

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de febrero de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2582/2018)

RESUMEN: el Convenio de Seguridad Social Hispano Argentino dispone que las cuantías de las prestaciones económicas que se reconozcan en virtud de sus disposiciones, así como sus complementos, suplementos o revalorizaciones, no pueden verse afectadas por la residencia en uno u otro país. Por lo tanto, tratándose de una pensión de jubilación reconocida con base en este Convenio, pero con cargo a la Seguridad Social española, no es admisible su reducción, modificación, suspensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, pues no es exigible el requisito de residencia en España para lucrarla, lo que significaría dejar sin efecto un Convenio internacional mediante un Real Decreto.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 59 y disposición transitoria 27ª LGSS/2015 (ART. 50 y disposición adicional 54ª LGSS/1994).
- Art. 14 RD 2007/2009, de 23 de diciembre.

- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997.

Son dos las cuestiones que se someten a examen en la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 15 de febrero de 2021 que ahora se reseña. La primera, la nacionalidad, desde el punto de vista de la normativa aplicable, de una pensión de jubilación resultante de la aplicación de un Convenio Bilateral, en concreto, el Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina, de 28 de enero de 1997. La segunda, la selección de la norma aplicable en virtud del principio de jerarquía normativa para la ordenación del régimen jurídico de la referida pensión de jubilación.

Los hechos litigiosos se habían sucedido en el año 2010, cuando al actor-recurrente se le reconoció con cargo a la Seguridad Social española una pensión de jubilación resultante de la aplicación del Convenio entre España y Argentina firmado en 1997 y ratificado en 2004, por acreditar cotizaciones en los dos Estados. La pensión que le correspondía en función de su base reguladora fue incrementada con el complemento de mínimos correspondiente. Ahora bien, en el año 2017, el INSS dicta resolución suspendiendo la percepción del referido complemento, por no acreditar el beneficiario su residencia en España (antecedente de hecho primero). Es la referida resolución administrativa, con la que no está de acuerdo el pensionista, cuya impugnación ha dado lugar a los presentes autos. Antes de llegar al TS, fueron vistos por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, que desestimó la pretensión actora, al igual que la Sala de lo Social del TS de Galicia, que dictó su Sentencia el 18 de abril de 2018 (recurso de suplicación núm. 5168/2017). Sin embargo, ese no fue el sentido del fallo de casación, que sí admitió el recurso interpuesto por el actor, con base en los argumentos que se expondrán a continuación. Más allá de la interesante cuestión de fondo que se discute, la contradicción existente entre los órganos judiciales de instancia y suplicación y la Sala de casación ha sido decisiva para su análisis en esta sede.

Al tratarse de un conflicto surgido en el ámbito de la

Seguridad Social, no está de más reparar por un momento en las disposiciones normativas aplicables, o, mejor dicho, eventualmente aplicables, pues solo teniendo clara su identificación y contenido se puede valorar el acierto o no del pronunciamiento de la Sala de lo Social del TS. Y tales normas son las siguientes: el art. 59 LGSS/2015 (ART. 50 LGSS/1994) que condiciona la percepción del complemento de mínimos en las pensiones a la residencia en España, eso sí, siempre y cuando se trate de una pensión causada con posterioridad al 1 de enero de 2013, pues así lo apunta la disposición transitoria 27ª LGSS/2015 (disposición adicional 54ª LGSS/1994). Por otra parte, también hay que tener en cuenta el contenido del art. 14 RD 2007/2009, de 23 de diciembre, que mantiene el requisito de la residencia en territorio nacional para causar complementos por mínimos en pensiones reconocidas en aplicación de convenios internacionales. Nada dice este precepto de la fecha de causación de la pensión. Por último, no hay que olvidar, el Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina que es el que ordena el régimen de Seguridad Social de quienes acrediten cotizaciones en ambos Estados y por lo tanto el país que se hará cargo de la correspondiente prestación.

Retomando las dos cuestiones expuestas al principio de este comentario, que tratan de compendiar de forma sintética los términos del debate, y las disposiciones normativas que se acaban de presentar, debe señalarse que la desestimación del recurso del actor por parte de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia lo fue porque al tratarse de una pensión resultante de la aplicación de un Convenio Bilateral, no procede la aplicación de la legislación española, por lo tanto, queda excluida de la LGSS/1994 (LGSS/2015), en particular, de su disposición adicional 54ª LGSS/1994 (disposición transitoria 27ª LGSS/2015). En este contexto, es indiferente que la pensión se haya causado antes o después del 1 de enero de 2013. Lo que importa, para el TSJ de Galicia, es que quede acreditada dicha residencia, tal y como exige el art. 14 RD 2007/2009, de 23 de diciembre, aplicable, como también se indicó con anterioridad, a las pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales.

Si no concurriesen más datos en la cuestión objeto de debate,

podría admitirse el pronunciamiento y los argumentos de suplicación. Sin embargo, la Sala de Galicia pasó por alto una cuestión fundamental, que es la necesaria ordenación de las fuentes del derecho y con ello el respeto al principio de jerarquía normativa. Bajo estas consideraciones, cobra especial relevancia el Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina y su carácter de norma internacional prevalente frente a la normativa interna.

Es decir, a partir del contenido del referido Convenio, el TS, al contrario que el TSJ, niega la exclusión de la pensión de jubilación controvertida de la aplicación de la legislación española, en concreto, de la LGSS/1994 y LGSS/2015. Por lo tanto, habría que tener en cuenta que si la pensión se causó antes del 1 de enero de 2013, lo que aconteció en los presentes autos, no habría por qué exigir la residencia en España.

Con todo, y sin negar la realidad de la afirmación anterior, el elemento decisivo ha sido la correcta interpretación del principio de jerarquía normativa a la hora de aplicar el cuadro de disposiciones normativas que regulan la cuestión litigiosa, lo que ha llevado al TS a priorizar el Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina frente al contenido del RD 2007/2009, de 23 de diciembre. Hay que tener presente que en el referido Convenio, el derecho a la pensión de jubilación se reconoce al margen de la residencia del causante en uno y otro país –España o Argentina-. Para el TS, y con razón, queda patente que los firmantes del Convenio “quisieron que la residencia en uno u otro país no pudiera afectar a las prestaciones económicas (...) más sus complementos, suplementos o revalorizaciones (...) conviniendo expresamente que, no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte”. Así las cosas, es claro que “el Reino de España no puede apartarse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, mediante la publicación de un simple Real Decreto, siendo necesario, por el contrario, que negocie la modificación del propio Convenio de Seguridad Social, que suscribió con la República Argentina, que se mantiene vigente en los términos pactados y no puede ser derogado mediante

un Real Decreto”.

Desde luego, es en esta última argumentación, la supremacía de la normativa internacional sobre la interna, tan obvia, pero tan importante, es donde se encuentra la esencia de esta resolución. No en vano, su aplicación en la presente litis supone el desplazamiento, que no derogación, de la acreditación del requisito de residencia en España que se exige con carácter general para lucrar el complemento de mínimos en las pensiones a quienes hayan cotizado durante toda su vida laboral en España. Sin embargo, en virtud de la interpretación anterior, tal requisito desaparece cuando los beneficiarios, además, hayan cotizado en otro Estado y su norma bilateral prescinda de exigirlo, lo cual no deja de resultar del todo lógico.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2021 (recurso de casación ud. núm. 4155/2018)

RESUMEN: desestimación de la solicitud de aplicación de la legislación anterior a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, a un trabajador de 61 años, que solicitó la jubilación anticipada tras una larga carrera profesional, en concreto, hasta el año 2013. Tras la extinción de su contrato de trabajo percibió el subsidio de desempleo y en el año 2016 trabajó a tiempo parcial. Para el TS, no cabe acceder a la jubilación cuando se produce un alta en la Seguridad Social con posterioridad al 1 de abril de 2013.

NORMAS APLICADAS:

- Disposición transitoria 4ª, apartado 5, LGSS/2015.
- Disposición final 12ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificada ex RD-ley 5/2013, de 15 de marzo.

La procedencia o no de la aplicación del principio “pro beneficiario” en la interpretación de la normativa de Seguridad Social, en concreto, en el régimen de la pensión de jubilación anticipada -la ordinaria-, conforma la esencia del debate de esta sentencia de la Sala de lo Social del TS. Y ello es así, porque la sentencia de contraste dictada por el TSJ de Madrid del 19 de junio de 2017 (recurso de suplicación

núm. 410/2017), en base a la cual se interpuso el presente recurso de casación, había estimado la petición del actor, idéntica a la que es objeto de la resolución que ahora se comenta. A saber, el reconocimiento y concesión de su pensión de jubilación anticipada de conformidad con la normativa anterior a la contenida en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, aunque no se cumpliesen íntegramente todos los presupuestos exigidos normativamente para causarla. Concretamente, en las actuaciones del TSJ de Madrid, el actor no acreditaba el dato de no haber prestado servicios con posterioridad al 1 de abril de 2013. Pese a ello, la Sala madrileña le reconoció el derecho a la pensión, toda vez que la prestación de servicios por cuenta ajena posterior a la fecha fijada por la ley durante 23 días en una larga carrera de cotización de 47 años “tiene carácter marginal y no impide, en consecuencia, la aplicación de la referida previsión de Derecho transitorio”.

Antes de entrar a analizar los hechos y el sentido del fallo de la resolución que ahora se comenta, la de la Sala de lo Social del TS de 24 de marzo de 2021, conviene identificar las normas en conflicto, pues es su interpretación, controvertida, la que conforma el objeto de este recurso. Además, como sucede muchas veces en materia de Seguridad Social, la eficacia temporal de los preceptos implicados está revestida de cierta complejidad. En concreto, la sentencia comentada menciona la disposición final 12ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificada ex RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, y la disposición transitoria 4ª, apartado 5, de la LGSS/2015. Sin embargo, a día de hoy, para la correcta comprensión del debate, es suficiente con aludir a la última de las citadas, lo que simplifica y mucho los términos del debate. Es decir, la disposición transitoria 4ª, apartado 5, de la LGSS/2015 es la norma que en la actualidad establece los presupuestos que deben acreditar los solicitantes de una pensión de jubilación, incluida la anticipada, para que se les aplique la normativa anterior a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, entre ellos, “haber extinguido la relación laboral antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social”. Lo que ocurre es que durante el período

que transcurre desde la promulgación de la LGSS/2015 hasta la aprobación del RD-Ley 28/2018, de 18 de diciembre, que fue el espacio temporal en el que se sucedieron los hechos controvertidos, el contenido de los preceptos de ambas disposiciones –la de la Ley 27/2011 y la de la LGSS/2015– coincidía plenamente, de ahí la mención de las dos en la resolución objeto de esta reseña. A partir del año 2018, la disposición de la LGSS/2015 ha sido modificada, en dos ocasiones, por RD-Ley 28/2018, de 18 de diciembre, y por RD-Ley 2/2021, de 26 de enero-, con la idea prorrogar por anualidades consecutivas el régimen transitorio de la ordenación de la jubilación que había introducido la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Con ello, a día de hoy, el contenido de la disposición final 12ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificada ex RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, ha quedado desvirtuado por las reformas operadas sobre la disposición transitoria 4ª, apartado 5, de la LGSS/2015, resultando esta última disposición la aplicable para cuestiones como la que se debate en esta sentencia.

Según consta en sus hechos probados, la solicitud de la pensión de jubilación anticipada fue cursada por el actor el 22 de marzo de 2017 tras haber acreditado 61 años de edad y más de 38 años de cotización. En concreto, estuvo trabajando hasta el 8 de febrero de 2013 y como perceptor del subsidio de desempleo hasta el 8 de enero de 2014. Ahora bien, y aquí se encuentra la esencia del debate: con posterioridad, en particular, desde el 7 de enero al 6 de abril de 2016, volvió a prestar servicios por cuenta ajena al 75 % de la jornada hasta que causó baja por fin de contrato. Como es fácil imaginar, fue en esta prestación de servicios del año 2016 en la que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en su Sentencia de 27 de julio de 2018 (recurso de suplicación 529/2018) argumentó la denegación de la pensión, por conformar el incumplimiento de uno de los requisitos exigidos en la normativa vigente, en ese momento, la disposición final 12ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificada ex RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, vigente de acuerdo con el contenido de la disposición transitoria 4ª, apartado 5, de la LGSS/2015. Como dispone la referida sentencia, es necesario acreditar “la ausencia completa de trabajo con inclusión en algún régimen

de la Seguridad Social desde el 1 de abril de 2013 y hasta la solicitud de la pensión de jubilación con anterioridad al 1 de enero de 2019” (cfr. fundamento de derecho primero). La fecha de 1 de enero de 2019, es la que constaba en la normativa aplicable en el momento en que acaecieron los hechos. En la actualidad es la de 1 de enero de 2021. Ahora bien, es frente a esa argumentación del TSJ de Galicia frente a la que cobra todo su sentido la interposición del recurso de casación, en base al 219 LRJS, aportando como sentencia de contraste la del TSJ de Madrid antes referida, pues, como también se indicó, para este último, el carácter marginal de los servicios frente a una larga carrera de cotización no impide el reconocimiento de la pensión. Sin decirlo expresamente, la Sala madrileña ha optado por una interpretación “pro beneficiario” y con ello logra sorteas la literalidad del precepto de aplicación.

Sin embargo, ese no es el criterio de la Sala de lo Social del TS, que se ha decantado por la interpretación literal del contenido de la normativa, confirmando, a su vez el sentido del fallo de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Para el TS la solución al debate no provoca ningún género de dudas: acreditado que el recurrente estuvo de alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante un período de 2016, “es claro que no cumple los requisitos” exigidos por la normativa aplicable, “sin que dicha conclusión pueda enervarse, porque se trate de un período temporal limitado”. Es evidente que el legislador, continúa señalando el TS, ha querido limitar el ejercicio del derecho a la jubilación anticipada “sin que sea viable una interpretación *pro beneficiario*, cuando la voluntad del legislador se desprende, sin ninguna duda, de la literalidad del precepto, que se ha reiterado en dos ocasiones, dejando claro que, el acceso a la jubilación queda vetado, cuando se produce un alta en la Seguridad Social con posterioridad al 1 de abril de 2013”.

Al respecto, procede emitir ahora una reflexión final sobre el clásico principio *pro beneficiario* –equivalente al principio *pro operario* que rige en Derecho del Trabajo- a fin de ratificar el criterio del TS. Al respecto, no se puede olvidar que se trata de un principio que no tiene directa relación con la fijación de los hechos probados, sino que se refiere a los casos de duda

en cuanto a los efectos jurídicos de una concreta situación fáctica ya declarada probada, en el sentido de que dicha duda jurídica debe resolverse a favor beneficiario. Dicho de otro modo, el principio se expresa diciendo que las dudas en cuanto al sentido o alcance de la norma jurídica aplicable a las relaciones de Seguridad Social, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el beneficiario. Por lo tanto, solo tiene efectividad cuando exista o surja duda racional en cuanto a los efectos jurídicos de una determinada situación fáctica, siendo aplicable únicamente en la interpretación del derecho, en caso de dudar respecto a su sentido y alcance. Así lo estableció el TS hace ya varios años (vg., STS de 25 de septiembre de 1986). En definitiva, y en el caso aquí enjuiciado, la norma es clara y dice lo que dice, al margen de que sus efectos puedan parecer más o menos justos, pero esa teórica injusticia no habilita para la aplicación de un principio que en este caso no procede.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ de GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de abril de 2021 (recurso de suplicación núm. 3269/2020)

RESUMEN: denegación de la prestación por maternidad –en la actualidad, prestación por nacimiento y cuidado de menor– por actuación fraudulenta para su obtención. Son indicios del fraude los siguientes: la cercanía entre el embarazo y el alta, siendo además una doble alta, como trabajadora por cuenta ajena y como trabajadora por cuenta propia, la elevada base de cotización como autónoma y el hecho de que, además, el padre del hijo y pareja de la solicitante es el fundador de la compañía empleadora.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 180 LGSS/2015.
- Art. 6.4 CC.
- Art. 193 LRJS.

Más allá del completo repaso que efectúa el ponente –Sr. Don José Fernando Lousada Arochena– sobre la naturaleza jurídica del recurso de suplicación y su correcta interposición, la presente resolución de la Sala de lo Social de TSJ de Galicia

analiza de forma pormenorizada la institución del fraude de ley en la obtención de prestaciones de Seguridad Social, en concreto, la de maternidad, vigente en el momento en el que acaecieron los hechos enjuiciados. Y la cuestión no es baladí, porque, aunque la acreditación del fraude es posible mediante presunciones, su existencia no puede construirse sobre la sola situación de embarazo. Como afirma el ponente, haciéndose eco del contenido de resoluciones anteriores de la misma Sala (SsTSJ de Galicia de 5 de octubre de 2017 y 27 de julio de 2018), tal “circunstancia biológica no puede constituir la base fáctica de la que derive una consecuencia negativa o distinta de la que hubiera podido extraerse de no concurrir la misma, y entender lo contrario supondría ir contra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo”. De forma menos sutil, otras resoluciones del TSJ de la C. Valenciana de 8 de febrero y 30 de junio de 2017 proclaman que “la contratación de una mujer embarazada no puede considerarse, por sí sola, indicio de fraude”.

En definitiva, que en supuestos como el presente, la existencia del fraude de ley requiere la concurrencia de otros hechos, de los que, más allá del embarazo, se pueda inferir que la eventual beneficiaria de la prestación ha actuado de forma fraudulenta para su obtención, o, en su caso, para su conservación.

Pero antes de proceder a identificar tales hechos, lo que resulta decisivo para resolver el presente recurso de suplicación, la Sala trae a colación una serie de elementos que con carácter general permiten reconocer una situación de fraude de ley, lo que resulta muy ilustrativo como teoría general. Tales elementos son los siguientes: en primer lugar, que el fraude de ley no se presume, sino que debe ser acreditado, aunque se admita la prueba de las presunciones. En segundo lugar, que las actuaciones de la Inspección de Trabajo consistentes en comprobaciones directas gozan de presunción de veracidad. Y, en tercer lugar, que el fraude de ley es una situación objetiva resultando irrelevante la intención del autor, defraudatoria o no.

A partir de estas tres consideraciones generales, fundamentales para identificar el fraude, el Tribunal procede a indagar en elementos fácticos, a través del contenido de un

nutrido conjunto de resoluciones de suplicación para inferir, en términos generales, cuándo se aprecia y cuándo no el referido fraude. O dicho en términos más exactos, cuáles conforman “los indicios más habituales utilizados por los tribunales sociales para apreciar la existencia de un fraude en relación con la prestación de maternidad” (cfr. fundamento jurídico tercero), que son los siguientes: la cercanía del alta a la fecha del parto, y cuanto más cercana sea, mayor fuerza de convicción ostenta; la ausencia de titulación o experiencia previa para el trabajo; el parentesco o la relación de amistad con la persona supuestamente empleadora; el carácter temporal del contrato y en particular si es de escasa duración, la ausencia de contratos anteriores o posteriores para el puesto de trabajo; la ausencia de acreditación de pago de retribuciones; y en el caso de alta como trabajadora autónoma, una ausencia de acreditación de ingresos o la ausencia de infraestructura para la realización de la actividad (vid. fundamento jurídico tercero).

Desde la perspectiva de la teoría general del fraude de ley en la prestación de maternidad, la virtud de la resolución que ahora se comenta es evidente, pues de forma muy inteligible revela en pocos párrafos los rasgos fundamentales –de hecho y de derecho– de su régimen jurídico, lo que facilitará su identificación en otros supuestos.

La proyección de esta teoría general sobre el supuesto enjuiciado, lleva a la Sala a confirmar el fraude de ley que había sido declarado en la instancia, y, por lo tanto, a desestimar el recurso de suplicación de la solicitante de la prestación sobre la que han de recaer todas las sanciones pertinentes. Y ello lo hace con base en unos hechos de los que ninguna otra conclusión se puede deducir más que un fraude para la obtención de la prestación de maternidad. Con todo, el Tribunal sigue haciendo gala de cierta sutileza y elegancia cuando afirma que la sucesión de “hechos incuestionables conforman una sospecha razonable de fraude de ley que no se sustenta exclusivamente en el hecho del embarazo”.

Los referidos hechos son los siguientes: la doble alta de la solicitante de la prestación en el Régimen General como trabajadora por cuenta ajena y en el RETA. La cercanía del

alta con el embarazo. La circunstancia de que el padre del menor es la pareja de la demandante, siendo además el fundador de la sociedad empleadora. Por otra parte, el TSJ recuerda que la trabajadora, en posesión desde 2005 del título de técnica de prevención de riesgos laborales de nivel superior, especialidad ergonomía y psicología aplicada, y en posesión desde 2007 del título de técnico en prevención de riesgos laborales nivel superior, especialidad seguridad, trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicosociología, nunca antes de diciembre de 2016 se hubiera dado de alta como formadora en el RETA, siendo siempre trabajadora por cuenta ajena.

Tales “hechos incuestionables”, afirma acertadamente la sentencia, conforman una “sospecha razonable de fraude de ley que no se sustenta exclusivamente en el hecho del embarazo” –y esto es lo decisivo en su argumentación para evitar eventuales discriminaciones- sino que podrían quedar desvirtuados acreditando la “efectiva prestación de servicios”, lo que tampoco consiguió la recurrente (fundamento jurídico cuarto). Lo pretendió con una prueba documental y otra testifical practicadas en la instancia, pero como concluye la Sala de Galicia, la documental no acreditó lo pretendido y la testifical no justifica una revisión fáctica suplicacional.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2021 (recurso de suplicación núm. 2123/2020)

RESUMEN: el demandante, deportista profesional, compatibilizó el percibo de la prestación por desempleo con su trabajo por cuenta ajena como parte de la plantilla integrante del equipo del Pontevedra CF SAD, por lo que incurrió en una infracción muy grave, sancionada con la extinción de la prestación y el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 262 LGSS/2015.
- RD 1006/1985, de 26 de junio.

Interesantes son las cuestiones jurídicas analizadas en la Sentencia que ahora se comenta, en cuanto precisa, a aquellos que no lo tenemos claro, desde qué momento concreto el desempeño de la actividad deportiva de un jugador profesional de fútbol ha de ser considerada relación laboral, en particular, relación laboral de carácter especial, tal y como se configura en el RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

Los hechos enjuiciados sucedieron en la ciudad de Pontevedra que, como cualquier capital de provincia que se precie, tiene y presume de su correspondiente equipo de fútbol, el Pontevedra CF SAD, que, en el momento en que acontecieron los hechos, temporada 2017-2018, militaba en Segunda B de la liga de fútbol profesional española. El conflicto se evidenció cuando por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se constató que uno de los jugadores había compatibilizado su trabajo como deportista con la prestación de desempleo, lo que era constitutivo de una infracción en materia de Seguridad Social tipificada y calificada como muy grave, por lo que se proponía la imposición de la sanción de extinción de la prestación por desempleo y el reintegro de las cantidades, en su caso, percibidas.

Para entender la cuestión litigiosa hay que tener muy presente que de acuerdo con el contenido del art. 262 LGSS/2015 la prestación por desempleo tiene por finalidad la protección de la situación "en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo". A raíz del contenido de este precepto, es obvio que trabajar como deportista y percibir la prestación de desempleo es totalmente incompatible. Pero, naturalmente, los hechos litigiosos no acontecieron de una forma tan evidente, sino que resta por referir un pequeño detalle que fue decisivo al respecto. A saber, el momento concreto en el que se entiende por iniciada la relación laboral como deportista profesional. Según el jugador, esta había dado comienzo el día 2 de agosto de 2017, fecha en la que consta su "alta por el Pontevedra CF SAD, en virtud de contrato

temporal para obra o servicio determinado en fecha 2 de agosto de 2017". En dicho "contrato temporal se hacía constar que la jornada sería de 40 horas semanales, de lunes a domingo, y que la duración del mismo se extendería desde el 2 de agosto de 2017 hasta fin de temporada. El actor causó baja en el Pontevedra CF SAD el 31 de mayo de 2018" (cfr. fundamento jurídico segundo). Para la ITSS, al igual que para el SEPE, "la fecha de inicio de la relación laboral por cuenta ajena fue el 17/07/2017, momento en que fue presentada oficialmente como parte de la plantilla del equipo del Pontevedra CF SAD, no con la fecha de la firma del contrato el 2 de agosto de 2017, pues estima que la práctica del deporte, objeto de la relación laboral especial en cuestión, incluye (...) no solo la participación en los partidos de fútbol ante el público, ya sean de competición oficial, ya sean amistosos, sino también las actividades de entrenamiento o preparación física o técnica" (cfr. fundamento jurídico segundo). Al igual que las partes procesales, también los órganos que se encargaron de enjuiciar el asunto discrepaban, pues la sentencia de instancia lo fue en un sentido, estimando la pretensión del deportista, mientras que la de suplicación lo fue en el otro, estimando la del SEPE. Más allá de los ya apuntados, otros datos significativos que pueden ayudar a solucionar la controversia son los siguientes: el primero, que la fecha de la presentación de la plantilla del Pontevedra CF SAD se había efectuado el 17 de julio de 2017 en el estadio municipal de Pasarón y desde esa fecha hasta la formalización de los contratos, los jugadores realizaron varios entrenamientos y disputaron tres partidos amistosos". El segundo, que el demandante percibió la primera nómina en el mes de agosto de 2017, de forma que en el mes de julio no hubo retribución. Tercero, que en alguno de los partidos amistosos jugados en el mes de julio de 2017 figuraban tres jugadores suplentes que posteriormente no fueron contratados por el Pontevedra CF SAD. Cuarto, que la actividad desarrollada por el futbolista desde la firma de su contrato de trabajo hasta el inicio de la competición oficial, 20 de agosto de 2017, es la misma que la practicada desde el 17 de julio. Como último dato relevante, hay que tener en

cuenta que el actor no fue dado de alta en la Seguridad Social por el Club hasta el 2 de agosto de 2017.

La solución de la controversia, como acertadamente hace la Sala de lo Social del TSJ pasa, ineludiblemente, por tomar en consideración las peculiaridades de la relación laboral especial de que se trata, la de los deportistas profesionales. Pero aún sin tener en cuenta alguna de sus peculiaridades no parecen existir demasiadas objeciones para considerar el carácter laboral de la prestación de servicios del deportista profesional y el Pontevedra CF SAD, por concurrir las notas de ajenidad y dependencia. Además, como es sobradamente conocido, la ausencia de retribución no determina la naturaleza del vínculo, ni tampoco la falta de alta en la Seguridad Social. Entender lo contrario, como parece que hace la juzgadora de instancia, sería tanto como dejar en manos de las partes, y más en concreto del empleador, la calificación jurídica de una relación de prestación de servicios, lo que va en contra del art. 8.1 ET y de toda la doctrina del contrato de trabajo.

Pues bien, desde la perspectiva de la relación laboral especial, parece que el elemento fundamental que determina la existencia de un contrato de trabajo, ya desde el 17 de julio de 2017 es el siguiente: la finalidad de los entrenamientos al servicio del desempeño de la actividad deportiva. Esto es, como indica el art. 7.4 RD 1006/1985 "los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva". Y desde la perspectiva general, la nota de la retribución, entendiéndose por devengada aunque no se hubiese retribuido: entiende la Sala que lo que determina legalmente la profesionalidad de un deportista es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados por cuenta de una entidad deportiva (...) y que el devengo de una retribución al trabajar para una entidad deportiva, se produce porque el trabajo realizado por el trabajador se ha hecho en condiciones de ajenidad y dependencia, y al concurrir estos elementos de ajenidad y dependencia, se deduce, que cuando alguien trabaja para

otro, lo hace para obtener una retribución; lo que significa que el requisito de la retribución salarial, exigido para calificar la relación como laboral, se cumple desde el momento en que se devenga la retribución, con independencia de que la misma llegue a ser efectivamente satisfecha (...) Y el hecho de que el Pontevedra CF SAD, no haya abonado cantidades económicas al trabajador por el trabajo desarrollado entre el 17 de julio y el 1 de agosto de 2017, no significa que no las haya devengado, a consecuencia de las condiciones en las que ha prestado sus servicios”.