

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO
Profesora titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPREMO

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 15 de febreiro de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2582/2018)

RESUMO: o Convenio de Seguridade Social Hispano Arxentino dispón que as contías das prestacións económicas que se recoñezan en virtude das súas disposicións, así como os seus complementos, suplementos ou revalorizacións, non poden verse afectadas pola residencia nun ou outro país. Por tanto, ao tratarse dunha pensión de xubilación recoñecida con base neste Convenio, pero con cargo á Seguridade Social española, non é admisible a súa redución, modificación, suspensión, supresión ou retención polo feito de que o beneficiario se atope ou resida no territorio da outra Parte, pois non é esixible o requisito de residencia en España para lucrala, o que significaría deixar sen efecto un convenio internacional mediante un real decreto.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 59 e disposición transitoria 27ª LXSS/2015 (ART. 50 e disposición adicional 54ª LXSS/1994).
- Art. 14 RD 2007/2009, do 23 de decembro.
- Convenio de Seguridade Social entre o Reino de España e a República Arxentina, feito en Madrid o 28 de xaneiro de 1997.

Son dúas as cuestións que se someten a exame na sentenza da Sala do social do TS do 15 de febreiro de 2021 que agora se comenta. A primeira, a nacionalidade, dende o punto de vista da normativa aplicable, dunha pensión de xubilación resultante da aplicación dun convenio bilateral, en concreto, o Convenio de Seguridade Social entre España e Arxentina, do 28 de xaneiro de 1997. A segunda, a selección da norma aplicable en virtude do principio de xerarquía normativa para a ordenación do réxime xurídico da referida pensión de xubilación.

Os feitos litixiosos sucederon no ano 2010, cando ao demandante-recorrente recoñecéuselle con cargo á Seguridade Social española unha pensión de xubilación resultante da aplicación do Convenio entre España e Arxentina asinado en 1997 e ratificado en 2004, por acreditar cotizacións nos dous Estados. A pensión que lle correspondía en función da súa base reguladora foi incrementada co complemento de mínimos correspondente. Agora ben, no ano 2017 o INSS dita unha resolución que suspende a percepción do referido complemento, por non acreditar o beneficiario a súa residencia en España (antecedente de feito primeiro). É a referida resolución administrativa, coa que non está de acordo o pensionista, cuxa impugnación deu lugar aos presentes autos. Antes de chegar ao TS, foron vistos polo Xulgado do Social núm. 2 de Vigo, que desestimou a pretensión demandante, do mesmo xeito que a Sala do social do TS de Galicia, que ditou a súa sentenza o 18 de abril de 2018 (recurso de suplicación núm. 5168/2017). Con todo, ese non foi o sentido do fallo de casación, que si admitiu o recurso interposto polo actor, con base nos argumentos que se expoñerán a continuación. Máis aló da interesante cuestión de fondo que se discute, a contradición existente entre os órganos xudiciais de instancia e suplicación e a Sala de casación foi decisiva para a súa análise nesta sede.

Ao tratarse dun conflito xurdido no ámbito da Seguridade Social, non está de máis reparar por un momento nas disposicións normativas aplicables ou, máis ben, eventualmente aplicables, pois só tendo clara a súa identificación e contido pódese valorar o acerto ou non do pronunciamento da Sala do social do TS. Tales normas son

as seguintes: o art. 59 LXSS/2015 (ART. 50 LXSS/1994) que condiciona a percepción do complemento de mínimos nas pensións á residencia en España, iso si, a condición de que se trate dunha pensión causada con posterioridade ao 1 de xaneiro de 2013, pois así o apunta a disposición transitoria 27ª LXSS/2015 (disposición adicional 54ª LXSS/1994). Por outra banda, tamén hai que ter en conta o contido do art. 14 RD 2007/2009, do 23 de decembro, que mantén o requisito da residencia en territorio nacional para causar complementos por mínimos en pensións recoñecidas en aplicación de convenios internacionais. Nada di este precepto da data de causación da pensión. Por último, non hai que esquecer o Convenio de Seguridade Social entre España e Arxentina, que é o que ordena o réxime de Seguridade Social de quen acredite cotizacións en ambos os Estados e por tanto o país que se fará cargo da correspondente prestación.

Retomando as dúas cuestións expostas ao principio deste comentario, que tratan de compendiar de forma sintética os termos do debate, e as disposicións normativas que se acaban de presentar, debe sinalarse que a desestimación do recurso do actor por parte da Sala do social do TSX de Galicia foi porque ao tratarse dunha pensión resultante da aplicación dun convenio bilateral, non procede a aplicación da lexislación española, por tanto, queda excluída da LXSS/1994 (LXSS/2015), en particular, da súa disposición adicional 54ª LXSS/1994 (disposición transitoria 27ª LXSS/2015). Neste contexto é indiferente que a pensión se causase antes ou despois do 1 de xaneiro de 2013. O que importa, para o TSX de Galicia, é que quede acreditada a dita residencia, tal e como esixe o art. 14 RD 2007/2009, do 23 de decembro, aplicable, como tamén se indicou con anterioridade, ás pensións recoñecidas en virtude de convenios internacionais. Se non concorresen máis datos na cuestión obxecto de debate, podería admitirse o pronunciamento e os argumentos de suplicación. Non obstante, a Sala de Galicia pasou por alto unha cuestión fundamental, que é a necesaria ordenación das fontes do dereito e con iso o respecto ao principio de xerarquía normativa. Baixo estas consideracións, cobra especial relevancia o Convenio de Seguridade Social entre España e Arxentina e o seu carácter de norma internacional

prevalente fronte á normativa interna.

É dicir, a partir do contido do referido convenio, o TS, ao contrario que o TSX, nega a exclusión da pensión de xubilación controvertida da aplicación da lexislación española, en concreto, da LXSS/1994 e LXSS/2015. Por tanto, habería que ter en conta que se a pensión se causou antes do 1 de xaneiro de 2013, o que aconteceu nos presentes autos, non habería por que esixir a residencia en España.

Con todo, e sen negar a realidade da afirmación anterior, o elemento decisivo foi a correcta interpretación do principio de xerarquía normativa á hora de aplicar o cadro de disposicións normativas que regulan a cuestión litixiosa, o que levou ao TS a priorizar o Convenio de Seguridade Social entre España e Arxentina fronte ao contido do RD 2007/2009, do 23 de decembro. Hai que ter presente que no referido convenio, o dereito á pensión de xubilación recoñécese á marxe da residencia do causante nun e outro país –España ou Arxentina-. Para o TS, e con razón, queda patente que os asinantes do convenio “quixeron que a residencia nun ou outro país non puidese afectar as prestacións económicas (...) máis os seus complementos, suplementos ou revalorizacións (...) convindo expresamente que, non estarán suxeitas a redución, modificación, suspensión, supresión ou retención polo feito de que o beneficiario se atope ou resida no territorio da outra Parte”. Así as cousas, é claro que “o Reino de España non pode apartarse do cumprimento das súas obrigas internacionais, mediante a publicación dun simple real decreto, sendo necesario, pola contra, que negocie a modificación do propio Convenio de Seguridade Social, que subscribiu coa República Arxentina, que se mantén vixente nos termos pactados e non pode ser derogado mediante un real decreto”.

Dende logo, é nesta última argumentación, a supremacía da normativa internacional sobre a interna, tan obvia, pero tan importante, é onde se atopa a esencia desta resolución. Non en balde, a súa aplicación neste litixio supón o desprazamento, que non derogación, da acreditación do requisito de residencia en España que se esixe con carácter xeral para lucrar o complemento de mínimos nas pensións a

quen cotizase durante toda a súa vida laboral en España. Non obstante, en virtude da interpretación anterior, tal requisito desaparece cando os beneficiarios, ademais, cotizasen noutro Estado e a súa norma bilateral prescinda de esixilo, o cal non deixa de resultar do todo lóxico.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 24 de marzo de 2021 (recurso de casación ud. núm. 4155/2018)

RESUMO: desestimación da solicitude de aplicación da lexislación anterior á Lei 27/2011, do 1 de agosto, sobre actualización, adecuación e modernización do sistema de Seguridade Social, a un traballador de 61 anos, que solicitou a xubilación anticipada tras unha longa carreira profesional, en concreto, ata o ano 2013. Tras a extinción do seu contrato de traballo percibiu o subsidio de desemprego e no ano 2016 traballou a tempo parcial. Para o TS, non cabe acceder á xubilación cando se produce un alta na Seguridade Social con posterioridade ao 1 de abril de 2013.

NORMAS APLICADAS:

- Disposición transitoria 4ª, apartado 5, LXSS/2015.
- Disposición final 12ª da Lei 27/2011, do 1 de agosto, modificada ex RD-lei 5/2013, do 15 de marzo.

A procedencia ou non da aplicación do principio “pro beneficiario” na interpretación da normativa de Seguridade Social, en concreto, no réxime da pensión de xubilación anticipada -a ordinaria-, conforma a esencia do debate desta sentenza da Sala do social do TS. E iso é así, porque a sentenza de contraste ditada polo TSX de Madrid do 19 de xuño de 2017 (recurso de suplicación núm. 410/2017), con base na que se interpuxo o presente recurso de casación, estimara a petición do actor, idéntica á que é obxecto da resolución que agora se comenta. A saber, o recoñecemento e concesión da súa pensión de xubilación anticipada de conformidade coa normativa anterior á contida na Lei 27/2011, do 1 de agosto, aínda que non se cumprisen integramente todos os presupostos esixidos normativamente para causala. Concretamente, nas actuacións do TSX de Madrid, o actor non acreditaba o dato de non prestar servizos

con posteridade ao 1 de abril de 2013. A pesar diso, a Sala madrileña recoñeceulle o dereito á pensión, tendo en conta que a prestación de servizos por conta allea posterior á data fixada pola lei durante 23 días nunha longa carreira de cotización de 47 anos “ten carácter marxinal e non impide, en consecuencia, a aplicación da referida previsión de Dereito transitorio”.

Antes de entrar a analizar os feitos e o sentido do fallo da resolución que agora se comenta, a da Sala do social do TS do 24 de marzo de 2021, convén identificar as normas en conflito, pois a súa interpretación, controvertida, conforma o obxecto deste recurso. Ademais, como sucede moitas veces en materia de Seguridade Social, a eficacia temporal dos preceptos implicados está revestida de certa complexidade. En concreto, a sentenza comentada menciona a disposición final 12ª da Lei 27/2011, do 1 de agosto, modificada ex RD-lei 5/2013, do 15 de marzo, e a disposición transitoria 4ª, apartado 5, da LXSS/2015. Con todo, a día de hoxe, para a correcta comprensión do debate, é suficiente con aludir á última das citadas, o que simplifica moito os termos do debate. É dicir, a disposición transitoria 4ª, apartado 5, da LXSS/2015 é a norma que na actualidade establece os presupostos que deben acreditar os solicitantes dunha pensión de xubilación, incluída a anticipada, para que se lles aplique a normativa anterior á Lei 27/2011, do 1 de agosto, entre eles, “extinguir a relación laboral antes do 1 de abril de 2013, sempre que con posterioridade a tal data non volvan quedar incluídas nalgún dos réximes do sistema da Seguridade Social”. O que ocorre é que durante o período que transcorre dende a promulgación da LXSS/2015 ata a aprobación do RD-Lei 28/2018, do 18 de decembro, que foi o espazo temporal no que se sucederon os feitos controvertidos, o contido dos preceptos de ambas as disposicións –a da Lei 27/2011 e a da LXSS/2015- coincidía plenamente, de aí a mención das dúas na resolución obxecto desta recensión. A partir do ano 2018, a disposición da LXSS/2015 foi modificada, en dúas ocasións, polo RD-Lei 28/2018, do 18 de decembro, e polo RD-Lei 2/2021, do 26 de xaneiro-, coa idea prorrogar por anualidades consecutivas o réxime transitorio da ordenación da xubilación que

introducira a Lei 27/2011, do 1 de agosto. Con iso, a día de hoxe, o contido da disposición final 12ª da Lei 27/2011, do 1 de agosto, modificada ex RD-lei 5/2013, do 15 de marzo, quedou desvirtuado polas reformas efectuadas sobre a disposición transitoria 4ª, apartado 5, da LXSS/2015, resultando esta última disposición a aplicable para cuestións como a que se debate nesta sentenza.

Segundo consta nos seus feitos probados, a solicitude da pensión de xubilación anticipada foi cursada polo actor o 22 de marzo de 2017 tras acreditar 61 anos de idade e máis de 38 anos de cotización. En concreto, estivo a traballar ata o 8 de febreiro de 2013 e como perceptor do subsidio de desemprego ata o 8 de xaneiro de 2014. Agora ben, e aquí se atopa a esencia do debate: con posterioridade, en particular, dende o 7 de xaneiro ao 6 de abril de 2016, volveu prestar servizos por conta allea ao 75 % da xornada ata que causou baixa por fin de contrato. Como é fácil imaxinar, foi nesta prestación de servizos do ano 2016 na que a Sala do social do TSX de Galicia na súa sentenza do 27 de xullo de 2018 (recurso de suplicación 529/2018) argumentou a denegación da pensión, por conformar o incumprimento dun dos requisitos esixidos na normativa vixente, nese momento, a disposición final 12ª da Lei 27/2011, do 1 de agosto, modificada ex RD-lei 5/2013, do 15 de marzo, vixente de acordo co contido da disposición transitoria 4ª, apartado 5, da LXSS/2015. Como dispón a referida sentenza, é necesario acreditar "a ausencia completa de traballo con inclusión nalgún réxime da Seguridade Social dende o 1 de abril de 2013 e ata a solicitude da pensión de xubilación con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2019" (cfr. fundamento de dereito primeiro). A data do 1 de xaneiro de 2019 é a que constaba na normativa aplicable no momento en que acaeceron os feitos. Na actualidade é a do 1 de xaneiro de 2021. Agora ben, é fronte a esa argumentación do TSX de Galicia onde cobra todo o seu sentido a interposición do recurso de casación, en base ao 219 LRXS, achegando como sentenza de contraste a do TSX de Madrid antes referida, pois, como tamén se indicou, para este último, o carácter marxinal dos servizos fronte a unha longa carreira de cotización non impide o recoñecemento da pensión. Sen dicilo

expresamente, a Sala madrileña optou por unha interpretación “pro beneficiario” e con iso logra sortear a literalidade do precepto de aplicación.

Non obstante, ese non é o criterio da Sala do social do TS, que se decantou pola interpretación literal do contido da normativa, confirmando, á súa vez o sentido do fallo da Sala do social do TSX de Galicia. Para o TS a solución ao debate non provoca ningún xénero de dúbidas: ao acreditarse que o recorrente estivo de alta no Réxime Xeral da Seguridade Social durante un período de 2016, “é claro que non cumpre os requisitos” esixidos pola normativa aplicable, “sen que a dita conclusión poida enervarse, porque se trate dun período temporal limitado”. É evidente que o lexislador, continúa sinalando o TS, quixo limitar o exercicio do dereito á xubilación anticipada “sen que sexa viable unha interpretación *pro beneficiario*, cando a vontade do lexislador se desprende, sen dúbida ningunha, da literalidade do precepto, que se reiterou en dúas ocasións, deixando claro que, o acceso á xubilación queda vetado, cando se produce unha alta na Seguridade Social con posterioridade ao 1 de abril de 2013”..

Ao respecto, procede emitir agora unha reflexión final sobre o clásico principio *pro beneficiario* –equivalente ao principio *pro operario* que rexe en Dereito do Traballo- a fin de ratificar o criterio do TS. Sobre iso, non se pode esquecer que se trata dun principio que non ten directa relación coa fixación dos feitos probados, senón que se refire aos casos de dúbida en canto aos efectos xurídicos dunha concreta situación fáctica xa declarada probada, no sentido de que a dita dúbida xurídica debe resolverse a favor do beneficiario. Dito doutro xeito, o principio exprésase dicindo que as dúbidas en canto ao sentido ou alcance da norma xurídica aplicable ás relacións de Seguridade Social, debe ser interpretada da forma que resulte máis beneficiosa para o beneficiario. Por tanto, só ten efectividade cando exista ou xurda dúbida racional en canto aos efectos xurídicos dunha determinada situación fáctica, sendo aplicable unicamente na interpretación do dereito, en caso de dubidar respecto do seu sentido e alcance. Así o estableceu o TS hai xa varios anos (v.g., STS do 25 de setembro de 1986). En definitiva, e no caso aquí axuizado, a

norma é clara e di o que di, á marxe de que os seus efectos poidan parecer máis ou menos xustos, pero esa teórica inxustiza non habilita para a aplicación dun principio que neste caso non procede.

DOUTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 13 de abril de 2021 (recurso de suplicación núm. 3269/2020)

RESUMO: denegación da prestación por maternidade –na actualidade, prestación por nacemento e coidado de menor– por actuación fraudulenta para a súa obtención. Son indicios da fraude os seguintes: a proximidade entre o embarazo e a alta, sendo ademais unha dobre alta, como traballadora por conta allea e como traballadora por conta propia, a elevada base de cotización como autónoma e o feito de que, ademais, o pai do fillo e parella da solicitante é o fundador da compañía empregadora.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 180 LXSS/2015.
- Art. 6.4 CC.
- Art. 193 LRXS.

Máis aló do completo repaso que efectúa o relator –don José Fernando Lousada Arochena– sobre a natureza xurídica do recurso de suplicación e a súa correcta interposición, a presente resolución da Sala do social de TSX de Galicia analiza de forma pormenorizada a institución da fraude de lei na obtención de prestacións de Seguridade Social, en concreto, a de maternidade, vixente no momento no que acaeceron os feitos axuizados. E a cuestión non é banal, porque, aínda que a acreditación da fraude é posible mediante presuncións, a súa existencia non pode construírse sobre a soa situación de embarazo. Como afirma o relator, facéndose eco do contido de resolucións anteriores da mesma Sala (SsTSX de Galicia do 5 de outubro de 2017 e 27 de xullo de 2018), tal “circunstancia biolóxica non pode constituír a base fáctica da que derive unha consecuencia negativa ou distinta da que puidese extraerse de non concorrer aquela, e entender o contrario supoñería ir contra o principio de

igualdade e non discriminación por razón de sexo". De forma menos sutil, outras resolucións do TSX da Comunidade Valenciana do 8 de febreiro e 30 de xuño de 2017 proclaman que "a contratación dunha muller embarazada non pode considerarse, por si soa, indicio de fraude".

En definitiva, en supostos como este, a existencia da fraude de lei require a concorrencia doutros feitos, dos que, máis aló do embarazo, poida inferirse que a eventual beneficiaria da prestación actuou de forma fraudulenta para a súa obtención, ou, no seu caso, para a súa conservación.

Pero antes de proceder a identificar tales feitos, o que resulta decisivo para resolver o presente recurso de suplicación, a Sala trae a colación unha serie de elementos que con carácter xeral permiten recoñecer unha situación de fraude de lei, o que resulta moi ilustrativo como teoría xeral. Tales elementos son os seguintes: en primeiro lugar, que a fraude de lei non se presume, senón que debe ser acreditada, aínda que se admita a proba das presuncións. En segundo lugar, que as actuacións da Inspección de Traballo consistentes en comprobacións directas gozan de presunción de veracidade. E, en terceiro lugar, que a fraude de lei é unha situación obxectiva resultando irrelevante a intención do autor, defraudatoria ou non.

A partir destas tres consideracións xerais, fundamentais para identificar a fraude, o Tribunal procede a indagar en elementos fácticos, a través do contido dun nutrido conxunto de resolucións de suplicación para inferir, en termos xerais, cando se aprecia e cando non a referida fraude. Ou dito en termos máis exactos, cales conforman "os indicios máis habituais utilizados polos tribunais sociais para apreciar a existencia dunha fraude en relación coa prestación de maternidade" (cfr. fundamento xurídico terceiro), que son os seguintes: a proximidade da alta á data do parto, e canto máis próxima sexa, maior forza de convicción ostenta; a ausencia de titulación ou experiencia previa para o traballo; o parentesco ou a relación de amizade coa persoa supostamente empregadora; o carácter temporal do contrato e en particular se é de escasa duración, a ausencia de contratos anteriores ou posteriores para o posto de traballo; a ausencia de acreditación de pago de retribucións; e no caso

de alta como traballadora autónoma, unha ausencia de acreditación de ingresos ou a ausencia de infraestrutura para a realización da actividade (véxase fundamento xurídico terceiro).

Dende a perspectiva da teoría xeral da fraude de lei na prestación de maternidade, a virtude da resolución que agora se comenta é evidente, pois de forma moi intelixible revela en poucos parágrafos os trazos fundamentais –de feito e de dereito– do seu réxime xurídico, o que facilitará a súa identificación noutros supostos.

A proxección desta teoría xeral sobre o suposto axuizado, leva á Sala a confirmar a fraude de lei que fora declarada na instancia, e, por tanto, a desestimar o recurso de suplicación da solicitante da prestación sobre a que han de recaer todas as sancións pertinentes. E iso faino con base nuns feitos dos que non se pode deducir ningunha outra conclusión máis que unha fraude para a obtención da prestación de maternidade. Non obstante, o Tribunal segue facendo gala de certa sutileza e elegancia cando afirma que a sucesión de “feitos incuestionables conforman unha sospeita razoable de fraude de lei que non se sustenta exclusivamente no feito do embarazo”.

Os referidos feitos son os seguintes: a dobre alta da solicitante da prestación no réxime xeral como traballadora por conta allea e no RETA. A proximidade da alta co embarazo. A circunstancia de que o pai do menor é a parella da demandante, sendo ademais o fundador da sociedade empregadora. Por outra banda, o TSX lembra que a traballadora, en posesión dende 2005 do título de técnica de prevención de riscos laborais de nivel superior, especialidade ergonomía e psicoloxía aplicada, e en posesión dende 2007 do título de técnico en prevención de riscos laborais nivel superior, especialidade seguridade, traballo, hixiene industrial e ergonomía e psicosocioloxía, nunca antes de decembro de 2016 se dera de alta como formadora no RETA, sendo sempre traballadora por conta allea.

Tales “feitos incuestionables”, afirma acertadamente a sentenza, conforman unha “sospeita razoable de fraude de lei que non se sustenta exclusivamente no feito do embarazo” –e isto é o decisivo na súa argumentación para evitar

eventuais discriminacións- senón que poderían quedar desvirtuados acreditando a “efectiva prestación de servizos”, o que tampouco conseguiu a recorrente (fundamento xurídico cuarto). Pretendeuno cunha proba documental e outra testifical practicadas na instancia, pero como conclúe a Sala de Galicia, a documental non acreditou o pretendido e a testifical non xustifica unha revisión fáctica suplicacional.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 8 de xuño de 2021 (recurso de suplicación núm. 2123/2020)

RESUMO: o demandante, deportista profesional, compatibilizou o percibo da prestación por desemprego co seu traballo por conta allea como parte do persoal integrante do equipo do Pontevedra CF SAD, polo que incorreu nunha infracción moi grave, sancionada coa extinción da prestación e o reintegro das prestacións indebidamente percibidas.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 262 LXSS/2015.
- RD 1006/1985, do 26 de xuño.

Aclarar

Interesantes son as cuestións xurídicas analizadas na sentenza que agora se comenta, en canto precisa, a aqueles que non o temos claro, dende que momento concreto o desempeño da actividade deportiva dun xogador profesional de fútbol ha de ser considerada relación laboral, en particular, relación laboral de carácter especial, tal e como se configura no RD 1006/1985, do 26 de xuño, polo que se regula a relación laboral especial dos deportistas profesionais.

Os feitos axuizados sucederon na cidade de Pontevedra que, como calquera capital de provincia que se prece, ten e presume do seu correspondente equipo de fútbol, o Pontevedra CF SAD, que, no momento en que aconteceron os feitos, tempada 2017-2018, militaba en Segunda B da liga de fútbol profesional española. O conflito evidenciouse cando por parte da Inspección de Traballo e Seguridade Social constatouse que un dos xogadores compatibilizara o seu traballo como deportista coa prestación de desemprego, o que era constitutivo dunha infracción en materia de

Seguridade Social tipificada e cualificada como moi grave, polo que se propoñía a imposición da sanción de extinción da prestación por desemprego e o reintegro das cantidades, no seu caso, percibidas.

Para entender a cuestión litixiosa hai que ter moi presente que de acordo co contido do art. 262 LXSS/2015 a prestación por desemprego ten por finalidade a protección da situación “en que se atope quen, podendo e querendo traballar, perda o seu emprego ou vexa suspendido o seu contrato ou reducida a súa xornada ordinaria de traballo”. Por mor do contido deste precepto, é obvio que traballar como deportista e percibir a prestación de desemprego é totalmente incompatible. Pero, naturalmente, os feitos litixiosos non aconteceron dunha forma tan evidente, senón que resta por referir un pequeno detalle que foi decisivo. A saber, o momento concreto no que se entende por iniciada a relación laboral como deportista profesional. Segundo o xogador, esta dera comezo o día 2 de agosto de 2017, data na que consta a súa “alta polo Pontevedra CF SAD, en virtude de contrato temporal para obra ou servizo determinado en data 2 de agosto de 2017”. No dito “contrato temporal facíase constar que a xornada sería de 40 horas semanais, de luns a domingo, e que a súa duración estenderíase dende o 2 de agosto de 2017 ata fin de tempada. O actor causou baixa no Pontevedra CF SAD o 31 de maio de 2018” (cfr. fundamento xurídico segundo). Para a ITSS, do mesmo xeito que para o SEPE, “a data de inicio da relación laboral por conta allea foi o 17/07/2017, momento en que foi presentado oficialmente como parte do persoal do equipo do Pontevedra CF SAD, non coa data da firma do contrato o 2 de agosto de 2017, pois estima que a práctica do deporte, obxecto da relación laboral especial en cuestión, inclúe (...) non só a participación nos partidos de fútbol ante o público, xa sexan de competición oficial, xa sexan amigables, senón tamén as actividades de adestramento ou preparación física ou técnica” (cfr. fundamento xurídico segundo). Do mesmo xeito que as partes procesuais, tamén os órganos que se encargaron de axuizar o asunto discrepaban, pois a sentenza de instancia foi nun sentido, estimando a pretensión do deportista,

mentres que a de suplicación foi no outro, estimando a do SEPE.

Máis aló dos xa apuntados, outros datos significativos que poden axudar a solucionar a controversia son os seguintes: o primeiro, que a data da presentación do persoal do Pontevedra CF SAD efectuouse o 17 de xullo de 2017 no estadio municipal de Pasarón e dende esa data ata a formalización dos contratos, os xogadores realizaron varios adestramentos e disputaron tres partidos amistosos". O segundo, que o demandante percibiu a primeira nómina no mes de agosto de 2017, de forma que no mes de xullo non houbo retribución. Terceiro, que nalgún dos partidos amistosos xogados no mes de xullo de 2017 figuraban tres xogadores suplentes que posteriormente non foron contratados polo Pontevedra CF SAD. Cuarto, que a actividade desenvolvida polo futbolista dende a firma do seu contrato de traballo ata o inicio da competición oficial, 20 de agosto de 2017, é a mesma que a practicada dende o 17 de xullo. Como último dato relevante, hai que ter en conta que o actor non foi dado de alta na Seguridade Social polo Club ata o 2 de agosto de 2017.

A solución da controversia, como acertadamente fai a Sala do social do TSX pasa, ineludiblemente, por tomar en consideración as peculiaridades da relación laboral especial de que se trata, a dos deportistas profesionais. Pero, aínda sen ter en conta algunha das súas peculiaridades, non parecen existir demasiadas obxeccións para considerar o carácter laboral da prestación de servizos do deportista profesional e o Pontevedra CF SAD, por concorrer as notas de alleidade e dependencia. Ademais, como é sobradamente coñecido, a ausencia de retribución non determina a natureza do vínculo, nin tampouco a falta de alta na Seguridade Social. Entender o contrario, como parece que fai a xulgadora de instancia, sería tanto como deixar en mans das partes, e máis en concreto do empregador, a cualificación xurídica dunha relación de prestación de servizos, o que vai en contra do art. 8.1 ET e de toda a doutrina do contrato de traballo. Pois ben, dende a perspectiva da relación laboral especial, parece que o elemento fundamental que determina a existencia dun contrato de traballo, xa dende o 17 de xullo

de 2017, é o seguinte: a finalidade dos adestramentos ao servizo do desempeño da actividade deportiva. Isto é, como indica o art. 7.4 RD 1006/1985 “os deportistas profesionais teñen dereito á ocupación efectiva, non podendo, salvo en caso de sanción ou lesión, ser excluídos dos adestramentos e demais actividades instrumentais ou preparatorias para o exercicio da actividade deportiva”. E dende a perspectiva xeral, a nota da retribución, entendéndose por devindicada aínda que non se retribuíuse: entende a Sala que o que determina legalmente a profesionalidade dun deportista é a existencia dunha retribución a cambio dos servizos prestados por conta dunha entidade deportiva (...) e que o pagamento dunha retribución ao traballar para unha entidade deportiva, prodúcese porque o traballo realizado polo traballador se fixo en condicións de alleidade e dependencia, e ao concorrer estes elementos de alleidade e dependencia, dedúcese, que cando alguén traballa para outro, faino para obter unha retribución; o que significa que o requisito da retribución salarial, esixido para cualificar a relación como laboral, cúmprese dende o momento en que se devindica a retribución, con independencia de que esta chegue a ser efectivamente satisfeita (...) E o feito de que o Pontevedra CF SAD, non pagase cantidades económicas ao traballador polo traballo desenvolvido entre o 17 de xullo e o 1 de agosto de 2017, non significa que non as devindicase, como consecuencia das condicións nas que prestou os seus servizos”.