15 diciembre (rec. 264/2015), 269/2018 (rec. 54/2017), entre otras.

327 Por ejemplo, la STS 917/2018 de 18 octubre (rec. 163/2017) expone las deficiencias de un recurso porque: 1) El contenido del escrito de interposición del recurso revela que el mismo se limita a reiterar las alegaciones que sirvieron de sustento a la demanda y que fueron reproducidas en el juicio oral, sin que se discutan los argumentos de la sentencia de la instancia. Es de observar que en el desarrollo del único motivo del recurso no se hace la más mínima alusión a la sentencia recurrida, ni mucho menos se busca contradecir, ni siquiera sucintamente, los razonamientos

▪En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido. y, en particular, los siguientes extremos:

▪En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido.

▪En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.

3. Infracción normativa denunciable

Son múltiples las maneras en que una resolución judicial, que se dice fundada en Derecho, puede contravenir lo querido por éste; así, por inaplicar el precepto adecuado, por interpretar erróneamente las normas, por proyectar la ley a un supuesto diverso del contemplado, etc. Queriendo abarcar esas modalidades, en el viejo recurso por infracción de ley y doctrina legal se acogía como motivo de la casación el de «violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas aplicables al caso» (art. 167.1 de la LPL-80).

Pues bien, todas las —bastante formalistas, cuando no artificiosas— matizaciones sobre el modo en que se haya infringido un precepto han

del Tribunal "a quo". 2) Tal planteamiento es incompatible con la esencia del recurso de casación cuyo objeto es, precisamente, cuestionar la sentencia impugnada, combatiendo sus fundamentos jurídicos, sin que resulte posible en el ámbito estricto del este recurso realizar un nuevo examen, un "novum iudicium", de la cuestión litigiosa, que es lo que, al parecer, pretende la recurrente. 3) El recurso menciona diversos preceptos constitucionales y legales sobre negociación colectiva, ascensos y clasificación profesional, pero no especifica el modo en que la sentencia recurrida los ha infringido. Reproduce los preceptos del ET cuya infracción denuncia y acto seguido expone su argumentación acerca del tema debatido. Pero no aparece ni una sola reflexión del modo en que la sentencia recurrida haya podido infringir esas u otras disposiciones. 4) Frente a las cuatro líneas argumentales en que la sentencia combatida basa su decisión, lo que el recurso despliega más se asemeja a una apelación o a la *Instructa* de las alegaciones vertidas ante la Sala de instancia que a un recurso de casación obediente a las exigencias legales y jurisprudenciales.

sido obviadas por la redacción del último y más prístino (en cuanto busca garantizar la primacía de los deseos materiales del legislador) de los motivos casacionales. Conforme al artículo 207.*e*) LRJS, cabe el recurso fundado en «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». A través de este motivo, se le va a pedir al Supremo que revise la irregular situación creada por la Sala de lo Social que ha resuelto un litigio en contra de lo querido por el Derecho. También la importancia del motivo exige ciertas precisiones complementarias:

1) La norma infringida puede ser, y resultará lo más frecuente, cualquiera de las contenidas por el ordenamiento jurídico, pero aplicables a las relaciones sociales que constituyen el sustrato o ámbito a cuyo conocimiento se aplica la jurisdicción social (cfr. arts. 1 a 3 LJS).

2) Desde luego, el recurso podrá intentarse siempre que se funde en la vulneración de una norma en sus múltiples variantes.

No sólo la eficacia normativa de la Carta Magna (cfr. art. 9.1 CE) sino también la expresa previsión del legislador determinan que, en orden al recurso, «será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional» (art. 5.4 LOPJ), aspecto especialmente trascendente en las materias propias de la jurisdicción social, dadas las vastas implicaciones constitucionales de las relaciones de trabajo y Seguridad Social.

Del mismo modo, los tratados internacionales (arts. 94 ss. CE) y las disposiciones de las Comunidades Europeas (cfr. arts. 93 CE y 189 ss. Tratado de Roma) son reconducibles a la generosa categoría de norma, por cierto bien importante en determinados ámbitos (especialmente en Seguridad Social).

Son alegables como infringidas todas las normas con rango de Ley, sea ésta formal, orgánica (art. 81 CE) u ordinaria (art. 90 CE) o disposición de valor asimilado, como reales decretos legislativos y reales decretos-leyes (arts. 82 y

83 CE). Aunque, dado el sistema de distribución competencial, no será muy frecuente que pueda suceder en la casación social, las normas emanadas de las Comunidades Autónomas, son parte integrante del ordenamiento jurídico a todos los efectos, casación inclusive.

Las disposiciones reglamentarias (cfr. art. 97 CE) son posible fundamento del recurso de casación, debiendo darse entrada a las diversas modalidades admitidas por el ordenamiento social (reglamentaciones u ordenanzas en tanto subsistieron, disposiciones sectoriales dictadas al amparo de la Disp. Final 7.ª del ET, decretos sobre relaciones laborales especiales, órdenes ministeriales en materia de Seguridad Social, etc.).

Los convenios colectivos han venido siendo admitidos como fundamento válido del recurso [cfr. art. 3.1.*b*) ET]; sería deseable que, en aras de la seguridad jurídica, la polémica existente en torno a los llamados convenios extraestatutarios se clarificase. Tradicionalmente se ha dicho que son inhábiles para fundamentar el recurso los acuerdos colectivos no publicados en el periódico oficial [STS de 17 de julio de 1993][328].

La costumbre local y profesional, que hubiere sido debidamente alegada y probada [art. 3.1.*d*) ET] podrá actuar también como norma presuntamente infringida a efectos casacionales.

En fin, respecto de los principios generales del Derecho en el orden social, existiendo un texto constitucional tan extenso y rico en la materia, se piensa que o se encuentran incorporados a él, o están reiteradamente explicitados en la jurisprudencia, o no podrán servir como base al recurso.

328 Se trata de exclusiones más formales que otra cosa; es evidente que este tipo de productos de la autonomía colectiva reposa sobre normas de carácter heterónomo (constitucionales, internaciones, internas) y que su cita sí abre las puertas al recurso.

4. Transformación de la causa de inadmisión en otra de desestimación

De manera reiterada, la Sala Cuarta viene sosteniendo que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación[329].

X. Apunte final

El recurso de casación ha venido siendo tradicionalmente considerado como una especie de *obra maestra* para quien ejerce la Abogacía y, aunque flexibilizadas sus exigencias, conviene no olvidar el rigor con que debe activarse[330].

El artículo 477.1 LEC configura como motivo único del recurso de casación civil "la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", de modo que yerra quien articula su recurso invocando la infracción de jurisprudencia y el interés casacional del tema pero orillando la referida necesidad de que se denuncie un incumplimiento de norma.

En el ámbito de la casación social, sin embargo, el motivo de infracción sustantiva está más abiertamente delineado, pero las exigencias formales también son relevantes. Ambas jurisdicciones coinciden en considerar como causa de desestimación lo que pudo haber sido motivo de inadmisión.

329 SSTS-SOC 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo.

330 De modo significativo, la STEDH 15 septiembre 2016 (Trevisanato contra Italia; demanda 32610/2007, sobre despido) examina un caso de inadmisión por incumplir las exigencias introducidas por un texto legal vigente año y medio antes de su formalización. La sentencia pone de relieve que el Abogado del demandante estaba en disposición de conocer sus obligaciones en la materia, al apoyarse en la redacción del artículo mencionado.

SOBRE LA "IMPERMEABILIDAD" DE LA CASACIÓN: EJEMPLO SOCIAL Y CIVIL

I. Una sentencia civil sobre derechos reales

1. Cuestión sustantiva debatida

La presente Tribuna surge como consecuencia de la lectura de la STS-CIV 597/2019 de 7 noviembre (rec. 23/2017). Aborda un tema, aparentemente, por completo ajeno a la perspectiva de quien esto escribe (la propia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Puede resumirse explicando que el dueño inicial de unos terrenos reclama a los propietarios actuales el pago de la cantidad que habían recibido como indemnización a causa de la ocupación ilegítima (de una parte de aquellos) por la Comunidad de Madrid; el demandante se basa en que el hecho generador de dicha indemnización había tenido lugar con anterioridad a la venta de su propiedad a los demandados.

La Audiencia Provincial acaba aceptando las tesis del antiguo propietario y condena a los nuevos propietarios a que le abonen el equivalente a la indemnización que ellos habían percibido (23.260,04 euros, más los intereses legales). Esta solución se basa en un criterio consolidado de la jurisprudencia civil, pues para que el comprador tuviese integrado tal derecho en su patrimonio, sustituyendo como titular del derecho al vendedor, se requiere la cesión expresa mediante pacto donde así se haya convenido en el marco regulado por los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil[331]. De no ser así, se operaría un enriquecimiento injustificado de los nuevos titulares que se plasmaría en que, pese a no haber comprado esa parte de bienes comunes

331 Conforme al art. 1526 CC "La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227".

El art. 1218 se refiere a que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Y el art. 1227 alude a la fecha en que los documentos privados surten efectos frente a terceros.

ocupados por la Administración, recibiría una indemnización que satisface el valor de la pérdida, una pérdida que no ha podido tener porque no compró la casa con la parte de elementos comunes ocupados indebidamente por la Administración[332].

2. Instrumentación del recurso

El recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 52 y 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 60 del Reglamento. Y aquí es donde aparece el tema que ahora interesa recalcar.

Como resulta obvio, quienes impetran la corrección jurídica del fallo emitido en segunda instancia basan su razonamiento en que la resolución dictada por la Audiencia Provincial ha infringido preceptos albergados en normas sustantivas integradas en el bloque de Derecho Público y disciplinadoras del procedimiento expropiatorio.

Así las cosas, la STS 597/2019[333] advierte que el recurso resulta inadmisible en tanto que se limita a denunciar la vulneración de disposiciones legales de carácter administrativo, como es la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, sin relación con norma de Derecho Civil. Se trata de criterio muy consolidado; a título de ejemplo, puede recordarse:

STS 186/2002 de 26 febrero: "En los recursos de casación civil tienen que fundamentarse los motivos en normativa de derecho privado con categoría de Ley o asimilados a leyes, apareciendo vedado la alegación como infringidos para apoyo del motivo de normas administrativas o fiscales. porque «Ley», a los fines del recurso de casación, no es otra cosa que cualquier norma de este rango y de naturaleza civil, condición que no presentan los preceptos de índole administrativa".

332 En este sentido STS-CIV 417/2019, de 15 julio.

Como precisa la STS-CIV 166/2017, de 8 de marzo, la solución es diversa si el bien objeto del contrato se transmite «con todos sus derechos y acciones» lo que, conocida en el momento de la contratación la reclamación efectuada frente a la Administración, venía a significar que el vendedor se desvinculaba en beneficio del comprador de cualquier derecho derivado de ella.

333 Es Ponente D. Antonio Salas Carceller y carece de votos particulares.

STS 541/2003 de 9 de junio: "para sustentar un motivo de casación civil no son idóneas las normas administrativas".

STS 648/2007 de 13 de junio: "se elude por la recurrente la naturaleza netamente administrativa de la cuestión mediante la cita de normas civiles de contenido genérico".

STS 633/2009 de 30 de septiembre: "la casación, en el orden jurisdiccional civil, que corresponde a esta Sala 1ª del Tribunal Supremo no permite la cita de normas administrativas como motivo de recurso, salvo que sean complementarias o que desarrollan preceptos de Derecho civil."

STS 707/2011, de 6 octubre: "no cabe alegar como motivo de casación, en un recurso en el orden jurisdiccional civil, normas del Derecho administrativo, pues mientras la función de la primera el resolver las cuestiones que se plantean entre particulares, la del segundo contemplan las relaciones con la Administración".

STS 70/2010, de 16 de febrero: "no cabe la invocación en el recurso de Casación civil de normas de distinto orden jurisdiccional".

3. Inquietud jurídica

Uno de los dogmas tradicionales que los estudios de Derecho transmiten a quien los sigue es el de la unidad del ordenamiento jurídico. Sin necesidad de mayores precisiones ahora, significa ello que las normas no operan de forma aislada (autista, podría decirse) sino en conexión (jerárquica, temporal, funcional, sistemática) con el resto de ellas.

En ese sentido tanto la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, como de las propias asignaturas de los planes de estudios, o la organización académica en "Departamentos" y "Áreas de conocimiento" viene a jugar una mala pasada, si se permite la expresión coloquial. No otra que el propiciar la imagen de que las diversas ramas o sectores del ordenamiento jurídico, así como los distintos órdenes de la jurisdicción son estancos, impermeables a las

interacciones del resto. Parece innecesario dedicar atención a demostrar que se trata de una conclusión por completo alejada de la realidad.

Pues bien, a partir de estas premisas surge la duda de si existen resortes procesales, como el activado por la STS-CIV 597/2019, que también contribuyen a fomentar esa visión. No se persigue ahora un examen riguroso o sistemático, sino el mero recordatorio de un par de cuestiones referidas a la casación en el orden social; se trata de avivar el debate, no de resolverlo, por descontado. ¿No estará generando la jurisprudencia social alguna barrera que restringe la permeabilidad de las diversas normas y oscurece la visión unitaria del Derecho?.

II. Las sentencias de contraste en la casación unificadora

Como botón de muestra de la idea que anima estas páginas vamos a recordar lo que sucede con el recurso de casación unificadora.

1. El instrumento conciliador de doctrinas discrepantes

Sin duda alguna, una de las instituciones más novedosas que, en tema de recursos implantó la LBPL es el recurso de casación unificadora. Tanto su intrínseca importancia, cuanto sus diferencias respecto de las figuras que en el pasado más se le asimilaban, así como las posibilidades que brinda en el orden práctico confluyen con una regulación positiva no exenta de problemas y que ha completado sus difusos perfiles a medida que el Tribunal Supremo ha tenido que ir definiendo diversas cuestiones.

La primera idea a destacar enlaza justamente con el motivo dominante del recurso todo, a saber, que persigue mantener la unidad de doctrina. Como quiera que numerosos asuntos —todos los conocidos en la instancia por los Juzgados de lo Social— trasladados ante la jurisdicción social agotan esta vía dentro del ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma, la propia pluralidad de éstas conduce a la diversificación de interpretaciones.

Pues bien, respecto de parte de tales hipótesis, este proceso impugnatorio va a impedir que esa disidencia quede sin posible remedio, al introducir una posible *concordia discordantium*. Se concilia, así, la importancia de la Comunidad Autónoma como demarcación judicial y la independencia de su Tribunal Superior con la misión constitucionalmente asignada al Tribunal Supremo y la homogeneización de criterios interpretativos en el ámbito de la jurisdicción social.

Hay aquí una clara y primera nota del recurso, atenta a su finalidad, que no es otra que la de evitar el pluralismo doctrinal de los órganos jurisdiccionales, por entender que socava las garantías de los justiciables, inseguros ante la opción que adoptará el juzgador, pendientes de cuál sea su propio criterio y, en su caso, víctimas de una desigual aplicación de las normas. De ahí el propósito de atajar ese peligro al afirmar que «la planta de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución a los mismos de los recursos de suplicación ha de ordenarse en modo tal que quede asegurada la unificación de jurisprudencia que el respeto a los principios de unidad jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la ley exigen» (E. de M. LBPL, parágrafo III). Este recurso persigue unificar doctrinas distintas y sólo se justifica por la previa existencia de criterios contradictorios.

2. Las resoluciones referenciales

Así como el tipo material de resolución (sentencias dictadas en suplicación) residenciable a través del recurso ante el Tribunal Supremo no suscita problema alguno (en cuanto está carente de excepciones) no puede decirse los mismo respecto de su elemento de comparación.

Conforme a la literalidad del texto rituario tales sentencias son recurribles «cuando fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo» (art. 219.1 LRJS). Se trata ahora de precisar cuáles son las resoluciones judiciales cuya importancia legitima el que se las tome como elementos de contraste, a la vista de la abundante doctrina de la Sala Cuarta.

3. Las discrepancias autonómicas

Pese a la existencia de razones en contra[334] y sin dedicarle siquiera una expresa reflexión, el Tribunal Supremo viene admitiendo la posibilidad de que las sentencias dictadas por la misma Sala del TSJ sean utilizadas como término de comparación para entablar el recurso. Eso no impide que una misma Sala varíe fundadamente de criterio, sin que necesariamente haya que unificar la doctrina haciendo prevalecer el primero; lo que acaba teniendo el Supremo es la posibilidad de examinar la corrección de las razones esgrimidas para tal cambio y no sólo la de evaluar si ha habido una discriminación en la aplicación de la norma.

4. Requisitos formales

A) Firmeza de la sentencia

Es importante identificar el momento a partir del cuál puede invocarse una sentencia a efectos referenciales.

Inicialmente admitió como válida la invocación de sentencias posteriores a la fecha de la recurrida aunque —obviamente— anteriores al momento de presentación del correspondiente RCUD[335]. Posteriormente entendió que las sentencias referenciales debían haber alcanzado firmeza cuando se mencionan en el escrito de preparación del recurso[336]. En fin, el Pleno de la Sala Cuarta

334 La referencia que la LBPL y la LRJS contienen a que las sentencias sean «contradictorias entre sí» puede entenderse como —doctrina mayoritaria— posibilitadora de la impugnación con fundamento en el contraste con precedentes sentencias de la misma Sala, pero ésa no es la única interpretación válida. Cuando el precepto habla de sentencias «contradictorias entre sí» parece referirse (el reflexivo) a un antecedente («las sentencias dictadas en suplicación»), pero lo cierto es que acto seguido aparece, como consecuente y decisiva, la aclaración de con quién ha de darse la contradicción (con la doctrina «de otra u otras Salas»). Luego la polémica locución bien puede entenderse como un *flatus vocis*, como una expresión sintácticamente descolocada y no como generadora, por sí sola y de modo casi subrepticio, de una modulación relevante respecto de cuáles sean las sentencias referenciales.

335 SSTS de 3 de junio y 28 de septiembre de 1992.

336 De lo contrario el quebranto de la unidad interpretativa a que alude el artículo 222 LPL no habría llegado a consumarse (puesto que la doctrina de la sentencia referencial podría reformarse mediante el recurso entablado frente a ella) y que las situaciones jurídicas sometidas a enjuiciamiento tampoco serían irreversibles (con lo que carecería de sentido la previsión del art. 226.1 LPL respecto de que los pronunciamientos recaídos en el RCUD no les alcanzarían), además de otras razones complementarias (SSTS de 6 y 17 de junio y 28 y 30 de diciembre de 1994; etc.).

fijó la fecha de apreciación de la firmeza en el momento de publicarse la sentencia recurrida (STS de 14 de julio de 1995). La doctrina podía resumirse del siguiente modo[337]:

- Para que exista la contradicción requerida por la Ley de Procedimiento Laboral es imprescindible que las sentencias de suplicación aportadas como de contraste no hayan sido revocadas por el Tribunal Supremo[338] y hayan ganado firmeza[339].
- Las sentencias invocadas como referenciales han de ser anteriores y gozar de firmeza en el mismo momento de publicarse la sentencia de suplicación que se impugna[340]. A estos efectos la publicación de la sentencia ha de entenderse realizada al finalizar los eventuales trámites procesales de subsanación[341].
- La firmeza es exigible incluso respecto de supuestos en que la identidad de supuestos es manifiesta y existe doctrina favorable a las pretensiones del recurso[342].

Acogiendo lo básico de esa evolución, el artículo 221.3 LRJS prescribe ahora que las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso.

Por no darse la firmeza, carece de idoneidad como sentencia de contraste la que se dicta en el mismo procedimiento que la recurrida la cual es consecuencia de que la de contraste se anulara en primera instancia para que el mismo Juzgado dictara otra[343].

337 SSTS como las de 10 de marzo y 21 de abril de 1998 (RJ 1998, 2.377 y 3.726); de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8.153); y de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, 5.315).

338 SSTS de 18, 26 y 31 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4.903, 4.128 y 4.141); de 22 de junio de 1993 (RJ 1993, 4.776); de 24 de julio de 1993 (RJ 1993, 5.762); de 18 de enero de 1994 (RJ 1994, 199); de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994, 818); de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9.463); y de 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 5.798).

La serie continúa con las SSTS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 6.313); de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8.806); de 17 de enero de 2007 (RJ 2007, 1.229); y de 18 de abril de 2007 (RJ 2007, 6.366).

En el mismo sentido Autos de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2.014) y de 22 de abril de 1998 (RJ 1998, 4.580).

339 En estos términos, SSTS de 1 y 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9.620 y 9.953); de 17, 24 y 31 de octubre de 1994 (RJ 1994, 10.332, 8.107 y 8.116); de 28 y 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10.516 y 10.525) de 28 de junio de 1996 (RJ 1996, 539); de 9 de julio de 2008 (RJ 2008, 6.554); y de 8 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3.865).

340 SSTS de 14 de julio de 1995 (RJ 1995, 6.587); de 20 (2) de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9.809 y 9.817); de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5.077); de 18 y 30 de junio de 2008 (RJ 2008, 5.358 y 6.537).

341 STS de 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 5.294).

342 SSTS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2.377); de 21 de abril de 1998 (RJ 1998, 3.726); de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8.153); y de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, rec. 4.372/2000).

343 STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013, 6265).

B) Invocación previa

Las sentencias no invocadas oportunamente en el escrito de preparación carecen de cualquier eficacia referencial[344]. La negativa posee una clara motivación: sobre tales sentencias, falta el anuncio temporáneo de su utilización o bien el razonamiento circunstanciado acerca de la contradicción, lo que —a la postre— impide de todo punto su toma en consideración, inclusive si existiere una verdadera contradicción.

Queriendo dejar patente su total aquiescencia con tal entendimiento de la lógica del recurso, el artículo 2.214.4 LRJS ha acabado por consagrar justo ese criterio, de modo que «las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición».

C) Sentencias sin hechos probados

Cuando la sentencia de contraste no transcribe los hechos que considera probados, sino que se remite, sin más, a los contenidos en la de instancia parece que no se puede apreciar la contradicción porque en la sentencia no hay constancia de cuáles fueron los hechos enjuiciados, puesto que ni siquiera aparecen en ella los que tuvo en cuenta el Juez *a quo*, que la de suplicación se limita a dar por reproducidos, y en consecuencia, no hay términos hábiles para intentar siquiera la necesaria comparación[345].

344 Por ejemplo, cfr. SSTS de 7 de mayo de 1993 (Aran. 4039); de 3 y 29 de abril de 1995 (Aran. 2902 y 5352); y de 1 de julio de 1998 (Aran. 5707).

345 Así lo advierte la STS de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3.813). Sin embargo en ocasiones se permite que el problema se subsane mediante la actividad probatoria del recurrente: aportando también la sentencia (de instancia) remitida, para de ese modo integrar el contenido de la contratada; en tal sentido, STS de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1.636) y ATS de 11 de febrero de 1992 (RJ 1992, 968).

5. Resoluciones inhábiles para el contraste

A) Sentencias del Tribunal Central de Trabajo

En abundantísimas ocasiones se ha descartado la validez del contraste realizado por referencia a las sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo[346]. La temprana STS de 15 de enero de 1991 (Aran. 49) ya advirtió que «queda excluida, por imperativo legal, la doctrina contenida en sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que no son aptas para viabilizar» el recurso pues sobre emanar de un órgano único y no plural, aparecen silenciadas por la LRJS.

La verdad es que también parece apreciarse cierta desazón por parte del Tribunal Supremo por no poder tomar como referenciales esos pronunciamientos; así, por ejemplo, la STS de 22 de septiembre de 1992 (Aran. 7366) dirime la contradicción suscitada en línea con «repetidas sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo, que si bien no constituyen jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil, son de gran valor por el prestigio y competencia suprema en esta materia de dicho Tribunal». Quizá por eso, como se ve en el Auto de 27 de septiembre de 1991 (Aran. 6482), en un primer momento la Sala 4.ª dio al recurrente la posibilidad de aportar otras sentencias hábiles para el contraste cuando sólo se había operado con las del TCT.

B) Sentencias de las Audiencias Territoriales

También ha descartado el Tribunal Supremo la posibilidad de que la comparación de la sentencia recaída en suplicación pueda llevarse a cabo con otras procedentes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las extintas Audiencias Territoriales; en tal sentido puede verse, por ejemplo, el

346 En este sentido pueden verse, por ejemplo, las SSTS de 22 de marzo de 1991 (Aran. 1892); de 19 de junio de 1995 (Aran. 5359); de 23 de enero de 1996 (Aran. 121); de 17 de enero de 1997 (Aran. 565); y de 12 de junio de 1998 (Aran. 5202).

Auto de 30 de enero de 1992. Al proceder de orden jurisdiccional diverso del social, las resoluciones emanadas de Salas de lo Contencioso de las extintas Audiencias Territoriales son inhábiles para propiciar el contraste.

C) Sentencias de la Audiencia Nacional

Las decisiones dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, silenciadas por la norma procesal, tampoco son válidas a estos efectos; mucho menos las decisiones emanadas de la Sala de lo Contencioso de la referida Audiencia [al respecto SSTS de 14 de abril,14 de mayo y 5 de junio de 1992 (Aran. 2646, 3556 y 4524) y de 13 de junio de 1994 (Aran. 4757)]. En favor de esa exclusión juega también el argumento de que frente a las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional procede el recurso de casación (art. 204.Primero LPL), de manera que ya el Tribunal Supremo puede acabar examinado su corrección jurídica por tal vía.

D) Sentencias de otras Salas del Supremo

La Ley no especifica que cuando se invoquen sentencias del Tribunal Supremo como contradictorias, las mismas deban corresponder a las dictadas por la Sala de lo Social. Sin embargo, no hay que olvidar que la *ratio legis* consiste en atribuir a la Sala 4.ª la competencia para conocer del recurso para la unificación de la *doctrina social o laboral*, por lo que su teleología se sitúa en la interpretación de la rama del Derecho que tiene encomendada.

Por eso la jurisprudencia advierte que no tienen, por tanto, la consideración de decisiones comparables a efectos de fundar la apreciación de una contradicción en este recurso las resoluciones de otras Salas del Tribunal Supremo, pues la doctrina que ha de unificarse es la del orden social y no ésta con la de otros órdenes[347].

347 Pueden verse las SSTS de 15 de abril y 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 2.656 y 6.805); de 25 de enero y 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 268 y 4.757); y de 2 y 3 de julio de 2002 (RJ 2002, 9.195 y 9.200).

La extraña y censurada STS de 15 de julio de 1991 (RJ 1991, 5.987), sin embargo, admitió la contradicción con una sentencia del orden civil; pero se trata de criterio aislado y expresamente rechazado por el propio Supremo en

E) Sentencias de otras Salas de TTSSJ

Es imposible la unificación con la doctrina sentada por Salas de los TTSSJ que no sean del orden social, por razones idénticas a las expuestas respecto de sentencias dictadas por el Supremo pero a través de Salas diversas de la Social; las resoluciones emanadas de Tribunales Superiores en el orden civil o contencioso son inadecuadas para propiciar el contraste[348].

F) Autos del Tribunal Supremo

El contraste sólo puede establecerse con sentencias nunca con los autos dictados ni siquiera por la propia Sala 4.ª del Supremo, como advierten las SSTS de 18 de octubre de 1993 (Aran. 7837) y de 27 de abril de 1994 (Aran. 3467), conforme a las cuales no puede extenderse la validez ni siquiera a los autos que podrían o deberían haber adoptado la forma de sentencia; posición, formalista y rigurosa pero coherente y segura: los autos no sirven para fundamentar la contradicción.

El caso específico de resoluciones emanadas de la Sala especial de Conflictos de competencia, pese a la singularidad de los asuntos que conoce, también está excluido por un doble motivo al no tratarse de sentencias (sino de autos) y proceder de Sala diversa de la competente en materia Social [en tal sentido, STS de 6 de abril de 1993 (Aran. 2913)].

G) Autos de Tribunales Superiores

Por razones similares, y ante la literalidad de la fórmula legal, no ha habido más remedio que descartar la posibilidad de contraste con los autos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia. Por ejemplo, las SSTS de 5 de marzo y 15 de julio de 1992 (Aran. 1622 y 5623), así como el Auto de 22 de octubre

resoluciones como los Autos de 28 de abril de 1999 (RJ 1999, 4.649) y de 26 de enero de 2000 (RJ 2000, 1.316).

348 Este criterio de rechazo puede encontrarse, a título de ejemplo, en la STS de 11 de marzo de 1994 (Aran. 2291) o en los Autos de 11 de febrero y 28 de diciembre de 1992 (Aran. 969 y 10371).

de 1992 (Aran. 7671) descartan el valor referencial, en general, de los autos que dictan las Salas de lo Social del correspondiente TSJ. El criterio se mantiene por parte de la STS de 27 de julio de 1992 (Aran. 5668) incluso respecto del auto dictado para resolver un recurso de queja sobre asunto idéntico al objeto de impugnación.

Inicialmente se descartó la validez de estos autos incluso si hubieran debido adoptar la forma de sentencia[349], pero posteriormente se ha rectificado este criterio para señalar que el auto que debió adoptar la forma de sentencia es resolución hábil a efectos de justificar el presupuesto de contradicción[350].

H) Sentencias de TTSSJ dictadas en instancia

Quedan al margen también las sentencias que las Salas de lo Social de un TSJ que pueden dictar al conocer en primera y única instancia [art. 7.*a*) LRJS], como es la materia relativa al conflicto colectivo (en tal sentido Auto de 1 de febrero de 1993).

I) Sentencias de Juzgados de lo Social

El tenor del artículo 217 LPL (actual 219.1 LRJS) y la constatación de que las sentencias dictadas por los Juzgados no son parangonables con las de un órgano colegiado se hallan en la base de la opinión adversa a su posible toma en consideración. El Auto de 21 de noviembre de 1995 (Aran. 8680) suscribió esa conclusión de manera expeditiva, incluso respecto de las sentencias dictadas por Juzgados frente a las que no quepa el recurso de suplicación.

349 STS de 18 de junio de 1996 (RJ 1996, 5.174).
350 STS de 21 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4.695).

6. Tribunales «mayores»

A) Sentencias y autos del Tribunal Constitucional

Con asidero en la literalidad de la LPL, la Sala 4.ª vino rechazando que las resoluciones del Tribunal Constitucional pudieran utilizarse a efectos de contraste[351], provocando una pequeña crisis institucional[352], finalmente pacificada[353].

La LRJS cambió radicalmente ese estado de cosas permitiendo la invocación de *sentencias* dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de derechos y libertades siempre que se cumplan los presupuestos de contradicción referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades.

B) Sentencias de Tribunales foráneos

El artículo 219.2 LRJS menciona otros dos tipos de órganos cuyos criterios pueden ser traídos a contraste para intentar la casación de una sentencia dictada en suplicación. Veamos en qué términos:

— Podrá alegarse la doctrina de contradicción la establecida en sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España.

351 Así lo manifiesta la Sala 4.ª del Supremo en numerosísimas resoluciones que se limitan a aplicar el tenor del artículo 217 LPL. En este sentido, entre otras, SSTS de 16 de enero, 17 de febrero y 10 y 15 de junio de 1992 (Aran. 44, 992, 4559 y 4580); y de 29 de abril de 1995 (Aran. 5352).

352 La STC 16/1995, de 24 de enero, manifiesta que pese al tenor de la LPL «no parece posible sostener que, cuando la presunta contradicción doctrinal se refiera a derechos y libertades fundamentales [...] no puedan ser un elemento válido de referencia las resoluciones del Tribunal a quien, en función de supremo intérprete de la norma constitucional (art. 1.1 LOTC), corresponde resolver la cuestión (art. 53.2 CE) y que ha dejado establecida la doctrina adecuada en materia de derechos y libertades».

353 Las SSTC 11/1998, de 13 de enero, y 38/1998, de 17 febrero, entre otras, admiten que las sentencias constitucionales no constituyen doctrina judicial susceptible de unificación ante el Supremo.

— Asimismo cabe invocar la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho comunitario.

Por descontado, la exigencia de la contradicción debe concurrir en todos los supuestos y da la impresión de que la LRJS ha querido restringir las posibilidades de otorgar soluciones alternativas (es decir: «la sentencia debe conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado»). Pero en los supuestos del artículo 219.2 LRJS con doctrina de contradicción del TC y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, TEDH y TJUE, en los casos de infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos, *la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate.* Con iguales requisitos se examinará la contradicción respecto de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho Comunitario.

III. Un apunte sobre competencia de la jurisdicción civil por la deficiente asistencia sanitaria pública (Al hilo de la STS-CIV 328/2019)

El caso.- La STS-Civil 326/2019 de 6 junio de 2019 ha estimado prescrita la reclamación presentada por un beneficiario de asistencia sanitaria pública (en concreto, del Servicio Vasco de Salud, Osakidetza) como consecuencia de que se le había extirpado innecesariamente un riñón sano (marzo de 2011) y solo más de un año después (mayo de 2012) inicia su reclamación, en forma de denuncia penal.

La doctrina.- De acuerdo con sus precedentes, la Sala Primera considera que las relaciones entre beneficiarios y la Entidad correspondiente "no son, en

puridad, contractuales". Por tanto, las reclamaciones (contra el Servicio Público o su Aseguradora) han de basarse en la responsabilidad extracontractual y sujetarse al plazo de prescripción anual previsto en el artículo 1968.2º CC (responsabilidad civil "por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado").

La encrucijada competencial y su remodelación.- Durante mucho tiempo, la responsabilidad por asistencia sanitaria pública ha venido siendo exigida indistintamente ante diversos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso, social), siempre con dudas acerca de cuál era el más pertinente.

El legislador quiso acabar con esa situación y abordó el asunto tanto en la LOPJ (art. 9.4 ex LO 6/1998) cuanto en la LJCA, además de en la Ley 30/1992 (art. 2.3º). A finales de los años noventa del pasado siglo, por tanto, la conclusión parecía clara: las eventuales deficiencias de la asistencia sanitaria pública solo pueden ser examinadas por los órganos de la jurisdicción contenciosa, y ello "*aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*" (art. 2.e LJCA).

Las Leyes 39/2015 (Procedimiento Administrativo Común) y 40/2015 (Régimen Jurídico del sector Público) han seguido avanzando en el mismo sentido, aunque sean inaplicables al caso reseñado.

Aplicación por la jurisdicción social.- Tras los descritos cambios normativos, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entendió que para determinar la competencia debe estarse a la fecha de presentación de la demanda (STS 27 julio 2004), pero que, en todo caso, a partir de 14 de diciembre de 1998 sólo es competente la Jurisdicción Contenciosa, por así disponerlo expresamente la Ley (STS 19 abril 1999). Los asuntos anteriores se consideran competencia de tal orden social (STS 19 diciembre 1996). Tras las reformas en cuestión, en suma, se ha querido dar un paso definitivo en favor del principio de única jurisdicción cuando se trata de exigir responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, incluidas las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Pervivencia práctica de la competencia civil.- Pese a lo anterior, por las causas que fuere, sigue habiendo un número relevante de casos en los que se reclama ante la jurisdicción civil; la competencia se afirma, en general, por el hecho de que la LOPJ y la LJCA están presuponiendo que la Administración Sanitaria es demandada, mientras que nada dicen acerca del supuesto en que la pretensión se ejerce solo frente a la Compañía Aseguradora de tal responsabilidad. Varios Autos de la Sala de Conflictos así lo admitieron. Por lo tanto, quien achaca una mala práctica a determinado Servicio Público de Salud y opta por demandar solo a su Compañía Aseguradora podría tener expedito el camino hacia los Juzgados civiles, al menos según esta interpretación.

Dudas.- La resolución que propicia esta nota es buen pretexto para una reflexión acerca de los fines perseguidos por el legislador y el resultado alcanzado. Porque en este procedimiento ha sido admitida "como parte demandada a todos los efectos" Osakidetza, no solo su Aseguradora. ¿Es ello compatible con el mandato del artículo 2.e LJCA, antes reproducido? ¿No es llamativo que la cuestión competencial solo fuera suscitada ante el Juzgado, y por parte de la Compañía Aseguradora?

Si del plano competencial pasamos al sustantivo, ¿es posible aplicar las reglas iusprivatistas del CC para determinar el alcance de unos derechos o deberes de carácter público? ¿El Servicio Vasco de Salud habría estado sujeto a unas normas distintas sobre prescripción de su responsabilidad si la demanda se hubiera planteado ante el orden contencioso? ¿Qué sentido tiene examinar, prejudicialmente, la responsabilidad patrimonial de la Sanidad Pública si la misma solo puede ser declarada en vía contenciosa y la Aseguradora solo responde si surge tal responsabilidad?

Epílogo.- La respuesta a la pregunta que rubrica esta Tribuna ya queda clara: "Sí, siempre que se demande también a la Compañía Aseguradora que responda del daño causado, conforme a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo". Pero lo cierto es que se trata de una respuesta con muchos más condicionantes de los que resulta posible reseñar ahora; mera

comprobación de ello lo ofrece la STS-CIV 321/2019, aprobada justo la víspera de la aquí noticiada.

IV. Reflexión final

Como se observa, los órdenes jurisdiccionales son reacios a operar con una concepción reamente unitaria del ordenamiento. Sea frente a las normas de otros sectores, sea frente a las resoluciones, la actitud del Tribunal Supremo.

El interrogante con que se quiere cerrar esta somera exposición es claro: ¿Convendría tener una mente más abierta en estos temas? Podemos pensar en el concepto de "jurisprudencia", en el acudimiento a normas infringidas o en el tipo de sentencia invocable a efectos de contradicción, pero son meros botones de muestra de esa idea.

Pensemos que la separación en órdenes jurisdiccionales ni es inmutable, ni tiene fronteras claras; que los mismos problemas a veces son conocidos en diversas jurisdicciones (por ejemplo, responsabilidad por asistencia sanitaria, por accidente laboral, por vulneración de derechos fundamentales); que las cuestiones ajenas a la propia competencia muchas veces son afrontadas de manera prejudicial; que los Tribunales "mayores" (Constitucional, Luxemburgo, Estrasburgo) no están organizados por materias; etc. No es ahora el momento de profundizar en esa idea, sino de someterla a crítica.

Por su lado, la actitud de la jurisdicción civil ante el tema de la responsabilidad de la Aseguradora en materia de asistencia sanitaria pública aparece como una pieza no solo polémica, sino demostrativa de que la unidad del ordenamiento permite juegos competenciales cruzados.

LA REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME POR FALSO TESTIMONIO DE TRABAJADOR (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 182/2019 DE 21 DE MARZO)

I. Introducción

La STS-Civil que se examina permite interesantes conexiones entre los bloques normativos dedicados a examinar las relaciones laborales y a proteger a los clientes de determinada empresa, contemplado ello desde la atalaya procesal de la revisión de sentencia firme.

Surge el problema cuando una persona se somete a tratamiento de depilación en Clínica debidamente autorizada y, como consecuencia, sufre lesiones de cierta relevancia. Su demanda (civil) es desestimada, siendo al efecto importante el testimonio que presta la empleada que lo atendió.

Por entender que la trabajadora ha faltado a la verdad, el cliente activa procedimiento (penal) contra la trabajadora, que finaliza mediante sentencia condenatoria por falso testimonio.

Mediante su tercera actuación jurisdiccional, el perjudicado insta ante la Sala Primera del Tribunal Supremo la revisión de la sentencia (civil) firme que le era desfavorable.

Como se observa, con un trasfondo claramente laboral (es una trabajadora quien testifica respecto del modo en que ha llevado a cabo se trabajo) surge una reclamación (contra la mercantil empleadora) y un posterior litigio de orden penal. Es decir, dos órdenes jurisdiccionales han conocido ya respecto de unos hechos por las implicaciones que determinada conducta laboral ha tenido, y ninguno de ellos es el social.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 182/2019 de 21 de marzo.
Número recurso o procedimiento: Demanda de revisión.
ECLI: ES:TS:2019:879
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

La trabajadora presta sus servicios para una Clínica Laser, a la que acude el demandante para someterse a un sencillo tratamiento depilatorio.

Como consecuencia de esa depilación, el cliente sufre diversas lesiones, consistentes en quemaduras de primer grado.

La trabajadora[354] se preocupa por las desfavorables consecuencias de su intervención y en los días siguientes remite al cliente diversos mensajes, en los que le pedía disculpas por haberle aplicado la técnica sin haber preguntado si había tenido exposición solar, insistiendo en que fue un despiste suyo, rogando que la perdonara.

354 Aunque, al parecer, ese dato ha carecido de toda relevancia, consta que en el momento de producirse los hechos litigiosos, tiene veinte años de edad.

2. Litigio ante la jurisdicción civil

Perjudicado por los hechos reseñados, el cliente presenta demanda de Juicio Verbal contra la Clínica y reclama una indemnización[355] por las lesiones sufridas.

En el seno del correspondiente procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia comparece como testigo la trabajadora y manifiesta que no había remitido los mensajes de disculpa al cliente y que ella le había preguntado si había tomado el sol previamente a la sesión, negándolo este.

Con fecha 16 de noviembre de 2016 el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid dicta su sentencia 342/2017. Basándose en ese testimonio y en el resto de pruebas practicadas, desestima la pretensión formulada por entender que el resultado lesivo había sido culpa exclusiva del demandante, a quien impone las costas del procedimiento.

A los efectos de este comentario, resulta muy relevante tomar en consideración lo manifestado en el Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia civil. Con base en el testimonio de la trabajadora que aplicó el tratamiento al demandante, se considera probado que el cliente "no comunica en ningún momento que había estado tomando el sol, cuando además y como manifiesta la perito existen en las cabinas carteles en los que se advierte de evitar la exposición solar 7 días antes y después de la sesión, recomendación que no fue atendida por el actor y tampoco éste advirtió de su exposición solar".

La sentencia 342/2017 no solo considera que el cliente ha omitido dar cuenta de su previa exposición solar, sino que toma nota de la diligencia desplegada por la trabajadora a fin de evitar resultados dañosos: "cuando fue advertido por la empleada deja de aplicar el láser tal y como ella misma manifestó en el acto del juicio por todo lo cual debe ser desestimada la demanda al haberse acreditado que el resultado lesivo fue debido a culpa exclusiva del actor".

355 En concreto, 5.926,26 €.

3. Litigio ante la jurisdicción penal

Dados los términos de la referida sentencia civil, el demandante opta por acudir a la jurisdicción penal y presentar querella por falso testimonio frente a la trabajadora que lo había atendido.

El Juzgado de Instrucción nº 28 de Madrid, mediante sentencia de 23 de mayo de 2018 condena a la trabajadora como autora de un delito de falso testimonio (art. 458.1 del Código Penal) a cuatro meses de prisión, accesorias y multa.

La sentencia argumenta lo siguiente: 1) Realmente la trabajadora envió mensajes de disculpa al cliente, rogando la perdonase por no haberle preguntado en su momento oportuno si había estado sometido a exposición solar. 2) La trabajadora compareció como testigo en el pleito civil activado por el cliente frente a la Clínica. 3) Pese a comparecer como testigo en las referidas actuaciones civiles, la empleada "a sabiendas de que no era cierto lo que iba a declarar y las consecuencias que podrán derivarse de ello", manifestó que no había remitido los mensajes y que había preguntado al cliente si había tomado el sol previamente a la sesión, negándolo este. 4) Ese testimonio falso fue decisivo para el signo desestimatorio de la demanda por daños y perjuicios.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo se centra exclusivamente en la solicitud de que se rescinda la sentencia civil que había desestimado la demanda interpuesta por el cliente de la Clínica.

1. El cliente (demandante)

El cliente lesionado viene ante la Sala Primera del Tribunal Supremo y sostiene que concurre la causa de revisión de sentencia firme contemplada en el artículo 510.3º LEC.

Por eso interesa que se estime procedente la revisión solicitada, y se declare la rescisión de la sentencia impugnada, con los demás pronunciamientos que sean procedentes en derecho.

2. La Clínica (demandada)

La empresa demandada, única parte demandada en el proceso civil entablado en su día, se opone a la solicitud de revisión de la sentencia firme.

3. El Ministerio Fiscal

Por su lado, el Ministerio Fiscal[356] emite su Informe en sentido favorable a la estimación de la demanda.

V. Preceptos relevantes

Aunque entran en juego otros preceptos, para la solución del caso acaba siendo decisivo el tenor de unos pocos preceptos de la LEC, aunque mediatamente también se ha aplicado el Código Penal.

En primer término, interesa revisar el alcance del artículo 458.1 del Código Penal, a cuyo amparo ha sido condenada la empleada de la Clínica:

> El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

Con todo, el precepto realmente central para la cuestión examinada en este caso no es otro que el artículo 510.1.3º LEC, cuyo texto es el siguiente:

> Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

356 El artículo 514.3 LEC prescribe que "en todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda".

[…]

3º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir el contenido doctrinal de la sentencia comentada, tan contundente como escueta. Puede hacerse del siguiente modo:

- El demandante de revisión promovió en su día demanda contra una clínica especializada en láser, en reclamación de las lesiones sufridas a consecuencia de la aplicación de un tratamiento de depilación por láser por una de sus empleadas.
- La demanda fue desestimada por entender que las lesiones que se le produjeron al demandante lo fueron por su culpa exclusiva, al considerar acreditado que el demandante no comunicó que había estado tomando el sol cuando fue advertido por la empleada que le iba a aplicar el láser, para lo cual fue relevante la declaración testifical de la empleada de la clínica.
- Seguido un procedimiento penal contra la empleada, esta resultó condenada como autora de un delito de falso testimonio al considerar probado que la misma cuando declaró como testigo mintió y manifestó que no había remitido mensajes de disculpa al demandante por haberle aplicado la técnica sin haber preguntado si había habido exposición solar, asumiendo que había sido un despiste suyo.
- La STS 182/2019 entiende que el testimonio que fue declarado falso tuvo una gran relevancia en el fallo de la sentencia que se pretende revisar, aunque no fuese la única prueba y estima la revisión, aunque remite al juzgado de instancia la valoración del carácter decisivo de la misma.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 182/2019 estima la demanda interpuesta por el cliente perjudicado. La Sala Primera decide, en consecuencia:

1º) Estimar la demanda de revisión formulada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y acordar su rescisión. 2º) Imponer las costas a la parte demandada de revisión, con devolución del depósito constituido para recurrir

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento Quinto la sentencia resume el sentir de otras muchas anteriores y sienta el criterio decisivo, al tiempo que sintético, para la resolución del caso. Vale la pena leerlo con detenimiento:

"De lo referido se puede deducir que en el fallo de la sentencia cuya revisión se pretende tuvo una alta relevancia el testimonio que posteriormente fue declarado falso (artº 510.3 LEC), si bien consta que no fue la única prueba, pese a lo que debe estimarse la revisión, sin perjuicio de que en el nuevo procedimiento, en su caso, se valoren el resto de las pruebas para el dictado de la sentencia que corresponda en derecho, pues estamos ante una prueba relevante (Sentencia 1312/2007 de 20 de diciembre) si bien valorar si es decisiva, no le corresponde a este Tribunal Supremo, sino al juzgado de instancia".

IX. Comentario

En esta ocasión, la sentencia comentada sirve de pretexto para recordar los confines de la revisión en el orden social de la jurisdicción.

1. Carácter común de la revisión de sentencias

Para contextualizar y evaluar la doctrina que acabamos de exponer interesa recordar que estamos ante un peculiarísimo medio impugnatorio de sentencias cuyo régimen jurídico es similar en el orden civil y en el social.

El sexto y último Título del Libro III de la LRJS se ocupa "De la revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes y del proceso de error judicial". La rúbrica es novedosa y más amplia que la de su antecesora (la derogada LPL de 1995), limitada a la revisión de sentencias firmes, la cual, desde las reformas de 2009, ya no aparece calificada como "recurso", concordando así con la LEC donde se habla de "demanda de revisión"; el precepto (art. 236) cierra el Libro dedicado a "los medios de impugnación".

Queriendo evitar la reiteración con la rúbrica del mencionado Titulo VI, el artículo 236 LRJS enuncia su contenido acogiendo una técnica simplificadora y diversa. Por un lado indica las dos figuras que se agrupan en el precepto ("Revisión y error judicial") y por otro lado especifica las principales cuestiones específicamente reguladas ("competencia y tramitación"), pues la brevedad de la norma se corresponde con la expresa remisión a sendos cuerpos legislativos (la Ley de Enjuiciamiento Civil para la revisión, la Ley Orgánica del Poder Judicial para el error)[357]. Lo cierto es que el apartado primero del artículo 236 LRJS afronta la revisión de sentencias o laudos firmes, optando por una remisión cuasi global a las previsiones de la LEC.

357 Es pertinente recordar que un recurso procesal, en sentido propio o estricto, refiere a toda impugnación que se dirige frente a resoluciones judiciales que aún no han alcanzado firmeza; en tales casos (los más numerosos) la interposición del recurso viene a retrasar la resolución del litigio pues se abre una nueva etapa o fase procesal. Por el contrario, se habla de recurso en sentido impropio o amplio cuando lo que se ataca es una resolución judicial ya firme; en estos casos (señaladamente, el recurso de revisión) el recurso abre un nuevo proceso dirigido a determinar si la resolución de referencia debe de anularse con fundamento en la concurrencia de causas externas que la invaliden (y, claro está, sin poder entrar en el fondo, amparado por la institución de la cosa juzgada).

Por ello, el legislador evita cuidadosamente la utilización de tal concepto; esa cautela terminológica quizá le haya hecho pensar que era preferible agrupar las dos figuras o remedios en un mismo artículo, aunque dista mucho de ser convincente la opción.

2. Carácter extraordinario de la revisión de sentencia

Son numerosísimas las sentencias de la Sala Cuarta destacando el carácter extraordinario y excepcional de la revisión. La STS 16 septiembre 2015 (rev. 19/2014) repasa buena parte de ellas y expone que "*por constituir la revisión de sentencias firmes una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada (art. 222 LEC), de suerte que se trata, con esta posibilidad de revisión, de equilibrar la seguridad jurídica -garantizada hoy día por el art. 9º.3 de la Constitución española- con la justicia -valor superior del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1º.1 de la propia Ley Fundamental- haciendo ceder parcialmente aquélla en favor de ésta, es claro que el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, por lo que no es posible, a través de la revisión, reenjuiciar la situación fáctica que contempló la resolución atacada, ni tampoco pretender un nuevo análisis de la cuestión ya resuelta por una decisión judicial que ha cobrado firmeza. Este remedio procesal se limita a la rescisión por causas tasadas y estrictamente interpretadas de una sentencia firme "ganada injustamente", sin que alcance a la revisión de los hechos*".

Por ello, la revisión únicamente puede interesarse a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como «numerus clausus» o «tasadas», imponiéndose –pues– «una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales», a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de alguno de los litigantes y con menosprecio de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, con olvido de que el recurso de revisión no se halla establecido para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente.

3. Perspectiva constitucional

Desde la perspectiva constitucional, una sentencia firme no puede ser dejada sin efecto, fuera de los estrictos límites legales, ya que se incurría en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación art. 9 CE), en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad e intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en resoluciones judiciales firmes.

Como establece y reitera la jurisprudencia constitucional, una de las perspectivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es la que se manifiesta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia perseguida por el Ordenamiento, lo que supone tanto que aquéllas se ejecuten en sus propios términos como el respeto a las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya establecido legalmente su eventual modificación o revisión por medio de ciertos cauces extraordinarios (por todas, SSTC 193/2009, de 28 de septiembre y 216/2009, de 14 diciembre). Existe, en efecto, «una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 CE consagra. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (entre otras, SSTC 285/2006, de 9 de octubre; 234/2007, de 5 de noviembre; 67/2008, de 23 de junio; 185/2008, de 22 de diciembre; y 22/2009, de 26 de enero).

"En definitiva, si el órgano judicial modificase una resolución judicial anterior al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, «quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme". Queda de esta forma protegida y garantizada por el art. 24.1 CE "la eficacia de la cosa juzgada material, en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre …) … No

obstante, el derecho a la intangibilidad de sentencias firmes no resulta automáticamente lesionado por la mera alteración o modificación de una decisión anterior, sino que debe valorarse su relevancia constitucional real con la perspectiva del art. 24.1 CE; es decir, si se ha realizado a través de un cauce procesal adecuado y con base en unas razones jurídicas suficientemente justificadas" (STC 216/2009, de 14 diciembre).

4. La revisión por falso testimonio

Es causa de revisión el que la sentencia combatida se hubiere dictado en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o peritos hubieren sido condenados por falso testimonio a causa de las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia (art. 510.1.3º LEC; art. 1796.3º LEC-1881).

La revisión en virtud de falso testimonio requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que en el proceso en el que se hubiere dictado la sentencia susceptible de rescisión se haya practicado prueba testifical o pericial; b) que los testigos o peritos hayan quebrantado el deber fundamental de veracidad que para aquéllos exige [bajo juramento o promesa y con conminación de poder incurrir en las penas derivadas del falso testimonio] el art. 365.1 de la LECiv y para estos últimos el art. 335.2 del propio Texto procesal; c) que los testigos o peritos hayan sido condenados, en virtud de sentencia firme, por delito de falso testimonio; d) que la condena por tal delito lo sea en concreto como consecuencia de las declaraciones o dictámenes emitidos precisamente en el proceso origen de la sentencia a revisar; y e) que las declaraciones testificales o los dictámenes periciales hayan tenido carácter decisivo, esto es, que de la fundamentación de la sentencia firme atacada, o de su tenor general, se desprenda con la suficiente seguridad que la solución se ha basado, si no de manera exclusiva sí al menos de forma claramente trascendental, en las referidas declaraciones o dictámenes[358].

Ha de acreditarse que la sentencia se dictara en virtud de las declaraciones testificales tachadas de falsas, sin que pueda admitirse en modo alguno un

358 En ese sentido STS 4 junio 2008, rec. 15/2007.

nuevo examen valorativo de las pruebas practicadas en el proceso (STS 30 septiembre 1992).

Esta vía no facilita el recurso por simple discrepancia con la valoración de la prueba ni, mucho menos, cuando la sentencia se aparta del resultado de la prueba testifical (STS 13 mayo 1987).

A efectos del recurso de revisión no es suficiente la retractación ante notario de testigo (STS 9 marzo 1988).

Si la condena penal por falso testimonio es clara y la declaración testifical fue determinante para el fallo de la sentencia no cabe duda de que procede la rescisión de está (STS 1021/2018 de 5 diciembre).

No cabe confundir el testimonio erróneo con el falso (STS 20 diciembre 2010)

Las previsiones del art. 86.2 LRJS, contemplando la hipótesis de que, en el curso del proceso laboral, se alegue por una de las partes la falsedad de un documento "que pueda ser de notoria influencia en el pleito", permitiéndole que acredite la presentación de "la querella" y suspendiéndose el dictado de la sentencia laboral podrían propiciar la duda acerca de su concordancia con la causa de revisión. Pero, acertadamente, la jurisprudencia viene advirtiendo que estamos ante "una mera facultad reconocida a la parte, pero no una obligación" (por ejemplo, STS 20 junio 2001 [RJ 2001, 6324]); de este modo, aunque no se haya tachado la falsedad del documento, nada impide obtener la posterior condena penal de falsedad e instar la revisión.

X. Apunte final

Quizá lo más relevante de la sentencia comentada sea su flexibilidad a la hora de apreciar que el falso testimonio haya sido decisivo para el fallo de la

sentencia frente a la que se interpone la revisión. La STS 182/2019 afirma que el testimonio declarado falso "tuvo una alta relevancia", que estamos ante "una prueba relevante", pero que "valorar si es decisiva, no le corresponde a este Tribunal Supremo". Es decir, traza una diferencia entre el carácter relevante y el decisivo. Se trata de una doctrina, aunque formulada de otro modo, en sintonía con la expuesta de la Sala Cuarta.

La trabajadora condenada por el falso testimonio no ha sido parte en el procedimiento civil que finalizó con la desestimación de la demanda por daños. Eso explica que quede al margen del proceso por revisión, del mismo modo que fuera del objeto litigioso queda el conocimiento de si lo acaecido le ha supuesto alguna consecuencia de orden laboral.

Para el debate, claro, aparecen temas tan laborales como el de la necesaria formación profesional a quienes ejercen actividades asalariadas, el despliegue de la suficiente supervisión por parte de la organización empresarial cuando se trata de personal no muy experimentado, las razones por las que una trabajadora intenta minorar las consecuencias de un descuido y posteriormente niega que lo haya hecho, etc.

EL ALLANAMIENTO DEL RECURRIDO (PERSPECTIVAS CIVIL Y SOCIAL)

I. Introducción

Las formas de que finalice un procedimiento judicial son múltiples, resultando lógico que usualmente la atención se centre en las más usuales. En esta ocasión, sin embargo, va a reflexionarse sobre una modalidad bastante infrecuente, a la que la LEC dedica su artículo 21 con la rúbrica de "allanamiento". Admitir que quien reclama tiene razón puede ser un acontecimiento surgido en la fase inicial del proceso, pero también cabe que sobrevenga a lo largo del mismo. La STS-CIV 172/2020 aborda las consecuencias de que esa manifestación de voluntad se produzca cuando la contienda ya ha accedido al propio Tribunal Supremo.

Con el trasfondo del asunto en cuestión, las páginas que siguen quieren examinar el régimen del allanamiento en la fase de recurso y con el filtro de la jurisprudencia civil. En paralelo, a modo de contraste, se revisa también el modo en que la jurisprudencia social enfoca esta singular forma de terminación del procedimiento.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.
Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número de resolución judicial y fecha: 172/2020 de 11 marzo.
Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación 3352/2017.
ECLI: ES:TS:2020:775.
Fuente: CENDOJ.
Ponente: Sr. D. Pedro José Vela Torres.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El debate de base es uno de los millares habidos durante los últimos años entre entidades financieras (aquí, Caixabank) y sus clientes, en concreto, al hilo de una cláusula incorporada a un préstamo hipotecario.

La cambiante posición que asume el Banco a lo largo del procedimiento (oponiéndose a la demanda, recurriendo y obteniendo sentencia favorable en apelación, allanándose ante el recurso de casación adverso) es fácilmente comprensible si se piensa en la evolución que a lo largo del tiempo ha experimentado la jurisprudencia acerca del valor de estas cláusulas.

1. Hechos relevantes

Los acontecimientos importantes para comprender el tenor del debate son bien escasos. Una ciudadana particular presenta demanda de juicio ordinario contra la Entidad Financiera interesando que se declarase la nulidad de la cláusula suelo incluída en su préstamo[318] y la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación.

La entidad demandada se opone a la demanda. Entiende que la cláusula no era abusiva y que había informado adecuadamente de las condiciones del préstamo[319].

2. Sentencia del Juzgado

Mediante sentencia de 26 de abril de 2016 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla estima la demanda en su integridad:

359 Se trata de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el día 18 de diciembre de 2.007, formalizada sobre un préstamo por importe de 114.000 euros, que establecía un interés remuneratorio mínimo del 4,75%.

Asimismo, interesaba la condena a la devolución de las cantidades abonadas como consecuencia de la indebida aplicación de dichas cláusulas.

360 Alega también, y en primer lugar, la prejudicialidad civil respecto de los autos 471/10 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid.

▪Declara la nulidad de la cláusula, por no cumplir los requisitos de inclusión ni de claridad.
▪Condena al Banco a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.
▪Condena al Banco asimismo a reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde su constitución (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.
▪Declara la subsistencia del resto del contrato.
▪Impone las costas a la parte demandada.

3. Sentencia de Apelación

Mediante su sentencia 265/2017 de 30 de junio (rec. 9827/2916) la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla estima el recurso de apelación interpuesto por Caixabank y desestima íntegramente la demanda. Considera que la cláusula era transparente, al adaptarse a la legislación administrativa sobre transparencia bancaria y estar claramente expresada en la escritura pública[320].

Con abundante cita de jurisprudencia y extensos razonamientos aplicados al caso, concluye que aquí se han cumplido todos los requisitos que son esenciales y determinantes para la comprensión de lo pactado por parte del prestatario. Estamos ante cláusulas claras, terminantes y categóricas sobre el contenido que expresa. Su comprensión no exige un esfuerzo denodado ni desmesurado, y se encuentran ubicadas en el lugar preciso.

361 Asume un concepto laxo de trasparencia, en el sentido de que lo pactado posee un claro alcance. La cláusula advierte que el interés a aplicar no podrá ser superior al establecido en el apartado 3.6 Interés nominal máximo en las revisiones señalado como tal en el Anexo I, ni inferior al establecido en el apartado 3.7 Interés nominal mínimo en las revisiones del mismo anexo. Y en dicho Anexo I se establece el interés nominal máximo en las revisiones en el 15%, mientras el apartado 3.7 establece el interés nominal mínimo en las revisiones en el 4,750%.

IV. Posición de las partes

En realidad, a los efectos que aquí interesan carece de relevancia el tenor de las respectivas posiciones sobre el tema de fondo (la validez de lo pactado), puesto que el litigio deriva hacia la aceptación de lo reclamado inicialmente.

1. La recurrente (demandante)

Disconforme con el fallo de segundo grado, la demandante interpone recurso de casación por interés casacional. Lo basa en un único motivo, denunciando la infracción de los arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), 3.2 y 4.2 de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, 82 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLCU), la Orden Ministerial de mayo de 1994 y el art. 48.2 de la Ley 41/2007.

En su desarrollo, cita como infringida la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, y 464/2014, de 8 de septiembre. Considera que la sentencia recurrida no realiza el control de transparencia de la cláusula controvertida, puesto que no se ofreció a la prestataria ningún tipo de información precontractual, por lo que no pudo tomar conciencia de la carga jurídica y económica del contrato.

2. La recurrida (demandada)

Pese a que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria (con un interés variable, si bien con una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés pactado) había sido considerada válida por la sentencia de segundo grado, ahora el Banco admite que tenía una cláusula ilícita.

En consecuencia, la Entidad financiera, que se había opuesto a la demanda, apelado la sentencia desfavorable y obtenido la plena absolución, seguro que ante el giro jurisprudencial sobre la materia, se allana al recurso de casación y solicita la no imposición de costas.

V. Normativa aplicable al caso

A) Son dos preceptos procesales los que va a manejar la Sala Primera para fundamentar su posición. El primero sobre el allanamiento. El segundo sobre las costas.

B) En sus dos primeros números, el artículo 21 de la LEC alberga las siguientes prescripciones:

> 1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.
> 2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley.

C) Por su lado, el artículo 398 LEC ("Costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación") dispone lo siguiente:

> 1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.
> 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

D) Respecto del proceso laboral, el artículo 235 ("Imposición de costas y convenio transaccional") establece lo siguiente en su primer número:

La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación.

VI. Doctrina básica

Como queda expuesto, al cabo ahora se trata de precisar las consecuencias del allanamiento que se manifiesta cuando ya está interpuesto el recurso de casación.

1. Ontología del allanamiento

En puridad, el allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella.

Se trata de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, porque no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan.

Con esas mismas notas, el allanamiento se concibe como forma de aceptar la pretensión expresada por el recurso. En buena lógica, la decisión de la parte recurrida ha de trasladarse a la contraparte a fin de que manifieste eventuales motivos de oposición[321].

362 De este modo, por ejemplo, la STS 272/2019 de 17 mayo explica cómo "Dado traslado a la parte

2. Viabilidad en casación

De manera reiterada, la Sala Primera viene entendiendo que el allanamiento de la parte recurrida/demandada también tiene efectos en casación y debe dar lugar a la estimación de la demanda, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil[322]. Se trata de doctrina muy reiterada, en términos literales y con apoyo en el artículo 21.1. LEC[323].

3. Aspectos complementarios

En algunas otras ocasiones recientes la jurisprudencia civil ha tenido que afrontar los perfiles y consecuencias del allanamiento. Sin ánimo exhaustivo recordemos seguidamente alguna de ellas.

Congruencia procesal.- La sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvención o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado[324]. El criterio es concorde con la doctrina conforme a la cual, salvo excepción, las sentencias absolutorias no pueden incurrir en incongruencia omisiva[325].

Condena en costas.- En el marco de los vaivenes jurisprudenciales sobre validez de las cláusulas suelo, la Sala primera ha acabado elaborando una matizada doctrina sobre la imposición de costas[326].

---

recurrente, por escrito de 22 de diciembre de 2017 manifestó que aceptaba el allanamiento respecto al recurso, y que por ello solicitaba se dictase resolución «estimándose íntegramente con devolución de las cantidades desde la constitución del préstamo hipotecario con expresa condena en costas".

363 En este sentido, por todas, STS 397/2018, de 26 de junio; 74/2017, de 8 de febrero, 475/2017, de 20 de julio; 294/2018, de 23 de mayo.

364 Por ejemplo, STS 172/2020 de 11 marzo.

365 En tales términos, STS 365/2013, de 6 de junio.

366 Recopila jurisprudencia al respecto la STS 165/2020 de 11 marzo.

367 La STS 272/2019 de 17 mayo, entre otras, lo explica: "allanada la parte recurrida al recurso de casación y correspondiéndose su motivo único con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez

Desde luego, ninguna duda cabe de que la estimación del recurso de casación comporta, según el art. 398.2 LEC, que no se condene a ninguna de las partes litigantes en las costas del propio recurso de casación. Para el resto, se considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias se impongan al banco demandado cuando el mismo ha desplegado una conducta procesal importante y opuesta a la doctrina finalmente triunfante[327].

Como el allanamiento ha sido total, no entra la sentencia en el problema de las costas cuando el allanamiento es parcial. La doctrina judicial tiene a pensar que como quiera que el proceso continúa, y el allanamiento no ha servido para que el actor obtenga la plena satisfacción de su pretensión, las costas deberán regirse por las reglas ordinarias del proceso, y en consecuencia si respecto de lo que no ha sido objeto de allanamiento, hay estimación de la demanda, salvo que concurra excepción, por aplicación del criterio de vencimiento objetivo, se impondrán las costas al demandado, y en otro caso al existir una estimación parcial, cada parte soportará las costas comunes por mitad, siendo de cuenta de cada parte las originadas a su instancia.

Naranjo) y con la jurisprudencia de esta sala posterior a la misma a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero, procede estimar el recurso por tener también el allanamiento relevancia en casación …".

368 STS-CIV Pleno 419/2017 de 4 julio: del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y en fin, al personarse ante *esta sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016* , interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esta misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.

Litisconsorcio pasivo.- El allanamiento de uno o varios de los codemandados es válido, pero no vincula a los demás codemandados, ni al contenido de la sentencia; pero ésta desestima la demanda, estimando el recurso de uno de los codemandados, aquella desestimación de la demanda alcanzará a todos los codemandados por razón de la indivisibilidad del pronunciamiento y de la fuerza expansiva de la sentencia, pese al allanamiento de alguno de ellos[328].

VII. Parte dispositiva

De conformidad con todo lo anterior, la Sala Primera estima el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestima el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, a fin de confirmar la sentencia de primera instancia. De este modo:

- Estima el recurso de casación interpuesto.
- Casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el recurso de apelación núm. 9827/2016.
- Desestima el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A.y confirma la sentencia n.º 184/2016, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla.
- Impone a Caixabank S.A. las costas del recurso de apelación.
- Ordena la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del prestado para el recurso de casación.

369 La muy extensa STS 11/2012 de 19 enero (rec. 141/2009), recopilando la doctrina sobre el tema, expone que "son en definitiva, todos los demandados litisconsortes pasivos necesarios y la consecuencia procesal de tal vínculo es que no pueden tenerse en cuenta ni los allanamientos de alguno, ni la aceptación de la sentencia, pues los recursos de cualquiera de los litisconsortes les aprovechan. Si en definitiva, se trata de proceso único que ha de desembocar en sentencia única, no puede estimarse el motivo."

VIII. Pasajes decisivos

La doctrina acogida por la STS-CIV comentada, que en modo alguno es novedosa, pero sí muy clara, puede resumirse en las siguientes afirmaciones:

> "El allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado […]".
> "[El allanamiento] puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, porque no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan".

IX. Comentario

Con el trasfondo de la expuesta doctrina civil acerca del allanamiento, resulta de utilidad repasar el modo en que la figura se ha asomado a las sentencias de la Sala Cuarta durante los últimos años, bien es verdad que, por lo general, de manera colateral.

Diferencia con minoría derrotada.- Al hilo del supuesto en que tres miembros del comité de empresa impugnan un convenio colectivo del que disienten, se ha dejado claro que no puede identificarse como allanamiento la supeditación de la voluntad minoritaria a la de la mayoría[329]:

> "No cabe entender, como pretende el recurrente, que se trata de un allanamiento, ya que en nuestro ordenamiento tal figura, con los efectos pretendidos por la parte, únicamente existe en el ámbito del proceso y requiere una expresa e inequívoca manifestación de voluntad, que no se ha producido, al no constar la misma en las actuaciones".

370 En tal sentido SSTS 21 abril 2015 (rcud. 311/2014); 9 junio 2015 (rc. 122/2014 y las en ella citadas).

> "La LEC regula el allanamiento parcial y prescribe que el tribunal, a instancia del demandante, dictará de inmediato auto acogiéndolo pero para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas.

Efectos del allanamiento parcial.- En concordancia con la trascrita previsión de la LEC sobre allanamiento parcial se concluye que cuando el mismo surge y la pretensión formulada fracasa, no cabe desconocer su estimación en parte:

> Dado que en el acto de juicio, tal y como recogen los hechos probados de la sentencia, la empresa reconoce adeudar la cantidad de 7.658,81 euros […] el hecho de que no prospere íntegramente la pretensión de los demandantes no implica que la demanda deba desestimarse ya que debe efectuarse la condena en esos importes reconocidos como adeudados por la demandada y que deben mantenerse por existir un allanamiento parcial de la misma"[330].

Esa misma consecuencia, en buena lógica, se sigue cuando es el trabajador quien presenta recurso (de casación, o de suplicación resuelto por la Sala Cuarta asumiendo el segundo grado jurisdiccional) y el mismo fracasa, pero la empresa ya había admitido que tenía razón en parte:

> "Debemos resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar en su integridad el recurso de igual clase interpuesto por el trabajador, pero manteniendo la confirmación del fallo que condenaba a la recurrente a pagar las cantidades reconocidas como adeudadas. El hecho de que no prospere su recurso no implica que la demanda deba desestimarse, ya que debe efectuarse la condena en esos importes reconocidos como adeudados por la demandada y que deben mantenerse por implicar en fin un allanamiento parcial"[331].

371 STS 1 diciembre 2017 (rcud. 976/2017).

372 SSTS 700/2018 de 3 julio (rcud. 800/2015); 953/2017 de 29 noviembre (rcud. 3075/2014), entre otras varias.

Estimación del recurso casacional de quien se allanó parcialmente.- En múltiples supuestos en que se ha debatido sobre diferencias retributivas y la empresa (tras haber aceptado una parte de lo reclamado) acaba interponiendo recurso de casación (unificadora) que se estima, aparecen ponderadas las consecuencias de ello:

> "Dado el reconocimiento antes indicado -realizado en el acto de juicio, tal y como recogen los hechos probados de la sentencia- que ascendió a la cantidad de […] el hecho de que no prospere su recurso no implica que la demanda deba desestimarse, ya que debe efectuarse la condena en esos importes reconocidos como adeudados por la demandada y que deben mantenerse por implicar en fin un allanamiento parcial"[332].

Impugnación de convenio colectivo.- Un curioso supuesto de allanamiento, acaecido en instancia pero no censurado por la Sala Cuarta, surge cuando sindicalmente se impugnan determinados preceptos del convenio colectivo de empresa y ésta se aquieta con la invalidez de determinado precepto[333].

Despido improcedente.- Ha sido muy importante la doctrina conforme a la cual cuando la empresa despide y el trabajador formula demanda tiene derecho a que el órgano judicial se pronuncie sobre lo acaecido, aunque la empleadora acepte la improcedencia o nulidad de su decisión:

> *"Implicando la acción ejercitada por la trabajadora una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo, estando desde el mismo momento en que se ejercita, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, y en su caso en la restauración del vínculo contractual, reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador, ya que aunque exista allanamiento del empleador también debe dictarse sentencia, no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la*

373 STS 956/2017 de 29 noviembre (rcud. 1229/2015).
374 Cf. la STS 772/2016 de 22 septiembre (rc. 248/2015).

negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste por entenderse que con la decisión empresarial dicho trabajador dejaba de estar despedido, privándole no solo de una acción como la de despido ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial olvidando la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo con obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad del empleador"[334].

Efecto sobre los intereses por mora.- Aunque durante mucho tiempo la Sala Cuarta dio entrada al elemento subjetivo (la controversia) respecto del devengo del interés por mora, incluso en esa etapa descartaba que pudiera acogerse a esa excepción la empresa que admitía su deuda[335]:

"La sentencia recurrida no solo no desconoce esa otra doctrina del Tribunal Supremo que admite la excepcional posibilidad de liberar a la empresa del pago de intereses de mora, sino que expresamente la recoge, para concluir que no resulta aplicable a un supuesto como el presente en el que la empresa ha llegado incluso a allanarse parcialmente a la reclamación del trabajador, lo que impide considerar la presencia de tan singulares circunstancias que pudieren conducir a excepcionar la regla general de la imposición objetiva y automática de intereses moratorios"[336].

Valoración de conductas del FOGASA.- Tras un despido colectivo la empresa abona una parte de la indemnización pactada (superior a la mínima legal) y el Fondo acepta pagar el tope de su responsabilidad, pero descontando la parte satisfecha por la empresa. La Sala Cuarta razona del siguiente modo, la desestimar el recurso de quienes interesan la prestación pública[337]:

375 Por todas, SSTS 5 febrero 2013 (rcud. 1314/2012) y 25 junio 2013 (rcud. 1329/2012).

376 La STS 19/2018 de 16 enero (rcud. 691/2016) extrae consecuencias de ello de cara a la contradicción: "en el supuesto de la sentencia recurrida se mantiene la condena a los intereses de mora porque la empresa no ha consignado cantidad alguna, ni tan siquiera aquellas respecto de las que se allanó parcialmente; aparte de que con ese allanamiento -aunque parcial- se viene a reconocer tácitamente que la normativa convencional de aplicación es la que los demandantes pretendían. Lo que nada tiene que ver con lo que acontece en la sentencia de contraste, puesto que en ella se libera a la empresa del pago de los intereses, pero partiendo de las especiales circunstancias por las que atravesó la demanda, cuya tramitación se vio afectada por un largo periodo de suspensión ante la pendencia de un proceso de conflicto colectivo, relativo a solventar con carácter definitivo el debate sobre la cuestión suscita por los trabajadores".

377 STS 948/2917 de 29 noviembre (rcud. 1039/2015. Al igual que otras de la serie, como STS 613/2018 de 12 junio (rcud. 810/2017).

378 STS 684/2017 de 18 septiembre (rcud. 3554/2015).

"Por lo expuesto, procede desestimar la causa de inadmisión examinada, al igual que las otras dos que plantea: que el FOGASA no impugnó el recurso de suplicación que formuló y que dejó que ganara firmeza otra sentencia similar, por cuanto ninguna de estas acciones revela la existencia de un allanamiento a las pretensiones de la demanda".

Retribución vacacional.- Al hilo de un importante conflicto colectivo de empresa sobre las partidas retributivas que deben integrarse en la retribución vacacional, la Sala Cuarta ha advertido la necesidad de que un eventual allanamiento sea claramente manifestado:

"Bajo la denuncia de haberse infringido los *arts. 24* y *120 CE* se hacen una serie de consideraciones que parecen encubrir unos datos de hecho que las partes conocen pero que no se hallan en el relato de HDP y que -parece- van referidos al percibo real de alguno de los conceptos. Críptica denuncia a la que la Sala sólo puede responder con lo siguiente: […] si lo que quiere es mostrarse un cierto y limitado aquietamiento a la pretensión, ello habría de traducirse en un allanamiento más o menos amplio, inexistente en autos".

Impugnación de despido individual en el marco de un ERE.- El art. 124.13 LRJS contempla una suspensión de los procesos individuales hasta que finalice el litigio colectivo y alude al afecto a la "resolución de la demanda"[338], lo que leva a la siguiente precisión:

No requiere mayor esfuerzo de interpretación llegar a la conclusión de que el término ‚resolución" alude a la finalización del proceso, ya sea por sentencia ya lo sea a través de la conciliación judicial pues como hemos visto ese valor posee la conciliación formalizada con intervención de quien sea titular de la Secretaría , *artículo 84.1 de la L J* S, y cuya aprobación requiere para revestir validez, mismo apartado, hasta el punto de emitir resolución aprobatoria , lo que excluye toda incomodidad interpretativa a la hora de incluir dicho acto de aprobación en la noción de, resolución, a la que hace referencia

379 Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley."

el *artículo 124-13 de la LRJS* , cuyo significado es el de haber puesto fin al proceso, excluidos obviamente el desistimiento y el allanamiento[339].

Conexión con conflicto colectivo.- En el marco de una reclamación de sexenios por parte de profesora de Religión, existiendo previa sentencia de conflicto colectivo, se reflexiona así:

> De ese, más que "tácito allanamiento"[340], expresa conformidad de la parte demandada con el núcleo de lo postulado en demanda -refrendado por la imparcial propuesta del Mº Fiscal como garante de la legalidad- se sigue el acogimiento del recurso, en tanto en cuanto la fundamentación de dicha postura procesal tiene su origen en una sentencia firme de conflicto colectivo acogedora de la demanda interpuesta en la materia por los agentes legitimados al efecto.

Alegación casacional de defectos formales.- EN el ámbito de un conflicto colectivo sobre interpretación de las normas del convenio en materia de permisos remunerados, se ha dicho lo siguiente:

> "[…] Sobre el que no plantea cuestión de fondo alguna el recurso, ya que, simplemente, alega el incumplimiento de los trámites formales y procedimentales que se debieron observar con motivo de allanarse a esa pretensión, defectos formales que debió alegar formulando otro motivo por quebrantamiento de esas formalidades, al amparo del *art. 207-c) de la LJS, y no alegando la infracción del artículo 56 del Convenio Colectivo*, lo que es relevante porque no se alega la infracción de los términos en que se produjo el allanamiento".

Invocación analógica.- En el marco de un procedimiento en que se impugna uno de los pactos incorporados al acuerdo mediante el que finaliza el procedimiento de deliberación de un despido colectivo, se ha recurrido a la analogía con la figura en estudio del siguiente modo[341]:

---

380 Por todas, STS 357/2017 de 26 abril (rec. 379/2016).

381 Y es que, en este caso el Ministerio Fiscal considera procedente el recurso, señalando que la sentencia de contraste (la de esta Sala del TS de 1 de diciembre de 2016, rcud 267/2015) es la que contiene la doctrina correcta y que "a mayor abundamiento, la parte recurrida, en su escrito de alegaciones, en una manifestación que bien pudiera entenderse como un *tácito allanamiento*, reconoce que…

382 STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014).

El lugar natural para examinar la validez de un pacto esencial del acuerdo sobre despido colectivo debe ser el pleito en que se cuestiona tal despido colectivo por la vía del *art. 124 LRJS* . Cuando no se impugna el despido colectivo, o cuando se ha impugnado y gana firmeza la correspondiente sentencia, se abre la posibilidad de examinar otras impugnación menor o secundaria) ha de respetarse lo dicho en la sentencia de despido colectivo (si existe) y, en todo caso, evitar el examen de cuestiones cuya trascendencia sea tal que se considere decisiva para el acuerdo alcanzado.

Esta contemplación necesariamente unitaria de ciertos negocios jurídicos no es desconocida en nuestras leyes procesales y forma parte de la adecuada delimitación del objeto procesal. Por ejemplo, el art. 21.2 LEC regula el allanamiento parcial y prescribe que el tribunal, a instancia del demandante, dictará de inmediato auto acogiéndolo pero "para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas".

X. Apunte final

Suele definirse el allanamiento como una terminación anormal de un proceso por el que la parte demandada reconoce las pretensiones del actor, lo que supone una manifestación del poder dispositivo que las partes tienen sobre el proceso. Los litigantes están facultados para ello y, en consecuencia, pueden renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Hasta ahí, lo que constituye el meollo de la institución, no surgen problemas. Pero cuando estamos ya en fase de casación es normal que hayan surgido dudas sobre sus consecuencias. La resolución comentada y la doctrina que la circunda contribuyen a resolverlas en buena parte.

SEPTIMA PARTE

RECLAMACIÓN CIVIL POR DEFICIENTE ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA (A PROPÓSITO DE LA STS-CIV 321/2019 DE 5 JUNIO)

El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia la situación provocada por el COVID-19. La rápida propagación, tanto a nivel nacional como internacional, ha motivado la reacción de los diversos Gobiernos y organizaciones de todo tipo. Más allá del impacto sobre la economía (globalizada hasta términos insospechados, como se ha visto), las denominadas "medidas sanitarias de contención" suponen reducir la actividad productiva (bien que de forma temporal, pero de alcance incierto), así como la vida privada (social, familiar, lúdica, asociativa, deportiva, religiosa, etc.). En ese escenario destaca la enorme limitación a la libre circulación de personas y la paralización de la actividad de numerosos sectores, con importantes pérdidas de todo tipo (de ingresos, de oportunidades, de empleo, de rentas, de impuestos, de progresión personal, etc.). En el terreno de las relaciones sociolaborales, la incidencia de todo ello es mayúscula.

El periodo que arranca a mitad del mes de marzo de 2020 será recordado, durante mucho tiempo, como el que propició una verdadera convulsión del sistema sanitario, un cambio radical de los comportamientos cotidianos, enormes pérdidas (de vidas, salud, recursos de todo tipo), así como un

cuestionamiento de valores y, todo hay que decirlo, un fenómeno jurídico de características singularísimas.

El mundo jurídico no puede ni evitar esa realidad ni ignorar la eventualidad de reclamaciones que quienes han sido afectados por la enfermedad o, en el peor d ellos casos, sus herederos consideren que ha habido una deficiente asistencia sanitaria y que ello merece un resarcimiento. Por esa razón, con profunda tristeza, la última materia que aborda este Discurso tiene que ver con ello.

I. Introducción

Durante mucho tiempo, la responsabilidad por asistencia sanitaria pública ha venido siendo exigida indistintamente ante diversos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso, social), siempre con dudas acerca de cuál era el más pertinente. El legislador quiso reordenar esa situación y abordó el asunto tanto en la LOPJ (art. 9.4 ex LO 6/1998) cuanto en la LJCA, además de en la Ley 30/1992 (art. 2.3º). A finales de los años noventa del pasado siglo, por tanto, la conclusión parecía clara: las eventuales deficiencias de la asistencia sanitaria pública solo pueden ser examinadas por los órganos de la jurisdicción contenciosa, y ello "*aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*" (art. 2.e LJCA). Por su lado, la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, optó por remar en la misma dirección. Las Leyes 39/2015 (Procedimiento Administrativo Común) y 40/2015 (Régimen Jurídico del sector Público)[383] han seguido avanzando en el mismo sentido, aunque sean inaplicables al supuesto ahora estudiado.

Pese a lo anterior, por las causas que fuere, sigue habiendo un número relevante de casos en los que se reclama ante la jurisdicción civil; la competencia se afirma, en general, por el hecho de que la LOPJ y la LJCA

383 Conforme a su art. 32 "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

están presuponiendo que la Administración Sanitaria es demandada, mientras que nada dicen acerca del supuesto en que la pretensión se ejerce solo frente a la Compañía Aseguradora de tal responsabilidad. Varios Autos de la Sala de Conflictos así lo admitieron. Por lo tanto, quien achaca una mala práctica a determinado Servicio Público de Salud y opta por demandar solo a su Compañía Aseguradora podría tener expedito el camino hacia los Juzgados civiles, al menos según esta interpretación. La calve se halla en el alcance conferido a una veterana previsión de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

La STS Civil 321/2019 es excelente exponente del resultado final a que accede la Sala Primera del Tribunal Supremo en una materia nada sencilla. Resultará inevitable la reflexión acerca de la concordancia de su doctrina con lo querido por el legislador y, desde luego, con la interpretación asumida en el orden social de la jurisdicción.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: Sentencia.
Órgano: Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Número y fecha: STS 321/2019 de 5 de junio.
Número recurso o procedimiento: Recursos de casación e infracción procesal 179/2017.
ECLI: ES:TS:2019:1840.
Fuente de consulta: Cendoj.
Ponente: Eduardo Baena Ruiz.
Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Vaya por delante que en esta ocasión el procedimiento suscita diversas cuestiones (responsabilidad por el daño causado, entidad de la reparación,

devengo de intereses, problemas procesales de la relación litigiosa o de la resolución de instancias inferiores, etc.) que, pese a su interés, van a quedar al margen del estudio. Nuestra atención va a centrarse solo en el tema competencial.

Es decir, presuponiendo que ha existido (*rectius*, podido concurrir) una responsabilidad patrimonial de la Administración (por deficiente asistencia sanitaria) y que la misma está asegurada por una Compañía Privada, ¿en qué medida puede litigarse ante la jurisdicción civil, a fin de reclamar a la Compañía Aseguradora? ¿Qué normas disciplinan, en tal caso, el examen de la responsabilidad por asistencia sanitaria? ¿Cuál es el papel de la jurisdicción contenciosa? ¿Es posible obtener decisiones de alcance diverso? ¿Cabe dilucidar si ha habido anómala asistencia sanitaria sin que esté presente en el litigio la entidad a la que se achaca esa deficiencia?

1. Hechos relevantes

Los hechos sobre los que ha debido pronunciarse el Tribunal Supremo son muy escuetos.

Mayo de 2012: el beneficiario de asistencia sanitaria pública es sometido a una intervención quirúrgica por el Servicio Madrileño de Salud (SMS; Hospital de la Princesa).

Agosto 2012: la parte actora reclama al SMS.

Enero de 2014: considerando que ha habido una importante negligencia médica[384], el interesado y sus hijos reclaman contra la Aseguradora una indemnización de 1.289.567,72 euros.

384 En concreto, falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial y deficiente atención tras detectarse una insuficiencia respiratoria.

3 septiembre 2014: Resolución del SMS admitiendo la existencia de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria, previa intervención del Consejo de Estado, y fijándola en 334.684,66 €.

2. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia de 29 de julio de 2015 el Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid estima sustancialmente la demanda y condena a la Aseguradora (que alegó su falta de legitimación pasiva) al abono de una indemnización de 735.972,75 €, más los intereses de demora desde el siniestro hasta su completo abono.

Considera existentes las anomalías; establece en 1.070.337,51 € la condena, pero como ya se han reconocido en vía administrativa 334.684,66 € hay que minorarla en ese importe.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Disconforme con el referido fallo, la Compañía interpone recurso de apelación. Mediante su sentencia de 27 de junio de 2016 (rollo 23/2016) la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso, pero estima en parte la impugnación y declara que la cuantía ya abonada por la Aseguradora también devenga los intereses del art. 20 LCS.

Respecto del devengo de intereses entiende que la consignación realizada en vía administrativa no responde al criterio exoneratorio estipulado legalmente sino que obedece al pronunciamiento del órgano administrativo y en la cuantía que este contempla, no existiendo causa justificada para el impago.

Niega efectos de cosa juzgada a la resolución dictada en vía administrativa pues la responsabilidad analizada en cada orden jurisdiccional obedece a principios distintos. Además, la resolución administrativa, no combatida, ni siquiera procede de un órgano judicial. Y es una opción constitucional (art. 24)

optar por la acción del art. 76 LCS. Nada que ver, por lo tanto, con el fraude procesal.

IV. Posiciones de las partes

La discusión que accede al Tribunal Supremo es sumamente compleja, puesto que ambas partes recurren y se cruzan tanto cuestiones atinentes a aspectos procesales cuanto al tema de fondo. Ello no obstante, dado el objeto formal aquí asumido, vamos a exponer solo lo que ahora interesa.

1. El beneficiario de asistencia sanitaria (y sus causahabientes)

Sostienen los reclamantes que no se ha valorado acertadamente el enorme perjuicio sufrido como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria.

2. La Compañía Aseguradora

Sostiene que el alcance de la responsabilidad del Servicio Público ya quedó fijado en el previo procedimiento administrativo, frente al que no se accionó judicialmente; es imposible que la responsabilidad del SMS asegurado se amplíe en un litigio civil.

Alega la existencia de fraude procesal, porque la demandante ya había acudido a la vía administrativa cuando activa la civil.

Argumenta que la responsabilidad del asegurado en este supuesto jamás se podrá derivar de los fundamentos jurídicos iusprivatistas sino de la Ley 30/1992 o el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, desarrollados por toda la línea jurisprudencial contencioso-administrativa. Eso hace que cuestione su legitimación pasiva en el litigio.

En todo caso, la condena ha de equivaler al importe de la responsabilidad patrimonial ya reconocido.

V. Preceptos relevantes

A) Tratándose de un tema de competencia jurisdiccional, es lógico comenzar por el tenor de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Teniendo en cuenta la fecha de los hechos (asistencia sanitaria en 2012, reclamación en 2014), los preceptos que debemos aplicar son los siguientes:

El artículo 9.2 LOPJ viene prescribiendo que "Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional".

Tras su modificación mediante LO 6/1988, el artículo 4 establece que los órganos del orden contencioso "Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional". En esa misma línea, tras su modificación mediante LO 19/2003, el pasaje legal añade que "Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva".

Tras diversos cambios en el propio apartado 9.4 LOPJ (LO 1/2010; LO 4/2011), su vigente redacción (desde luego, aplicable al caso examinado) establece lo siguiente:

> Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

B) La Ley 30/1992, en su Disposición Adicional Duodécima, abordaba la Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, en los siguientes términos:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

C) Ley de la Jurisdicción Contenciosa. Por su lado, el artículo 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), tras su modificación mediante Ley Orgánica 19/2003, viene atribuyendo a tal orden el conocimiento sobre "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

D) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS). Sin cambio alguno desde su aprobación, el artículo 76 de esta norma prescribe que "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

E) El artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), dedicado a las "Cuestiones prejudiciales no penales" dispone lo siguiente en sus dos primeros apartados:

"1. A los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social.

2. La decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca".

F) Conforme al artículo 3.g de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

"De las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social , así como de las demás entidades , servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas , sean estatales o autonómicos , por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria , y las correspondientes reclamaciones , aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

VI. Doctrina básica

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la importante y extensa sentencia civil comentada.

1. El criterio de la Sala de Conflictos[385]

A la vista del cuadro normativo descrito, pronto entendió el Tribunal Supremo que cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora,

385 Dispone el art. 42 LOPJ que los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo.

con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil[386]. Sus líneas argumentales son las siguientes:

- La LCS reconoce el derecho a la acción directa frente a la Compañía Aseguradora.
- Se trata de un derecho subjetivo, de carácter autónomo e inmune a las relaciones entre las partes del contrato de seguro, que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva.
- El legislador, pese a sus numerosas intervenciones en el sector, no ha estimado oportuno cambiar su configuración y no ha introducido excepción alguna, ni siquiera para cuando el asegurado y, por consiguiente, el responsable principal del daño sea una Administración pública.
- La LCS sigue reconociendo con idéntico alcance a los perjudicados la facultad de actuar directamente contra el asegurador, con independencia de quién sea el asegurado".
- Los cambios en la redacción de la LJCA no inciden en los supuestos en que el perjudicado decide ejercer la acción directa contra la aseguradora.

Por su parte, los AATS 19 diciembre 2013 (Cc 31/13) y 19 febrero 2014 (Cc 42/13), de la Sala del artículo 42 LOPJ, atribuyen la competencia a la jurisdicción civil para conocer de las acciones ejercitadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 LCS en reclamación de indemnización por los perjuicios derivados del deficiente tratamiento médico recibido por un servicio público de salud (en el primer caso) o por la beneficiaria de la asistencia sanitaria, en tanto que miembro de ISFAS (en el segundo).

Insisten en esa competencia cuando solo se reclama a la Aseguradora de la Administración. En este caso no cabe atribuir competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, dado que estos se encontrarían sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar y sin poder determinar, por lo tanto, si la misma ha sido o no conforme al ordenamiento jurídico, al plantearse ante

386 Su doctrina aparece resumida en el Auto 2/2011, de la Sala Especial de Conflictos de competencia, de fecha 11 abril 2011 (conflicto 25/2010).

los tribunales un conflicto limitado a relación entre privados, competencia que ha de atribuirse a la jurisdicción civil por al *vis atractiva* que le atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 9.2 LOPJ).

2. Doctrina de la Sala Primera sobre su competencia

Mediante la sentencia del Pleno que se comenta, la Sala Primera del Tribunal Supremo (por unanimidad) viene a mantener la competencia del orden civil en asuntos como el estudiado, por así exigirlo el carácter autónomo de la acción directa prevista en el art. 76 LCS. A través de numerosas sentencias ha ido fijando tres principios orientadores en la materia (autonomía de la acción, solidaridad de obligados, dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado), que dan lugar a múltiples escolios:

- Se trata de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado.
- Se trata de evitar que el perjudicado deba reclamar al causante del daño y éste al asegurador.
- El perjudicado tiene dos derechos, aunque ambos nacen del mismo ilícito.
- La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación.
- La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro.

- La cobertura de la Compañía respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato.
- La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado.
- La aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo.

3. La responsabilidad de la Administración, como presupuesto

La interpretación recién referenciada comporta un doble pie forzado para las sentencias del orden civil: han de examinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración (como presupuesto para condenar a la Aseguradora), pero su decisión no puede vincular a la entidad que ha dispensado la asistencia sanitaria cuya deficiencia se enjuicia.

El modo en que se han saltado los obstáculos que comporta semejante enfoque es muy cuestionable, pero lo cierto es que existe todo un cuerpo doctrinal que lo razona de manera solvente: 1) El pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma. 2) Ese pronunciamiento solo posee virtualidad a los efectos del proceso. 3) No cabe reconocer competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada, para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente.

La Sala Primera entiende que los inconvenientes de orden práctico que derivan de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar del sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con

la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados. El art. 42 LEC avala tal hipótesis.

4. Las opciones jurisdiccionales para los perjudicados

En un encomiable deseo de clarificar la doctrina sobre el tema, el Pleno de la Sala, sin que ello fuera necesario para resolver el litigio, expone que cuando un beneficiario de asistencia sanitaria pública considera que la misma ha sido tan deficiente que ha hecho incurrir a la Administración responsabilidad patrimonial puede optar por tres vías:

Primero.- Acción directa contra la Aseguradora de la Administración, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta.

La competencia exclusiva es del orden civil. Prejudicialmente determinará lo ocurrido. Pero no cabe, entonces, demandar responsabilidad y condena de la Administración. La responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos.

Segundo.- Acudir a la vía contencioso-administrativa y luego reclamar la responsabilidad directa de la Aseguradora.

La acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa.

Tercero.- Activar el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y activar también la acción directa del art. 76 LCS.

Esto es lo aquí acaecido. La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer.

5. Activación bifronte de reclamaciones

A) Vayamos, finalmente, con el caso suscitado. Los demandantes acudieron a la vía administrativa (7 agosto 2012) y recibieron respuesta estimatoria parcial (resolución de 3 septiembre 2014), pero antes de ello ejercitaron la acción directa (15 enero 2014).

Frente a la resolución administrativa (que reconoce una indemnización total actualizada por importe de 334.684,66 €) no se presenta impugnación, por lo que goza firmeza.

B) La Administración asumió su responsabilidad, sin que la cuantía fijada como indemnización haya sido cuestionada válidamente.

C) La Aseguradora no puede ser condenada a responder más allá de lo que deba hacerlo el sujeto asegurado. La jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil. Sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.

D) Lo contrario llevaría a una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto.

VII. Parte dispositiva

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales que aquí no interesa, la STS-CIV 321/2019 estima el recurso de casación interpuesto por la Aseguradora y desestima los de los demandantes.

Eso supone casar la sentencia recurrida, pero también revocar la de primera instancia, quedando la condena a la Compañía Aseguradora fijada en el importe de la resolución administrativa.

Los intereses del art. 20 LCS deben devengarse desde la fecha del siniestro hasta la de su consignación[387].

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 7 del Fundamento Tercero se condensa el alcance de la doctrina acerca de cómo conciliar la admisión de la acción directa frente a la Compañía Aseguradora de la Administración Sanitaria y la imposibilidad de condenar a ésta en el ámbito civil, así como con la necesidad de respetar el resultado de la vía administrativa o contencioso. Administrativa:

"Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora".

IX. Comentario

1. El resquicio sobre monopolio competencial de lo contencioso

El tenor de las regulaciones contenidas en la LOPJ y en la LJCA parecía inclinar hacia la conclusión de que siempre que se reclamase por deficiente

387 Este pasaje del fallo, sin embargo, no parece que tenga utilidad práctica, habida cuenta de que la Aseguradora ya abonó el importe a que asciende la responsabilidad patrimonial de la Administración.

asistencia sanitaria prestada en el ámbito público, la reclamación debería desembocar en el orden contencioso.

Así lo entendió la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Tras los descritos cambios normativos, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entendió que para determinar la competencia debe estarse a la fecha de presentación de la demanda (STS 27 julio 2004), pero que, en todo caso, a partir de 14 de diciembre de 1998 sólo es competente la Jurisdicción Contenciosa, por así disponerlo expresamente la Ley (STS 19 abril 1999). Los asuntos anteriores se consideran competencia de tal orden social (STS 19 diciembre 1996). Tras las reformas en cuestión, en suma, se ha querido dar un paso definitivo en favor del principio de única jurisdicción cuando se trata de exigir responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, incluidas las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Sin embargo, no se trata de algo tan claro como parece. Porque la LJCA lo que contiene es una prohibición de que las Administraciones sean demandadas ante órdenes diversos del contencioso, pero nada dice de sus compañías aseguradoras, si es que las tuviesen. Y la LOPJ lo que prescribe es que se lleve al orden contencioso la demanda frente a los entes públicos cuando "además" vayan contra otros sujetos. Pero ninguna de las dos normas precisa que sucede cuando alguien reclama por deficiente asistencia sanitaria solamente contra la Compañía Aseguradora de la responsabilidad en que pueda haber incurrido la Administración.

Bien puede decirse que la competencia del orden civil se cuela por un resquicio derivado del juego combinado de los diversos preceptos antes reproducidos.

2. Un caso paralelo

La STS-Civil 326/2019 de 6 junio de 2019 ha estimado prescrita la reclamación presentada por un beneficiario de asistencia sanitaria pública (en

concreto, del Servicio Vasco de Salud, Osakidetza) como consecuencia de que se le había extirpado innecesariamente un riñón sano (marzo de 2011) y solo más de un año después (mayo de 2012) inicia su reclamación, en forma de denuncia penal.

De acuerdo con sus precedentes, la Sala Primera considera que las relaciones entre beneficiarios y la Entidad correspondiente "no son, en puridad, contractuales". Por tanto, las reclamaciones (contra el Servicio Público o su Aseguradora) han de basarse en la responsabilidad extracontractual y sujetarse al plazo de prescripción anual previsto en el artículo 1968.2º CC (responsabilidad civil "por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado").

La resolución es buen pretexto para una reflexión acerca de los fines perseguidos por el legislador y el resultado alcanzado. Porque en este procedimiento ha sido admitida "como parte demandada a todos los efectos" Osakidetza, no solo su Aseguradora. ¿Es ello compatible con el mandato del artículo 2.e LJCA, antes reproducido[388]? ¿No es llamativo que la cuestión competencial solo fuera suscitada ante el Juzgado, y por parte de la Compañía Aseguradora?

Si del plano competencial pasamos al sustantivo, ¿es posible aplicar las reglas iusprivatistas del CC para determinar el alcance de unos derechos o deberes de carácter público? ¿El Servicio Vasco de Salud habría estado sujeto a unas normas distintas sobre prescripción de su responsabilidad si la demanda se hubiera planteado ante el orden contencioso? ¿Qué sentido tiene examinar, prejudicialmente, la responsabilidad patrimonial de la Sanidad Pública si la misma solo puede ser declarada en vía contenciosa y la Aseguradora solo responde si surge tal responsabilidad?

388 La verdad es que el Auto dictado por la Sala del art. 42 LOPJ , respecto de caso similar, entiende que no cabe atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa dado que cuando se constituyó la relación procesal no había Administración pública demandada ni actuación administrativa que revisar.

3. El artículo 3.g) LRJS

Este nuevo párrafo contempla, desde el punto de vista de la ley procesal laboral, lo que desde una perspectiva más general vienen regulando el art. 9.4.II LOPJ y el art. 2.*e*) LJCA. En efecto, así como estos preceptos encomiendan al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive", negando expresamente la LJCA la competencia del orden social, este art. 3.*g)* de la LJS reafirma esa falta de competencia respecto de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras, Servicios Comunes de la Seguridad Social y entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, tanto estatales como autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria. Dichas responsabilidades –dice este art. 3.*g)* transcribiendo la última cláusula del art. 2.*e)* LJCA- son exigibles en vía contencioso-administrativa "aun cuando en la producción del daño concurran [los entes públicos] con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

4. Sentido de la competencia sostenida

A la vista de cuanto antecede hay que preguntarse si tiene sentido que puedan plantearse litigios como el culminado con la sentencia comentada. Las disfunciones (aceptadas por la propia resolución judicial) se justifican porque está en juego la tutela judicial y no cabe realizar una interpretación restrictiva.

Sin embargo, lo cierto es que también la entidad que ha prestado la asistencia sanitaria es acreedora de tal derecho constitucional y que parece más razonable concentrar en una sola jurisdicción (la única competente para condenar al causante del daño) el conocimiento de las reclamaciones. La previsión de la LCS es funcional cuando nos movemos en el terreno de las relaciones de Derecho Privado, pero colisiona con la lógica inherente a la declaración de responsabilidad de los entes públicos.

Adicionalmente, tanto la Ley 30/1992 cuanto la LRJS contienen otras palancas argumentales en favor de la concentración competencial. Y lo que es más importante, el sentido de los diversos cambios normativos más bien parece moverse en esa línea que en la acogida por la STS 321/2019.

5. Una duda procesal

Las expuestas normas sobre competencia del orden civil impiden que la Administración que ha prestado la asistencia sanitaria aparezca como demandada. Es justo lo contrario de lo que quiere la LJCA, cuyo art. 21.c) prescribe que se considera parte demandada "las aseguradoras de las Administraciones públicas, *que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*". Ante esa clara previsión, parece lógico que el debate acerca de la responsabilidad, con comparecencia procesal de Administración y Aseguradora, se desarrolle en el único escenario en que ambas pueden comparecer: el pleito contencioso.

X. Apunte final

Como queda expuesto, diversas reformas normativas (LOPJ, LJCA, LRJS, Ley 30/1992) apuntaron hacia la jurisdicción contenciosa como la única competente para conocer las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en particular cuando se trata de eventuales deficiencias en la asistencia sanitaria por ella prestada. Sin embargo, la Jurisdicción Civil considera que, en tal orden jurisdiccional, subsiste la posibilidad de acción directa frente a la Compañía Aseguradora de tal responsabilidad.

La STS-CIV (pleno) 321/2019 ha intentado poner orden en ese embrollo. En el lado positivo de la sentencia, desde luego, debe aparecer la decisión de someter a un mismo bloque normativo (el de Derecho Público) la eventual responsabilidad patrimonial de quien ha prestado la asistencia sanitaria, con

independencia de si se reclama en uno u otro orden jurisdiccional. Además, la responsabilidad de la Administración en ningún caso va a fijarse en el ámbito civil.

La Exposición de Motivos de la LRJCA[389], el repliegue de la jurisdicción social y la tendencia de las diversas reformas normativas no han bastado para que la Jurisdicción Civil haya declinado la posibilidad de examinar la existencia de eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Aunque en favor de esas tesis (cuando se ejercita la acción de responsabilidad directa frente a la Compañía Aseguradora) militan también las resoluciones de Sala Especial del propio Tribual Supremo, la verdad es que no acaba de verse la ventaja de ello; sobre todo, no acaba de asumirse que la interpretación de la LCS deba permanecer insensible a toda una serie de cambios normativos, por más que los mismos opten por mantener la suficiente ambigüedad como para que la STS-CIV 321/2019 pueda desarrollar su expuesto argumentario.

Formulemos en forma de provocativa pregunta la duda que se viene exponiendo: ¿Tiene sentido exigir responsabilidad patrimonial a la Administración Sanitaria en un orden jurisdiccional que carece de competencia para ello, al amparo argumental de que solo se reclama a quien la asegura? ¿Por qué va a padecer la virtualidad de esa tradicional acción directa si se establece que no opera en el caso de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas?

389 «Los principios de su peculiar régimen jurídico [el de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública], que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

CONTESTACIÓN
AL DISCURSO DE INGRESO DEL
EXCMO. SR. D. ANTONIO-VICENTE SEMPERE NAVARRO
POR EL EXCMO. SR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

Sr. Presidente, Sras. y Sres. Académicos, Autoridades, Sras. y Sres.:

Aunque dicen que la distancia es el olvido, mi traslado de Murcia a Madrid hace más de treinta años no ha impedido que sigan muy vivas en mi memoria y en mi corazón la ciudad, su Universidad, a la que serví con entusiasmo durante dos décadas, y, cómo no, esta Real Academia, en cuyo nacimiento, debido al inteligente empeño de Francisco Martínez Escribano, participé, entre otras cosas, proponiendo a la Junta Gestora el nombre –en el que "Legislación" se antepone a "Jurisprudencia"- y el escudo que siguen identificando a esta corporación.

Hoy celebramos esta sesión solemne para recibir a un nuevo académico: Antonio-Vicente Sempere Navarro.

Hace casi medio siglo que conozco a nuestro inminente compañero de Corporación, y ese larguísimo período me ha permitido comprobar y ratificar que es dueño de unas cualidades intelectuales y una capacidad de trabajo poco comunes, traducidas en una obra, no sólo científica, de extraordinaria relevancia.

Antonio Sempere cursó, en efecto, como alumno de la Facultad de Derecho de Murcia, la disciplina "Derecho del Trabajo" (que aún no había recibido el pesado añadido "y de la Seguridad Social") en una época remota (curso 1975-76), en la que por cada asignatura no había más que un catedrático (salvo Derecho civil que, por razones varias, contaba tradicionalmente con dos, desempeñadas por el Rector y el Vicerrector); una época remota en la que las Facultades no se estructuraban en complejos departamentos, sino en sencillísimos seminarios, desprovistos de cualquier asomo de estructura organizada; una época en la que todos los alumnos de un curso cabían en la misma aula y todos recibían, por tanto, la misma enseñanza del mismo catedrático; una época, en fin, en la que aún no había aparecido el terrible virus de la burocracia universitaria. Tengo también que añadir, para que no parezca que sucumbo al síndrome de que cualquier tiempo pasado fue mejor,

que aquella era asimismo una época en la que las universidades no nadaban precisamente en la abundancia.

Pues bien; en aquella entrañable y amistosa Facultad, prestigiada a pesar de sus recursos limitados, tuve, recién elegido Decano, como estudiante del curso 1975-76, a Antonio Sempere, que, desde el primer momento, destacó entre los que él mismo ha llamado en su discurso "los más aventajados alumnos". Un alumno, él, que pronto mostró su predilección por nuestra joven rama del Derecho, y su deseo de cursar el doctorado y de integrarse en la cátedra. Yo le propuse entonces, conociendo su capacidad, un complejo y arriesgado tema de investigación histórico-jurídica para su tesis: "Nacionalsindicalismo y relación de trabajo". En 1980 defendió su tesis, que mereció la máxima calificación y primer premio extraordinario, y que fue publicada, dos años después, con un prólogo mío que destacaba sus muchos méritos. Esa fue una de las primeras publicaciones, aunque no la primera, de la larguísima serie de trabajos de los que es autor, la mera lectura de cuyos títulos nos conduciría a la madrugada.

Doctor ya, Antonio Sempere no tardó en alcanzar la categoría de profesor titular, y, sólo seis años después de haberse doctorado, la de catedrático. Tras una inicial y corta estancia en la Universidad de Oviedo, cuya cátedra obtuvo, como él mismo acaba de recordar, con "inesperado éxito" (inesperado, porque el candidato local era otro, al que él acabó imponiéndose), el joven catedrático logró volver al "alma mater" murciana, en la que ha desempeñado su incansable labor docente e investigadora durante muchos años y ha sabido despertar en torno a él –signo claro del magisterio- múltiples y potentes vocaciones universitarias, entre ellas las de Carmen, su esposa, también ilustre catedrática de Derecho del Trabajo.

El azar, la necesidad o la providencia que rigen nuestras vidas quisieron que en la de Sempere se cruzara, cuando su magisterio en Murcia había alcanzado su plenitud, la propuesta de trasladarse a una Universidad madrileña recién creada: la Universidad Rey Juan Carlos. Azar, necesidad o providencia hicieron que yo no fuera ajeno a esa propuesta, que el joven profesor aceptó, igual que

yo había aceptado la que me hizo años antes la Universidad complutense, a través de mi inolvidable maestro, Manuel Alonso Olea. En su nuevo destino, como no podía ser de otro modo, siguió desplegando Sempere, ahora en un escenario más amplio, su magisterio. Un escenario que se amplió todavía más al extenderse ese magisterio a las Universidades de Navarra y Extremadura, que, gracias a él, cuentan hoy con un profesorado de primerísimo nivel en la materia.

Como la dedicación universitaria no colmaba su capacidad de trabajo y su necesidad de explorar nuevos ámbitos de aproximación al Derecho, Sempere pasó a simultanear, en tiempos más cercanos, el quehacer profesoral con el ejercicio de la abogacía. Por último –conociendo a Antonio, hay que precisar que "por último hasta ahora"-, la dedicación a las tareas de profesor y abogado ha dado paso a la de Magistrado de la Sala IV, de lo Social, del Tribunal Supremo. El mismo saber, el mismo rigor, el mismo sentido práctico que inspiraron sus trabajos anteriores siguen presidiendo sus sentencias, y, cómo no, sus votos particulares.

* * *

El discurso cuyo resumen acabamos de oír lleva por título el de "La jurisprudencia 'social' de la Jurisdicción Civil". La palabra "social" aparece entre comillas, lo cual proporciona ya una pista importante sobre el contenido de la obra, y sobre la originalidad metodológica de ésta: contemplar las cuestiones laborales no desde la perspectiva habitual del orden social, sino desde la de otro orden jurisdiccional, el civil; y ello, sin perder en ningún momento la idea rectora de la unidad del ordenamiento jurídico. Una unidad esta que prevalece, a pesar del crecimiento desmesurado de las distintas ramas jurídicas y la consiguiente imposibilidad de que hoy puedan existir juristas generalistas, capaces de estudiar, investigar y /o aplicar con la debida solvencia todas esas ramas.

Esa esencial unidad del ordenamiento jurídico –que, si me permiten el ejemplo, yo estoy teniendo la oportunidad de comprobar a diario en mi actual

responsabilidad en el Tribunal Constitucional- es, precisamente, la idea que inspira el discurso cuyas líneas básicas acaba de trazar su autor; un trabajo que pone de relieve cómo cuestiones litigiosas laborales pueden dar y dan lugar a la intervención de órdenes jurisdiccionales distintos del social (en el caso estudiado, el orden civil), en la medida en que pueden plantear y plantean problemas ajenos a la estricta materia laboral.

No siendo mi tarea aquí la de glosar los extensos y documentados comentarios que al autor suscitan las dos docenas largas de sentencias de la Sala Primera de cuyo análisis pormenorizado se ocupa, dando fe de las conexiones en materia de derechos fundamentales, de obligaciones y contratos, de seguros y procesos, sí destacaré que el discurso ilustra con viveza acerca de cómo la Constitución –suprema expresión de la unidad del ordenamiento jurídico- proyecta sus principios y los derechos en ella reconocidos a todos los sectores del ordenamiento jurídico; y da ejemplos sobre cómo la aplicación de esos principios y derechos puede dar lugar a situaciones conflictivas en las que unos llegan a enfrentarse a otros.

Tal concurrencia conflictiva de derechos constitucionales se produce en varios de los casos que nos presenta el discurso, en los que, sucesivamente, se reflexiona sobre la pugna entre, por una parte, el derecho al honor, y, asociado a él a veces y otras independiente de él, el derecho a la intimidad y a la propia imagen; y, por otra parte, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

En los muy interesantes casos seleccionados y analizados por Antonio Sempere, vemos cómo esgrimen el derecho al honor los familiares de un torero muerto en el ruedo, frente a una concejala animalista que había manifestado en las redes sociales su satisfacción por el luctuoso suceso; también encontramos al "tertuliano" radiofónico que acusa a un colega de haberle ofendido; e igualmente vemos al médico acusado por un periódico digital de comportamientos reprochables; al empleado cuya jefa hace comentarios jocosos acerca de su simulada incapacidad temporal; o, en fin, al vecino

importunado por una cámara de videovigilancia instalada por una empresa, pese a que el artilugio no se encontrase operativo.

La relación de contradicción se configura al aparecer los contraargumentos de los acusados, que invocan, en unos casos (el de la concejala animalista, el tertuliano supuestamente ofensor y el del periódico que critica al médico) su derecho a la libertad de expresión; en otro supuesto (el de la empresa que instala la cámara orientada hacia la casa del vecino), aquella invoca su derecho a la libertad de empresa y a la propiedad.

Pues bien; debates como estos son los que los tribunales han de solventar y solventan a diario, para lo cual deben acudir y acuden a una tarea de ponderación que les permita decidir si pueden cohonestarse esos derechos, o, en caso de imposible compatibilidad, qué derechos han de prevalecer sobre otros. Esa necesaria y a veces difícil tarea jurisdiccional es la que el discurso analiza con agudo bisturí jurídico, recordando la metodología del Tribunal Constitucional basada en la ponderación de los derechos en colisión, el reconocimiento del carácter no absoluto sino limitado de éstos, y la necesidad de valorar las circunstancias de cada concreto caso. En suma, el conflicto entre derechos constitucionales cuenta como instrumento principal para su solución jurisdiccional el juicio de proporcionalidad, basado, según viene reiterando el propio Tribunal Constitucional, en los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El discurso no se detiene, sin embargo, en el mero análisis de los intereses en presencia en cada caso y de la aplicación de los criterios constitucionales a cada supuesto, sino que, además, integra ese análisis en más amplios planteamientos jurídicos, que dan lugar a auténticos estudios monográficos sobre cada sentencia, que culminan con la proposición de sugerentes preguntas al lector, formuladas con expreso deseo de "animar el debate". Con ello, Antonio Sempere pone una vez más de relieve que su condición de Magistrado no ha oscurecido a la de profesor, y en tal condición acude, entre otros instrumentos docentes, al clásico y útil método de la mayéutica.

* * *

Por todo ello, y por muchas otras razones que sería demasiado largo añadir ahora, esta Real Academia tiene muchos motivos de satisfacción al incorporar al número de sus miembros al catedrático, al abogado, al magistrado Antonio-Vicente Sempere Navarro, a quien, en nombre de la corporación, doy la más cordial bienvenida.