



TRABAJO FIN DE GRADO
CURSO 2020-2021

Jaime Román Lemos

**Aplicación Práctica del Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social**

Tutora

Prof^a. Dr^a D^a Esperanza Macarena Sierra Benítez

ÍNDICE

Introducción	2
Supuesto 1. Determinación de la existencia de relación laboral	4
Supuesto 2. Contratación	8
Supuesto 3. Jornada	12
Supuesto 4. Salario	15
Supuesto 5. Representación de los trabajadores en la empresa	18
Supuesto 6. Modificaciones de condiciones de trabajo	23
Anexo. Selección de sentencias	28
- STS 24 enero 2018 (RJ 2018\816). Supuesto 1	28
- STSJ Madrid 27 septiembre 2017 (JUR 2017\256225). Supuesto 2	43
- STS Andalucía (Sevilla) 12 abril 2019 (AS 2019\1748). Supuesto 3	50
- STS 19 septiembre 2011 (RJ 2012\690). Supuesto 4	63
- STS 21 diciembre 2017 (RJ 2017\5975). Supuesto 5	69
- STS 18 octubre 2016 (RJ 2016\5431). Supuesto 6	75

Introducción

Se recogen a continuación, en primer lugar, las propuestas de solución presentadas a los diferentes supuestos que han compuesto el Programa TFG del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del presente curso académico 2020-21, y seguidamente como anexo una selección de sentencias, recogiendo al menos una de las utilizadas en la respuesta dada a cada supuesto.

Como se indica en la presentación que del Programa hace el Departamento, el sistema seguido ha consistido en la resolución de supuestos prácticos que abarcan el conjunto de materias que componen el Derecho del Trabajo. De este modo nos hemos adentrado en cuestiones como:

- Delimitación de la existencia de relación laboral. Supuesto 1
- Contratos. Tipos y modalidades. Supuesto 2
- Jornada de trabajo. Supuesto 3
- Salario. Supuesto 4
- Modificación de condiciones de trabajo. Supuesto 5
- Órganos de representación de los trabajadores. Supuesto 6
- Extinción de la relación laboral. Supuesto 7

La amplitud y variedad de temas nos ha permitido analizar la relación laboral desde su inicio hasta su extinción, pasando por el estudio de las principales condiciones laborales (salario y tiempo de trabajo) o su modificación, además de adentrarnos en la esfera colectiva (representación). El sistema tradicional de elaboración de un TFG permitiría sin duda una mayor profundización, pero solo en un aspecto concreto de la materia objeto del Derecho del Trabajo; el Programa, en cambio, me parece más beneficioso por cuanto se agranda nuestra visión abarcando toda la materia.

Este sistema, como también se indica en la presentación referida, permite la aplicación de los conocimientos adquiridos a supuestos que pueden sin duda presentarse en la realidad. De esta forma, el Programa viene a cubrir un cierto déficit en los estudios universitarios de Derecho: la parte práctica de los mismos. Obviamente, la función principal de la Universidad es proporcionarnos herramientas teóricas con que enfrentarnos a lo que la realidad nos puede deparar. Pero no cabe duda tampoco de que la aplicación práctica, en el propio marco de los estudios universitarios, de aquellos conocimientos teóricos conferirá al futuro egresado unos mejores útiles. Por lo demás, el hecho de que, además de los manuales propios de la disciplina, hayamos tenido que manejar doctrina judicial (TS, TTSSJJ), no es ya que nos acerque a esa realidad, sino que nos la presenta tal cual es, pues no olvidemos que las resoluciones judiciales responden a situaciones fácticas que se producen en la vida cotidiana de las empresas. Por otra parte, el necesario recurso a las bases de datos jurisprudenciales, con las tareas de búsqueda inherentes, es algo que nos familiariza con lo que como egresados tendremos que hacer: por muchos conocimientos teóricos que se tengan del Derecho, el jurista jamás podrá dejar de lado cómo los tribunales aplican la normativa; en caso contrario resultaría cojearía cualquier análisis que de un supuesto pretendiera realizar.

En este sentido considero no sólo útil, sino muy valiosa, la metodología seguida. Un sistema TFG de las características del Programa nos ha permitido en definitiva profundizar en los conocimientos adquiridos a lo largo de nuestros estudios, a la vez que aplicarlos a situaciones potencialmente reales, es decir, con las que nos vamos a enfrentar una vez terminemos nuestros estudios, y utilizando las herramientas que un jurista competente debe emplear.

Supuesto 1. Determinación de la existencia de relación laboral

En el presente supuesto se da, formalmente, una relación que las partes califican como arrendamiento de servicios (en tanto se exige al Sr. Gutiérrez su alta como autónomo). Ahora bien, habrá que estar no a la **denominación formal** que las partes hagan de la relación que las une, sino a la realidad material de la misma. Así lo señala claramente la jurisprudencia: “es doctrina reiteradísima la que sostiene que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación 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”¹.

Con ese punto de partida, y dada una prestación de servicios de una persona a otra, debe presidir nuestra labor la presunción del art. 8.1 ET, según el que se presume la existencia de relación laboral “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”. Pero, como dicen los tribunales, se trata de una presunción *iuris tantum*, lo que exige que analicemos si, en esta concreta prestación, se dan las notas de una relación laboral según el art. 1.1 ET, a saber: voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia², 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”³.

La **voluntariedad** (entendida lógicamente en sentido jurídico, más allá por tanto de cualquier compulsión económica que pueda obligar a un sujeto a desarrollar un trabajo⁴) no ofrece dudas aquí, en tanto la labor de profesor es asumida libremente por el Sr. Gutiérrez sin estar obligado a ello.

Tampoco, en principio, la existencia de la nota de **remuneración** ofrece problemas. Es cierto que, en relación con el conjunto de la actividad del Sr. Gutiérrez, los beneficios

¹ STS 10 abril 2018 (RJ 2018\18589), Fundamento de Derecho segundo.2.

² Además de tratarse de una prestación personalísima, pues “aunque no lo diga expresamente el precepto, de manera implícita se entiende que el trabajo ha de ejecutarse personalmente por el propio prestador del servicio, es decir, por parte del trabajador. Se trata de una obligación personalísima la que asume el trabajador... No se admite que el trabajo venga realizado parcial o temporalmente por un tercero, pues de lo contrario pasa a tratarse de un arrendamiento de servicios o de obra” (Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 31). En el supuesto se ve claramente el carácter personalísimo, prohibiéndose expresamente “que realizara la actividad otra persona”.

³ STS 24 enero 2018 (RJ 2018\816), FD tercero, b) y d).1.

⁴ Es decir, “sea cual sea el peso y el apremio de las motivaciones económicas para el [trabajo]” (Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 38).

que obtiene de dar clases en la academia son marginales o anecdóticos, no constituyendo su principal fuente de ingresos. Pero entiendo que, en la mente del Estatuto, lo que cuenta es la existencia o no de remuneración, no su cuantía (por muy ocasional que la misma sea). Lo contrario equivaldría, por ejemplo, a considerar no laborales situaciones de extrema precariedad, en que la prestación apenas aporta sustento al trabajador: paradójico sería que el Derecho del Trabajo no considerase en su ámbito precisamente a los más necesitados de protección laboral.

Sentada por tanto la existencia de voluntariedad y remuneración, la verdadera cuestión a dilucidar, el meollo central de este asunto, se encuentra en las otras dos notas: ajenidad y dependencia⁵.

Y lo primero que hay que decir es que, en la realidad socioeconómica actual (muy distinta de la Revolución Industrial que está en los orígenes de la legislación laboral), no podemos hablar de conceptos absolutos y claramente definidos, sino que en ocasiones, como han indicado los tribunales, nos encontramos con zonas grises en que ambas notas se encuentran bastante difuminadas, por lo que habrá que estar al concurso de indicios que nos muevan en un sentido o en otro: “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”⁶.

En consecuencia, el jurista, más que aplicar una plantilla matemática, deberá moverse en el terreno de los indicios, separando los que apunten a una y a otra dirección y, finalmente, sopesar el conjunto para tomar una decisión.

En cuanto a la **ajenidad**, básicamente consiste en que el resultado o utilidad patrimonial corresponde al empleador. Pero en realidad puede analizarse la ajenidad desde diversos puntos de vista, varios de los cuales juegan a favor de la existencia de la nota⁷:

- a) Ajenidad en los riesgos, de forma que el resultado económico de la actividad – favorable o desfavorable- recaer directamente en el empleador.

En el supuesto, D. Silvio recibe su retribución con independencia del número de alumnos que le asignen, con lo que es la empresa la que asume el riesgo de que

⁵ De hecho, como señalan los Tribunales, “la nota diferencial entre la relación laboral y la de arrendamiento de servicios, no [es] la prestación de un servicio por cuenta de otro, ni la percepción de una remuneración a cambio, sino la existencia de dependencia” (STSJ Comunidad Valenciana 7 septiembre 2010, JUR 2011\25969, FD primero.2).

⁶ STS de 24 enero 2018, cit., FD tercero.2.

⁷ Las distintas tesis las tomamos del resumen de Cruz Villalón, *op.cit.*, págs. 33-34: a) ajenidad en los riesgos, b) ajenidad en los frutos, c) ajenidad en la utilidad patrimonial (variante en realidad de la anterior), d) ajenidad en la titularidad de la organización y e) ajenidad en el mercado.

el número de alumnos sea elevado (con lo que aumentan sus beneficios), o reducido (disminuyen).

- b) Ajenidad en los frutos o utilidad: los frutos del trabajo, desde su origen, pertenecen al empleador. Aquí es la academia la que mantiene la relación comercial con los alumnos y a la que estos abonan su cuota. La utilidad patrimonial de la actividad académica desde el inicio pertenece a la empresa.
- c) Ajenidad en la titularidad de la organización: el trabajador desarrolla su labor utilizando materiales o instrumentos que no le pertenecen. Aquí la clase se desarrolla en un centro de la Academia, no en el domicilio del Sr. Gutiérrez; el correo electrónico utilizado por los alumnos es el de la empresa y el de los profesores el corporativo de la misma; las clases on-line se hacen a través del portal web de la academia, etc.
- d) Por lo demás, entienden los tribunales en supuestos similares que existe ajenidad cuando, como aquí, los trabajadores “carecen de facultad alguna para fijar los precios, [o] la selección de los alumnos”⁸.

Aunque nos planteásemos algún dato que jugara en contra de la ajenidad, lo cierto es que los indicios que hemos reseñado son numerosos y superarían a otros que pudieran argüirse en sentido contrario⁹.

Finalmente nos queda la nota de **dependencia**. El trabajador realiza su prestación sometido a los poderes organizativos y de dirección del empresario. Pero, como ya hemos dicho, existen zonas grises de forma que la jurisprudencia señala que basta con un genérico poder de mando y correlativo poder de obediencia, ya que la dependencia “no se equipara con una subordinación absoluta al empresario, bastando para que sea apreciable con la inserción del sujeto en el ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la labor”¹⁰.

Debemos pues movernos en el terreno de los indicios. Señala una de las sentencias aportadas, como indicios de dependencia, “la fijación del lugar de trabajo por el empleador, el sometimiento a un horario, o la programación de la actividad por parte de la empresa”¹¹. La doctrina da la siguiente relación de indicios valorados por la jurisprudencia: sometimiento a determinado tipo de instrucciones, permanencia en los locales de la empresa, sistema objetivo y predeterminado de fijación de la retribución, control sobre el trabajo realizado, ejecución personal de la prestación, titularidad de las

⁸ STS 10 abril 2018, cit., FD tercero.3.

⁹ Quizás la tesis sobre la ajenidad que ofrecería dudas aquí sería la de la ajenidad en el mercado, sostenida básicamente por el Prof. Alarcón Caracuel: la producción capitalista se caracteriza por realizarse para un mercado anónimo, de forma que entre productor y consumidor se intercala un intermediario: el capitalista (**Cruz Villalón**, *op.cit.*, pág. 34). En el supuesto tal vez podría sostenerse que la academia no funciona realmente como intermediario, pues la relación se produce directamente entre profesor y alumno. Pero incluso aunque se dijese que es así, son sobradamente aplicables las restantes tesis como para optar por la ajenidad.

¹⁰ STS Comunidad Valenciana 7 septiembre 2010, cit., FD 1º.2.

¹¹ Cfr. STS 10 abril 2018, cit., FD tercero.3.

herramientas o del local, sujeción a horarios fijos, etc.¹² No todos los indicios tienen que darse conjuntamente¹³, y no todos se dan aquí, pero en conjunto creo que son más los que juegan a favor de la dependencia:

- Al trabajador le venían dadas fecha de inicio y finalización del curso y horas que había de impartir.
- El horario de las clases lo establece el centro “sin que los profesores intervinieran”.
- El trabajo se desarrolla bien en las instalaciones de la empresa, bien on-line a través de la web de la misma.
- La ejecución es absolutamente personal (se prohibía que la actividad la realizara otra persona y las faltas habían de recuperarse por el propio profesor), etc.

Obviamente la organización concreta de la clase corresponde al profesor, como parte de su capacidad docente, pero ello no hace que desaparezca la dependencia: simplemente la atenúa; de lo contrario, todos los trabajos cualificados quedarían fuera del Derecho del Trabajo¹⁴. En definitiva, si bien aquí no hay un sometimiento estricto a detalladas instrucciones (algo más propio de empleos de escasa o nula cualificación), son numerosos los indicios que juegan a favor de la existencia de subordinación. Se podrían también argumentar algunos indicios en sentido negativo, como hace la empresa, pero “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... y de ajenidad... ya que tales indicios o resultan marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza que apuntan... en sentido contrario”¹⁵. Para que no se diera dependencia sería necesario, como indica la jurisprudencia, “que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, órdenes, instrucciones, 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”¹⁶, lo que no es el caso.

En conclusión, realizada una valoración de conjunto y sopesando todos los indicios, optamos por considerar la relación como laboral, sin que datos como los argumentados por la academia (horario variable, actividad esporádica, no realización de tareas distintas a la impartición de clases), tengan entidad para desvirtuar el mayor peso de los restantes indicios ni, en consecuencia, la presunción del art. 8.1 ET.

¹² Cfr. Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 37.

¹³ Es más: los indicios operan en sentido positivo, pero no negativo, de manera que “la ausencia de alguno de ellos no es dato concluyente de la inexistencia de subordinación” (*ibidem*).

¹⁴ La subordinación “se presenta como un concepto graduable, que consiente diversos niveles de intensidad”, siendo un factor determinante la cualificación, pues cuanto mayor sea esta las formas de subordinación “son más sutiles y relajadas” (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, *op.cit.*, pág. 43).

¹⁵ STS 24 enero 2018, cit., FD tercero.d).3.

¹⁶ STS 24 enero 2018, cit., FD tercero.d).1.

Supuesto 2. Contratación

A) Licitud de las modalidades contractuales y posibles consecuencias

1. Contrato en prácticas. (D. Romualdo Pérez)

Modalidad. El contrato en prácticas, pese a no ser causal en sentido estricto (es decir, por causa relativa al proceso productivo) sí responde a una determinada motivación. Así, además de los requisitos de titulación y la celebración en los 5 años siguientes a su obtención (requisitos ambos que reúne el Sr. Pérez)¹⁷, se exige que “el puesto de trabajo [permita] la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios...” [art. 11.a) ET], o, en palabras de la doctrina, “tiene que existir una relación de causalidad directa entre el título... y la actividad profesional”¹⁸. Esclarecedora en este sentido es la STSJ Madrid de 27 septiembre 2017 (JUR 256225) que se nos ha aportado, al afirmar que “no se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esta experiencia actúe sobre los estudios cursados” (FD tercero).

Y es precisamente este punto el que no se cumple en el supuesto, pues si los estudios por los que se contrata a D. Romualdo son los del Grado de Historia, el trabajo debería ir destinado a la obtención de práctica correspondiente a dichos estudios, lo que claramente no es el caso de funciones de auxiliar administrativo. El contrato temporal pues ha sido celebrado en fraude de ley, lo que haría entrar en juego la presunción de indefinido del art. 15.3 ET¹⁹.

Jornada. En cuanto a la jornada pactada, y supuesto que hubiera sido factible un contrato en formación, no se exige que la misma sea a tiempo completo, por lo que resultaría válida la contratación a tiempo parcial. Pero, en tal caso, los mínimos salariales del art. 15.1 e) ET (60% durante el primer año y 75% durante el segundo) habrá que entenderlos referidos a la retribución de un trabajador ordinario que desempeñara el mismo puesto a jornada parcial. La retribución pactada aquí es del 50% de lo que percibiría un trabajador a tiempo completo (no a tiempo parcial), lo que será válido si esa cantidad no es inferior al 60% durante el primer año y al 75% durante el segundo de lo que percibiría un trabajador no en formación que tuviese una jornada parcial de tres horas (lo que parece que será así, aunque habría que comprobarlo con los datos exactos²⁰).

¹⁷ En cuanto a duración del contrato, la misma está conforme con el artículo 11.1.b) ET, y damos por supuesto que el período de prueba respeta el art. 11.1.d) ET. Nos centraremos pues en los dos aspectos problemáticos: motivación del contrato y jornada-retribución.

¹⁸ Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 198. De “adecuada correspondencia” entre titulación y puesto nos hablan Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 595.

¹⁹ “Las funciones y tareas que venía realizando la actora no le permitió obtener la práctica profesional acomodada al nivel de estudios cursados (Grado en Química) y en un sector profesional propio de los conocimientos teóricos poseídos... Entendemos por lo tanto que el contrato así suscrito lo ha sido en fraude de ley, prohibido por el artículo 6.4 del Código Civil, deben rechazar los Tribunales (artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)” (FD tercero, párrafos 7º y 8º).

²⁰ Por ejemplo, si la retribución de un trabajador con una jornada diaria de 8 horas fuera de 1.200 € mensuales, la referencia (trabajador no en prácticas a tiempo parcial) serían 450 € (aplicando una simple

Forma. Su formalización –insisto en que de haber sido posible- debería ser por escrito (arts. 8.2 ET y 3 RD 488/1998, de 27 de marzo), jugando en caso contrario la presunción de indefinido.

2. Contrato de interinidad (D^a Adela Guzmán)

Modalidad. Son varios los supuestos en que se permite la celebración de un contrato de interinidad, entre ellos la cobertura temporal de un puesto de trabajo mientras dura el proceso de selección (art. 4.1 RD 2720/1998, de 18 de diciembre). La selección es el segundo paso en el proceso de colocación, y presupone la existencia ya de candidatos (preselección), “a la que sigue en un segundo momento la selección de los aspirantes”; este segundo paso se centrará en un conocimiento más profundo de las aptitudes de los candidatos, a fin de determinar el más adecuado²¹. Pues bien, de la literalidad del supuesto práctico parece deducirse que ni siquiera existe todavía candidato: en realidad no dice que esté ya en marcha el proceso de selección (si así fuera, sí podría usarse este contrato mientras durase), con lo que se trata simplemente de una contratación temporal a la espera de una futura contratación indefinida cuyos trámites ni siquiera han comenzado. Y no es esto lo previsto en el art. 4.1 RD 2720/1998, con lo que nuevamente estamos ante un contrato celebrado en fraude de ley, con la consiguiente aplicación de la presunción de indefinido.

Duración, jornada y forma. En todo caso, de haber sido posible el contrato de interinidad, este no podría superar los 3 meses [art. 4.2.b) RD 2720/2998]. Y, a diferencia del caso anterior, no cabría la contratación a tiempo parcial, salvo que el puesto de asesor jurídico laboral fuera a ser a tiempo parcial, lo que no parece probable [art. 6.1 RD 2720/2998]. Su formalización, por último, debería ser por escrito cualquiera que fuese su duración (es decir, aunque fuera inferior a cuatro semanas) [art. 6.1 RD 2720/2998].

3. Contrato de obra o servicio determinado (D. Ataúlfo López)

Modalidad. Se utiliza un contrato previsto para “una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” [arts. 15.1.a) ET y 2.1 RD 2720/1998]. Sin embargo nos encontramos con una empresa de cuidado de canguros que contrata a un veterinario, algo que no tiene sentido calificar como un servicio determinado, pues la actividad de D. Ataúlfo es la corriente y ordinaria de la empresa. Aunque algunos autores señalan que no debe tratarse de una actividad habitual, ordinaria o genérica de la empresa²², lo cierto es que los tribunales flexiblemente han señalado que “no cabe argumentar [en contra de la consideración de un contrato como de obra] que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato [las

regla de tres), a la que habríamos de aplicar el 60% (270 €) y el 75% (338 €), cantidades que se superan con lo pactado (que sería el 50% de 1200=600 €).

²¹ Cfr. **Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia**, *op.cit.*, pág. 49.

²² No debe tratarse “de una actividad permanente, recurrente, estructural, habitual, ordinaria o genérica de la empresa, ya que entonces el cauce adecuado de contratación sería indefinido” (**Cruz Villalón**, *op.cit.*, pág. 190).

actividades de construcción]”²³, pero también es cierto que se exige, cuando menos, que el servicio u obra tenga sustantividad propia, es decir, algo específico que sirva para delimitarlo frente a lo demás. No existe una definición legal de sustantividad, y además los convenios colectivos siempre pueden identificar los trabajos o tareas susceptibles de este tipo de contratación (art. 2.1 RD, párrafo segundo), pero desde luego no tiene sentido llamar así a la tarea de un veterinario en una empresa de cuidado de animales²⁴. [Quizás, por ejemplo, habría sido válido si se contratase a un veterinario para la atención específica y exclusiva de cuatro canguros que, temporalmente, son cedidos a esta empresa para su exhibición en España, pero no para la atención a los animales que constituyen su objeto ordinario]. Si por tanto no responde el contrato a la modalidad formal utilizada, nuevamente nos encontraríamos con un contrato celebrado en fraude de ley, con la consiguiente aplicación de la regla de la presunción de indefinido (art. 15.3 ET).

Duración. De haber sido posible, la duración del contrato sería la del servicio con sustantividad propia a realizar por D. Ataúlfo, siendo la fecha que se fija en el contrato (5 de julio de 2022) orientativa, pues precisamente una de las notas de este contrato es que su ejecución, si bien temporalmente limitada, es en principio incierta [art. 15.1.a) ET y 2.1 RD 2720/1998]²⁵.

Forma. Como el de interinidad, debe formalizarse siempre por escrito (art. 6.1 RD 2720/2998). En caso contrario se presumirá indefinido (art. 8.2 ET).

4. Contratos eventuales por circunstancias de la producción.

Modalidad. El contrato eventual está previsto “para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa” [arts. 15.1.b) ET y 3.1 RD 2720/1998]. En este sentido, el objeto del contrato carece de sustantividad propia, lo que lo diferencia –junto con la acotación temporal inicial- del de obra o servicio²⁶. En el supuesto, la motivación del contrato se encuentra en el encargo de cuidado de canguros, que es la actividad normal de la empresa, la cual, precisamente por el encargo, experimenta circunstancialmente (durante el tiempo del encargo) un incremento de tareas. Se supone que los nuevos canguros se confundirían con el resto, sin exigir un trato diferente, por lo que lo que se produce es simplemente un incremento de las tareas normales, sin ningún elemento específico diferenciador. Siendo así, resulta adecuada esta modalidad contractual.

²³ STS 27 abril 2018 (RJ 2018\2309), FJ cuarto.2.

²⁴ Y esto siempre que el veterinario fuese ocupado únicamente en el cuidado de esos canguros, pues los tribunales van más allá de la mera literalidad del art. 15.1.a) ET, y, buscando su finalidad, establecen como requisito incluso “que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella (obra) o en el cumplimiento de éste (servicio) y no en tareas distintas” (STS 27 abril 2018, cit., FD cuarto.2).

²⁵ Con todo, el Estatuto impone un límite máximo: tres años, ampliables a cuatro por convenio colectivo: [art. 15.1.a)], de suerte que “transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”.

²⁶ Cfr. Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, *op.cit.*, pág. 563. Dicho de otra forma: “es... un dato cuantitativo de empleo y no cualitativo el que justifica la contratación” (Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 193).

Forma. De todas maneras, y aunque sea correcta la modalidad eventual, la norma exige que el contrato se formalice por escrito (arts. 8.2 ET y 6.1 RD 2720/1998), debiendo precisar claramente la circunstancia que lo justifica (encargo de la empresa australiana) y su duración (art. 6.2 RD 2720/1998). Al no haberse formalizado por escrito los contratos, entra en juego la presunción de indefinidos del referido art. 8.2 ET.

Duración. Supuesto que todo se hubiese realizado regularmente, plantea dudas la duración pactada. Según el art. 15.1.b) ET, esta no podrá ser superior a 6 meses en un período de referencia de 12, si bien los convenios pueden modificar ambos parámetros (con los límites máximos de 18 meses para el período y $\frac{3}{4}$ del mismo para la duración). Siendo así, la duración pactada de un año sólo será válida si el convenio colectivo de referencia (sectorial estatal o en su defecto sectorial de ámbito inferior) hubiera regulado de forma más flexible la regulación supletoria del Estatuto.

Extinción. La última cuestión a tratar es la extinción *ante tempus*, dado que la empresa australiana suspende el encargo. Afirman los autores que, al tratarse el eventual de un contrato a término, el mismo debe respetarse “aunque haya desaparecido la circunstancia que justifica la temporalidad”²⁷, afirmación refrendada por la doctrina judicial que se nos ha aportado²⁸.

Es cierto que el art. 3 RD 2720/1998 no contiene para el eventual una expresión similar a la que sí contiene para el contrato de obra (“la duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio”), aunque quizás hubiera podido sostenerse que, por analogía, extinguido el exceso de tareas que lo justifica podría rescindirse el contrato eventual. Pero no ha dicho eso expresamente el legislador ni los tribunales han optado por la aplicación analógica. En consecuencia, y dado que no parece lógico que haya de mantenerse un puesto creado por un exceso de tarea cuando esta desaparece: la opción entonces será la de acudir al despido objetivo por circunstancias económicas o de producción del art. 52.c) ET.

B) Indemnizaciones

Según la doctrina, la finalidad del legislador al establecer indemnizaciones por extinción lícita de los contratos temporales es desincentivar su celebración, “por los costes adicionales que incorpora”²⁹. Sin embargo, no en todos los casos vistos está prevista: según la literalidad del art. 49.1.c) ET no tendrían derecho ni el contrato de prácticas ni el de interinidad; sí en cambio el contrato de obra y los eventuales, en ambos casos en la cuantía “equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio”.

²⁷ Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 193.

²⁸ “Se trata de un contrato a término, debiendo fijarse el mismo obligatoriamente al formalizarse, y su duración vendrá determinada por este término pactado, con independencia de que las causas eventuales de producción de la empresa terminen antes o después, a diferencia del contrato para obra o servicio, cuya vigencia viene determinada por la propia duración de la obra o servicio contratado” [STSJ Castilla y León (Valladolid) 4 noviembre 2013 (JUR 2013\345778), FD tercero].

²⁹ Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 185. Aunque, en mi opinión, la escasa cuantía no parece que vaya a tener esos efectos disuasorios de que hablan los autores.

Supuesto 3. Jornada

1. Actuación de la empresa en materia de registro horario

La legislación laboral exige el registro temporal de la prestación de trabajo en dos preceptos diferentes: art. 35.5 ET (registro “día a día” de las horas extraordinarias) y 34.9 ET (“registro diario de jornada”), precepto este segundo que, en una interpretación sistemática, hemos de entender referido a la jornada ordinaria³⁰. En el supuesto la empresa establece un documento único en que los trabajadores “deben anotar sus horas de trabajo, tanto ordinarias como extraordinarias”, lo que nos lleva a examinar tres aspectos de la normativa laboral:

a) Obligación diaria. El art. 34.9 ET establece una obligación para la empresa (“La empresa garantizará el registro diario de jornada...”), con lo que el Centro cumple con su obligación al elaborar el documento. Eso sí: no aclara la redacción del supuesto la periodicidad en que ha de llevarse a cabo la anotación (diaria, semanal...). De acuerdo con el precepto, el registro debe ser diario, con lo que, al finalizar la jornada, debe procederse a la anotación, sin que quepa cualquier otro parámetro temporal.

b) Procedimiento/Forma. Señala el artículo que el registro se organizará y documentará “mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa” y solo en su defecto por decisión empresarial. En el supuesto se nos dice que es la empresa la que elabora el registro. Para poder comprobar si esta actuación es correcta habrá que ver si el convenio aplicable regula la cuestión, en cuyo caso deberá estarse a lo que disponga. Solo en caso negativo podrá tomar la decisión directamente el empresario (partimos de la ausencia de representación unitaria, dado que formalmente hay 5 trabajadores). En cuanto a la forma concreta del documento “la norma no establece una modalidad específica o predeterminada para el registro...”³¹, por lo que, de no existir regulación convencional, bastará un sistema fiable que permita incluir el inicio y fin de la jornada³².

c) Contenido unitario. El Estatuto prevé un registro de las horas ordinarias (art. 34.9) y otro de las horas extraordinarias (art. 35.5). Pero que se trate de dos contenidos distintos no obsta, a mi entender, a que se recojan en un mismo documento³³. Es más, a efectos

³⁰ De lo contrario no sería preciso un precepto específico para las horas extraordinarias. En realidad hay que tener en cuenta que el apartado 9 del art. 34 se introdujo mediante Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo. Quizás de haberse contemplado el registro de la jornada ordinaria en la redacción original del Estatuto no hubieran existido estos dos apartados diferentes.

³¹ **Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Guía sobre el registro de jornada**, pág. 6; recuperado en <http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>.

³² “En todo caso, debe establecerse un sistema que permita determinar objetivamente el número de horas de trabajo diario y semanal”: **Cruz Villalón, J., Compendio de Derecho del Trabajo**, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 275, remitiendo a la **STJUE de 14 mayo 2019, C-55/18**.

³³ Así lo entiende el **Ministerio de Trabajo: Guía...**, cit., pág. 9: “El registro diario de jornada y el registro de horas extraordinarias son obligaciones legales independientes y compatibles. Sin embargo, el registro del artículo 34.9 ET puede utilizarse simultáneamente para el cumplimiento de la obligación de registro del artículo 35.5 ET”.

prácticos resulta incluso más adecuado de cara a una de las finalidades del registro: comprobar la adecuación del tiempo de trabajo a la normativa laboral³⁴.

2. Extensión de la obligación de registro a todos los profesores

La obligación de registro se encuentra recogida en el art. 34.9 del Estatuto, lo que necesariamente nos remite al ámbito de aplicación de dicha norma (art. 1.1), es decir, los trabajadores asalariados³⁵. Por tanto, la obligación legal no resulta exigible con respecto a otro tipo de sujetos prestadores de servicios, como son los 10 trabajadores autónomos de la academia. Cuestión distinta es que, pese a no existir la obligación, la empresa en sus acuerdos mercantiles con los profesores autónomos acuerde un registro horario similar al de los asalariados, lo que, por otra parte, puede resultar útil para estos últimos de cara a justificar sus servicios; pero, en todo caso, sería una cuestión entre las partes ajenas a la legislación laboral.

3. Pretensión de D^a Luisa y negativa empresarial

El Estatuto contempla básicamente dos posibilidades de conciliación, en materia de jornada, para las personas con hijos menores de doce años: la reducción de jornada (art. 37.6 ET) y la adaptación de su duración y distribución (art. 34.8 ET³⁶). Es el segundo caso el que trata el supuesto. Para analizarlo debemos ocuparnos de cuatro aspectos: derecho reconocido, condiciones para su ejercicio, forma o procedimiento a seguir, y reacción en caso de que se entienda incorrecta la actuación empresarial.

a) Derecho reconocido. Lo primero a señalar es que el art. 34.8 ET no reconoce sin más el derecho a la adaptación, sino un *derecho a solicitarla*, que no es exactamente lo mismo. En palabras un TSJ, el precepto *no da [al trabajador] un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor*; de ahí que lo denominen *derecho-expectativa*³⁷.

b) Condiciones. D^a Luisa actúa en lo formal conforme a lo previsto legalmente, pues se dice que formuló una petición a la empresa. Ahora bien, no basta con tener hijos menores, sino que deben concurrir dos elementos: que las adaptaciones sean “razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa” (art. 38.4 ET).

³⁴ Piénsese, por ejemplo, en la actividad inspectora: la actuación del inspector de Trabajo resulta facilitada si un mismo documento le ofrece, de un solo vistazo, la jornada diaria –sea ordinaria o extraordinaria– realizada por un asalariado.

³⁵ Con excepciones o peculiaridades para las relaciones laborales de carácter especial –en que habrá que estar a su legislación especial– o trabajadores con régimen específico o particular de jornada –a tiempo parcial, móviles, marina mercante, transfronterizos ferroviarios...–, quedando excluidas las relaciones al margen del Estatuto (cooperativas, autónomos, etc.): vid. **Ministerio de Trabajo, Guía...**, cit. págs. 1-2.

³⁶ El precepto es confuso en cuanto reconoce un derecho general –párrafo primero– y uno especial para cuando los hijos tengan menos de 12 años, pero sin concretar en qué consiste la especialidad: vid. **Cruz Villalón, Compendio...**, cit., pág. 277.

³⁷ **STSJ Andalucía (Sevilla) 12 abril 2019 (AS 2019\ 1748)**, FD quinto, con cita de doctrina anterior.

En cuanto a la trabajadora, lo solicitado (concentrar su jornada en horario de mañana – coincidente se supone con las clases de sus hijos- y de lunes a viernes) parece razonable, pues le permitiría desarrollar su trabajo en días y horas en que sus hijos (que hemos de suponer escolarizados en educación infantil y primaria) asisten a su centro escolar.

Pero también habla el precepto de que las adaptaciones deben ser acordes con las necesidades organizativas o productivas de la empresa: si bien en la base del Derecho del Trabajo está la protección de los intereses del trabajador, tampoco desconoce los de la parte empresarial, siendo una de sus finalidades según los autores la de rendimiento de la fuerza de trabajo³⁸. De esta forma, se negará por los juzgados una pretensión que *conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, y perjudica de forma evidente a la empresa*, pues aun siendo lícito el interés de la trabajadora *no puede prevalecer sobre el interés de la empresa y de los compañeros*³⁹.

En definitiva, la adaptación es un derecho condicionado a su posibilidad y razonabilidad. Esto es algo totalmente casuístico, y habrá que estar a la situación concreta de cada empresa y actividad. En el supuesto habría que ver si lo solicitado sería posible y cómo afectaría a la organización (téngase en cuenta, por ejemplo, que las academias suelen concentrar su actividad en horario de tarde, en función de las posibilidades de su potencial clientela): **a) de ser viable**, no habría razón para que la empresa se opusiera, de forma – como señala un TSJ- que si el empleador no negocia de buena fe *con ofertas y contrapropuestas reales... y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable*⁴⁰; pero **b) de no ser viable**, no pueden los trabajadores exigir una organización productiva *ad hoc*. A estos efectos, la negociación colectiva, a la que el Estatuto encarga pactar los términos del ejercicio del derecho, puede ofrecer pautas que ofrezcan una mayor seguridad jurídica. En cualquier caso, lo mismo que a la trabajadora corresponde la carga de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de lo solicitado, a la empresa corresponderá la de acreditar en su caso su inviabilidad (“razones objetivas en las que se sustenta la decisión” negativa, en la dicción del artículo).

c) Procedimiento. Será el convenio el que lo establezca, pero supletoriamente señala el Estatuto que la empresa, tras recibir la petición, deberá abrir un proceso de negociación con el trabajador de treinta días, tras el cual aceptará la petición, planteará una alternativa o manifestará su negativa. Según esto, la actuación empresarial del supuesto práctico no ha sido correcta, pues se dice que, a la semana de la petición, rechazó la petición, sin negociación alguna y sin justificar la negativa.

d) Reacción. Ante el rechazo, no cabe a la trabajadora sino presentar en los veinte días siguientes a la negativa una demanda conforme a lo previsto en el art. 139 LRJS, que regula un proceso urgente y preferente en que el juez acordará lo procedente.

³⁸ Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 57.

³⁹ S JS Gijón 29 agosto 2019, JUR 2019\261717, FD tercero.

⁴⁰ STSJ Andalucía 12 abril 2019, cit., FD quinto.

Supuesto 4. Salario

1. Calificar jurídicamente las instalaciones citadas en los apartados “a” y “b”

El art. 26.1 ET dispone que se considerará salario la totalidad de percepciones del trabajador, en dinero o en especie, que retribuyan el trabajo efectivo o los tiempos de descanso obligatorio. En relación con las instalaciones del supuesto (comedor y guardería) pudiera pensarse en principio en algún tipo de retribución en especie, pues se trata de ventajas sociales puestas a disposición de los asalariados por su empresa. Sin embargo (y aparte de que no se establece convencionalmente ninguna obligatoriedad para la empresa⁴¹) hay que tener en cuenta que ambas ventajas quedan desligadas de la prestación laboral (salvo, lógicamente, el hecho de que sólo se podrá hacer uso de las mismas si se es trabajador de la empresa); en este sentido resulta un indicio claramente determinante que el trabajador pueda o no hacer uso de las instalaciones, pues si es así es claro que no tiene que ver con el contenido de su prestación laboral. Pero es que, en todo caso, desde el punto de vista causal no se da aquí esa “estrecha relación sinalagmática entre deber de trabajar y deber retributivo” de que habla la doctrina⁴², siendo la regla decisiva para diferenciar el salario de otras percepciones (incluso obligatorias para la empresa) que el salario se abona como contraprestación del trabajo efectuado⁴³.

Siendo así, y aunque obviamente comedor y guardería puedan traducirse económicamente a dinero (es decir, se puede cuantificar el beneficio del trabajador, de cara, por ejemplo, a su tributación o cotización), no retribuyen como tal el trabajo efectivo (ni los períodos de descanso)⁴⁴. La calificación pues es, en ambos casos, de percepción extrasalarial, o, siguiendo a los autores, “ventajas materiales de naturaleza no salarial”, al no tratarse de contraprestación del trabajo⁴⁵.

En relación con la primera de esas ventajas, el comedor, conviene hacer mención aquí a una cuestión resuelta por una de las sentencias recomendadas, la **STS de 13 diciembre 2018 (RJ 2018\5964)**. Se había planteado, con base en un Decreto y una Orden de 1938 (normas ambas que fueron acogidas en el Reglamento General de Seguridad e Higiene de 1940), si era obligatorio para las empresas poner a disposición de su personal un comedor –como establecían aquellas normas en determinadas condiciones-. Habiéndose

⁴¹ Aunque esto no sea totalmente determinante, pues hay percepciones extrasalariales mencionadas en el art. 26.2 ET cuyo abono es obligatorio.

⁴² **Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo***, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 287. De “indisoluble nexo de causalidad” hablan, siguiendo **STS de 27 enero 1983 (RJ 1983\139)**, **Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo***, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 677.

⁴³ **Cruz Villalón, op.cit.**, pág. 288.

⁴⁴ Los autores citan entre posibles prestaciones en especie, por ejemplo, el uso de instalaciones de ocio, pero que no dejan de suscitar la cuestión de su naturaleza salarial, entendiéndose que “en cuanto retribuyan el trabajo serán salario, pero si su razón de ser es otra –facilitar la actividad dentro de la empresa, crear un ambiente más propicio en el seno de la plantilla...- perderán ese carácter” (**Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, op.cit.**, pág. 679), y eso es lo que aquí ocurre.

⁴⁵ **Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, op.cit.**, pág. 681.

producido pronunciamientos contradictorios entre los TSJ, el TS zanjará la cuestión en unificación de doctrina, declarando que la Ordenanza de Seguridad e Higiene de 1971 – que no contemplaba aquella obligación- supuso, al derogar expresamente el Reglamento General de 1940, la derogación a su vez de las normas de 1938; en consecuencia, la obligación desapareció en 1971, sin que ninguna norma posterior haya vuelto a establecerla.

2. Analizar jurídicamente el ajuste salarial comunicado por la empresa

La ley reserva la fijación del salario (y en consecuencia sus posibles revisiones) a los convenios, con la salvedad de que habrán de respetar los mínimos de derecho necesario. Así se deduce claramente del art. 82.2 ET, que reserva a los convenios la regulación de las condiciones de trabajo y, más específicamente aún, del art. 85.1 ET, que habla expresamente de materias de índole económica como contenido del convenio⁴⁶.

Pues bien, en el presente caso nos encontramos con una revisión salarial que toma como referencia el IPC previsto, siendo así que, finalmente, el producido o real es inferior. ¿Cabe entonces la revisión/ajuste a la baja?

La respuesta nos la da la también recomendada **STS 19 septiembre 2011 (RJ 2012\690)**, que parte de que lo tradicional ha sido pactar ajustes de revisiones salariales al alza (cuando el IPC subía más de lo previsto), pero nunca a la baja; por ello su conclusión es que *cambiar ese uso general y sin excepciones..., habría exigido que así se estableciera de manera expresa*. En definitiva, para el TS *sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión* (FD segundo.2). Habrá que estar en definitiva a cómo el convenio haya configurado la revisión salarial, debiendo tenerse en cuenta que los contratos deben interpretarse en función de la intencionalidad de los contratantes (art. 1281 Código civil; y el convenio no deja de ser materialmente un contrato, de carácter colectivo). Entiendo pues que la doctrina judicial referida avala interpretaciones que, utilizando los criterios hermenéuticos usuales, lleguen a la conclusión de que la intención de los negociadores fue efectivamente vincular la revisión pactada a que el IPC subiera en la cantidad prevista. Es decir, considero que:

- a) efectivamente debe quedar clara la voluntad de los negociadores de vincular la subida a la realidad de la previsión (de forma que cupiese el ajuste a la baja), pero
- b) esa certeza puede alcanzarse no solo utilizando el criterio de interpretación literal, que solamente es uno (es verdad que el principal, pero no el único) de los que dispone el intérprete, como bien ha señalado el TS⁴⁷.

⁴⁶ Como señala la doctrina, “no abundan en la materia normas reglamentarias de desarrollo o complemento de la ley, porque todo ese espacio de regulación ha sido dejado en manos de la negociación colectiva” (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, *op.cit.*, pág. 676).

⁴⁷ “Es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que la interpretación de los convenios ha de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas (arts. 3 y 4 CC), como a aquéllas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC). Esto supone que la interpretación del Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el

3. Razonar jurídicamente la negativa de la empresa al colectivo de trabajadores

Nos corresponde aquí comprobar si juega la institución de la compensación y absorción de salarios del art. 26.5 ET, cuya aplicación específica al salario mínimo encontramos en el art. 27.1 ET, último párrafo (“La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”).

Pues bien, los trabajadores percibieron durante 2019 un total de 950 € mensuales por todos los conceptos, con lo que la subida del SMI para 2020, elevándolo precisamente a la cuantía de 950 €, ya absorbió la mejora que contemplaba el convenio precedente con respecto al SMI anterior⁴⁸. Por lo demás, y por definición, aplicar el 1,1% a salario base más plus de convenio arroja una cantidad superior al SMI. A este respecto, y como dice la **SAN 24 mayo 2019 (AS 2019\1495)**: *Dicha previsión tiene por finalidad que ningún trabajador perciba una retribución inferior al nuevo SMI, pero no que éste repercuta e implique el incremento del salario que venía percibiendo el trabajador, cuando éste sigue siendo superior al SMI* (FD tercero). Esta misma sentencia –y esto es lo más importante a nuestros efectos– señala que el punto de referencia, para aplicar la absorción-compensación, es el total de la retribución salarial (en nuestro caso 950 €, resultado de sumar los 900 de salario base y los 50 del plus) y no solo el salario base⁴⁹.

En definitiva, pues, ha jugado la compensación y absorción en cuanto lo percibido por los trabajadores *en su conjunto* resultaba más favorable que lo fijado en el orden normativo (Decreto de SMI) de referencia, cumpliéndose así con el art. 26.5 ET.

principal de atender a las palabras e intención de los contratantes” [STS 2 octubre 2013 (RJ 2013\8105), FD tercero].

⁴⁸ El art. 3 RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el SMI para 2020, establece en concordancia con el art. 27.1 ET que para la compensación y absorción habrá que tener en cuenta la cuantía anual, que es de 13.300 €, que es el resultado de multiplicar 950 € por 14 pagas (12 ordinarias más dos extraordinarias). Aunque no lo diga el supuesto expresamente, entendemos que la cantidad de 950€ mensuales se percibe en 14 pagas.

⁴⁹ “De estimarse la tesis de los demandantes, la revisión del SMI tendría un efecto multiplicador sobre todos los convenios colectivos, cuyos salarios bases fueran inferiores al SMI, que se convertiría, de este modo, en salario base, o salario fijo por unidad de tiempo para todos los trabajadores, cuyos salarios base convenio o pactados contractualmente fueran inferiores al SMI de cada año, lo cual modificaría radicalmente su naturaleza jurídica y lo que es peor, volaría el papel de la negociación colectiva, que es el espacio natural para la fijación de los salarios ... y vaciaría de contenido el art. 37.1 CE, en relación con los arts. 82 y siguientes ET, puesto que sería el Gobierno, quien decidiría, a la postre, el importe de los salarios base o por unidad de tiempo, al margen de lo pactado en convenios colectivos o contratos de trabajo y desbordaría también el art. 35.1 CE. Liquidaría también, el mandato del art. 27.1 in fine ET, donde queda perfectamente claro que, la revisión del salario mínimo interprofesional establecida en el RD, no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo interprofesional..., ya que sustituiría directamente el importe del salario base, pactado en el convenio, por el SMI”.

Supuesto 5. Representación de los trabajadores en la empresa

1. Órganos de representación unitaria que se deben elegir

Se procederá en primer lugar considerando la representación que correspondería de forma independiente en cada centro, aunque veremos que en algún caso deben agruparse provincialmente. Para ello hay que determinar el censo laboral o trabajadores a computar (que es distinto del censo electoral: trabajadores con derecho a participar en la elección).

Provincia de Málaga

- Málaga capital. Para el cómputo de los temporales con contrato de 9 meses (no superior al año) hay que estar a la regla del art. 72.2.b) ET, con lo que la operación sería: $(30 \times 100) : 200 = 15$. En conclusión: 30 (trabajadores fijos) + 15 (cómputo de los eventuales) = 45 trabajadores a efectos de cómputo.

- Ronda. Al tener los temporales contrato superior al año computan como fijos de plantilla, sin que tenga trascendencia el tiempo que llevan trabajando. Por otra parte, los trabajadores temporales han de computarse cualquiera que sea su contrato, pues en nada afecta a efectos representativos que su contrato sea de formación. En conclusión: 2 (trabajadores fijos) + 6 (temporales con contrato superior al año) = 8 trabajadores a efectos de cómputo.

- Marbella. En principio parece que serían 14 trabajadores a efectos de cómputo: 2 (trabajadores fijos) + [10 (trabajadores temporales) x 240 (días de trabajo cada uno): 200] = 14 trabajadores. Pero según el art. 9.4 del Reglamento de Elecciones el número máximo de temporales es el de eventuales que se computan, es decir 10, por lo que el resultado final es: 2 + 10 = 12 trabajadores a efectos de cómputo.

Ninguno de los tres centros (que en todo caso superan el mínimo de 6 trabajadores para tener representación) alcanza los 50 trabajadores, pero en conjunto los superan, por lo que en principio habría que aplicar la regla del art. 63.2 ET, eligiendo un comité de empresa conjunto, supuesto especial “en el que se rompe la relación estricta entre representación y centro de trabajo”, de forma que “a los efectos de la constitución de la representación, la ley considera estos centros como uno solo, dada su proximidad geográfica”⁵⁰. Hay que tener en cuenta, como se desprende de la literalidad del precepto, que la constitución de comité conjunto no es una opción, sino un imperativo legal⁵¹. En consecuencia, y al sumar en principio 67 trabajadores entre los tres centros, cabría pensar en constituir un **comité de empresa conjunto** de 5 miembros [según la escala del art. 66.1.a) ET].

⁵⁰ Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 328.

⁵¹ Cabezas Pereiro, J., *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 34.

Sin embargo, se exige según la doctrina y la jurisprudencia que “*los centros que se agrupan tengan más de diez trabajadores*”⁵², lo que no sucede con Ronda, por lo que el **comité conjunto agruparía Málaga capital y Marbella** (57 trabajadores, comité conjunto de 5 miembros), mientras que **en Ronda podría elegirse un delegado de personal** si lo deciden los trabajadores por mayoría (art. 62.1 ET).

Provincia de Sevilla

En el único centro existente la operación sería la siguiente: 30 (trabajadores fijos) + [15 (trabajadores temporales) x 150 (días de trabajo cada uno) : 200] = 42 trabajadores a efectos de cómputo⁵³. Le corresponde por tanto **3 delegados de personal**, según la escala del art. 63.1 ET (hasta 30 trabajadores 1 delegado y en adelante 3).

Provincia de Cádiz

La ley no contiene regla específica alguna para los trabajadores a tiempo parcial, por lo que deben ser considerados de igual forma que los contratados a tiempo completo⁵⁴. Como señalan los autores, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial “gira básicamente en torno al principio de igualdad de los derechos, particularmente los de carácter cualitativo”, y en este sentido un “ejemplo de derecho exactamente igual al de los trabajadores a tiempo completo, por su carácter cualitativo, serían ... los de carácter electoral”⁵⁵. En conclusión, nos encontramos con 80 trabajadores, a los que corresponde un **comité de empresa de 5 miembros** (art. 63.1 ET).

Provincia de Granada.

El centro 1, de forma independiente, no alcanzaría representación, al no llegar al mínimo establecido en el art. 63.1 ET. La cuestión (dado que el centro 2 no alcanza los 50 trabajadores, pero sí los sumarían entre los dos) estriba en si ha de constituirse un comité conjunto. Si como vimos antes doctrina y jurisprudencia exigían que los centros a agrupar ocupen a más de diez trabajadores, con más razón será inviable agrupar centros que ni siquiera alcancen el mínimo de seis. En conclusión, el centro 1 carecería de representación, y el centro 2 habría de elegir **3 delegados de personal** (art. 63.1 ET).

⁵² Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 510, y SSTs 7 febrero 2012 (RJ 2012\3752), 28 mayo 2009 (RJ 2009\4553) y 20 febrero 2009 (RJ 2009\1901).

⁵³ El resultado del cómputo de eventuales es 41,25. Como el art. 72.2.b) ET habla de un trabajador por cada 200 días o fracción, el redondeo siempre debe realizarse hacia arriba.

⁵⁴ Un laudo arbitral en este sentido puede verse en CCOO, *Elecciones sindicales. Sentencias y Laudos Arbitrales*, 2ª ed., Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 268.

⁵⁵ Cruz Villalón, *op.cit.*, págs. 263-264.

2. Viabilidad de la pretensión del sindicato TODOESTUPENDO sobre el número de trabajadores temporales que deben computarse

El art. 72.2.b) ET se limita a decir que se computarán los eventuales con contrato de hasta un año, pero sin aclarar de forma expresa (como tampoco lo hace el art. 9.4 del Reglamento) si sólo los que estén en alta al momento de la convocatoria o todos los que hayan prestado servicios el año anterior a la misma (aunque ya no estuvieran en activo). Los autores indicaron que “parece razonable entender, desde una interpretación finalista, que deben ser computados todos los trabajadores temporales que hayan trabajado en el año anterior a la convocatoria, de forma que la representación en la empresa se ajuste a la plantilla real y no a la que coyunturalmente apareciera en el momento de la convocatoria electoral”⁵⁶. De seguirse esta tesis, el número de trabajadores a efectos de cómputo de Málaga capital sería: $30 + [(40 \times 100):200]=50$, con lo que le correspondería un comité de 5 miembros; los otros dos centros, al no alcanzar 50 trabajadores, no podrían agruparse, pudiendo elegirse 1 delegado de personal en Ronda (si lo deciden los trabajadores por mayoría: art. 62.1 ET) y 1 en Marbella (sin necesidad de acuerdo mayoritario).

Pero habiéndose producido pronunciamientos contradictorios en los tribunales, la cuestión ha quedado finalmente resuelta por **STS 21 diciembre 2017 (RJ 2017\5975)**, dictada en unificación de doctrina. Parte el TS de que el precepto es terminante *«al señalar la "convocatoria" de la elección como fecha que sirve para determinar el número de representantes..., aun cuando el artículo 74 señale como fecha de comienzo del proceso electoral aquella en la que se constituye formalmente la mesa electoral... De no ser tan claro el precepto podría realizarse toda una elaboración doctrinal acerca de cuál podría ser el momento idóneo, pero el artículo 72.2) ahorra toda especulación al referirse al "número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección" cerrando el círculo el artículo 74, con la designación de la fecha inicial del proceso electoral»* (FD segundo). Con este razonamiento, la sentencia concluye declarando *«que en la elaboración del censo... se deberá tener en cuenta la fecha del preaviso electoral..., computando en su consecuencia las jornadas realizadas por los trabajadores temporales en alta en la empresa en tal fecha ..., en el año inmediatamente anterior a la misma»*. En conclusión, **según la tesis unificadora del TS no es acertada la pretensión del sindicato de incluir a quienes no prestaban servicios en la fecha de convocatoria.**

⁵⁶ Aparicio Tovar, J., Baylos Grau, A., Collado García, L., Gualda Alcalá, F.J., Gualda Alcalá, M., Lillo Pérez, E., Pérez Charco, J., Romero Ródenas, M.J., y Tarancón Pérez, E., *Guía de los Representantes de los Trabajadores*, Editorial Bomarzo, Albacete, s.f., págs. 45-46; en pág. 52 citan SJS núm. 14 de Barcelona de 5 de julio de 2014, SJS núm. 12 de Valencia de 30 marzo 1995 y JS núm. 4 de Donostia 28 noviembre 1998.

3. Viabilidad de la pretensión del sindicato TODORREGULAR y, en su caso, número de delegados sindicales a designar

El doble cauce de representación existente en España (unitaria y sindical) da lugar a problemas como el que aquí se plantea: ¿deben coincidir los respectivos ámbitos de actuación? Aunque pareciera lógica la respuesta afirmativa, debe tenerse en cuenta que cada representación tiene su propio marco normativo (ET y LOLS respectivamente).

Pues bien, la sección sindical como órgano de representación sindical en la empresa está prevista en el art. 8.1.b) LOLS, que señala que podrán constituirse secciones sindicales *de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato*, por lo que “habrá que estar a lo que digan los estatutos o reglamentos internos”⁵⁷. Ello es así, como indican los autores, porque se trata del ejercicio de su “facultad de autoorganización interna”⁵⁸, tesis refrendada por la jurisprudencia, que no ha dejado de señalar que “la opción entre organizar la sección sindical de Empresa de manera conjunta para toda la empresa o de forma fraccionada por centros de trabajo, corresponde al sindicato en cuestión puesto que se trata de un ejercicio de la actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical del que es titular”⁵⁹. Obviamente, si el ámbito de la sección sindical corresponde determinarlo al sindicato, igual ocurre con el del delegado sindical, si bien creo que conviene hacer una precisión: el delegado sindical, según el art. 10.1 LOLS, es el representante de la sección sindical; por tanto, su ámbito viene predeterminado: será el de la sección sindical a la que representa. Aplicando todo esto a nuestro caso:

- a) Resulta lícita la pretensión del sindicato de constituir una sección sindical a nivel de empresa.
- b) Al haberse escogido ese ámbito, se dan los dos requisitos del art. 10.1 LOLS para contar con delegado sindical, pues el sindicato tiene presencia en los órganos de representación y se trata de un ámbito con 339 trabajadores (superándose los 250⁶⁰). De acuerdo con la escala del art. 10.2 LOLS, y salvo que el convenio de aplicación mejorase los mínimos legales, a la sección sindical le correspondería 1 delegado sindical.

⁵⁷ Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pág. 206.

⁵⁸ Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 537, y Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, *op.cit.*, pág. 345, en ambos casos con cita de jurisprudencia.

⁵⁹ STS 25 enero 2018 (RJ 2018\614), FD tercero, reiterando pronunciamientos anteriores. Pueden verse también SSTS 18 julio 2014 (RJ 2014\4781) o 30 enero 2015 (RJ 2015\1268).

⁶⁰ Este es un caso curioso en que se observa una incoherencia de técnica legislativa dentro de un mismo precepto. El apartado 1 del art. 10 LOLS habla de centros de trabajo que ocupen “a más de” 250 trabajadores (es decir, de 251 en adelante); en cambio, el primer tramo de la escala del apartado 2 dice literalmente “De 250 a 750 trabajadores” (o sea de 250 en adelante). Lógicamente la duda, por un simple principio de interpretación más beneficiosa para los trabajadores, debe resolverse con la segunda opción.

Anexo. Sentencias citadas

- Agrupación de centros de menos de diez trabajadores: inviable.
TS 7 febrero 2012(RJ 2012\3752)
TS 28 mayo 2009 (RJ 2009\4553)
TS 20 febrero 2009 (RJ 2009\1901)

- Cómputo de eventuales: sólo en alta en el momento de la convocatoria.
TS 21 diciembre 2017 (RJ 2017\ 5975)

- Ámbito de las secciones y delegados sindicales: empresa o centro.
TS 25 enero 2018 (RJ 2018\614)
TS 30 enero 2015 (RJ 2015\1268)
TS 18 julio2014 (RJ 2014\4781)

Supuesto 6. Modificaciones de condiciones de trabajo

1. Don Romualdo. Movilidad funcional

Este es un caso de movilidad funcional. Pero no de movilidad ordinaria, sino de lo que la doctrina llama *ius variandi* (“movilidad por decisión unilateral del empleador, con carácter temporal, entre funciones no correspondientes al grupo profesional o, en su caso, al trabajo pactado por el trabajador”⁶¹). El *ius variandi* tiene dos requisitos comunes con la movilidad ordinaria (art. 39.1 ET: titulación y respeto a la dignidad), pero tiene unos específicos (art. 39.2 ET):

a) El precepto exige que se den causas técnicas u organizativas que justifiquen la medida. A diferencia de otros preceptos (por ejemplo, art. 51 ET) no habla de razones económicas o de producción⁶². Por eso la movilidad funcional de don Romualdo será válida según cómo entendamos el supuesto:

- Al principio de todo el supuesto se dice que las medidas se deben a una situación crítica motivada por el auge de la competencia, es decir, que se trata de una situación económica desfavorable: serían por tanto razones económicas, que no justifican la movilidad funcional.

- Pero el apartado 1) (referido específicamente a D. Romualdo) habla de “situaciones urgentes e imprevisibles de la actividad productiva”; si en realidad es por esto por lo que se va a asignar otras funciones sí estaría justificado un *ius variandi* transitorio, pues ya sí se trataría de un aspecto productivo u organizativo concreto, no económico.

b) En segundo lugar exige el precepto que la variación lo sea por el tiempo imprescindible. El supuesto habla de realizar otras funciones “con carácter transitorio y en situaciones urgentes e imprevisibles”, por lo que se cumpliría con el Estatuto si el cambio es efectivamente para atender una situación sobrevenida y no permanente, debiendo regresarse a la situación de origen en cuanto cese esa “imprevisible actividad productiva”.

c) Se exige como requisito formal la comunicación a los representantes. Sin embargo, el incumplimiento de este requisito solo supone “la posibilidad de imposición de sanción administrativa por infracción grave (art. 7 LISOS)”⁶³.

d) Por último, dice el art. 39.3 ET que en los casos de *ius variandi in peius* el trabajador “mantendrá la retribución de origen”. Esto, en principio, supone que la variación no tiene repercusión económica para el trabajador. Sin embargo dice la doctrina que “en cuanto a los complementos de puesto de trabajo, una vez más al no ser consolidables como regla general, su percepción depende de la efectiva realización de

⁶¹ Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 353.

⁶² Para los autores la razón está en que, frente a otras decisiones (movilidad geográfica, modificación sustancial o despidos colectivos), en estos casos la norma atiende a necesidades o carencias empresariales “de menor entidad” (Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pág. 621).

⁶³ Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 354.

las funciones correspondientes a ese puesto de trabajo (art. 26.3 ET)”⁶⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en una de las sentencias que se nos recomienda, indicando que la garantía del art. 39.2 ET “no implica la consolidación de los complementos de puesto de trabajo”⁶⁵. Esta posición doctrinal y jurisprudencial supone que D. Romualdo, mientras realice funciones de repartidor, mantendrá el salario base de origen, pero no el complemento de disponibilidad (que es un complemento del puesto de trabajo de dirección).

En mi opinión (obviamente respetando la autoridad de doctrina y jurisprudencia) la interpretación literal y finalista del precepto avala la postura contraria:

- Interpretación literal. El art. 39.2 ET habla de retribución, no de salario base, salario del grupo u otra expresión similar. La retribución es la contraprestación económica que percibe el trabajador, y comprende salario base y complementos salariales.
- Interpretación finalista. La finalidad del artículo parece que es que el trabajador no se vea perjudicado por atender unas necesidades empresariales transitorias; y excluir los complementos salariales que un trabajador viene percibiendo habitualmente supone necesariamente un perjuicio. En mi opinión, por tanto, la “retribución” a percibir debiera ser la que se venía percibiendo, incluidos los pluses o complementos.

2. Doña María. Modificación de condiciones de trabajo

La cuestión aquí es si se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET:

a) Se exigen “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” (41.1 ET). A diferencia del supuesto anterior, aquí sí caben razones económicas, que son las que alega la empresa cuando habla de situación crítica debida a la competencia. Ahora bien, la empresa no deberá sólo alegar razones económicas, sino justificar los efectos que la medida tendría para la mejora de la situación económica.

b) El horario es una de las materias expresamente mencionada en el art. 41.1 ET (aunque en realidad la relación no es exhaustiva).

c) Finalmente, la modificación debe ser “sustancial”. La cuestión por tanto es si el adelanto de media hora es o no sustancial. La jurisprudencia entiende que una modificación es sustancial si la variación es “de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral... pasando a ser otros distintos de modo notorio”⁶⁶. Hay que proceder por tanto a una valoración caso por caso. En mi

⁶⁴ Cruz Villalón, *ibídem*. También, con cita de jurisprudencia, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, *op.cit.*, pág. 622.

⁶⁵ STS 5 febrero 1996 (RJ 1996\851), FD tercero.

⁶⁶ SSTS 9 abril 2001 (RJ 2001\5112) y 3 diciembre 1987 (RJ 1987\8822), citadas por Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 356.

opinión, un adelanto de tan solo media hora no alcanza esa notoriedad (cuestión distinta sería un cambio de turno, o pasar de jornada continuada a partida...); entonces la modificación sería uno de “los cambios correspondientes al ejercicio del poder de organización y dirección del trabajo que el art. 20 ET... concede [al empresario]”⁶⁷, sin sujeción por tanto a los requisitos y consecuencias de las modificaciones sustanciales.

d) Pero si se considerase que la modificación es sustancial, jugarían el resto de requisitos del art. 41 (entre ellos la notificación a trabajadora y representantes con al menos 15 días de antelación a su efectividad⁶⁸).

Y además, al tratarse de la materia del art. 41.1.b) ET, la trabajadora podría rescindir su contrato con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio si resultase perjudicada (art. 41.3 ET). Aquí entraríamos ya en la situación personal de cada trabajador, señalando los tribunales que debe tratarse de “un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración”⁶⁹; nada dice el supuesto al respecto: será en su caso Doña María quien deberá alegar y probar que ese adelanto de media hora le supone un perjuicio de las características señaladas.

3. Don Luis. Movilidad geográfica

Por su carácter permanente se trata de un traslado, pero la cuestión es si encaja o no en el supuesto del art. 40.1 ET, que habla de traslado que exija cambio de residencia. El problema, obviamente, “radica en la dificultad de objetivar la necesidad del cambio de residencia”, lo que obliga a poner en relación dos puntos geográficos y decidir si el trabajador precisa o no pernoctar fuera de su domicilio⁷⁰. De ahí la llamada que los autores hacen a los convenios para que aclaren la cuestión, debiendo utilizarse en su defecto criterios “razonables”⁷¹. Como señala la jurisprudencia, ni puede sin más hacerse depender la cuestión de la voluntad del trabajador –que decida o no cambiar de residencia-, ni tampoco cabe sin más entender que cambio de población equivale a necesidad de cambio de residencia, sino que deberán ser “atendidas las circunstancias de cada caso concreto”⁷².

En mi opinión, una distancia de 80 kms, que obliga al menos a una hora de ida y otra de vuelta (lo que puede suponer un cuarto de la duración de la jornada laboral), es un elemento que de forma objetiva y razonable lleva a entender que sí nos encontramos en el supuesto del art. 40.1 ET.

⁶⁷ **Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia**, *op.cit.*, pág. 793, con cita de jurisprudencia.

⁶⁸ Entiendo que se trata de una modificación individual y no relativa a condición reconocida en convenio, que sigue un procedimiento diferente (art. 41.6 ET).

⁶⁹ **STSJ Cataluña 11 diciembre 2018 (RJ 2019\95242)**, FD segundo.

⁷⁰ **Cruz Villalón**, *op.cit.*, págs. 364-365.

⁷¹ Cfr. **Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia**, *op.cit.*, pág. 803.

⁷² **STS 16 abril 2003 (RJ 2003\4531)**, FD tercero.

Siendo así, y entendiendo que se den razones económicas para ello, debe cumplirse el requisito de la comunicación con una antelación de 30 días.

En cuanto a las consecuencias, el trabajador, según dispone el párrafo tercero del art. 40.1 ET, podrá optar entre el traslado (con la compensación de gastos tanto suyos como de sus familiares, y sin perjuicio de que impugne la decisión empresarial) y la extinción del contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (a diferencia del supuesto anterior, D. Luis no necesita probar nada: la ley da por supuesto el perjuicio y le autoriza a la extinción⁷³).

4. Doña Marta. Modificación de condiciones de trabajo

Hay una modificación de condiciones de trabajo, el cambio de ruta, que podría entenderse como modificación del sistema de trabajo [apartado e) de la relación del art. 41.1 ET]. Pero incluso así, no cumple los requisitos que la jurisprudencia exigía para considerar sustancial una modificación, pues no se alteran ni transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral⁷⁴: se trata de una transportista que en cualquier caso debería realizar una ruta en el desarrollo de la prestación, y no hay modificación de horario.

En consecuencia, por su escasa o nula trascendencia a efectos prácticos nos encontramos con uno de esos “cambios accesorios cuyo régimen se reconduce a la movilidad ordinaria y por tanto al poder de dirección ordinario”⁷⁵.

5. Disminución salarial. Modificación de condiciones de trabajo

La cuestión a resolver en este supuesto radica en si la reducción salarial es o no modificación sustancial. El salario es una de las condiciones expresamente mencionadas en el listado del art. 4.1 ET, pero ¿es o no trascendental una disminución del 25%?

En mi opinión, y aun siendo transitoria la medida, su intensidad (supone nada menos que reducir una cuarta parte la retribución) es de tal envergadura que sí es sustancial. Como criterio de comparación nos puede servir la recomendada STS de 18 octubre 2016 (RJ 5431): aunque en realidad no trata de si una reducción de algo menos del 4% es sustancial o no, sino de si es un perjuicio suficiente para extinguir el contrato, la respuesta negativa del TS puede servirnos para dar una respuesta positiva al caso actual

⁷³ “El legislador en los supuestos de modificaciones sustanciales... condiciona la rescisión indemnizada del contrato a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzosos, lo que evidencia que en estos casos sí da por probado el perjuicio” (STS 18 octubre 2016; RJ\2016\5431, FD segundo).

⁷⁴ Como vimos en la nota 6 que exigían doctrina y jurisprudencia: SSTS 9 abril 2001 (RJ 2001\5112) y 3 diciembre 1987 (RJ 1987\8822), citadas por Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 356.

⁷⁵ Cruz Villalón, *ibidem*.

(hay una gran diferencia entre el 4 y el 25%), estimando por tanto que la modificación es sustancial.

De ser así, deberían seguirse los trámites exigidos en el art. 41 ET, pudiendo los trabajadores, por la entidad del perjuicio ocasionado, optar por la rescisión indemnizada del art. 41.3 ET.

6. Conversión de tiempo completo a tiempo parcial

Al tener una regulación específica la transformación de la jornada a tiempo completo en otra a tiempo parcial, no cabe aplicar aquí las normas sobre modificación de condiciones de trabajo del art. 41.1 ET, sino su *lex specialis*.

Pues bien, el art. 12.4.e) ET señala que la conversión solo puede producirse por acuerdo entre las partes, es decir, que “no se permite su alteración por vía de los mecanismos de modificación sustancial de condiciones de trabajo”⁷⁶. La decisión pues resulta ilícita, indicando el precepto que el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir otra sanción por negarse a la conversión.

De todas formas, dice el precepto que lo anterior es sin perjuicio de que el empresario pueda acudir en su caso al despido objetivo o colectivo, “entendiéndose que concurre causa justificativa para que ese despido sea procedente cuando concurren causas organizativas o productivas que lo justifiquen en la medida en que el empleador no precise de la totalidad de la jornada de un trabajador a tiempo completo”⁷⁷. Esto es una especie de espada de Damocles: resulta ilícita la conversión ordenada por el empresario, pero existe el riesgo de algo todavía peor (la extinción de la relación laboral).

⁷⁶ Cruz Villalón, *op.cit.*, pág. 266.

⁷⁷ Cruz Villalón, *ibidem*, citando STS 30 mayo 2018 (RJ 2018\2757).

Anexo. Selección de sentencias

Sentencia TS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018\816). Supuesto 1

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 45/2018 de 24 enero

RJ\2018\816

EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL: realización de trabajos de instalación y reparación de ascensores habiendo suscrito las partes contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, al concurrir la notas de ajenidad, ya que 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 demandada 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. VOTO PARTICULAR.

ECLI: ECLI:ES:TS:2018:588

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 3595/2015

Ponente: Excmo Sr. Angel Antonio Blasco Pellicer

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa codemandada, contra la Sentencia de 14-09-2015 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos en procedimiento de oficio.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3595/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 45/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez
D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga
D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana
D^a. Rosa Maria Viroles Piñol
D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun
D. Angel Blasco Pellicer
D. Sebastian Moralo Gallego
En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Zardoya Otis, S.A. representada y asistida por el letrado D. Vicente Fernández Victoria contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 232730) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 2666/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo , en autos nº 788/2012, seguidos a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra Zardoya Otis, S.A. y D. Jon sobre declaración de relación laboral.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Xunta de Galicia representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillen y asistida por la letrada de la Xunta de Galicia D^a Marta Carballo Neira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 21 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero.- El 14 de abril de 2012 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó un acta de infracción, con número NUM000 , a la empresa "ZARDOYA OTIS, SANA" con motivo de una vista efectuada el 14 de marzo de 2012. El contenido de dicha acta consta en los folios 5 y ss de los autos, y se da íntegramente por reproducido. Tras la formulación de alegaciones, se emitió un informe ampliatorio por parte de la inspectora actuante, cuyo contenido consta en las actuaciones y se da íntegramente por reproducido.

Segundo.-La entidad "ZARDOYA OTIS, SANA" suscribió un acuerdo marco con Jon el 5 de marzo de 2012, en el que se comprometía a realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores. En fechas posteriores (6 de marzo, 2 de abril, 30 de abril y 24 de mayo de 2012) se firmaron varios anexos al contrato marco.

Tercero.- Jon está afiliado al RETA, realizó cursos de formación y suscribió una póliza de responsabilidad civil en relación a los trabajos efectuados para "ZARDOYA OTIS, SANA".

Cuarto.-Por los trabajos realizados, Jon percibió una retribución mediante facturas, que consta en los folios 145 y ss de los autos. Desde su afiliación al RETA, el trabajador sólo prestó servicios para la entidad "ZARDOYA OTIS, SANA" (siempre en Orense hasta el acuerdo marco de 5 de marzo de 2012). Jon , en la ejecución de su actividad, no mantiene contacto directo con los clientes a los que se les instalan los aparatos elevadores, que son propiedad de "ZARDOYA OTIS, SANA", quien se encarga de gestionar el cobro con los clientes, los cuales no abonan cantidad alguna al trabajador.

Quinto.-En la ejecución del trabajo, "ZARDOYA OTIS, SANA" entrega a Jon un manual de instalación. La empresa realiza un control de calidad de los trabajos efectuados, estando los trabajadores indicados sometidos a la inspección llevada a cabo, en nombre de la empresa, por Roque , quien supervisa las tareas durante el desarrollo del contrato y una vez finalizado el trabajo.

Sexto.- Jon emplea herramientas de su propiedad para la realización de los trabajos encargados, si bien "ZARDOYA OTIS, SANA" suministra alguno de los materiales indispensables para la realización de los trabajos (como es el caso del tractel tirak 500 kg eléctrico, el arca de útiles gen comfort y la escalera de mano, en su caso), así como elementos de seguridad, tales como la línea de vida y arnés. El trabajador guarda sus herramientas en una nave propiedad de sus padres.

Séptimo.- Jon no está sometido a ningún pacto de exclusividad con "ZARDOYA OTIS, SANA".

Octavo.-Los horarios de trabajo de Jon dependen de las horas de apertura y cierre de la obra en la que se realiza la instalación, y del trabajo existente, si bien no tienen que hacer guardias ni la empresa determina las vacaciones o días que no prestan servicios.

Noveno.- Jon realiza, al amparo de los acuerdos marco firmados con "ZARDOYA OTIS, SANA", unas tareas que son idénticas a lo que llevan a cabo trabajadores contratados laboralmente por la empresa».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Acojo la demanda formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que declaro que entre " ZARDOYA OTIS, SANA" y Jon existe una relación laboral».

SEGUNDO

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Zardoya Otis, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 232730) , en la que consta el siguiente fallo:

«Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «ZARDOYA OTIS, SA», confirmamos la sentencia que con fecha 21/03/14 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo , a instancia de la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL y por la que se acogió la demanda formulada.»

TERCERO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación procesal de la empresa Zardoya Otis, S.A. interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 11 de marzo de 2013, en el rec. suplicación 1176/2012 .

CUARTO

Se admitió a trámite el recurso, no siendo impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

QUINTO

Se señaló para la votación y fallo el día 25 de octubre de 2017, actos que fueron suspendidos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 13 de diciembre de 2017, actos que fueron suspendidos trasladándose los mismos para el Pleno de Sala del día 17 de enero de 2018.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm.a Sra. D^a Rosa Maria Viroles Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La representación letrada de la mercantil ZARDOYA OTIS, S.A. ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Galicia de 14 de noviembre de 2015 (PROV 2015, 232730) (rec. 2666/2014) dictada en el recurso de suplicación formulado por la citada mercantil contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de Lugo que estimó la demanda formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social declarando la existencia de relación laboral entre ZARDOYA OTIS, S.A. y D. Jon ; pronunciamiento confirmado por la sentencia aquí recurrida.

El recurso de casación para la unificación de doctrina que aquí se examina termina suplicando que, tras su admisión a trámite, esta Sala dicte sentencia por la que estimando el mismo declare la inexistencia de relación laboral entre las partes y, derivado de ello.

2.Las circunstancias relevantes de la sentencia recurrida en orden a poder establecer el necesario juicio de contradicción previo para poder conocer del contenido del recurso son las siguientes: 1) Zardoya Otis SA suscribió un acuerdo marco con el Sr. Jon el 05-03-12 por el que éste se comprometía a realizar trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores. 2) El Sr. Jon , afiliado al RETA, realizó cursos de formación; suscribió una póliza de responsabilidad civil en relación con los trabajos efectuados para Zardoya; por los trabajos realizados percibía una retribución mediante facturas; en la ejecución de su actividad no estaba en contacto directo con los clientes; 3) Zardoya entregó un manual de instalación y realizaba un control de calidad de los trabajos efectuados, estando sometido a la inspección llevada por el encargado de la empresa; 4) empleaba herramientas de su propiedad, si bien Zardoya suministraba los materiales indispensables, así como elementos de seguridad tales como la línea de vida y el arnés; no estaba sometido a ningún pacto de exclusividad; 5) sus horarios de trabajo dependían de las horas de apertura de la obra en que se realizaba la instalación, si bien no tenía guardias ni la empresa determinaba las vacaciones; y 6) las tarifas eran idénticas a lo que cobran los trabajadores contratados laboralmente.

La Sala de suplicación sostiene que los hechos denotan la integración en el círculo organizativo o rector de la empresa remitiéndose a lo resuelto por la sentencia de 05/12/13 (PROV 2014, 28055) (R. 2142/13), donde se declaró la naturaleza laboral de la relación al apreciar las notas que la caracterizan, esencialmente de ajenidad en los resultados, dependencia en la prestación de servicios y retribución de los mismos. A tal efecto, destaca que el prestador de servicios no forma una organización empresarial propia, no corría con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual, siendo la empresa recurrente quien contrataba con los clientes a los que había que instalar ascensores, y eran dichos clientes quienes abonaban a Zardoya los trabajos realizados, sin que entre el prestador de servicios y los clientes existiera ningún tipo de relación; debía asistir al lugar de trabajo que les ordenaba la empresa, y la prestación de servicios se efectuaba personalmente, sin que tuviera personal contratado, y no se realizaban trabajos esporádicamente, sino que la prestación de

servicios se ejecutaba con permanencia y habitualidad, sin que conste que haya realizado otros trabajos para otras empresas, estando adscrito a la organización de la mercantil recurrente, siendo personal de ésta quien controlaba y supervisaba el trabajo realizado; en cuanto a las herramientas empleadas eran propiedad de los trabajadores, si bien la empresa recurrente suministraba los medios más complejos que se precisaban para la realización de los trabajos y venía realizando las mismas funciones que el personal laboral de la empresa.

SEGUNDO

Para acreditar la contradicción, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de marzo de 2013, dictada en el recurso de suplicación 1176/2012 (PROV 2013, 137543) que resolvió un asunto de despido entre una persona que se dedicaba al montaje e instalación de ascensores y la misma empresa demandada en el presente recurso. Zardoya Otis, S.A.. El examen de dicha sentencia evidencia las siguientes circunstancias relevantes a efectos de valorar la existencia de contradicción: 1) Las partes habían suscrito un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, en concreto para la instalación y reparación de ascensores y elevadores. 2) La empresa y el actor realizaban sucesivas contrataciones de duración determinada para obras concretas por un precio determinado. 3) Durante la ejecución del contrato, el actor organizaba su trabajo según su propio criterio, aunque estaba sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado establecido por la demandada. 4) En algunas ocasiones, el actor era ayudado por trabajadores de la demandada. 5) El actor no estaba sujeto a horario ni a vacaciones. 6). El actor utilizaba su propio vehículo, salvo en el caso del transporte de materiales pesados circunstancia en la que se utilizaban vehículos de Zardoya Otis. 7) El actor compraba material, previa autorización de la demandada, a los proveedores quienes lo facturaban directamente a Zardoya Otis. 8) El actor seguía las instrucciones de montaje emanadas de la demandada. 9) En algunas ocasiones el actor rechazó algunos trabajos.

La sentencia de la Sala de Murcia examina también la naturaleza de la relación existente entre el actor y la misma empresa demandada a los efectos de la impugnación de lo que se pretende como despido. Para la sentencia de contraste la relación se considera no laboral porque el actor organiza su trabajo con independencia, sin sujeción a horario ni vacaciones predeterminadas y sin órdenes de la misma que sólo supervisaba el trabajo.

2.De conformidad con lo dispuesto en el artículo 219.1 LRJS (RCL 2011, 1845) el recurso de casación para la unificación de la doctrina, tendrá por objeto, precisamente, la unificación de la doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Requisitos todos ellos que se cumplen en el presente caso. En efecto, en ambas sentencias sometidas a comparación se demanda por despido contra la misma empresa por parte de sendos trabajadores que venían prestando sus servicios para la misma mercantil demandada en virtud de un contrato marco de prestación de servicios, sustancialmente igual en los dos casos, para ejecución de obras, en concreto, para la actividad específica de montaje y reparación de aparatos elevadores. En las dos sentencias se analiza si la relación entre las partes era o no de carácter laboral, lo que consiguientemente propició que en ambas se examinase la propia competencia del orden social para dilucidar sobre un conflicto idéntico derivado de la extinción de la relación contractual entre las partes.

Resulta especialmente destacable la identidad fáctica en los aspectos fundamentales de ambos pleitos que se refleja, con matices accesorios diversos, en los hechos probados que

incluyen ambas sentencias y que han quedado reflejados anteriormente. En concreto interesa destacar que se trata de la misma empresa demandada que ha suscrito con los respectivos actores un contrato para la realización de obra de actividad de montaje y reparación de ascensores sustancialmente idéntico. En los dos supuestos comparados la dinámica era la misma: en el seno del contrato marco, cada instalación de un aparato elevador constituía una contrata específica para la que se suscribían los oportunos documentos. Lo relevante y decisivo es que las condiciones en las que se prestaba el servicio contratado eran sustancialmente idénticas: así, siempre las partes calificaron la relación como mercantil y a tal efecto se preocuparon de incidir en que el prestador del servicio ni estaba sujeto a horario, ni a imposición de descanso vacacional y podía rechazar algunos encargos. Ello no obstante, en ambos casos la aportación del prestador de los servicios era escasa en cuanto a los materiales pues se limitaba a pequeñas herramientas y a la aportación del teléfono móvil y el vehículo. En los dos supuestos, el actor estaba sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado establecido por la demandada; en el caso de transporte de materiales pesados se utilizaban vehículos de Zardoya Otis; el material necesario para efectuar la instalación era proporcionado por la mercantil demandada que o bien los entregaba directamente o bien autorizaba las compras a proveedores que facturaban a la mercantil y no al prestador de los servicios. Los dos actores seguían las instrucciones de montaje emanadas de la demandada y los ascensores a instalar les eran entregados por la empresa así como el utillaje de montaje, específico para ascensores, que no podía adquirirse en ningún otro lugar.

Todo ello revela que, con los matices propios de cada caso que de ninguna manera afectan a la contradicción, nos encontramos en ambas sentencias en presencia de unos hechos sustancialmente idénticos que evidencian la existencia de un mismo modo de proceder en la empresa demandada: la contratación de personas externas para la instalación y montaje de ascensores o elevadores lo que constituye objeto social de la empresa, mediante al suscripción de un acuerdo marco de ejecución de obra que da cobertura a sucesivos encargos o contratas, calificados como mercantiles y que se desarrollan de forma idéntica o muy parecida en ambos casos comparados. Existe, por tanto, una identidad sustancial fáctica con pretensiones y fundamentos idénticos, pero con pronunciamientos distintos y contradictorios, pues mientras la recurrida califica la relación entre las partes como laboral, la referencial califica idéntica relación como mercantil, lo que, indudablemente, exige la pertinente unificación doctrinal, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal.

3.No ignora la Sala que en anteriores ocasiones, en supuestos semejantes de la misma entidad mercantil demandada y con la misma sentencia de contraste que la aquí alegada, hemos concluido en la ausencia de contradicción. Así la STS 408/2016, de 11 de mayo (RJ 2016, 4213) (rcud. 662/2014) examinó un supuesto similar en el que se discutía sobre la calificación, laboral o no, que debía darse a la mantenida entre las partes en virtud de un contrato marco sustancialmente idéntico al aquí examinado. La falta de contradicción se afirmó, por un lado, en la existencia de circunstancias concretas de ejecución de los encargos que estaban presentes en la recurrida y no en la referencial; y, por otro, en el hecho de que en la recurrida se contemplaba la intervención de Inspección de Trabajo y de la jurisdicción contencioso administrativa con sentencia firme anterior a la nuestra, lo que no concurre en la de contraste. Con posterioridad, las SSTS 1027/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016, 6194) (rcud. 476/2014), 1028/2016, de 1 de diciembre (rcud. 1705/2014 (RJ 2016, 6010) y 1036/2016, de 2 de diciembre (rcud. 661/2014) (RJ 2016, 6107) con invocación expresa del precedente anterior llegaron a la conclusión de que en la ejecución del contrato las condiciones en las que aquél se desarrolló fueron notoriamente diferentes en cada caso, por lo que al ser diferentes los hechos contemplados no mediaba la necesaria contradicción. Resulta destacable, no obstante, que tales decisiones conllevaron la confirmación de las sentencias recurridas que calificaban como laboral la relación entre las partes.

Sin embargo, la Sala considera que en este caso si concurre la necesaria contradicción y que, por tanto, debe entrar a conocer sobre el fondo del asunto y, consecuentemente, apartarse de los precedentes mencionados. Y ello con fundamento en tres órdenes de razones distintas, una fáctica y las dos restantes teleológicas. La primera razón se fundamenta en que, como se ha evidenciado anteriormente, en el presente supuesto ha quedado acreditada una identidad sustancial fáctica que revela la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS lo que impone, tal como informa el Ministerio Fiscal, la necesidad de admisión a trámite del recurso. Es más, "teniendo en cuenta que 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 contradicción sea particularmente compleja en estos casos, tal dificultad no significa que resulte, ni mucho menos, imposible la concurrencia de la suficiente identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso" (STS nº 862/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017, 5692) , rcud. 3573/2015), es lo que sucede en el presente caso en el que los indicios relevantes, los decisivos en orden a calificar la laboralidad o no de la relación cuestionada, constan de manera igual en ambas sentencias. La segunda razón deriva de la concurrencia de varios recursos de casación unificadora derivados de la aplicación del mismo contrato marco de ejecución de obra entre la misma mercantil aquí demandada y diversas personas físicas prestadoras del servicio en condiciones similares, que exigen, en aras de la seguridad jurídica a la que sirve este extraordinario recurso, una respuesta clara por parte de esta Sala. Y la tercera razón se fundamenta, también, en la misma finalidad ya que, ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando.

TERCERO.-

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, en base a las circunstancias concurrentes, la naturaleza de la relación jurídica que vincula al demandante con la mercantil Zardoya Otis, S.A. para delimitar si constituye o no una relación laboral.

A tal efecto, la entidad recurrente denuncia la infracción de los artículos 1 y 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) en relación con el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (RCL 2006, 1894) de subcontratación en el sector de construcción y el artículo 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio (RCL 2007, 1354) del Estatuto del Trabajador autónomo. Considera el recurso que estamos en presencia de una contrata de obra, lícitamente constituida y aplicada, en la que no se parecían las notas que caracterizan al contrato de trabajo, sino que, por el contrario, la relación entre las partes siempre se ha mantenido en el ámbito estrictamente civil en el que se han producido la realización de diversas obras contratadas que se han llevado a cabo por el actor con plena autonomía y responsabilidad, lo que determina que deba ser casada la sentencia recurrida y declarar la inexistencia de relación laboral entre las partes con la consecuente declaración de incompetencia de jurisdicción del orden social para examinar las cuestiones derivadas de la rescisión del contrato celebrado entre las partes.

2.Dado el carácter de la cuestión controvertida, y las alegaciones que se efectúan, procede recordar la doctrina unificada de la Sala a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, contenida entre otras en las SSTS de 25 de marzo de 2013 (rcud. 1564/2012 (RJ 2013, 4757)), de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 253/2010), de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1709/2007 (RJ 2009, 2204)), de 11 de mayo de 2009 (rcud. 3704/2007) y de

7 de octubre 2009 (rcud. 4169/2008 (RJ 2009, 5663)), entre muchas otras, en las que sientan los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral, y que cabe resumir en los siguientes:

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; 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 (SSTS de 20 de marzo de 2007, rcud 747/2006 (RJ 2007, 4626) ; de 7 de noviembre de 2007, rcud 2224/2006 ; de 12 de diciembre de 2007, rcud 2673/2006 (RJ 2008, 524) y de 22 de julio de 2008, rcud 3334/2007 (RJ 2008, 7056) entre otras).

b) Asimismo, 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 concurren, 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 (STS de 19 de julio de 2002, rcud. 2869/2001 (RJ 2002, 9518) y de 3 de mayo de 2005, rcud. 2606/2004 (RJ 2005, 5786)).

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 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 (STS de 3 de noviembre de 2014, rcud. 739/2013 (RJ 2014, 6447)).

d) Profundizando en estas razones, la doctrina de la Sala ha sentado una serie de criterios que resume la STS de 9 de diciembre de 2004 (rcud 5319/2003 (RJ 2004, 875)) y que han reproducido posterioridad, muchas otras (por todas: SSTS de 12 de febrero de 2008, rcud. 5018/2005 (RJ 2008, 3473) ; de 22 de julio de 2008, rcud. 3334/2007 y de 25 de marzo de 2013, rcud. 1564/2012 (RJ 2013, 4757)) en los siguientes términos:

1.La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil (LEG 1889, 27) 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. 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. 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, A *sensu 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, ordenes, instrucciones 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.

2.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. 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.

3.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 (RJ 1989, 7310)), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6784)); 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 (RJ 1992, 7622) , STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996, 3334)); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de 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 (RJ 1997, 3578)); 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 11 de abril de 1990 (RJ 1990, 3460) , STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1427)); 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).

3.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 (RJ 2013, 1076) (R. 536/2012) y 9 de 9 de julio de 2013 (R. 2569/12) (RJ 2013, 6572) en las que se citan indicios contrarios a la existencia de relación laboral en relación con el requisito de la dependencia que son resumidos por la primera de las sentencias citadas diciendo que no parece de más señalar que 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; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Y que son indicios comunes de la nota de ajenidad, entre otros, la entrega o puesta a

disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; 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; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; 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.

CUARTO

En aplicación de toda esta doctrina, cabe concluir que, contrariamente a lo que se sostiene en el recurso, concurren en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala las notas características de la relación laboral. En efecto, a la vista de los hechos declarados probados, 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 Zardoya Otis S.A. 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 respecto, 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 Zardoya OTIS SA 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 OTIS. 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.

2.A la vista de tales probados datos y operando en el caso la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el artículo 8 ET (RCL 2015, 1654) , resulta forzoso concluir que al concurrir las notas típicas de la relación laboral establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores , la relación del demandante con la demandada ha de ser calificada de laboral, como lo ha declarado la sentencia recurrida, ya que no cabe entender -por lo expuesto- que la prestación del demandante se limitaba a la realización de sus tareas "sin sujeción ninguna ordenes, instrucciones o directrices de la empresa, ni que efectuara su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias, como esta Sala ha exigido cuando ha declarado que existía arrendamiento de servicios y no una relación laboral.

3.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 (RCL 2006, 1894) 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 (RCL 2007, 1354) 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. 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.

QUINTO

Las consideraciones expuestas, oído el Ministerio Fiscal, llevan a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que se impone su confirmación previa desestimación del recurso interpuesto, con la consiguiente imposición de costas a la recurrente, así como la pérdida de depósitos a los que se les dará el destino legal.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836) , esta Sala ha decidido

:

1

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Zardoya Otis, S.A. representada y asistida por el letrado D. Vicente Fernández Victoria.

2

Confirmar la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2015 (PROV 2015, 232730) por la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 266/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo , en autos nº 788/2012, seguidos a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra Zardoya Otis, S.A. y D. Jon sobre declaración de relación laboral.

3

Imponer las costas del presente recurso a la recurrente Zardoya Otis S.A., decretando la pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol

D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego

4

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol,

De conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578) , respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3595/2015, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC (RCL 2000, 34) .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará, entendiendo que el recurso debió ser desestimado por concurrir una causa de inadmisión por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

La postura que sostengo se fundamenta en mi discrepancia con la solución alcanzada por la Sala en atención a las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina se reduce a determinar la naturaleza de la relación, laboral o mercantil, existente entre la empresa recurrente y el trabajador demandante.

2. - La sentencia recurrida (STSJ/Galicia 14-septiembre-2015-rollo 2666/2014) contempla el caso de un trabajador que suscribió en 2012 con la empresa un contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, como subcontratista, consistentes en el montaje y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas. Para la ejecución del contrato la empresa facilitaba al trabajador un manual de instalación y, aunque él ponía parte de las herramientas, le daba instrumentos específicos, como un tractel tiral de 500 kg. eléctrico, un arca de útiles, escalera de mano y elementos de seguridad, facilitándole, igualmente, los elevadores a montar, trabajos cuya ejecución era controlada por un empleado de la empresa. El trabajador no estaba sometido a ningún pacto de exclusividad; sus horarios de trabajo dependían de las horas de apertura de la obra en que se realizaba la instalación, si bien no tenía guardias ni la empresa determinaba las vacaciones; y las tarifas eran idénticas a lo que cobran los trabajadores contratados laboralmente.

El 14 de abril de 2012 la Inspección de Trabajo tras girar visita a la empresa, levantó acta de infracción por falta de alta en el régimen general de la Seguridad Social del actor y otros trabajadores.

3.- La empresa sostiene que la relación no es laboral, sino mercantil, tesis que la Sala rechaza remitiéndose a lo resuelto por la sentencia de 05/12/13 (PROV 2014, 28055) (R. 2142/13), donde se declaró la naturaleza laboral de la relación al apreciar las notas que la caracterizan, esencialmente de ajeneidad en los resultados, dependencia en la prestación de servicios y retribución de los mismos. A tal efecto, destaca lo siguiente: a) los cuatro trabajadores -entre los que se encontraba el actor- no forman una organización empresarial propia, sino que fueron contratados individualmente, dándose de alta en el RETA y emitiendo facturas mensualmente con IVA, siendo la prestación de servicios a tiempo completo para la recurrente, pero aunque así no fuera, la doctrina jurisprudencial, entre otras, STS 23/11/2009 , admite también la existencia de relación laboral, aun en el caso de la no prestación de servicios a tiempo completo o en régimen de exclusividad; b) por otra parte, los trabajadores no corrían con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual, siendo la empresa recurrente quien contrataba con los clientes a los que había que instalar ascensores, y eran dichos clientes quienes abonaban a Zardoya los trabajos realizados, sin que entre éstos y los clientes existiera ningún tipo de relación; c) los trabajadores debían asistir al lugar de trabajo que les ordenaba la empresa, y la prestación de servicios se efectuaba personalmente, sin que tuvieran personal contratado, y no se realizaban trabajos esporádicamente, sino que la prestación de servicios se ejecutaba con permanencia y habitualidad, sin que conste que hayan realizado otros trabajos para otras empresas, estando adscritos a la organización de la mercantil recurrente, siendo personal de ésta quien controlaba y supervisaba el trabajo realizado por los trabajadores; d) en cuanto a las herramientas empleadas eran propiedad de los trabajadores, si bien la empresa recurrente suministraba los medios más complejos que se precisaban para la realización de los trabajos; e) los trabajadores realizaban el mismo horario que el resto del personal laboral de la empresa recurrente, si bien no hacían guardias, ni la empresa fijaba sus vacaciones, y f) no consta que los trabajadores tuvieran facultades para la aceptación o rechazo de los trabajos encomendados, sino que venían realizando las mismas funciones que el personal laboral de la empresa.

4. Por la empresa ZARDOYA OTIS S.A., se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, a efectos de acreditar la existencia de relación laboral que viabiliza el recurso, conforme al art. 219.1 LRJS (RCL 2011, 1845) se trae por la recurrente la dictada por el TSJ/Murcia de fecha 11-marzo-2013 (rollo 1176/2012). En ella se contempla el caso de quien fue contratado por la misma empresa que el hoy actor mediante contrato de colaboración similar al suscrito por este, subcontratación de la instalación y reparación de elevadores. Consta en ella que, durante la ejecución del contrato, el demandante organizaba su trabajo, según su criterio, así como el tiempo de trabajo y utilizaba su propio vehículo, así como que en ocasiones rechazó la ejecución de algunos trabajos y que en el desempeño de su actividad el material a emplear en los montajes se lo facilitaba la demandada, cuyas instrucciones de montaje seguía, teniendo su propio Gabinete de Prevención Laboral. El 15-03-2011 fue despedido verbalmente, lo que motivó que presentara demanda por despido que fue desestimada en la instancia, al entender que no había existido despido porque la relación existente entre las partes no era laboral, pronunciamiento que confirmó la sentencia de contraste con base a los hechos declarados probados, principalmente que el actor organizaba su trabajo con *"independencia organizativa, sin sujeción a horario, ni vacaciones predeterminadas por la demandada y sin órdenes de la misma "* que solo supervisaba su trabajo sin que existiera pacto de exclusividad con ella.

5.- Por la parte recurrida se ha alegado la falta de contradicción de las sentencias comparadas en los términos requeridos por el art. 219.1 LRJS , cuestión que debe examinarse

y resolverse con preferencia, al tratarse de la concurrencia de un requisito de orden público procesal que condiciona la admisión de un recurso extraordinario que se concede para unificar doctrina en supuestos de sentencias contradictorias dictadas en supuestos de hecho y de derecho sustancialmente iguales, por cuanto si no existe esa identidad sustancial no puede hablarse de soluciones contrapuestas necesitadas de unificación.

6.- Sentado lo anterior, procede estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias, -- como en supuesto análogo al ahora enjuiciado ya se declaró por esta Sala en STS/IV 11-mayo-2016 (rcud 662/2014) y 1-diciembre-2016 (rcud. 1705/2014) entre otros, porque son diferentes los hechos contemplados por ellas. Es cierto que en los dos casos se trata de personas contratadas por la misma empresa con base a un modelo de contrato mercantil, subcontrata, que parece ser el mismo, pero ahí acaban las similitudes porque la ejecución del contrato, las condiciones en las que se ha desarrollado son diferentes. En efecto, en el caso de la sentencia recurrida resulta que el trabajador prestaba su actividad bajo la dirección y supervisión de un encargado de la empresa, quien no sólo le facilitaba los elementos de las máquinas que debía montar o reparar, sino, también, los instrumentos de trabajo más específicos, como el tractel tiral eléctrico de 500 kg., un arca de útiles, una escalera de mano y un elemento de seguridad llamado línea de vida. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste, ni existía compromiso de exclusividad en la prestación de servicios, ni era obligatorio ejecutar todas las obras encomendadas (se rechazó alguna), ni seguir las instrucciones de un superior, pues el subcontratista organizaba su actividad, el tiempo que dedicaba a ella y sus vacaciones, sin que la empresa le facilitase el instrumental necesario al efecto, incluso tenía su propio " *Gabinete de Prevención Laboral* ", cual se afirma con valor de hecho probado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de contraste.

7. - Las diferencias de hecho apuntadas son relevantes para apreciar si concurren las notas de dependencia y ajenidad que, conforme al art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , son las típicas definitorias de la relación laboral, matiz diferencial que puede justificar la existencia de soluciones distintas, aunque no contrapuestas en los términos que requiere el art. 219.1 LRJS . Existe, además, otra diferencia sustancial: la intervención de la Inspección de Trabajo y de la jurisdicción contencioso administrativa en el caso de la sentencia recurrida y no en la de contraste. En efecto, las actas que levanta la inspección de trabajo gozan, sobre los hechos en ellas recogidos, de la presunción de certeza (iuris tantum) que la Ley les otorga y el art. 150-d) LRJS reitera para las afirmaciones fácticas que la autoridad laboral hace en sus demandas. De este elemento probatorio que goza de presunción de veracidad no pudo hacerse uso en el caso de la sentencia de contraste por no existir, lo que ha llevado a unas conclusiones de hecho distintas en el proceso que nos ocupa, al no haberse destruido la presunción dicha por la hoy recurrente. A ello se añade lo resuelto en procedimiento contencioso administrativo seguido que fue resuelto por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa anterior a la recurrida, por la que se confirmó la procedencia del alta en el Régimen General e indirectamente la calificación de la relación como laboral. Dejando a un lado si esa sentencia produce efectos de cosa juzgada o no en este procedimiento, lo cierto es que su existencia plantea problemas jurídicos que no se suscitaron en el caso de la sentencia recurrida, donde no se produjeron las actuaciones administrativas reseñadas, razón por la que el debate fue distinto en los supuestos contrastados.

8.- La cuestión ahora examinada es idéntica a la que ya fue resuelta por la Sala en sentencias de 11 de mayo de 2016 (rcud. 662/2014) y 1 de diciembre de 2016 (rcud. 1705/2014 y rrcud.476/2014 y 661/2014 , en los que aportándose la misma sentencia referencial se apreció falta de contradicción (art. 219 LRJS).

Entiendo que no existe identidad entre las sentencias comparadas para estimar que concurren los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS , y su falta ha de conducir en este

momento procesal a la desestimación del recurso.

Y sin que a ello obste cual pueda ser el resultado sobre el fondo, dándose la circunstancia en el presente caso que la desestimación del recurso por falta de contradicción comporta la confirmación de la sentencia recurrida que reconoce la existencia de relación laboral entre las partes. Lo contrario, entiendo -dicho sea con los debidos respetos-, comporta dejar vacío de contenido el art. 219 LRJS .

SEGUNDO.- Es en el sentido expuesto exclusivamente que discrepo de la sentencia, y nada tengo que objetar en cuanto al fondo del asunto al reconocerse que la relación existente entre las partes es laboral.

Madrid, a 24 de enero de 2018

Tribunal Superior de Justicia

de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia num. 898/2017 de 27 septiembre

JUR\2017\256225

DESPIDO. MODALIDADES ESPECIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO: Eficacia normativa. Contratos formativos.

ECLI: ECLI:ES:TSJM:2017:9611

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 744/2017

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0005304

Procedimiento Recurso de Suplicación 744/2017-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid Despidos / Ceses en general 176/2017

Materia : Despido

Sentencia número: 898/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE (RCL 2000, 72 y 209) CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 744/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA BELEN NAVARRO CALVO en nombre y representación de FLOW QUIMICA SL, contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 176/2017, seguidos a instancia de D./Dña. María Purificación frente a FLOW QUIMICA SL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: " *PRIMERO.- La actora D^a María Purificación viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con una antigüedad de 13.01.2015, categoría profesional de auxiliar de laboratorio y un salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias de 714,20 Euros, en virtud de contrato de trabajo en prácticas que al obrar al ramo de prueba de la actora como documento nº 1 se da por reproducido.*

SEGUNDO.- La actora está en posesión del título profesional de grado en química al haber terminado sus estudios el 17.07.2014.

TERCERO.- La actora ha desarrollado una jornada laboral de 40 horas semanales realizando funciones de análisis de muestras, limpieza de medio, control de productos, confección y diseño de etiquetado, control y tutela de estudiantes en prácticas de la Universidad Complutense, atención de clientes, recepción de pedidos, colocación de vitrinas, introducción en el sistema informático de análisis químicos, realización de facturación y atención de labores de administración en ausencia de la encargada del departamento.

CUARTO.- Inicialmente la actora estuvo supervisada en el ejercicio de sus cometidos por D. Casiano , si bien dicha supervisión culminó una vez la actora adquirió los conocimientos suficientes.

QUINTO.- Con fecha de 05.01.2017 a la actora le ha sido comunicado por la empresa demandada que con efectos de 12.01.2017 finalizaba el contrato en prácticas suscrito extinguiéndose en dicha fecha la relación laboral que unía a las partes.

SEXTO.- La empresa demandada se dedica a la actividad de industria química.

SEPTIMA.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

OCTAVO.- Con fecha de 16.01.2017 la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid, celebrándose el acto el 31.01.2017 que resultó intentado sin efecto, formulándose demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de Madrid a fecha 31.01.2017."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " *Que estimando la demanda formulada por D^a María Purificación en materia de despido contra la empresa Flow Químicas, S. L., DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido de D^a María Purificación condenando a la empresa demandada a que*

en el plazo de cinco días opte ante este Juzgado de lo Social entre la readmisión de D^a María Purificación con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 12.01.2017, a razón de 43 Euros diarios o el abono de una indemnización de 2.838 Euros que supondrá la extinción de la relación laboral de efectos de 12.01.2017. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por FLOW QUIMICA SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 27 de septiembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid se dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2017 , Autos nº 176/2017, que estimo la demanda sobre despido formulada por D^a María Purificación frente a la empresa Flow Quinca SL. Considera la sentencia que el Contrato de Trabajo en Prácticas celebrado entre las partes litigante, lo fue en fraude de ley, y en consecuencia el cese de la trabajadora impugnado debe de calificarse como despido improcedente. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la mercantil y ello con amparo procesal en los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) , recurso que ha sido impugnado.

SEGUNDO

Con amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) se solicita por la parte recurrente la revisión de los Hechos Probados Tercero y Cuarto.

Es doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014) del siguiente modo:

"Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013) , los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91) -;... 28/05/13 (RJ 2013, 5714) -rco 5/12) -; y

03/07/13 (RJ 2013, 6738) -rco 88/12) -).

1º Como primer motivo del recurso solicita una nueva redacción del Hecho Probado Tercero proponiendo la siguiente redacción:

" *TERCERO: La actora ha desarrollado una jornada laboral de 40 horas semanales realizando funciones de análisis de productos químicos realizadas en laboratorio, controles de calidad del producto y control de los componentes químicos del mismo para comprobar que el producto finalizado se ajustara a la normativa, confección diseño y verificación de etiquetado para comprobar el ajuste del producto a la normativa, control y tutela de horario de estudiantes en prácticas curriculares de la Universidad Complutense, atención de clientes por existencia de defectos en las muestras de laboratorio, colocación de muestras químicas realizadas por la trabajadora en la vitrina expositor, introducción en el sistema informático de análisis clínicos, análisis de muestras, etiquetado de productos, control de calidad.*

Realización con carácter absolutamente residual y esporádico de albaranes de administración solo en ausencia de la encargada de departamento."

Fundamenta la revisión en los documentos 1, 2, 3 y 4 de los aportados por la empresa así como de la prueba testifical de D Casiano y D^a Montserrat . Con carácter previo debemos de indicar que la prueba testifical no es prueba idónea a los efectos de fundamentar la revisión de hecho en el recurso de Suplicación, pues solo lo es la prueba documental y pericial arts. 193 c) y 196 .3 de la LRJS (RCL 2011, 1845) . En cuanto a la prueba documental que cita, además de ser una cita genérica , ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia, no siendo aceptable destruir la percepción que de ellas hizo la juzgadora , por un juicio subjetivo y personal de parte interesada .Pero es que además el soporte documental que sirve de base al motivo de revisión pretendido , debe de contener, inexcusablemente ,una literosuficiencia probatoria , de tal modo que se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida del mismo , sin que exista necesidad de tener que acudir a conjetural, razonamientos añadidos , deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95). Lo que en resumen pretende la parte recurrente es que por la Sala se efectúe una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, que no es posible dada la naturaleza jurídica extraordinaria del recurso de Suplicación .En definitiva de los documento antes referidos y en base a los cuales la recurrente fundamenta la revisión solicitada no evidencian el error del juzgador siendo insuficientes para justificar la revisión cuando han sido contradichos por otras pruebas obrantes en autos y en base a las cuales se declaró el hecho probado que se pretende modificar.

Por todo lo cual procede la desestimación de este motivo de revisión de hechos.

2º Como segundo motivo de revisión se solicita una nueva redacción de HP 4º proponiendo la siguiente redacción:

" *CUARTO: La actora estuvo supervisada en el ejercicio de sus cometidos por D. Casiano , siendo igualmente tutelada por el administrador de la empresa si bien dicha supervisión se fue limitando una vez la actora iba adquiriendo los conocimientos prácticos suficientes."*

Fundamenta la revisión en la prueba testifical y en los documentos 1-2-y 3, aportados por la recurrente.

El motivo del recurso debe de ser desestimada por los mismos argumentos antes expuestos a los que nos remitimos.

TERCERO

Como denuncia jurídica y con amparo procesal en el apartado c) del art.193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) . Se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido lo dispuesto en el art 11.1 del Estatuto de los

Trabajadores (RCL 2015, 1654) el RD 488/98 de 27 de marzo (RCL 1998, 943) , por el que se desarrolla el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) en materia de contratos de formación. La Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945) , la Ley 11/2013 de 26 de julio (RCL 2013, 1162) y el RD Ley 16/2913, de 20 de diciembre.

La parte recurrente entiende que la validez del contrato en prácticas no se basa en la tutela del trabajador, y que de un detallado examen de la prueba documental los trabajos realizados por la actora durante los dos años que duró el contrato en prácticas le ha permitido poner en práctica su titulación profesional.

Por la Magistrada de instancia declara el contrato celebrado en fraude de ley, y ello porque no había tenido supervisión alguna y ha llevado a cabo cometidos ajenos al laboratorio encargándose de labores administrativas e incluso de tutelar al alumnado de la Universidad Complutense que llevaba a cabo sus prácticas en la empresa.

La censura jurídica expuesta no puede ser acogida por cuanto que implica una premisa jurídica que es contraria a la mantenida por Juzgado de instancia, al ser inadmisibles la nueva valoración de la prueba que pretende la recurrente y con ello buscar una manera de articular la pretensión revisoria como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por la Ley al juzgador de instancia (en este caso el juzgado), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica (SSTS 21/10/10 (RJ 2010, 7820) -recurso 198/09 -; 14/04/11 (RJ 2011, 3955) -recurso 164/10 - 07 / 10 / 11 (RJ 2011, 7701) -recurso 190/10 -; 25/01/12 (RJ 2012, 2456) -recurso 30/11 -; y 06/03/12 (RJ 2012, 4168) - recurso 11/11 -).

Y es que el motivo ahora examinado incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida, desconociendo con ello que en casación (e igualmente en suplicación) no es factible dar por supuestos otros hechos que no sean los declarados probados (SSTS 15-3-2007 (RJ 2007, 3039) , R. 44/06 , 12-12-2012 (RJ 2013, 593) , R. 294/11 , 27-5-13 (RJ 2013, 7656) , R. 78/12 ; todas ellas citadas en la más reciente de 27-1-2014, R. 100/13).

Señalamos lo anterior porque la parte recurrente, realizando una nueva valoración de la prueba, considera que los trabajos que ha venido prestando la trabajadora, durante los dos años que durado el contrato en prácticas serían los propios y le han permitido poner práctica los conocimientos de su titulación (Grado en Química). En tanto que por la Magistrada de instancia, declara como probado tanto en el HP 2º y el FJ Único apartado tercero que la actora otras funciones ajenas a las propias de su titulación y que responden a la actividad ordinaria de la empresa.

Respecto al contrato en prácticas, recordar que lo que se persigue con este contrato es proporcionar a los trabajadores que acceden por primera vez al mercado de trabajo una determinada cualificación profesional, es decir, proveer de la formación profesional práctica a quienes solamente tienen conocimientos teóricos, que los han adquirido mediante la obtención de un título habilitante para el ejercicio de determinada profesión. No se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esta experiencia actúe sobre los estudios cursados (STS 29 diciembre 2001). Pues bien en el presente supuesto, la trabajadora, no de forma ocasional sino de forma habitual viene realizando en la empresa actividades que son ajenas al contrato en prácticas no complementándose así la formación teórica que como Grado en Químicas tenía la actora sino la realización de forma habitual de la actividad ordinaria de la empresa tal y como se declara en el HP 3º y en FJ Único (párrafo cuarto) con valor de hecho probado. Entendemos por lo tanto, partiendo de los hechos declarados probados que las funciones y tareas que venía realizando la actora no le permitió

obtener la práctica profesional acomodada al nivel de estudios cursados (Grado en Química) y en un sector profesional propio de los conocimientos teóricos poseídos y que aunque bien es cierto no es necesario que la correspondencia entre la titulación y el contenido de las concretas tareas realizadas sea absoluta ni rígidamente nominalista, en el presente supuesto tal y como se declara en los hechos probados los trabajos que tenía que realizar no le permiten el ejercicio de forma principal y suficiente de la puesta en práctica de las enseñanzas teóricas acreditadas para su titulación .

Entendemos por lo tanto que el contrato así suscrito lo ha sido en fraude de ley , prohibido por el artículo 6.4 del Código Civil (LEG 1889, 27) , deben rechazar los Tribunales (artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635)), en la medida en que tiene como finalidad causar un daño a otro y obtener un beneficio, valiéndose de subterfugios aparentemente ajustados a la legalidad, simulando respetar la letra de la Ley y buscando conseguir un fin contrario al verdadero espíritu de la norma, a su auténtico sentido, a su contenido ético y social, y es que bajo la modalidad de un contrato en prácticas la actora ha venido realizado actividades ajenas en su mayoría a las que serían propias de su titulación. En consecuencia el mismo debe de entenderse que es indefinido por fraudulento y su cese calificado como despido improcedente.

Por todo lo cual, procede la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida, al no haberse las normas y jurisprudencia citadas como indebidamente aplicadas pues esta última se refiere a supuestos distintos del aquí enjuiciado.

CUARTO

Procede imponer a la empresa recurrente al no gozar del beneficio de justicia gratuita, art 235.1 de la LRJS (RCL 2011, 1845) fijándose los honorarios del Letrados impugnantes en 600 €, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 204.1 y 4 de la LRJS (RCL 2011, 1845) procede decretar la pérdida por la recurrente de los depósitos efectuados para recurrir, ordenándose dar a las consignaciones el destino legal.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por FLOW QUIMICA, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de los de esta ciudad, en sus autos nº 176/2017 y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Se decreta la condena en costas de la mercantil recurrente, fijándose los honorarios del letrado impugnante en 600 euros.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir y se ordena dar a las consignaciones el destino legal una vez firme la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS

hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS (RCL 2011, 1845) , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0744-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0744-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1116/2019 de 12 abril

AS\2019\1748

JORNADA LABORAL: modificación del horario realizado por la actora (a turnos rotativos) para adaptación de la jornada por guarda legal de menor: reclamación del derecho a cambio de turno de trabajo, estableciéndose un turno fijo de mañanas o, subsidiariamente, derecho a la reducción de jornada en las semanas de turno de tarde: desestimación, por imposibilidad organizativa y productiva acreditada de la empresa, así como por inexistencia de discriminación: vendedora en stand de centro comercial. **RECURSO DE SUPLICACIÓN:** procedencia, por haber acumulado a la demanda horaria el trato discriminatorio alegado. **SENTENCIA:** inexistencia de incongruencia: resolución de todas las cuestiones planteadas, tanto la petición principal como la subsidiaria.

ECLI: ECLI:ES:TSJAND:2019:3576

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 4457/2018

Ponente: Illma. Sra. Mª del Carmen Pérez Sibón

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, de fecha 24-04-2018, dictada en autos promovidos en reclamación sobre reconocimiento de derecho.

ROLLO Nº 4457/18 - L SENTENCIA Nº 1116/19

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 4457/2018 - L

Illmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad

Dª María del Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a doce de abril de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Illmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1116/2019

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a Mónica , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Sevilla, Autos nº 5/18; ha sido Ponente la Il^{ta}m. Sra. D^a. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Mónica contra DIRECCION000 ., se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 24/4/18, y Auto Aclaratorio de fecha 13/6/18, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** Doña Mónica , mayor de edad, con DNI NUM000 , viene prestando servicios para el DIRECCION000 ., desde el 5 de abril de 2010. La categoría profesional de la actora es la de vendedora. El contrato tiene carácter de indefinido a tiempo completo.

La jornada de trabajo de la actora es de 36 horas semanales, en turnos rotatorios, por semanas, de modo que una semana trabaja por la mañana y otra por la tarde. En turno de mañana es de 10:00 horas a 16:00 horas, y de turno de tarde es de 16:00 horas a 22:00 horas. El centro de trabajo se encuentra ubicado en el Stand de la firma DIRECCION001 , en el interior del DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla).

SEGUNDO.- La actora y la empresa demandada celebrado los siguientes contratos:

1.- Contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo, celebrado por la actora y la empresa demandada, el 5 de abril de 2010. Folios 436 y 437 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

2.- En fecha de 23 de enero de 2013, DIRECCION000 . comunicó a la actora que a partir del 1 de febrero de 2013, tal como se acuerdo con usted, pasará a formar parte del grupo profesional 3, como vendedora de Stand. Folio 439 las actuaciones que se da por reproducido.

3.- En fecha de 15 de septiembre de 2013, la actora y la empresa demandada firmaron modificación del horario de trabajo, y exponen que con efectos del 1 de octubre de 2013, la jornada de trabajo será de 6 horas diarias, 36 horas semanales en horario comercial, en turno rotativo, una semana de mañana y otra de tarde, quedan del horario establecido la siguiente manera: Turno de mañana: de 10:00 horas a 16:00 horas, sin descanso. Turno de tarde: de 16:00 horas a 22:00 horas, sin descanso. Folio 441 de las actuaciones que se da por producir

La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines (RCL 2013, 1365) .

TERCERO.- En el Stand de la firma DIRECCION001 , en el interior del DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla), la actora y Doña Trinidad prestan servicios en turnos rotatorios: Turno de mañana: de 10:00 horas a 16:00 horas, sin descanso. Turno de tarde: de 16:00 horas a 22:00 horas, sin descanso. Folios 464 a 466 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

CUARTO.- El 18 de septiembre de 2017, la actora envió escrito a la empresa demandada, en el que le solicita que su jornada de trabajo pueda desarrollarse exclusivamente de mañana, para organizar los tiempos escolares y atención a la hija menor de cinco años. Folio 380 de las actuaciones que se da por reproducido.

El 3 de octubre de 2017, la empresa demandada contesta la actora, manifestando que la

opción de la actora no supone una reducción, ya que se ha de realizar dentro de su jornada ordinaria, y no tiene amparo del artículo 37 en el 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) . Se pone de manifiesto que la solicitud de la actora suponen una modificación de sus turnos de trabajo. Folios 382 a 384 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

En fecha de 6 de octubre de 2017, la actora envió a la empresa demandada carta en la que le agradecía que la empresa organice reunión con las cinco personas que conforman la plantilla del centro de trabajo de Sevilla, exponiendo la situación y las distintas posibilidades legales que tiene la empresa para jugar, recabe de todas nosotras apelando a la buena fe, y buscar una solución. Folios 452 a 454 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

La empresa demandada se reunió con las empleadas de los centros de trabajo ubicados en el DIRECCION004 de DIRECCION002 y DIRECCION003 , sobre las posibilidades solicitadas por la actora. Las empleadas de los dos centros no accedieron a lo solicitado por la actora. (Hecho acreditado por las declaraciones testificales de Doña María Luisa , Don Everardo y Doña Trinidad).

La actora envió carta a la empresa demandada, el 11 de noviembre de 2017, poniendo de manifiesto otra opción consistente en reducir su jornada de 36 horas semanales a 30 horas semanales, pero dicha reducción realizarla durante los días de la semana que le corresponde a trabajar de tarde. Folios 385 y 286 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

En fecha de 21 de noviembre de 2017, la empresa demandada contestó a la actora ponen de manifiesto que, una vez denegada por parte de sus compañeras la propuesta de adaptación de jornada que planteó, la solicitud planteada no se encuentra ajustada a los parámetros legales. Folios 388 a 390 de las actuaciones que se dan por reproducidos.

TERCERO.- En fecha de 22 de diciembre de 2017, se presentó demandada que dio lugar al presente procedimiento. Por Decreto de este juzgado de fecha 5 de febrero de 2018, se emitió la demanda presentada."

TERCERO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Interpone demanda D^a Mónica , a través del procedimiento especial de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654)), con la pretensión de que sea condenada la empresa demandada DIRECCION000 . a reconocer a la actora el derecho a una jornada continua de mañana, o subsidiariamente, a reducir su jornada dos días completos de la semana que tengan turno de tarde.

Frente a la sentencia dictada, desestimatoria de la pretensión, se alza en suplicación la demandante articulando su recurso en cuatro motivos, de los cuales los dos primeros se formulan al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el tercero se encauza a través del párrafo b) del mismo precepto, y el cuarto tiene encaje adjetivo en el párrafo c) de la indicada norma.

Con carácter previo han de efectuarse ciertas precisiones, concretamente referidas a la propia admisibilidad del recurso. El procedimiento seguido en el presente litigio es el regulado en el Art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , " *Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente* ", al respecto del cuál el

Art. 191.2. f) dispone: " *No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: f) Procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el artículo 139, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación* ".

Por su parte, el Art. 184 del Texto Procesal Laboral dispone: " *Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente*.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva ".

Finalmente, el Art. 191.3 f) de la misma Norma establece que procederá en todo caso la suplicación: " *f) Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas* ".

La demandante alega en el presente procedimiento la situación de discriminación ocasionada por la empresa, la cual ha permitido a otras trabajadoras la reducción de jornada y concreción horaria en la forma solicitada por la actora.

Se admite en consecuencia el recurso de suplicación, incluso para entrar en el fondo del asunto, más allá de los motivos formulados al amparo del Art. 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO

El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 97.2 y 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como 209 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Alega la recurrente que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la petición subsidiaria de la demanda.

Invoca asimismo que la resolución combatida no hace referencia a la invocada ocultación por parte de la demandada de la documental que le fue requerida para su aportación a los autos, y que consistía en los cuadrantes horarios de todo el personal de los centros de trabajo de la demandada ubicados en España incluyendo los centros de Sevilla.

El planteamiento de la actora a este respecto no puede ser acogido, y ello por cuanto que la sentencia -y más concretamente su fundamento de derecho primero- hace expresa referencia al pedimento subsidiario y le da una respuesta análoga a la de la pretensión principal, indicando que la concreción horaria no está permitida sin la reducción de jornada, no amparando la ley por esta vía una redistribución de la jornada de trabajo. Cuestión distinta es que la sentencia se ajuste o no a derecho en su solución, o esté conforme o no con ella la

recurrente, pero lo solicitado ha sido contestado.

En cuanto a la aportación de la documental interesada, consistente en los cuadrantes horarios de los trabajadores de todos los centros de la demandada en España, lo que se pretende probar con dicha documental -la existencia en otros centros de trabajadores que gozan de un horario como el solicitado por la ahora actora- es un extremo que ya está reconocido expresamente por la empresa y asimismo se reitera en el escrito de impugnación del recurso. Consta efectivamente además en la sentencia que existen otros trabajadores ya con jornada reducida en turno fijo, considerando la empresa que en el caso de la actora razones organizativas impiden reconocérselo.

TERCERO

También al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 139 del indicado Texto legal , precepto que señala que "*el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al posterior acto del juicio, que podrá acompañar en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia*".

Alega la recurrente que la demandada no aportó al acto de juicio propuesta ni alternativa alguna.

Al respecto de tal requisito, la recurrente considera trascendente el hecho de que el magistrado de instancia no haya efectuado ninguna referencia a ello en la fundamentación jurídica de la sentencia, siendo una actuación de la empresa que debió valorarse expresamente en la sentencia.

No es exacto que no se formularan puestas por la empresa en los actos de conciliación y juicio, y ello por cuanto que, como consta en la sentencia impugnada, la empresa ofreció distintas soluciones a la trabajadora, sin que ésta aceptara ninguna de ellas. Las propuestas en definitiva estaban efectuadas, y mantenidas, pudiendo adherirse a alguna de las mismas la trabajadora, aun cuando no se volviera a formular de forma expresa en el acto del juicio.

Se desestima el motivo.

CUARTO:

El motivo de revisión fáctica propone la adición de un párrafo en el que conste que la actora soporta actualmente todos los gastos familiares y de manutención de su hija menor de edad, tales como hipotecas, suministros, vehículos, o comedor escolar. Asimismo se insta el reflejo en el relato histórico de que el padre de la menor carece de ingresos y reside en una población distinta a la de la actora y su hija.

Ciertamente la demandante ha hecho un esfuerzo probatorio para acreditar en la medida de lo posible los gastos que afronta así como la situación del progenitor de su hija, razón por la que deberá admitirse el nuevo hecho probado que se pretende incorporar las actuaciones.

QUINTO:

El cuarto y último motivo del recurso se formula con amparo procesal en el párrafo c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denunciando la infracción de los artículos 37 apartados 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, así como de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , en relación con la jurisprudencia dictada en la materia.

El Art. 37.6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , establece:

" 6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

7. La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4, 5 y 6 serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845) , Reguladora de la Jurisdicción Social ".

Respecto de la petición principal de la demanda, es claro que no se solicita reducción horaria, sino exclusión del turno de tarde, lo que resulta un supuesto de concreción horaria sin reducción de jornada. La petición subsidiaria sustenta una reducción horaria consistente en dos días completos de los correspondientes al turno de tarde. Implicaría por tanto reducción y concreción horaria.

Partiendo de la regulación normativa ordinaria del derecho a la elección de turno de trabajo del artículo 34.8 del ET (RCL 2015, 1654) que se ha indicado anteriormente, ha de indicarse que si bien el ejercicio de este derecho había sido interpretado de manera restrictiva por el T.S. en sentencias 13 de junio de 2008 , 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4230) , 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2009 (RJ 2009, 7606) , de forma que consideraban que el ejercicio reconocido en el art. 37.6 del E.T . no incluía la solicitud de cambio de horario si no iba unido a la de reducción de la jornada, ha de repararse en que tales sentencias se dictaron en

supuestos en los que la solicitud de cambio de horario se produjo antes de la introducción del apartado 8 al art. 34 del Estatuto de los Trabajadores , que fue incorporado por el apartado tres de la disposición adicional décimo primera de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586) , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que posibilitaba tal cambio de horario aunque subordinado a lo previsto en la negociación colectiva o al acuerdo que se llegara con el empresario respetando lo previsto en aquella, se entiende que los mínimos allí acordados, mejorando en aquella . A ese apartado se añadió un nuevo párrafo redactado por el número 2 del artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945) , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, según el cual "A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas".

Esta Sala, en sentencia de 1/2/18 (AS 2018, 97) , recurso 4108/2017 , estableció lo siguiente: " *El derecho a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de un hijo menor, y el derecho a la correlativa concreción horaria derivada del mismo, son derechos regulados en los artículos 37.5 y 6 ET (RCL 2015, 1654) , 34.8 ET (RCL 2015, 1654) en relación con el art. 14 y 10 CE (RCL 1978, 2836) , en cuanto el sexo y la condición familiar constituyen factores de discriminación (SSTC 3/2007 (RTC 2007, 3) y 26/2011) de modo que al ser un auténtico derecho social fundamental prevalece en la función resolutoria de dudas interpretativas, exigiéndonos integrar por vía interpretativa las lagunas de esta materia y de los textos restrictivos contrarios a un desarrollo efectivo de estos derechos. Estos preceptos, introducidos en la norma estatutaria por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800) , de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que en lo referente al párrafo primero del apartado quinto han sido modificados por la vigente L.O. 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586) , con la introducción del art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) , que no sólo regulan los derechos antes mencionados siendo un contenido sensiblemente más amplio, ya que se reconoce un nuevo derecho a la adaptación razonable de la jornada de trabajo al trabajador por motivos de conciliación, sin necesidad de proceder a una reducción de jornada. Estas normas reconocen el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, el derecho a concretar el horario laboral derivado del mismo, como la adaptación de la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral, tanto a los trabajadores y trabajadoras que tengan a su cuidado a un hijo menor como a aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo a un menor, sea o no hijo suyo, entre otros.*

En nuestro caso, estamos ante una pretensión de cambio de turno con reducción horaria - que ya tiene reconocida-, lo que nos plantea la cuestión de si el derecho que se analiza, sólo afecta a la reducción de la jornada laboral con elección de horario, o si también puede

aplicarse a supuestos en los que con o sin que se produzca la citada reducción de jornada, la trabajadora pretende elegir una jornada con un horario adecuado a los intereses familiares.

Una interpretación literal del art. 37.6 ET (RCL 2015, 1654) , en la redacción última del precepto en que se amplía la edad del sujeto beneficiario a 12 años y se introduce la palabra "diario" que nada clarifica el ambiguo tenor anterior y que no nos ahorra del deber de ponderación de las circunstancias concurrentes que el TC encomienda al juez en esta materia de conciliación - STC 3/2007 (RTC 2007, 3) , 26/2011 y 24/2011 (RTC 2001, 24) - favorables a un mayor margen de autodeterminación razonable de la trabajadora en el reparto del tiempo reducido de trabajo remunerado y del propio trabajo de cuidado, obviamente no remunerado, puesto que una interpretación literal de las normas controvertidas nos llevaría a negar la pretensión de la actora de ejercitar este derecho a la adaptación de jornada por motivos de

conciliación por razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse tal ponderación de circunstancias.

En este sentido, según la doctrina constitucional formulada en estas sentencias, cualquier derecho de conciliación legalmente reconocido a los trabajadores por la ley o el convenio, que sea rechazado por el empleador requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado a la efectividad del mismo.

Como se aprecia la última posibilidad de la pretensión aquí ejercitada es realmente controvertida, no sólo en cuanto a la posibilidad de acogerse al procedimiento especial del art. 139 LRJS (RCL 2011, 1845) , sino incluso a su mera posibilidad legal mediante un proceso ordinario, fruto de estas discrepancias son los variados pronunciamientos judiciales en sentido contrario.

Es dominante el criterio de que en el art. 37.6 ET (RCL 2015, 1654) se reconoce el derecho a una reducción de jornada con la consiguiente reducción de retribuciones; pero no comprende el cambio de horario, y por tanto de turnos, de forma unilateral, sin reducción de jornada. Así, se deniega el derecho a un horario de mañana o tarde sin reducción de jornada, en vez del horario que venían prestando, para el cuidado de un menor o de una persona con discapacidad. Si bien se introdujo una nueva posibilidad mediante la cual, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdo con el empresario, el trabajador puede tener derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal familiar y laboral (art.34.8 ET (RCL 2015, 1654) -modif L.O. 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586) -), esto no quiere decir que se delegue sin límites en el trabajador la configuración de la jornada de trabajo (SSTS TS 13-6-08 , EDJ 155883; 18-6-08 (RJ 2008, 4230) , EDJ 155958 -con voto particular-; 20-10-10 , EDJ 251951) sino que el empresario deberá aceptar una negociación de buena fe, planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a la conciliación por la mujer, en la que llegar a un acuerdo de adaptación. Es cierto que el art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) no da un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, esto es, a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, que el empleador negocie de buena fe -con ofertas y contrapropuestas reales-... De modo que, si no lo hace, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) en relación al art. 139 LRJS (RCL 2011, 1845) le da mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho-expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET (RCL 2015, 1654) ... En fin, sostenemos que el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa. Ahora bien, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta la regulación procesal del art. 139 LRJS (RCL 2011, 1845) que responde a una orientación de política jurídica opuesta: la trabajadora tiene un poder negociador con el empleador, al margen del convenio. Aquí la trabajadora, en definitiva, solicita que su turno de trabajo sea siempre el turno de mañana, de lunes a sábado, con la reducción en su jornada de cinco horas que ya disfruta. Entendemos que al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) en relación con los números 5 y 6 del art. 37 ET (RCL 2015, 1654) , tiene derecho a modificar el turno de trabajo para hacerlo más compatible con sus responsabilidades familiares, y debiéndosele reconocer el derecho solicitado, pues optamos por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. La laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el art. 37 ET (RCL 2015, 1654) , que no es otra sino la de conciliar la vida laboral y la vida familiar.

Sentado lo anterior, y establecido el derecho a la elección de turno, debe admitirse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, pues este derecho sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, ha de decaer. Se debe separar el derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, del derecho a la concreción horaria, contemplando los derechos como derechos independientes lo que es cierto que en una interpretación literal difícilmente se concilia con el tenor literal de la norma, aunque sí lo haga con el espíritu de la norma interpretada a la luz de la STC 3/2007 (RTC 2007, 3) . Sostenemos que es necesario dotar de contenido concreto a este derecho a la adaptación del tiempo de trabajo reconocido en este art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) y ello con independencia de que exista o no convenio colectivo o acuerdo individual al respecto. Y en este sentido, cabe entender que el art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) lo que configura es un poder de iniciativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo. Este poder de iniciativa desencadenará por su parte, un proceso negociador al que queda sujeto el empresario, con el fin de buscar la adaptación del tiempo de trabajo que resulte compatible con los diferentes intereses que mantienen las partes en estos casos.

Teniendo en cuenta estas premisas y como resultado de la lectura integradora que ha de realizarse entre los preceptos controvertidos en estos supuestos - art. 37.5 y 6 y art. 34.8 ET (RCL 2015, 1654) y art. 139 LRJS (RCL 2011, 1845) -, llegamos a la conclusión de que la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una modificación de su régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa.

De esta afirmación no cabe obtener como conclusión que los trabajadores tengan ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que lo que se reconoce es un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta.

*Para ello el juez viene obligado, según la doctrina constitucional recogida en la conocida STC 3/2007 (RTC 2007, 3) , **aponderar todas las circunstancias concurrentes**, destacando entre ellas a juicio del TC, las "**dificultades organizativas** que su reconocimiento pudiera causar a la empresa". Por tanto, corresponderá al empresario demostrar en estos casos, el perjuicio organizativo o/y económico que le supondría la aceptación de la concreción horaria que pretenda la trabajadora.... Dadas las características de este derecho, y, más específicamente, a quien corresponde su ejercicio, es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que le impiden su disfrute en los términos propuestos por la trabajadora, pero de entrar en colisión ambos derechos es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario. La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de los trabajadores, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. No concurriendo ninguna de estas circunstancias, le correspondería a la trabajadora la concreción horaria resultante de la reducción de jornada.*

En nuestro caso la empresa para nada alega razones organizativas reales para oponerse al cambio de turno pretendido, sino que solo se opone por carecer de amparo legal en el art. 37.6 ET (RCL 2015, 1654) y con base en razones organizativas y como se dice en la sentencia se desconoce "cuál es el perjuicio que se ocasiona a la empresa -el que la actora se le asigne al

turno de mañana-, por cuanto aun cuando la actora esté asignada en turno de mañana, las otras tres trabajadoras pueden seguir rotando en turnos de mañana y tarde, sin perjuicio de que ello implique que haya dos trabajadoras por la mañana" y "sí se acreditan las circunstancias de la trabajadora, la cual tiene un niño de muy corta edad, y fijada la residencia en una localidad distinta al centro de trabajo, .../... (y) el turno de mañana .../... es el que mejor le permite conciliar los horarios de trabajo con los horarios de una guardería para el cuidado del menor".

La negativa por la empresa a reconocer a la trabajadora el derecho pretendido, vulnera los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, dada la inexistencia de las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, lo que de estimarse el recurso por ella formalizado ello constituiría, en tal sentido, una discriminación indirecta por razón de sexo (STC 3/2007 (RTC 2007, 3)) como bien denuncia la impugnante, y negaríamos el interés constitucional a la protección de los valores familiares (ATC 1/2009 (RTC 2009, 1 AUTO)).

En suma, no cabe trasladar, el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora a su autodeterminación económica (STS 10-2-15 rec 25/2014 (RJ 2015, 673)) mediante la opción por conciliar ex arts. 37 y 34.8 ET (RCL 2015, 1654) acomodando razonablemente su horario, ..."

En el mismo sentido la sentencia del TSJ de Asturias, Oviedo, de 22/1/19 (AS 2019, 1004) , recurso 2815/2018 y la del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 4-4-2019 .

Pues bien, en atención a las resoluciones expuestas, se tendría derecho a la elección de turno, si con ello no supone para el funcionamiento de la empresa unas dificultades organizativas suficientemente relevantes, extremo éste que debería acreditar la empresa, para que su decisión denegatoria del derecho estuviera justificada.

Partiendo por tanto de conformidad con la doctrina constitucional, que el cuidado de un hijo menor da derecho a la concreción del horario aun sin reducción de jornada, (o reduciéndola), lo cierto es que ni la jurisprudencia ni la doctrina constitucional en relación con el precepto que analizamos, confieren al trabajador un derecho absoluto a este respecto. Por el contrario, si bien este derecho a la conciliación es constitucionalmente protegible, han de armonizarse los intereses en juego con las facultades organizativas de la empresa suficientemente justificadas cuando entre las partes no haya acuerdo. En definitiva, ha de estarse a las circunstancias concurrentes, partiendo por supuesto de la relevancia del derecho del trabajador.

Trasladando la expresada doctrina al caso de autos, resulta claro que la actora con una u otra petición (principal y subsidiaria) lo que pretende es exonerarse en mayor o menor medida del turno de tarde. Las circunstancias que rodean la situación y circunstancias de la empresa conducen sin embargo a una solución incompatible parcialmente con el derecho esgrimido.

La empresa, DIRECCION000 ., (regida por el Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines (RCL 2013, 1365)) tiene un stand en el DIRECCION004 de DIRECCION002 (Sevilla) donde la actora y D^a Trinidad prestan servicios en turno rotatorio: Turno de mañana de 10:00 horas a 16:00 horas y turno de tarde de 16:00 horas a 22:00 horas. Una semana turno de mañana y otra turno de tarde.

Consta descrito en los hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia, las diversas reuniones que la empleadora ha celebrado con las trabajadoras del centro de la demandante y de los otros dos centros, con la finalidad de poder excluir a aquélla del turno de tarde como pretende, o parcialmente del turno de tarde, reuniones en las que los trabajadores no accedieron a modificar sus turnos para hacer efectivo lo solicitado por la actora. Se reflejan en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de instancia el resultado de las pruebas testificales practicadas y que alcanzaron la convicción del juzgador. De ellas éste consideró

acreditado (y tal conclusión no se puede alterar al no poder la Sala examinar los testimonios ex Arts. 193 b y 196 LRJS (RCL 2011, 1845)), que si la actora dejaba el turno de tarde en su centro (DIRECCION002) éste se quedaría sin cubrir, al no haber más que una trabajadora junto con la demandante. Se comprueba que las productoras a las que se les ha pedido el cambio de turno también alegan situaciones familiares y personales que no les dificulta aceptar la situación en la que quedarían de aceptarse la petición de la actora.

Por otra parte, se constata que ya existen trabajadoras que han conseguido trabajar únicamente en el turno de mañana, o que han obtenido una concreción horaria diferente también por causa análoga a la de la demandante, cuando la empresa ha podido acceder a tales situaciones.

Todo lo expuesto demuestra que la empresa ha agotado sus posibilidades de conseguir una forma de hacer viable la pretensión de la demandante, intentando llegar a una redistribución con las demás compañeras, sin que haya sido posible. Consideramos que el hecho de que la empresa haya permitido derechos análogos al aquí reclamado en relación con otras trabajadoras no es demostrativo de discriminación sino de todo lo contrario, resultando comprensible que no se pueda acceder a las peticiones de todas las trabajadoras que mayoritariamente pasan por excluir el turno de tarde, admitiéndose solo cuando ello sea posible.

De lo expuesto podemos obtener las conclusiones que pasamos a razonar. En primer lugar, consideramos que no es suficiente el hecho de que la modificación de las condiciones de la actora (concreción horaria o reducción de jornada) se haga depender de la aceptación o no de los demás trabajadores, o de los inconvenientes que a ellos supongan, dado el derecho reforzado por la Norma a la conciliación familiar. En segundo lugar, no es posible que la mera alegación genérica a las dificultades familiares o personales de otros trabajadores para contribuir a facilitar el cambio de las condiciones discutidas pedido por la demandante sea suficiente para constituirse en obstáculo que impida el reconocimiento del derecho, a salvo de una mayor concreción.

Ello no obstante, la existencia de relevantes razones de carácter organizativo que exige la Norma como causa impeditiva del derecho se deduce, no de las anteriores circunstancias (o no solo de ellas), sino de causas como el hecho constatado de que ya existen trabajadoras con jornadas modificadas o reducidas por motivos de conciliación y todas referidas a la exclusión del turno de tarde, lo que es evidente que reduce la capacidad de maniobra organizativa de la empresa, Así mismo resulta acreditado (declaraciones de naturaleza fáctica contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia) que el acceder a la exclusión del turno de tarde por la actora supondría dejar dicho turno sin cubrir, lo que resulta imposible en centros de una gran superficie (en este caso el DIRECCION004) en el que existe horario obligatorio de tarde; u obligar a la otra única trabajadora del centro de la demandante a prestar el servicio solamente en turno de tarde (habiendo dado el juzgador por acreditado que la de esta productora es una familia monoparental con las consiguientes dificultades en este aspecto, lo que así mismo supondría una modificación sustancial de condiciones de trabajo para ella). Con respecto a otros centros la estructuración de los mismos atendiendo a los derechos ya concedidos de conciliación familiar en relación con los turnos supondría una sobredimensión de la plantilla.

Por último debe recordarse que el Convenio Colectivo de aplicación no contiene especiales previsiones que intensifiquen el derecho a la concreción horaria o a la reducción de jornada por motivos de conciliación, haciendo únicamente referencia al acuerdo entre las partes (Art. 42).

Evidenciado lo que consideramos justificados relevantes obstáculos organizativos de la empresa debe admitirse que se dan razones de carácter organizativo que deben llevar a concluir que la empleadora ha denegado la pretensión de la trabajadora en forma ajustada a parámetros legales, jurisprudenciales y constitucionales, afirmación que conduce a la

desestimación del recurso entablado. Precisamos que en todo caso ello no supone una vulneración del principio de no discriminación por el mero hecho de que algunas trabajadoras disfruten del horario o jornada concretada o reducida como derecho de conciliación concedido por la empresa y la actora no, toda vez que no toda desigualdad reviste una discriminación, si no se encuentra entre las causas constitucionales previstas expresamente como tales, pues la discriminación consiste en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, puesto que para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Y este no es el caso. Se trata en todos los casos de trabajadoras, lo que excluye en el términos de comparación el elemento de segregación (sexo, raza, estado civil, religión....)

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D^a Mónica contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2018 dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Sevilla , en autos nº 5/2018, seguidos a instancia de D^a Mónica contra DIRECCION000 ., y en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS (RCL 2011, 1845) .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, 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".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 19 septiembre 2011

RJ\2012\690

CONVENIOS COLECTIVOS: interpretación. **SALARIOS:** interpretación de cláusula de revisión salarial establecida en función del IPC en el supuesto de que el IPC previsto sea superior al real, procede el reintegro de la diferencia por los trabajadores; «Red Eléctrica de España, SA».

ECLI: ECLI:ES:TS:2011:7412

Jurisdicción: Social

Recurso de Casación 1/2011

Ponente: Excmo Sr. José Luis Gilolmo López

El TS **desestima** el recurso de casación (núm. 1/2011) interpuesto por el Sindicato Independiente de la Energía contra la Sentencia de fecha 15-11-2010, de la Audiencia Nacional, dictada en autos promovidos por el recurrente contra «Red Eléctrica de España, SA» y otros, sobre conflicto colectivo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación interpuesto en nombre de SINDICATO INDEPENDIENTE DE LA ENERGIA (SIE), contra sentencia de fecha 15 de noviembre de 2010 (PROV 2010, 403044) , dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 158/2010 , promovido por SINDICATO INDEPENDIENTE DE LA ENERGIA (SIE) contra RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A.; COMISIONES OBRERAS (CC.OO) y UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Letrado Don Miguel Cuenca Alarcón, en nombre y representación de Red Eléctrica de España, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por la representación de Sindicato Independiente de la Energía se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras

exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "Se interprete y aplique el artículo 38.1 del IX Convenio Colectivo de Red Eléctrica de España, S.A. de carácter extraestatutario, en sus propios términos. Se declaren definitivas las tablas salariales provisionales de los años 2008 y 2009. Se declare el derecho de los trabajadores al incremento del 2,25% y del 2.289 % pactado en Convenio Colectivo extraestatutario para los años 2008 y 2009 respectivamente. Se condene a la empresa a estar y pasar por esta declaración."

SEGUNDO

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO

Con fecha 15 de noviembre de 2010 (PROV 2010, 403044) se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Desestimar la excepción de inadecuación del procedimiento. Estimar en parte la prescripción de la acción alegada, respecto de la regularización realizada en 2009. Desestimar la demanda y absolver a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra".

CUARTO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. El ámbito de afectación del presente conflicto colectivo se extiende a toda la plantilla de la empresa que tiene centros de trabajo en todo el territorio nacional. (H. 1º de la demanda).

2. En fecha 13 de mayo de 2008 Red Eléctrica de España, SA y las organizaciones sindicales CCOO y UGT suscribieron el IX Convenio Colectivo de empresa. Este Convenio tiene naturaleza extraestatutaria y no fue ratificado por la representación de SIE, sindicato demandante, presente en la Comisión Negociadora (H 2º de la demanda).

3. El artículo 38.1 del Convenio regula los "Pagos correspondientes al convenio" del siguiente modo:

"En el año 2007, se aplicará la tabla salarial que consta en el Anexo I.

1) Actualización de tablas salariales.

En el año 2008 se aplicará la tabla salarial vigente incrementada en el IPC previsto de dicho ejercicio más 0,25%. El ajuste definitivo se realizará cuando se conozca el IPC real de 2008 al que se le aplicará también el mismo diferencial.

La tabla salarial del convenio se revisará cada año de vigencia del mismo, y desde el año 2009, se incrementará en el IPC previsto para dicho ejercicio más un diferencial que se calcula como el producto de multiplicar 0,25% por el porcentaje de cumplimiento de los objetivos gerenciales de la Empresa correspondientes al ejercicio anterior, acotados éstos entre un límite inferior del 80% y un límite superior del 130%. El ajuste definitivo se realizará cuando se conozca el IPC real al que se le aplicará el mismo diferencial" (Doc 1 de la demandada).

4. En fecha 19 de enero de 2009 se reúne la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del IX Convenio Colectivo de Eficacia Limitada, cuya acta está aportada a los

autos y se da por reproducida íntegramente. No obstante conviene resaltar que en esta sesión se acuerda:

a) La aplicación de los atrasos correspondientes a la regularización correspondiente al año 2008 se realice en la nómina del mes de febrero de 2009, a la vez que la actualización salarial del presente año.

b) Con carácter excepcional, el descuento correspondiente a la regularización del año 2008 se divida en dos partes iguales. Una parte se aplicará en la referida nómina del mes de febrero y la otra en la nómina del marzo del presente año." (Doc 2 de Caja Burgos)

5 .- En fecha 16 de febrero de 2010 se reúne la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del IX Convenio Colectivo de Eficacia Limitada. El acta de la reunión está aportada a los autos y se da por reproducida íntegramente. En esta sesión se acuerda: "...en orden a permitir un menor impacto negativo en las nóminas a percibir por las personas empleadas se acuerda que con carácter excepcional, el descuento correspondiente a la regularización del año 2009, se divida en tres partes iguales. Una parte se aplicará en la referida nómina del mes de febrero, otra en la nómina de marzo y el resto en la nómina del mes de abril del presente año" (Doc 3 de Caja Burgos).

6 .- En fecha 24 de junio de 2010 el SIE dirige un escrito a la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del Convenio, documento aportado a los autos y que se da por reproducido íntegramente. En él se informa a la Comisión de que en cumplimiento del art. 58 del Convenio se presenta con carácter previo a la demanda de conciliación ante el SIMA, sobre la interpretación que realiza la empresa del art. 38 del Convenio y la regularización de los salarios de acuerdo con el IPC de los dos últimos años. (Doc 7 de Caja Burgos).

7 - En fecha 9 de julio de 2010 el Jefe del Departamento de Organización y Relaciones Laborales responde al escrito anterior y le comunica que la interpretación del art. 38 del convenio ya ha sido tratada en el seno de esta Comisión con anterioridad a su solicitud. (Doc 8 de Caja Burgos).

8 .- En fechas 27 de mayo de 2008 y 23 de enero de 2009 la empresa dirige sendas comunicaciones a los empleados en los que se informa sobre los criterios de aplicación de los incrementos salariales, una vez aprobado el IX Convenio en la primera y celebrada la reunión de la Comisión Paritaria en la segunda . Ambas están aportadas a los autos y se dan por reproducidas íntegramente. (Docs 4 y 5 de Caja de Burgos).

9 .- En febrero de 1998 se procede a regularizar los salarios para este año de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.2 del Convenio de aplicación y el IPC real del año 1997. El acta de la reunión de la Comisión Paritaria en que se trató el tema está aportada a los autos y se da por reproducida íntegramente. (Doc 9 de Caja Burgos).

10 .- En fecha 20 de julio de 2010 se celebró ante el SIMA el preceptivo acto de conciliación que resultó FALTA DE ACUERDO. (Folio 19)".

QUINTO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de Sindicato Independiente de la Energía (SIE).

SEXTO

Por providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2011 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó

informe en el sentido de considerar que debe ser desestimado el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- 1. El proceso de conflicto colectivo que ha dado lugar al presente recurso de casación común u ordinaria versa sobre la interpretación del artículo 38.1 ("Pagos correspondientes al convenio") del IX Convenio colectivo , extraestatutario, de la empresa "Red Eléctrica de España, SA", cuyo tenor literal, recogido en su integridad en el ordinal 3º de la incombata declaración de hechos probados, transcritos en los antecedentes de esta resolución, en lo que ahora interesa, dice así: " *...La tabla salarial del convenio se revisará cada año de vigencia del mismo, y desde el año 2009, se incrementará en el IPC previsto para dicho ejercicio más un diferencial que se calcula... El ajuste definitivo se realizará cuando se conozca el IPC real al que se aplicará el mismo diferencial*".

2. El sindicato actor, después de aceptar las correcciones propuestas por la demandada en el acto de la vista, solicita en

su demanda, según nos informa de manera literal la propia resolución recurrida (párrafo 1º del FJ 2º): 1.- "que se interprete y aplique el art. 38.1 del IX Convenio Colectivo de Red Eléctrica de España, SA, de carácter extraestatutario, en sus propios términos"; 2.- que "se declaren definitivas las tablas salariales iniciales de los años 2008 y 2009"; y 3.- que "se declare el derecho de los trabajadores al incremento que resulte de aplicar el IPC previsto más el diferencial k correspondiente a cada año".

3. La sentencia de instancia, dictada el 15 de noviembre de 2010 (PROV 2010, 403044) (Proc. 158/2010) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , tras desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento y acoger en parte la prescripción de la acción respecto a la regularización realizada en el año 2009, opuestas ambas por la empresa demandada, ha desestimado la demanda en su integridad y ha absuelto a la empresa de las pretensiones en su contra ejercitadas, en esencia, por entender que el término "ajustar", en su acepción literal y académica (DRAE), permite descontar lo que se ha percibido con anterioridad, siendo ésta además la interpretación de la Comisión Paritaria integrada por los negociadores del convenio y por los propios trabajadores de la empresa ante la ausencia de reclamaciones individuales desde que se aplicó ese descuento fraccionado de las diferencias.

4. El recurso de casación formalizado por el sindicato demandante, que ya no combate la prescripción acordada respecto a la regularización realizada en el año 2009, articula un motivo único, amparado en el apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) (LPL), que denuncia la infracción, según dice, "de las normas del ordenamiento jurídico y, más concretamente, del artículo 26 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (ET), en relación con lo previsto en el art. 38.1 del IX Convenio Colectivo de eficacia limitada suscrito entre RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. y las organizaciones sindicales CCOO y UGT, en fecha 13 de mayo de 2008, así como de la Jurisprudencia que los complementa", citando al respecto, además de otras resoluciones judiciales que no gozan de tal cualidad, las sentencias de esta Sala de 18 de febrero (RJ 2010, 2362) y 5 de abril de 2010 (RJ 2010, 1482) (R. 87/09 y 119/09 respectivamente). El recurrente, que no explica en absoluto (no lo vuelve a mencionar) en qué haya podido consistir la vulneración del art. 26 y

siguientes del ET , sostiene, en síntesis, que al venir encabezado el precepto convencional con el título de "Actualización de las Tablas Salariales", ello, a su entender, "implica necesariamente un incremento, no admitiendo una disminución"; por otro lado, cuando el propio precepto se refiere al "ajuste definitivo", según afirma, "dicho ajuste no recoge la posibilidad tanto de un incremento como de una disminución según resulte el IPC real, sino que únicamente recoge la posibilidad de un incremento, pues si los negociadores hubieran querido recoger ambas opciones lo hubieran hecho constar expresamente". Concluye en definitiva "que sólo si hubiera existido pacto expreso en el artículo 38 del CC aquí analizado permitiendo el descuento salarial resultaría conforme a Derecho la práctica de la demandada".

SEGUNDO

- 1. De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y con las alegaciones que la empresa demandada efectúa en su escrito de impugnación, el recurso debe ser desestimado, no tanto porque incumpla los requisitos procesales a los que la empleadora alude en su primera alegación, pues, con todo, la invocación del art. 1281 del Código Civil (LEG 1889, 27) y el resto de argumentos, en aras del principio de tutela judicial, permite entenderlos cumplimentados, sino porque los esgrimidos carecen de fuerza suficiente para desvirtuar la lógica y razonable interpretación llevada a cabo por la sentencia de instancia conforme a las reglas hermenéuticas de los arts. 3.1, 1281 y 1282 del Código Civil , sin que resulte aquí de aplicación la doctrina jurisprudencial que el recurrente menciona (SSTTSS, 4ª, 18-2-2010, R. 87/09, y 5-4-2010, R. 119/09), no sólo porque los convenios colectivos entonces en discusión (" Sogecable (LEG 2008, 5136) " y "Pan Bimbo "), con ser otros, no contenían cláusulas siquiera similares a la del de estos autos, sino también porque, como pone de relieve la empleadora en su escrito de impugnación, el principal problema resuelto en las referidas sentencias, y en otras muchas con idéntica orientación (por todas: SSTS 23-7-2010 (RJ 2010, 5591) , 22-6-2010 (RJ 2010, 5593) , 9-7-2010 (RJ 2010, 5595) y 3-5-2011 (RJ 2011, 4497) , R. 4436/09 , 147/09 , 131/09 y 81/10), versaba esencialmente sobre la existencia misma de previsión normativa concerniente al IPC.

2. Aún así, esta Sala viene también manteniendo con reiteración, tal como resume, por todas, -con cita de las de 22-11-10 (RJ 2011, 1197) , R. 228/09, 18-2-10, R. 87/09 y 27-10-10 (RJ 2010, 8463) , R. 51/10- nuestra sentencia 1 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3414) (R. 109/10) , que para que "se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa".

3. Sin embargo, en el presente caso, tanto la significación literal de la palabra "ajustar" empleada en el Convenio en cuestión (que, según el DRAE, "tratándose de cuentas" -7ª acepción-, equivale a "reconocer y liquidar su importe" y, en términos generales, no es sino "hacer y poner algo de modo que case y venga justo con otra cosa" -1ª acepción-, "de suerte que no haya discrepancia entre ellas" -2ª acepción-), como el propio contexto en el que lo emplea la norma convencional (que califica al ajuste como "definitivo", con lo que está dando claramente a entender que los abonos satisfechos por la empresa en función del IPC previsto para el año en el que los efectúa era "provisional" y, por tanto, regularizable o acomodable para

que pudiera concordar y ajustarse a aquél parámetro, en más o en menos, una vez fuera definitivo) conducen rectamente a entender que esa -y no otra- fue la verdadera intención de los negociadores colectivos.

Además -y es éste quizá el argumento mas relevante en orden a la comprobación de la voluntad colectiva- así lo ratificó la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del Convenio cuando acordó, entre otras cuestiones, en su sesión del 16 de febrero de 2010 (19-1-2009 : hecho probado 4º), "en orden a permitir un menor impacto negativo en las nóminas", "que con carácter excepcional [lo no excepcional hubiera sido hacerlo de una sola vez], el descuento correspondiente a la regularización del año 2009 [en el que, como es notorio, el IPC previsto superó al real], se divida en tres partes iguales. Una parte se aplicará en la (...) nómina del mes de febrero, otra en la nómina del mes de marzo y el resto en la nómina del mes de abril del presente año" (hecho probado 5º del incombato relato fáctico).

4. Por todo ello, en fin, y reiterando una vez más la constante doctrina de esta Sala, en virtud de la cual, en materia de interpretación de los contratos y los convenios colectivos, cualquiera que fuera su eficacia, los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (así lo han declarado, entre otras muchas, nuestras sentencias de 20-3-1997 (RJ 1997, 2604) , R. 3588/96 , 27-9-2002 (RJ 2002, 10661) , R. 3741/01 , 16-12-2002 (RJ 2003, 2339) , R. 1208/01 , 25-3-2003 (RJ 2003, 4837) , R. 39/02 , 30-4-2004, R. 156/03 , 16-1-2008 (RJ 2008, 1976) , R. 59/07 , 25-3-2009, R. 85/08 , 9-12-2009, R. 141/08 , 12-7-2010, R. 71/09 , y 10-5-2011 (RJ 2011, 4754) , R. 8/10) , " salvo [...] que la interpretación a que hubiesen llegado no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual " [TS 16-1-2008, R. 59/07] , procede, en este particular supuesto, y, como vimos, de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso y confirmar la sentencia impugnada.

Mantenemos, pues, la solución de la sentencia recurrida por ser en este caso la solución que mejor se ajusta a la literalidad del precepto, a la intención de las partes, y por aplicación de la reiterada doctrina de la Sala sobre el margen de apreciación del tribunal de instancia en la interpretación de convenios y acuerdos colectivos.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación, formulado por el Letrado don Pablo Urbanos Canorea, en nombre y representación del SINDICATO INDEPENDIENTE DE LA ENERGÍA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 15 de noviembre de 2010 (PROV 2010, 403044) , en actuaciones seguidas a su instancia contra RED ELÉCTRICA DE LA ENERGÍA, S.A., CCOO Y UGT, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia , con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1059/2017 de 21 diciembre

RJ\2017\5975

ELECCIONES SINDICALES: la elaboración del censo electoral, a los efectos de establecer el número de representantes a elegir, debe realizarse tomando como referencia la fecha del preaviso de elecciones y no la de constitución de la mesa electoral.

ECLI: ECLI:ES:TS:2017:4811

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 4149/2015

Ponente: Excm. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Unión Sindical de Comisiones Obreras de Navarra contra la Sentencia del TSJ de Navarra, de fecha 07-10-2015, que casa y anula en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica, dictada en autos promovidos por la recurrente frente al Ayuntamiento de Tafalla, sobre materia electoral.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4149/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1059/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jesús Aguinaga Tellería en nombre y representación de la Unión Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) de Navarra, frente a la sentencia (PROV 2015, 294369) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 7 de octubre de 2015

dictada en el recurso de suplicación número 365/2015 formulado por la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Navarra contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona/Iruña de fecha 9 de mayo de 2015 dictada en virtud de demanda formulada por Unión Sindical de Comisiones Obreras de Navarra frente al Ayuntamiento de Tafalla, Unión General de Trabajadores (UGT), LAB y ELA STV EUZKO LANGILLEEN ALKARTASUNA SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS. sobre materia electoral.

Han comparecido como recurridos el Sindicato LAB representado por el letrado D. Andoni San Miguel Higon y la Confederación Sindical ELA representada por el letrado D. Iñaki Bilbao Martínez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 9 de mayo de 2015 el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona/Iruña dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DESESTIMANDO la demanda formulada por UNIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA, debo confirmar el laudo dictado en el Procedimiento arbitral n° 2/2015 y 2/2015 bis, absolviendo a los demandados de los pedimentos en su contra formulados. »

SEGUNDO

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina: «PRIMERO.- El día 21 de noviembre de 2014 el Sindicato CCOO presentó preaviso electoral n° 16919 ante la oficina pública de registro de elecciones para la celebración de elecciones a órganos de representación unitaria para trabajadores laborales en la empresa demandada Ayuntamiento de Tafalla, señalándose en aquel como fecha de inicio del proceso electoral la del 21 de noviembre de 2014.

El día 22 de diciembre de 2014 se constituyó la mesa electoral entregando la empresa ese mismo día el censo laboral.

Con fecha 7 de enero de 2015 se inicia la exposición del censo en el que se incluyen exclusivamente los trabajadores en activo existentes a fecha de constitución de la mesa electoral.

SEGUNDO.- Dentro del plazo establecido para la impugnación del censo, el Sindicato CCOO el día 13 de enero presenta escrito de reclamación ante las Mesas electorales del Colegio de Técnicos y del Colegio de especialistas y no cualificados en el que se sostiene que en el censo no se han incluido 31 trabajadores que tenían relación laboral con el Ayuntamiento en la fecha del preaviso electoral del 21 de noviembre 2014 "que es la fecha de la convocatoria del proceso electoral" solicitándose asimismo que se inste a la empresa a facilitar los datos oportunos para determinar las jornadas trabajadas de los contratados del Ayuntamiento de Tafalla realizadas desde el 22/11/2013 hasta la fecha de preaviso, conforme a las reglas de cómputo de jornada establecidas en el art. 76.2 ET (RCL 1995, 997) para determinar el número de representantes a elegir.

Las Mesas electorales acuerdan el día 13 de enero de 2015 admitir la reclamación del sindicato CCOO e incluir en el censo a esas personas lo que determina que en el Colegio de Especialistas y no cualificados el número de trabajadores computables es de 96, lo que determina que el número de representantes sea el de un comité de empresa de 9

representantes (7 en el Colegio de especialistas y no cualificados y 2 en el Colegio de Técnicos).

El Sindicato LAB el día 13 de enero de 2014 presenta reclamación previa frente a la precedente decisión de la Mesa en la que valorando *"el criterio seguido por los distintos árbitros y jurisprudencia en tomo a la fecha para determinar el número de representantes a elegir, debemos concluir que debe ser la fecha de constitución de la Mesa electoral, por lo que deberían ser 5 miembros de Comité, la representación a elegir en lugar de 9"*

En el mismo sentido, el 14 de enero de 2014 el Sindicato ELA presenta reclamación ante la misma Mesa en la que apelando oral frente a la precedente decisión en el que afirma que "tal y como recogen múltiples laudos arbitrales y sentencias judiciales" hay que considerar el número de trabajadores existentes en la fecha de constitución de la mesa electoral lo que determina a su juicio que el número de representantes sea de 5.

UGT por su parte, en su reclamación de fecha 13 de enero comparte el criterio de las reclamaciones anteriores y añade que los trabajadores a tener en cuenta para computar las jornadas realizadas en el años anterior son los que están dados de alta en la empresa en la fecha de constitución de la Mesa electoral, y por tanto refiere que el periodo es el que va del 22 de diciembre de 2013 al 22 de diciembre de 2014.

Reunida la Mesa electoral el día 15 de enero de 2015 resuelve desestimar las anteriores reclamaciones ratificándose en el acta del 13 de enero de 2014 *"mediante el cual el censo del colegio de Especialistas y no Cualificados quedaba en 96 trabajadores"*.

TERCERO.- Tramitado procedimiento arbitral, fue dictado Laudo arbitral en los procedimientos nº 2/2015 y 2/2015 bis el 27/01/2015, que obra a folios 81 y siguientes de los autos, que estimó los escritos de impugnación de los sindicatos ELA y UGT. El laudo declaraba que el censo electoral se debe elaborar a la fecha de constitución de la Mesa electoral, debiéndose computar las jornadas realizadas por los trabajadores temporales que efectivamente estuvieran en alta en la empresa a fecha 22/12/2014, la de constitución de la mesa electoral. En Consecuencia, el número de representantes a elegir resulta ser cinco y ordena retrotraerse el proceso electoral al momento inmediatamente anterior a la exposición del censo definitivo.»

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Navarra (CCOO) , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra sentencia (PROV 2015, 294369) con fecha 7 de octubre de 2015 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de UNIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE NAVARRA, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra en el procedimiento nº 107/2015, seguido a instancia de dicho recurrente frente a AYUNTAMIENTO DE TAFALLA, U.G.T., L.A.B. Y e.l.a., SOBRE materia electoral sindical, confirmando la resolución de instancia".

CUARTO

El letrado D. Jesús Aguinaga Tellería en nombre y representación de la Unión Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO) de Navarra mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia (PROV 2008, 343894) contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de fecha 28/07/2008 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 72.2 b) ET (RCL 1995, 997) y art.

67.2 ET en relación con el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) .

QUINTO

- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por el Sindicato Unión Sindical de Comisiones Obreras , C C O O, se interpuso demanda en la que se solicitaba la revocación del Laudo Arbitral emitido en el procedimiento arbitral 2/2015 y 2/2015 bis a fin de que se declare que el censo electoral en el proceso electoral del Ayuntamiento de Tafalla (laborales) se debe elaborar considerando la fecha de presentación del preaviso electoral el 21 de noviembre de 2014 , debiéndose computar en consecuencia las jornadas realizadas por los trabajadores temporales en alta en la empresa en tal fecha de 21 de noviembre de 2014, en la fecha inmediatamente anterior a la misma, resultando nueve el número de representantes a elegir, con todas las consecuencias que se deriven de esta declaración y se condene a todos los demandados a estar y pasar por la misma .

El Juzgado de lo Social Nº 3 de los de Pamplona/ Iruña desestimó la demanda y su resolución fue confirmada en suplicación.

Recurre en casación para la unificación de doctrina el sindicato demandante y ofrece como sentencia de contraste (PROV 2008, 343894) la dictada el 28 de julio de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid .

La sentencia de comparación confirma la sentencia de instancia que a su vez había desestimado la demanda de impugnación de preaviso electoral y entre las cuestiones planteadas resuelve que debería estarse a la fecha del preaviso electoral para establecer los datos que conciernen a la elección razonando que el hecho de que entre preaviso y constitución de la mesa cambie el censo afectaría a los que pueden votar pero es el preaviso el momento que ha de contemplarse para ver que tipo de elección ha de realizarse .

Entre ambas resoluciones concurre el requisito de la contradicción en los términos exigidos por la el artículo 219 de la L J S (RCL 2011, 1845) , no obstante las causas de impugnación opuestas por las partes recurridas y personadas en las actuaciones L.A.B y E.L.A.

No cabe apreciar obstáculo para admitir la contradicción en que la demanda que da origen a las presentes actuaciones se dirija frente a un laudo arbitral en tanto que en la sentencia de contraste la pretensión se dirige frente al preaviso, ya que en ambas resoluciones comparadas existe debate y resolución por la Sala acerca del momento determinante fijar los elementos esenciales que configuran el proceso electoral.

SEGUNDO

Aún cuando la redacción del suplico pudiera inducir a una cierta confusión acerca de cual es el objeto perseguido con la reclamación, una atenta lectura del mismo se centra en determinar cual deberá ser la fecha a tener en cuenta a la hora de establecer la relación de cómputo entre número de representantes y el número de trabajadores de suerte que si bien las cifras resultantes se incorporarán el censo no es su fecha de elaboración lo trascendente sino, como

se anticipa, la relación entre número de representantes y número de trabajadores en especial en lo que afecta a los trabajadores con contrato de duración limitada.

Por el recurrente se alega la infracción de los artículos 72.2 b) y 67.2) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , E T , en relación con el artículo 9.3 de la Constitución española (RCL 1978, 2836) . El artículo 72.2) del Estatuto de los Trabajadores dispone lo siguiente : "Artículo 72. Representantes de quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y de trabajadores no fijos. 1. Quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada estarán representados por los Órganos que se establecen en este Título conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla.

2. Por tanto, a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente:

a) Quienes presten servicios en trabajos fijo. discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computara como un trabajador mas."

Es terminante el precepto al señalar la " convocatoria" de la elección como fecha que sirve para determinar el número de representantes a elegir cuando existe un contingente variable de trabajadores, aun cuando el artículo 74 señale como fecha de comienzo del proceso electoral aquella en la que se constituye formalmente la mesa electoral, fecha que será a su vez la fijada por los promotores. De no ser tan claro el precepto podría realizarse toda una elaboración doctrinal acerca de cual podría ser el momento idóneo , pero el artículo 72.2) ahorra toda especulación al referirse al "número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección" cerrando el círculo el artículo 74, con la designación de la fecha inicial del proceso electoral.

En nada interfiere el artículo 6-2 del Reglamento de Elecciones a Representantes de los Trabajadores RD 1844/1994 de 9 de septiembre (RCL 1994, 2585) limitándose a establecer el momento de la entrega del censo, no la de la eficacia de su elaboración pues inclusive el término de siete días que contempla para la remisión del censo inicia su cómputo en el momento en el que la empresa recibe la comunicación del preaviso, coincidencia con la resolución del artículo 74.2, regulando ambas normas aspectos diferentes de la elección y de su repercusión en el censo pues como señala la sentencia de contraste (PROV 2008, 343894) "el hecho de que entre preaviso y constitución de la mesa cambie el censo afectaría a los que pueden votar pero no al tipo de elección.

Siendo pacífico el número de representantes que el sindicato postula, como resultado de la aplicación de la regla de cálculo estatutaria ya que la cuestión se ha limitado a la discrepancia acerca la fecha a la que debe entenderse referido el cómputo de electores respecto de los contratos temporales y resuelta en los términos que figuran en párrafos anteriores, deberá apreciarse vulneración de los preceptos indicados, artículos 72.2) y 74 del Estatuto de los Trabajadores y en consecuencia estimado el motivo y con el recurso de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el art. 235 de la LJS (RCL 2011, 1845) .

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836) , esta Sala ha decidido

: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jesús Aguinaga Tellería en nombre y representación de la Unión Sindical de Comisiones

Obreras (CC.OO) de Navarra, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 7 de octubre de 2015 (PROV 2015, 294369) dictada en el recurso de suplicación número 365/2015 , casar y anular la sentencia (PROV 2015, 294369) recurrida y resolver el debate de suplicación con estimación del recurso de igual naturaleza estimamos la demanda, revocamos el laudo emitido en el procedimiento arbitral 2/2015 y 2/2015 bis y declaramos que en la elaboración del censo en el proceso electoral del Ayuntamiento de Tafalla (laborales) se deberá tener en cuenta la fecha del preaviso electoral que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2014, computando en su consecuencia las jornadas realizadas por los trabajadores temporales en alta en la empresa en tal fecha de 21 de noviembre de 2014, en el año inmediatamente anterior a la misma, resultando nueve el número de representantes a elegir. Sin que haya lugar a la imposición de costas

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 853/2016 de 18 octubre

RJ2016\5431

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: la opción por la rescisión indemnizada del contrato requiere probar la existencia de un perjuicio que por su entidad justifique la resolución del contrato, lo que no ocurre en el caso de reducción temporal del salario en un 3'87%.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 494/2015

Ponente: Excmo Sr. José Manuel López García de la Serrana

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por «Axpe Consulting, SL» contra la Sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 24-11-2014, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, confirma la sentencia de instancia, dictada en autos promovidos por el trabajador contra la empresa recurrente, sobre resolución de contrato.

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Axpe Consulting SL representado por el letrado D. Gregorio Nevado García contra la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 677/2014 (PROV 2015, 16029) , interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid , en autos núm. 159/2014, seguidos a instancias de D. Benjamín contra Axpe Consulting SL sobre Resolución contrato. Ha comparecido como parte recurrida D. Benjamín representado y asistido por el letrado D. Juan de la Lama Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 12 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El actor D. Benjamín viene prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con una antigüedad de 10.05.2005, categoría profesional de programador y un salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias de 2645,83 Euros.

2º.- Con fecha de 19.12.2013 se notificó al actor carta por la que se le aplicaba la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo acordada en el seno del periodo de consultas que se llevó a cabo en la empresa en el mes de diciembre de 2013 y que culminó con acuerdo de la misma fecha firmado con el 100% de los votos favorables de la Comisión Negociadora; Dicho acuerdo y comunicación, al obrar el ramo de prueba de la empresa demandada como documentos 6 y 7 se dan por reproducidos.

3º.- Con efectos del 01.01.2014 el actor ha sufrido una disminución salarial del 3,87 % viendo minorada su nómina en 77,38 Euros netos mensuales.

4º.- Con efectos de 23.12.2013 el actor envió carta a la empresa demandada optando por la extinción de su contrato con derecho a la percepción de una indemnización de 20 días por año de trabajo, por modificación de las condiciones de trabajo.

5º.- Con fecha de 07.01.2014 la empresa demandada comunicó al actor que si bien no se oponía a la extinción del contrato al amparo del artículo 41.3º del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , al no acreditar perjuicios requeridos para la extinción indemnizada, no se accedía a su pretensión indemnizatoria.

6º.- Con fecha de 08.01.2014 el actor comunicó a la empresa demandada que sin la indemnización correspondiente no deseaba extinguir su contrato de trabajo sin perjuicio de su intención de ejercitar la acción de extinción del contrato.

7º.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

8º.- Con fecha de 16.01.2014 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Madrid, celebrándose el acto el 30.01.2014 que resultó sin avenencia, formulándose demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de Madrid con fecha 03.02.2014.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda formulada por D. Benjamín en materia de resolución de contrato de trabajo contra la empresa Axpe Consulting S.L. DEBO DE ABSOLVER Y ABSUELVO al referido demandado de los pedimentos en su contra deducidos.».

SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Benjamín ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2014 (PROV 2015, 16029) , en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador don Benjamín contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 36 de Madrid con fecha de 12 de mayo de 2014 en autos 159/2014 sobre resolución de contrato, seguidos a instancia del recurrente contra la empresa AXPE CONSULTING SL, y en su consecuencia revocamos dicha sentencia y en su lugar estimamos la demanda del actor, declarando que procede la resolución indemnizada de su contrato de trabajo y condenamos a la empresa demandada a abonar al actor la suma de 16.670,50 euros a razón de 20 días por año de servicio. Sin costas.».

TERCERO

Por la representación de Axpe Consulting SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en fecha 21 de mayo de 2013 .

CUARTO

Con fecha 8 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la rescisión indemnizada del contrato de trabajo por modificaciones sustanciales del mismo, reducción salarial del 3'87%, requiere probar que la modificación ha causado un perjuicio al afectado por ella o si esa prueba no es precisa porque la existencia del perjuicio deriva, se presume, por el simple hecho de la modificación de las condiciones del contrato.

Esa cuestión ha sido resuelta de forma contradictoria por las sentencias comparadas en el presente recurso, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que lo viabiliza por su función unificadora, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) . En efecto, la sentencia recurrida ha estimado que, aunque hay que probar la realidad del perjuicio ocasionado por otras modificaciones contractuales del art. 41 de ET (RCL 2015, 1654) ., no es preciso acreditar el que ocasiona una reducción salarial porque se da por supuesto, se presume el perjuicio cualquiera que sea el importe de la reducción salarial, razón por la que acaba revocando la sentencia de instancia. Por contra, la sentencia de contraste, dictada el 21 de mayo de 2013 por el TSJ del País Vasco (RS 697/2013) (PROV 2013, 255534) ha resuelto, al igual que la sentencia de instancia dictada en el presente proceso, que el perjuicio no se presume por la simple reducción salarial y que hay que probar en que medida y de que forma causa una merma relevante al afectado.

La contradicción existe porque ambas sentencias han recaído en supuestos de hecho similares, tras un periodo de negociación se acordó una reducción salarial temporal de un 3'87 por 100 en el caso de la recurrida y del 7 por 100 en el de la de contraste. Ciertamente existen diferencias en los plazos pactados para la recuperación de la reducción, pero no son relevantes porque la contradicción doctrinal radica en que la sentencia recurrida estima que cualquier reducción salarial presupone un perjuicio, mientras que la de contraste entiende que deba probarse que provoca un daño relevante al trabajador. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar la disparidad doctrinal existente.

SEGUNDO

El recurso denuncia la infracción del artículo 41-3 del ET (RCL 2015, 1654) , al entender que la existencia del perjuicio debe probarse y no se puede presumir. El recurso debe prosperar, como ha informado el Ministerio Fiscal, por las siguientes razones:

Primera.- Porque la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de marzo y 18 de julio de 1996 (RJ 1996, 6165) (Rcod. 2468/1995 y 767/1996) así lo ha venido entendiendo. Es cierto, que esta jurisprudencia se sentó antes de la reforma del año 2012 que, a la modificación del sistema de remuneración que establecía el artículo 41-1 del ET (RCL 2015, 1654) como modificación sustancial añadió la posibilidad de reducir la cuantía salarial, pero no es menos

cierto que el tratamiento que da el art. 41-3 del ET (RCL 2015, 1654) es igual a todas las modificaciones, lo que supone que para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), sin que pueda presumirse su existencia al no existir ninguna disposición legal que lo permita.

Segunda.- Porque así se deriva de una interpretación lógica, sistemática y finalista del art. 41 del ET en relación con el art. 40-1 del mismo texto legal . En efecto, el legislador en los supuestos de modificaciones sustanciales a las condiciones de trabajo, condiciona la rescisión indemnizada del contrato a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzados, lo que evidencia que en estos casos si da por probado el perjuicio. Además, el hecho de que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales (art. 50 ET), supuesto que, aunque no es el que nos ocupa, evidencia que la indemnización del art. 41-3 se reconoce por los perjuicios que causa la modificación de las condiciones del contrato, perjuicios cuya realidad y entidad debe probarse, pues no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada, cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos.

TERCERO

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos conlleva, como ha informado el Ministerio Fiscal, estimación del recurso por ser más acertada la doctrina que sostiene que es necesario acreditar el perjuicio causado para valorar su entidad y la proporcionalidad de la medida rescisoria pedida. Consecuentemente, procede resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de confirmar la sentencia de instancia que estimó que no se había probado la existencia de un perjuicio que justificara la extinción contractual pedida, dado que al actor sólo se le había reducido, temporalmente, su salario 2.645'83 euros al mes en un 3'87% (77'38 euros) perjuicio que no se puede considerar grave, dado que estaba previsto que la reducción se recuperase en el futuro, lo que hacía desproporcionada la rescisión contractual. Sin costas en ninguna de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1

Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Axpe Consulting SL representado por el letrado D. Gregorio Nevado García contra la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2014 (PROV 2015, 16029) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 677/2014 . 2.- Casar la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación confirmar la sentencia de instancia dictada con fecha 12 de mayo de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid , en autos núm. 159/2014, seguidos a instancias de D. Benjamín contra Axpe Consulting SL.. 3.- Sin costas y con devolución a la parte recurrente de los depósitos y consignaciones efectuadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.