



FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO	
X	<i>Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos</i>
	<i>Doble Grado en Finanzas y Contabilidad y Relaciones Laborales y RRHH</i>
TRABAJO FIN DE GRADO	
TITULO	APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
AUTOR	MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
TUTOR/A	EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA
DEPARTAMENTO	DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
FECHA	16/06/2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
SUPUESTO 1. AJENIDAD O AUTONOMÍA EN TRABAJADORES QUE COLABORAN CON EMPRESAS.....	5
SUPUESTO 2. CESIÓN DE TRABAJADORES	9
SUPUESTO 3. CONTRATOS EVENTUALES	12
SUPUESTO 4. JORNADA DE TRABAJO.....	15
SUPUESTO 5. ESTRUCTURA DE SALARIO	20
SUPUESTO 6. SUCESIÓN DE EMPRESA	25
SUPUESTO 8. DESPIDO OBJETIVO Y TRASLADO	28
ANEXO. Selección de jurisprudencia	34
- Sentencia del Tribunal Supremo 2924/2020, de 25 de septiembre de 2020. Supuesto 1.....	35
- Sentencia del Tribunal Supremo 5727/2006, de 4 de julio de 2006. Supuesto 2.....	67
- Auto Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C- 439/18, 472/18 (TJCE 2019, 228). Supuesto 3.	80
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, ECLI:EU:C:2018:82 Supuesto 4.....	98
- Sentencia del Tribunal superior de justicia Comunidad Valenciana Sala de lo social, S 13- 01-2000, nº 42/2000, rec. 3782/1998. Supuesto 5	116
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 11-7-2018 (C-60/17, Asunto Somoza Hermo). Supuesto 6	126
- Sentencia TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 522/2021 de 24 febrero JUR\2021\137946. Supuesto 8.	138



A mis padres y pareja
por todo el apoyo incondicional
y estar ahí siempre que lo he necesitado

INTRODUCCIÓN.

El derecho del trabajo y de la seguridad social, como rama del nuestro ordenamiento jurídico y dedicada a regular las relaciones laborales, está en constante evolución, y en base a las diferentes fuentes del derecho podemos ver como se ha venido aplicando ciertas materias/cuestiones a lo largo de todos estos años.

El propósito de la realización de este trabajo es, además de conseguir un mejor conocimiento, saber aplicar la normativa en materia laboral, interpretar las diferentes Directivas Europeas, nuestro texto constitucional, así como cada una de las leyes, Reales Decretos, reglamentos, jurisprudencia etc. Además, sobre materias que, en ocasiones son de una cierta complejidad a la hora su interpretación, incluso es necesario acudir a tribunales europeos para resolver los litigios.

Entre las cuestiones más importantes podremos ver como se resolverían los conflictos referidos a contratos eventuales, cesiones de trabajadores ilícitas, computo de jornadas de trabajo, salarios, indemnizaciones, responsabilidades etc. Siempre sin olvidarnos que dichas argumentaciones son para una aplicación en la actualidad y observando cómo ha ido modulando/cambiando con el paso del tiempo en España.

Este trabajo tiene la peculiaridad de estar dividido en 6 supuestos prácticos, y cada uno de ellos vienen a tratar una de las materias visto en el párrafo anterior, es decir, a diferencia de un trabajo de investigación clásico, éste trata de los temas que más dudas suscitan hasta el momento. Sin lugar a duda, esta modalidad es perfecta para conocer más a fondo la rama social, analizando de manera actualizada, incluso hasta los nuevos empleos que carecen de una regulación y como consecuencia derivan a daños para el trabajador.

Podemos extraer por tanto de las interpretaciones de los diferentes jueces y magistrados si las normas jurídicas se interpretan de la manera justa, y resuelven la posición de inferioridad que tienen los trabajadores frente a los empleadores. Esto, por tanto, muestra la importancia que tienen los órganos jurisdiccionales, ya que la norma no siempre contempla al detalle cada supuesto y es necesario matizar las circunstancias de cada caso. Como ya hemos avanzado, los tribunales de la UE tienen un papel muy relevante en cada caso, intentando garantizar en los países miembros una adecuada justicia e interpretación.

Para finalizar, doy comienzo al desarrollo de cada caso, que abarcan el análisis de los aspectos más fundamentales recogidos en las normas jurídicas y terminan con una conclusión tomando la consideración las respuestas de los tribunales fundamentalmente y los efectos de su aplicación.

SUPUESTO 1. AJENIDAD O AUTONOMÍA EN TRABAJADORES QUE COLABORAN CON EMPRESAS .

1. INTRODUCCIÓN.

Se presenta la situación de 4 trabajadores pertenecientes a una empresa cuya actividad principal es la venta de material informático, prestación de servicios para reparaciones, instalación de softwares y creación de páginas web. A continuación, analizaremos que tipo de relación mantienen con Andatec y en base a sus peculiaridades daremos respuestas a los derechos que le corresponden.

Antes de comenzar el análisis, debemos por un lado conocer los elementos más fundamentales que califican cuando una relación de prestación de servicios es laboral. Dichos caracteres vienen recogidos en nuestro sistema jurídico español concretamente en el estatuto de los trabajadores.

De su artículo 1.1 podemos extraer que para poder aplicar dicha ley es necesario que los trabajadores tengan un carácter personal y profesional, presten sus servicios de manera voluntaria (frente a las prestaciones personales obligatorias), el trabajo esté remunerado, se dé la dependencia (en el ámbito organizativo de una empresa, teniendo así que someterse a las facultades directivas y organizativas) y se haga por cuenta ajena, entendiéndose por cuenta ajena cuando la titularidad de los medios de producción pertenezcan a una persona, que bien puede ser física o jurídica, por tanto los medios tienen que pertenecer al empleador. Otras notas definitorias de la ajenidad son cuando no se asumen riesgos, hay ajenidad en los frutos, en la posición de mercado etc.

De los 4 trabajadores de Andatec podemos observar una serie de indicios que nos ayudará a poder determinar si se dan los rasgos anteriormente comentados, para saber así que tipo de relación contractual tienen. Es sumamente importante resolverlo para saber que normas se les van a aplicar.

2. ANÁLISIS DE CADA TRABAJADOR.

2.1 Patricia.

Esta trabajadora desempeña funciones en la empresa como encargada de venta de los productos y servicios. Si relacionamos los elementos definitorios de la relación laboral podemos cuestionar si pertenece a dicha relación o no.

La prestación de su actividad la hace en un horario libre, y por lo tanto considero que esto no sería propio de una relación laboral. El hecho que pueda trabajar desde casa tampoco es típico de una relación laboral (aunque con matices, porque debido al Covid-19 el teletrabajo está muy presente). Con la utilización de su propio coche y móvil para trabajar, se entiende que tiene una cierta independencia respecto de la empresa. El salario variable en función de las ventas es otro matiz impropio de una relación laboral común, ya que no

se ve protegida como si lo estaría una trabajadora por cuenta ajena, que dispone de su salario base, sus complementos a parte etc.

Siendo conocedores que Patricia trabaja para más empresas sería posible nuevamente que esta persona fuera un TRADE, es decir un trabajador económicamente dependiente y de esta empresa se llevara la gran parte de sus ingresos siendo relación seria mercantil en lugar de laboral.

En contraposición se cita que Patricia tiene una posición de encargada en la empresa, y bajo mi criterio, este es un matiz clave para determinar estas dudas que se venían suscitando, ya que esto si es lo más propio de una relación laboral, el pertenecer una estructura organizativa. A pesar de tener un horario libre, tiene la obligación de prestar sus servicios los lunes, miércoles y viernes, estando a sujeta a la predominación que le impone la empresa. Si decide acudir al centro se le ofrecen los medios, dando lugar a otro indicio de relación laboral, ya que utiliza medios de producción ajenos a ella. Por último, se nos hace saber que dicha trabajadora tiene la posibilidad de trabajar desde casa siendo frecuentemente esto algo común también de las relaciones laborales (como está la gran mayoría de puestos de trabajados desempeñados hoy, con la modalidad de teletrabajo(entendiéndose por aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo con el uso exclusivo o prevalente de medios informáticos/telemáticos según el art 2 del Real Decreto-ley 28/2020 de 22 de septiembre), por tanto, aunque no acuda al centro no significa que se le tenga que excluir por ese mero hecho.

Lo más a destacar de todo esto, es la falta de completa flexibilidad (al tener que acudir trabajar 3 días), usar herramientas de la empresa y el local de negocio, y como hemos señalado, ser encargada de venta. No actúa como titular del negocio, y como hemos estudiado sabemos que estos indicios siempre se impulsarán a favor de la concurrencia de la subordinación. Debo hacer referencia al control que por norma general tienen los trabajadores asalariados, tiene cierta libertad y además sabiendo que trabaja en otras empresas podríamos pensar que esa persona es un TRADE, por que como señala el artículo 1.3.f del ET son personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, además se nos dice que el salario que recibe depende de sus ventas, por lo que se podría llegar a pensar que estaría asumiendo riesgos si no vende, ya que no generaría ingresos.

Este último punto, de no tener un salario fijo, podría ser el detonante para confirmar que patricia no tiene una relación laboral común, y si de carácter especial, pero el primer artículo del Real decreto 1438/1985 de 23 de octubre, excluye esto, cuando una persona que se dedica a las operaciones mercantiles lo hagan en sus locales (cuando ella decide acudir) o teniendo en ellos su puesto de trabajo como es el caso de patricia que es encargada de venta y pertenece a la estructura organizativa de la empresa. Por lo tanto, considero que a pesar de que hay muchos indicios de que patricia no fuera relación laboral (y si especial), sí que considero que es una relación laboral común y por tanto a esta persona le correspondería sus debidas vacaciones y su salario base como marca el art 26.3

del ET, fuera a parte de los complementos que le pudiesen dar por sus ventas acordados en su convenio colectivo vigente o contrato.

2.2 Víctor.

En el caso de Víctor se ven más claras las cosas ya que si nos ponemos a comparar los rasgos generales del art 1.1 y 81 del ET veremos que cumple todos de ellos excepto la asunción de riesgos, pero ya veremos que esto es matizable.

Víctor tiene el carácter personal y profesional, presta sus servicios de manera voluntaria tanto en la ciudad de la sede empresarial como en el resto de Andalucía. Su retribución consta de una cantidad fija y otra vinculada al número de contrataciones, por lo que si acudiésemos a su convenio colectivo o en su contrato de trabajo (cuando fuese para mejorarlo) podríamos asegurarnos si su salario base y sus complementos concuerdan con lo que realmente recibe en su nómina. Depende claramente ya que al pertenecer y estar sometido a las facultades directivas, tiene la obligación de cumplir con las tareas encomendadas a cambio de recibir su prestación.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, el elemento de la ajenidad no se ve tan claro, ya que este trabajador tiene que contactar para cerrar los contratos, y todo lo que conlleve riesgos no supone cuenta ajena, pero como dijimos esto es matizable, ya que el trabajador por su prestación laboral percibirá por parte de la empresa una retribución con todas las garantías (su cantidad fija) sin que afecte a esta el riesgo que pueda asumir al vender o no. Sin lugar a duda, el caso de Víctor en mi opinión es el caso más claro de que existe una relación laboral común por que cumple todos los elementos y si en la ajenidad cupiesen dudas, según la doctrina elaborada por los estudiosos del derecho se entiende como tal aquella que:

Se dé en los riesgos (porque es la empresa la que tendrá un resultado favorable o adverso) sin que afecte al trabajador. Se dé también en los frutos, porque cuando se consigue cerrar contratos, los frutos pertenecen a una persona distinta de la que realiza el trabajo. Se dé en el mercado (ya que él es jurídicamente ajeno a los consumidores finales de los productos/servicios y esta teoría tuvo mucho que ver en el nacimiento del derecho del trabajo). Y también que el resultado económico del esfuerzo laboral se atribuya a persona distinta del propio trabajador que este será compensado con el salario.

2.3 Rubén y Laura

Aunque el trabajo de estas personas en si no sea el mismo, la manera de desempeñar sus funciones si lo son, ya que para ambos es necesario el desplazamiento y la utilización de sus propios vehículos y teléfonos, es por ello por lo que al tener bastante similitud

haremos el análisis de manera conjunta. Como hemos venido haciendo hasta este punto, comenzaremos dejando claro que elementos del artículo 1.1 y del 8.1 se dan.

Se cumplen todos los elementos, pero causa polémica la ajenidad (por utilizar medios de producción propios como móvil y coche particular) aunque se de material a Laura para sus reparaciones y eso reforzaría la teoría para que se le aplicase el ET. No asumirían riesgos ya que el hecho que no reciban pedidos no depende de ellos si no de Andateclick, y el resto del tiempo están en plena disposición para cuando salten los pedidos en la APP. En cuanto a la dependencia claramente podemos observar cómo estas personas están sometidas a medidas disciplinarias por parte de la dirección, ya que si no realizasen un pedido quedarían dos días sin poder tener acceso a la plataforma online y como consecuencia no podrán recibir salario al no poder realizar un servicio.

Pero bien, en esas dudas de ajenidad el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de febrero de 1996 en sus fundamentos deja claro que los mensajeros no asumen ni riesgos ni beneficios, ya que no fijan el precio de este, ellos se limitan a aportar su actividad y a percibir la retribución que le corresponda. Es cierto que faltan muchos matices que detallar, por ello durante los últimos años con la aparición de los llamados Riders se ha ido complicando poder encasillar las relaciones laborales de estas personas por tener elementos definitorios propias de TRADES y personal laboral común, no resolviendo hasta hace poco esta problemática por el Tribunal Supremo en la sentencia 2924/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2924.

Una sentencia un poco caótica ya que si se lee detenidamente muestra la dificultad para llegar al fallo final que declara que la relación la considera laboral. Algunos puntos clave lo encontramos en el art 11.2 de la LETA donde se exige condiciones para ser considerado TRADE y no se dan. Donde se apoya el tribunal es que a pesar de que estas personas trabajan con sus medios (móvil, moto, coche...) no es suficiente para desarrollar la actividad, es decir, sin una infraestructura como la aplicación, los trabajadores no podrían desempeñar dichas tareas, y deja claro que el móvil, moto... son medios complementarios por lo que no pueden trabajar por cuenta propia. Tampoco podía desarrollar la organización de la actividad con criterios propios, tenían una sujeción estricta establecida por la empresa Glovo (como sucede en sus casos, que si no acetan un pedido se ven "sancionados"). La geolocalización por el móvil de estas APP favorece a determinar la relación laboral al estar sometido a un control empresarial, como ajenidad también sucede que los honorarios no los perciben los trabajadores directamente de los clientes, si no que el precio del servicio lo pone la empresa y esta posteriormente paga al trabajador, por tanto, los clientes no son de Rubén y Laura si no de Andatec. En definitiva, Andatec no es una mera intermediaria entre el trabajador y el cliente, lo que es verdaderamente aplica sobre los trabajadores es el control y organización de estos.

Antes de finalizar sería interesante conocer bien la definición del Trabajador autónomo, que como el art 1 de la ley 20/2007 son aquellas personas físicas que de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra personas realice una actividad profesional lucrativa dando o no ocupación a trabajadores

por cuenta ajena, por tanto esta sería la definición del empresario de la empresa Andatec mientras que los trabajadores comentados tienen cabida en la definición del art 1 del estatuto de los trabajadores.

3. CONCLUSIÓN.

En base al análisis, y a la información que solo muestra el caso, considero que estos trabajadores tienen una relación laboral común, y por tanto a estas personas le corresponderían su salario base (y complementos que tengan su convenio colectivo) sus vacaciones que actualmente está fijada en 30 días naturales anuales y como se nos informa, tienen un año de antigüedad por lo que le corresponde íntegramente esos 30 días, sin perjuicio de que en el convenio colectivo sectorial vigente lo mejor. Tienen, por tanto, derecho a sindicarse libremente, a la negociación colectiva, a huelga, a reunión, a información, a consulta y a participación en la empresa. Por supuesto estos trabajadores no pueden sufrir discriminación alguna, tienen derecho a su seguridad e higiene y al respeto de su intimidad entre otros derechos. Por su parte tienen la obligación de cumplir con todas sus obligaciones con buena fe y diligencia, cumplir las órdenes del empresario y cualquier otro que derive del contrato de trabajo, perteneciendo por tanto incluidos al régimen general de la seguridad social y aplicándoles el estatuto de los trabajadores.

REFERENCIAS:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre. Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto. Ley 20/2007, de 11 de julio. STS 2924/2020, de 25 de septiembre de 2020 - ECLI: ES:TS:2020:2924. STS 2126/2005, de 11 de abril de 2005- ECLI: ES:TS:2005:2126. STSJ de Castilla y León 281/2016, de 3 de febrero de 2016- ECLI: ES: TSJCL:2016:28. STS de 26 febrero de 1986. RJ/1986/834.

SUPUESTO 2. CESIÓN DE TRABAJADORES.

1. INTRODUCCIÓN.

En esta ocasión abordaremos la problemática que puede surgir entre una empresa de trabajo temporal, una trabajadora y una empresa usuaria cuando se dan ciertas circunstancias. Lucía, acumula una duración en su primer contrato de 4 años y 9 meses, el segundo contrato 4 años y en el tercer contrato LORD S.A. tiene intenciones de suspender la actividad. En consecuencia, informaré sobre qué derechos le corresponderían a Lucía, pero antes, es necesario conocer que se entiende por cesión de trabajadores y como define la ley a las empresas de trabajo temporal.

Atendiendo la ley 14/1994 de 1 de junio, extraemos de su art 1 que son aquellas las empresas que fundamentalmente contratan a trabajadores y los ponen a disposición a otras empresas usuarias con un carácter temporal. Esta práctica solo puede efectuarla una ETT

autorizada y en los términos que recoge dicha ley, salvo algunas excepciones como por ejemplo con los deportistas profesionales, por lo que, la relación jurídica de estos casos supone una interposición en la contratación.

Esta puesta a disposición tiene unos límites que, si se dan, se incurre en una cesión ilegal. Concretamente, estos contratos entre cedente y cesionaria no se pueden limitar solo a la mera puesta en disposición de los trabajadores a la empresa usuaria, la empresa cedente debe tener una actividad/organización propia y estable, con sus medios necesarios para poder ejercer su actividad, además de ejercer sus funciones inherentes su condición de empresario (art 43 ET). En este artículo también se detalla que, si se incumple en lo anterior responderán de manera solidaria en las obligaciones que les corresponden de sus trabajadores en materia de seguridad social, y otras como penales. Por último, todos aquellos trabajadores que se vean afectados por una cesión prohibida pasaran a ser personal fijo, en la empresa que ellos decidan y bajo las mismas condiciones de un trabajador ordinario de esa empresa que haga los mismos servicios o equivalente, salvo la antigüedad, que se computa desde el inicio de la cesión.

2. ANÁLISIS.

De relación tripartita formada por la empresa de trabajo temporal, el trabajador y la empresa usuaria nacen dos contratos. Por un lado, tenemos un contrato laboral entre STUG España ETT y Lucia, y por otro lado nos encontramos con un contrato

mercantil entre STUG España ETT y LORD S.A, es decir, formalmente quien contrata a lucia es STUG, mientras que LORD ejerce el poder de dirección (art 15 ley 14/1994).

La ley permite contratar a una persona tanto por tiempo indefinido como por una duración determinada y por ello, le corresponden durante ese periodo de cesión las mismas condiciones de trabajo esenciales que le corresponderían si fuera sido contratada por la misma empresa usuaria, es decir, la remuneración, duración de jornada, horas extras... No podría ser discriminada en ninguna aplicación (art 11.1 de la ley 14/1994). En el punto 2 del mismo, cuando se haya concertado por tiempo determinado tendrá también derecho a una indemnización económica a la finalización del contrato, que supondría abonar 12 días por cada año de servicio (con opción a prorrateo durante la vigencia del contrato).

Respecto las obligaciones, la empresa usuaria por un lado debe de informar a Lucia sobre los riesgos laborales y sus medidas de prevención, le corresponde proteger la seguridad e higiene en el trabajo, así como sus recargos de prestaciones en la seguridad social. Esta misma, responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales, seguridad social y como hemos dicho anteriormente de la indemnización derivada de la extinción (esta última será solidaria si se demuestra el incumplimiento de los artículos 6 y 8 de la ley 14/1994).

Pero claro, aquí se supera el límite que marca el art 15 del ETT, que limita los contratos de duración determinada en 3 años ampliables hasta 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o en su defecto por convenio colectivo sectorial de ámbito

inferior. Esto supone la problemática de si nos encontramos entre el supuesto del artículo 43 del ETT o el 16 de la ley 14/1994 pero en la sentencia STS 5727/2006, de 4 de julio de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:5727 el tribunal supremo deja claro que el artículo 43 solo alcanza los contratos de puesta a disposición realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art 6 LETT, en el art 8 LETT sus supuestos tampoco parece fuera de lugar la afirmación "de que en todo caso resultara integrante la cesión ilegal la que solo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra. De otra sentencia, STS 6097/2006, de 28 de septiembre de 2006 podemos extraer también que dichas actuaciones similares son resueltas por el tribunal con responsabilidad solidaria por utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición (al igual que la anterior sentencia. Además de las sentencias aportadas en la práctica, la Sentencia nº 362/2020 de 19 mayo. RJ 2020\2111 en el tercer fundamento de derecho (2.-) señala el TS que el trabajador podrá optar incorporarse con carácter indefinido en una u otra empresa, y conseguir además condena solidaria entre ambas empresas para que las dos respondan en las consecuencias del despido. Por último, en la sentencia de 3 noviembre 2008 RJ\2008\5665 se dice que la responsabilidad solidaria del art 43 ET puede producirse si existe cesión ilegal aunque se trate de ETT's y la infracción no se refiera a los art 6 y 8 de la LETT, en el 5º fundamento de derecho de la misma sentencia se trata de determinar si en los supuestos que se condena solidariamente a la empresa por incurrir en cesión ilícita y hecha la elección por el trabajador sobre una de ellas, le sigue correspondiendo a este la readmisión o indemnización si se diera el despido improcedente. Es decir, en base al art 16.3 de la LETT, dándose la situación de incumplir el art 15 del ET y por tanto estando en el supuesto de no cumplir lo que recoge el art 6.2 de la LETT llego a la siguiente inferencia

3. CONCLUSIÓN.

Defiendo basándome en las sentencias del tribunal supremo anteriormente comentadas, que Lucia al venir prestando unos servicios de manera interrumpida en la misma empresa usuaria y realizando siempre labores/funciones en el laboratorio con contratos sucesivos, nos encontramos ante un supuesto de fraude en la contratación, ya que esta trabajadora estaba resolviendo actividades permanentes en la empresa usuaria y es por ello por lo que ese supuesto despido lo entendería como improcedente. De tal modo, se imputaría responsabilidad solidaria para la ETT y para empresa usuaria. Además, a efectos de calcular la indemnización que le corresponde a Lucia, se debería ajustar el cálculo en base a la antigüedad, que esta contaría desde el inicio de su prestación de servicios.

Por todo ello, Lucía con sus reiterados contratos y superando los años permitidos para los contratos de puesta a disposición, desde aquella fecha, la relación laboral que ha tenido ha sido de indefinida, y por tanto Lucía podría optar libremente ser fija en la empresa que ella libremente decida. Si dichas mercantiles no optan por readmitir a Lucía y abonarle los salarios dejados de percibir contando desde el día que se diese el despido hasta su readmisión, tendrían que abonarle la correspondiente indemnización mas la suma de los salarios dejados de percibir a contar desde la fecha de la supuesta finalización del contrato

(si se hubiera dado el caso finalmente) hasta la notificación de la resolución dictada por el órgano judicial.

REFERENCIAS

STS 5727/2006, de 4 de julio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:5727. STS 6097/2006, de 28 de septiembre de 2006 ECLI:ES:TS:2006:6097. STS 362/2020 de 19 mayo RJ 2020\2111 ECLI:ES:TS: 2020:1896. STS de 3 noviembre 2008. RJ 2008\5665.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

SUPUESTO 3. CONTRATOS EVENTUALES.

1. SE SOLICITA INFORME SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS DOS CONTRATOS EVENTUALES ORIGINARIOS.

Los contratos eventuales se pueden formalizar por circunstancias de mercado, por acumulación de tareas y por exceso de pedidos, como así lo recoge el artículo 15 b) del ET. Por lo que en principio la AEAT cumple uno de los requisitos para formalizar un contrato en esta modalidad, ya que por exceso de tareas y al no poder cubrir con su plantilla de trabajadores fijos ve requerido este contrato con carácter transitorio/temporal. En ningún momento se nos detalla si el contrato se formalizó por escrito, y al prestar servicios por duración superior a 4 semanas es una obligación art 8.2 ETT (detallando en el mismo, la causa que justifica ese contrato, su duración, y el trabajo a desarrollar). De no ser así D. Juan se presumiría indefinido. En cuanto a la duración de los contratos no infringe la normativa que recoge el art 15.b ETT, donde limita estos contratos a 6 meses en un periodo de 12 meses pudiendo ampliarse por CC el periodo de referencia hasta 18 meses contando desde el momento que se producen dichas casusas.

Pero aquí hay un elemento de "condena" judicial, ya que no está permitido ante eventualidades cíclicas que se repiten en fechas ciertas, que como destaca el TS en la sentencia de 22 de septiembre de 2011 la diferencia entre un trabajador eventual y fijo discontinuo radica en que mientras el eventual justifica la necesidad de un trabajo en principio imprevisible fuera de cualquier ciclo de reiteración regular, el fijo discontinuo se produce cuando con independencia de la actividad de la empresa se produce necesidad de trabajo cíclico (en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad). Por tanto, si solo hubiera habido un contrato, habría sido legítimo, pero ante campañas del IRPF (que se hacen todos los años y además no es la primera vez que se demanda esto en la AEAT) presumo que esos dos contratos son fraudulentos y por tanto debería haberse acudido a los contratos de modalidad fijos discontinuos por haber necesidades permanentes y darse un déficit estructural de la empresa.

2. ASIMISMO, SE SOLICITA INFORME ACERCA DE LA PRETENSIÓN DEL TRABAJADOR DE PERCIBIR POR ANTIGÜEDAD EL COMPLEMENTO CALCULADO SOBRE TODO EL TIEMPO DE VINCULACIÓN, Y NO SOLO SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO.

Sabemos que la estructura del salario está formada por el salario base y los complementos relativos a las condiciones personales del trabajador, si se pactan en la negociación colectiva o en su defecto en el contrato individual. En el convenio colectivo de empresa de AEAT en su artículo 67.1 se reconoce dicho complemento cuando se cumplan 3 o múltiples años de relación laboral prestando servicios efectivos, por lo que D Juan, en principio al trabajar solo varios meses al año como fijo-discontinuo está disconforme en el cómputo de este complemento, ya que lo considera discriminatorio. Según el principio pro rata temporis se calcularía en proporción al tiempo trabajado.

Frecuentemente se ha venido dando esta enigmática circunstancia, en los contratos a tiempo parcial como por ejemplo en la sentencia del 01/03/012 O'Brien, se solicitaba el abono de la pensión de jubilación según el principio anteriormente comentado, y elegaba discriminación por ser trabajador a tiempo parcial. Tras una serie de procesos judiciales acabó en una audiencia el 21 de noviembre del mismo año determinándose en base a la directiva 97/81 de 22 de marzo (que tiene como propósito prever la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y facilitar su desarrollo), que según la cláusula 4 (principio de no discriminación), se le aplicara el principio pro rata temporis de tal manera que no serán tratados de manera menos favorable. En la cláusula 64 de la sentencia queda fijado la no desigualdad por ser Trabajador parcial. Por analogía tenemos la sentencia de Regojo Dans, donde en su apartado 55 el TJUE requiere que la desigualdad de trato este justificada por existencia de elementos precisos y concretos con arreglo a criterios objetivos, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al afecto. Tales elementos pueden tener su origen en particular en la naturaleza de las tareas.

La problemática del complemento relativo a la antigüedad en la sentencia TS 29/2018 de 18 de enero coincide con la de este caso, además también es con la AEAT, donde, por un lado, los trabajadores alegaban que se computaran todos los días de permanencia, sin que se descontaran los de inactividad mientras que la AEAT defendía que mientras el convenio no lo reconozca, no debería computarse a efectos de trienios. El tribunal a pesar de que considera que el concepto de antigüedad es complejo, dice que el convenio habla de "servicios efectivos" y no de vinculación en la empresa, por lo que una cosa es el periodo de vigencia del contrato (fijo-discontinuo) y otra cosa es el tiempo real de la prestación de servicios, tiempo que quiere que se compute a efectos de dicho complemento salarial de antigüedad. Esa interpretación la hace en base a la definición originaria del premio por antigüedad que es premiar la mayor permanencia en la empresa por la mayor experiencia que se adquiere, lealtad al no cambiar de empresa y llevando consigo los conocimientos aprendidos. En resumen, este tribunal rechaza los argumentos

relativos a la desigualdad entre fijos y fijos-discontinuos, exponiendo que el artículo 14 CE solo se violaría cuando se diera un trato desigual a situaciones de hecho y de derecho iguales, pero no cuando se tratase de forma distinta o situaciones diferentes.

Por otro lado, tenemos el auto de 15 de octubre 2019 del TJUE. En este, se interpreta la cláusula 4 del acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en relación con el cálculo de antigüedad como trabajadoras fijas discontinuas a efectos de poder percibir trienios. Pues bien, la directiva en referencia a trabajadores a tiempo parcial considera que no se podrá discriminar ni directamente (por el sexo) o indirectamente (con prácticas aparentemente neutras pero que por sexo determinado se determina en desventaja con las personas del otro sexo, excepto salvedades legítimas).

El litigio principal es, que cuando se apeló para que el cálculo de trienios se computase con la vigencia del contrato y no solo con el trabajo efectivo, el TSJ de Galicia albergó dudas, ya que cuestionaba si se estaban alcanzando los objetivos legítimos perseguidos de no discriminación, porque el número (en base a estadísticas oficiales) de mujeres en desventaja era mayor que en hombres y por tanto se apreciaba discriminación indirecta. Por ello, el TSJ de Galicia decidió plantear al TSJUE con el objetivo de aclarar dichas suscitaciones. Esta interpretación de la cláusula 4 del acuerdo marco no puede ser interpretado de manera restrictiva, y al introducir esa distinción entre trabajadores fijos y fijos continuos de la AEAT basada en la naturaleza de las condiciones de empleo, se haría caso omiso de del objetivo de dicha cláusula, además, esos trienios son parte de la retribución. El matiz que destaca el tribunal europeo es que aun cuando está conforme con el principio pro rata temporis para el cálculo de la retribución, no lo está cuando la fecha de adquisición de un derecho componente de la retribución depende exclusivamente de la antigüedad adquirida. Por tanto, la antigüedad computaría desde el inicio de la relación laboral y no en función de la cantidad realizada durante esa relación, dicho de otra manera, la pretensión del trabajador de que se tomen también en cuenta los periodos no trabajados y no de la manera que recoge el convenio es acertada ya que contiene una ilegalidad sobrevenida de las normas estatutarias.

3. Y, FINALMENTE, SUPONIENDO QUE LA INTERPRETACIÓN DE DON JUAN ESTUVIERA FUNDADA, ¿PUEDE INVOCAR SU APLICACIÓN UN HOMBRE, EN VEZ DE UNA MUJER?

Si, en el auto del TSJUE de 15 de octubre 2019, se resuelven como hemos visto las peticiones de las SRAS OH y ER y se determina la existencia de discriminación indirecta con respecto a las mujeres ya que, aunque la normativa nacional sea neutra, perjudica mucho más a las que mujeres que a los hombres. Es decir, las mujeres, son el género con más contratos en modalidad de fijo discontinuo que sufre discriminación indirecta, y además acogiéndose a los datos, el personal fijo discontinuo en la AEAT se conforma en un 78,09 % de mujeres y un 21,91 % de hombres. A tenor de lo dispuesto anteriormente, los hombres también podrían invocar su aplicación, ya que, de no ser así, se consideraría discriminación directa. Es decir, una vez que ya sabemos que el TSJUE ha resuelto la

discriminación sufrida en el cálculo de antigüedad interpretando la cláusula 4 del acuerdo marco, y el artículo 2 de la directiva 2006/54 establece la prohibición de discriminación indirecta y directa, un hombre también podrá fundar esto. Además, en nuestra propia constitución en el art 14 se protege la igualdad de todos los españoles sin que se pueda discriminar por raza, sexo... siendo además un derecho fundamental. Podemos ver también esta garantía de ausencia de discriminación directa e indirecta entre hombres y mujeres en el art 12.4 d) del ET, en el art 17.1 o en el 12.4 d). Además de todo lo expuesto en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en su artículo 3, se define el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como "la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo..." es por ello que quedaría totalmente prohibido el no reconocimiento de derecho a una persona de un sexo en concreto, siendo por tanto un principio informador del ordenamiento jurídico que como tal, hará que se interpreten las normas y se apliquen de manera igualitaria entre ambos géneros, no pudiendo aplicar de manera menos favorable a una persona respecto a otra en situación comparable.

REFERENCIAS:

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/6.html> -
<https://www.iberley.es/convenios/empresa/convenio-colectivo-empresa-agencia-tributaria-personal-laboral-1600043> - <https://www.laboral-social.com/antiguedad-fijos-discontinuos-trienios-tiempo-trabajo-efectivo-duracion-relacion.html> -
https://www.supercontable.com/envios/articulos/BOLETIN_SUPERCONTABLE_32_2014_Articulo_5.htm

SUPUESTO 4. JORNADA DE TRABAJO.

1. INTRODUCCIÓN.

El art 34.1 ET recoge que se contabiliza a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria el tiempo de trabajo efectivo, sin embargo, en el artículo 34.5 se señala literalmente que "el tiempo de trabajo se computa de manera que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo". Es decir, EL 34.1 establece una jornada máxima, y el 34.5 que se computa.

La directiva 93/104 establecía en su art 2 que el tiempo de trabajo es aquel periodo donde el trabajador se encuentre en el trabajo a disposición del empleador desempeñando su actividad o funciones. Esta directiva es modificada posteriormente por la 2000/34 (LCEur 2000,2026), pero de nuevo aparece otra directiva (**2003/88 LCEur 2003,3868**) que deroga a ambas, no obstante, mantiene esa definición. Por tanto, si interpretamos el art 2 de la directiva vigente podemos extraer 3 claves fundamentales a efectos del cómputo de tiempo de trabajo efectivo: estar en el trabajo, estar a disposición y ejercer actividad. Dicho concepto coincide con el de la directiva 2000/79 y con el del art 14.1b del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, que, además, como se nos informa en el caso, el tiempo

de trabajo máximo es de 2000 horas. En el art 8 de este RD cabe la definición del tiempo de presencia, solo aplicable para el sector de transporte y trabajos en el mar, que define como tiempo de presencia aquel tiempo que el trabajador tenga que estar a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, bien sea por espera, por servicios de guardias... dejando claro que mediante convenio se determinara en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. Adicionalmente, la sentencia del TS 27 mayo 2013 RJ 2013/6084 dice que se computará el inicio cuando el trabajador se persona en el primer centro, aunque no sea el mismo que el centro de referencia para los trabajadores que desempeñan sus puestos en centros móviles o itinerantes. Se añade, que si no tienen centros de trabajos fijos también se les computa el tiempo de los desplazamientos.

Por otro lado, las notas definitorias para los tiempos de presencias son las que marca el art 8 del RD 1561/1995 de 21 de septiembre, donde se determina que el tiempo de presencia es aquel donde el trabajador este a disposición del empresario, pero sin prestar un trabajo efectivo, es decir, que se encuentre esperando, con un servicio de guardia etc. O como define el artículo 37 que se nos facilita en el caso del convenio colectivo laboral para el sector del transporte aéreo y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación, que considera el tiempo de presencia de la misma manera que el anterior artículo, añadiendo que el trabajador se mantiene en espera en el lugar designado por el empleador hasta que se produzca la activación, a través de una comunicación por cualquier medio para que el trabajador se incorpore de manera inmediata para ejercer el trabajo efectivo.

Una vez aclarado que se entiende por tiempo de trabajo, examinaré a efectos de la jornada máxima la evolución que ha tenido esta consideración, es decir, traeré a colación cómo **la doctrina ha modulado el criterio** y qué consecuencias tiene para el presente caso.

2. ANALICE LA DEMANDA QUE SE PRESENTE Y EMITA UN DICTAMEN INDICANDO SI, A SU ENTENDER, PROSPERARÍA ANTE LA JURISDICCIÓN.

Los litigios referidos al cómputo de trabajo han ido evolucionando a lo largo de los años, por ello, comenzaré a explicar con algunas sentencias previas antes de ver la del caso Matzak que será clave para resolver todo esto.

A fecha de 27 de enero de 2009 el TS resolvió el caso que estamos abordando en esta práctica nº 4, y falló que las guardias de localización no tienen la consideración de tiempo de trabajo, aunque ello suponga una limitación de movimiento del empleado por el hecho de tener que responder en un tiempo preciso. El recurso sustenta que las guardias localizables se tienen que computar como tiempo de presencia ya que, para poder dar respuesta, 30 minutos son escasos al tener que realizar muchas tareas previas, y esos días que están en guardia localizadas los pilotos se ven obligados/comprometidos a tener que estar cerca de la base. Es decir, la mera preparación (vestirse, sacar helicóptero, revisar...) por si sola consume el tiempo de respuesta. El tribunal no lo tiene en cuenta porque no lo considera conforme al art 14 del RD 1561/1995 ni al 37 del CC RCL 2005,2283 ni al

art 2 de la directiva 2003,3868. Por tanto, solo considera tiempo de trabajo las horas que está a disposición del empresario ejerciendo las actividades o los periodos de espera.

Si acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo 29 de noviembre de 1994, es interesante considerar antes que los servicios de dicha compañía son públicos y no pueden privar a la colectividad, por ello la empresa tiene que adoptar las medidas necesarias para cubrir asistencia las 24 horas del día, como sucede con HELICSA-HELICOPTEROS, compartiendo misma razón para tener localizables a los pilotos. La sentencia recurrida indica que la situación de estar localizable y a disposición no conlleva por si sola el desarrollo de ningún trabajo y en virtud ser calificada ni como horas extraordinarias ni como tiempo de trabajo, no vulnerando ni el art 27 y 40.2 de la CE, ni 34,35,82.1 del ET ni el 29 bis del convenio. Años más tardes nos encontramos con la sentencia del TS de 27 de febrero 2001, donde los demandantes exigían que las retribuciones de las guardias localizadas fueran retribuidas como si fueran de presencia física, que, mediante unificación de doctrina se resuelve por existir discrepancia entre las dos sentencias anteriores. Principalmente la clave está en distinguir las horas de presencia física y las de localización, y su interpretación confirma que las horas de localización no computan para la jornada laboral. No se pueden considerar tampoco como horas extraordinarias y tampoco computan a efectos del descanso ininterrumpido de 36 horas. Ambas sentencias contradictorias a la opinión con la que pretendo defender el presente caso práctico, pero tienen un punto en común, en el sentido de que en todas existe un tiempo de no prestación que es considerado de espera o inactividad y un tiempo efectivo si se materializa el llamamiento.

Por otro lado, de la directiva 11 de octubre de 2006 extraemos la mención señalada de que la directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, al igual que tampoco contempla la intensidad del trabajo, dato interesante que relacionaremos posteriormente. Por lo que, en una guardia presencial, aunque no se preste realmente trabajo efectivo debe ser considerado tiempo de trabajo en su totalidad, ya que está obligado a permanecer en el centro, y a disposición inmediata. Como consecuencia las guardias de presencia computan a efectos de determinar la posible existencia de horas extraordinarias, realice trabajo efectivo continuo o no. De manera diferente se entienden las guardias de localización, es decir, estas horas de localización se excluyen del cómputo de la jornada (por tanto, se computa cuando el trabajador esté en el puesto). En la sentencia se añade que al considerarse las horas de guardia de presencia como tiempo de trabajo se retribuirán como horas ordinarias (teniendo sus límites), y cuando excedan dichos límites se compensarán de acuerdo con lo pactado en convenio colectivo.

Bien, hasta ahora hemos visto diferentes sentencias opuestas a mi opinión, pero es entonces donde nos encontramos con **la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018 (caso Matzak)** donde se cambia el criterio (en mi opinión más bien modula el mismo) y será clave para la resolución de este caso práctico. En dicha sentencia se interpreta por parte del TJUE los artículos 2 y 17 de la directiva 2003/88/CE. Cuya elucidación es sustancial para la consideración del tiempo de trabajo a efectos de resolver si la demanda

prosperara. Partimos de la base que el personal tiene 8 minutos para presentarse en el parque de bomberos y ante la demanda del Sr. Matzak (estimada y posteriormente recurrida por el Ayuntamiento de Nivelles) el tribunal laboral superior de Bruselas planteó al TJUE algunas cuestiones y se resolvieron de la siguiente manera.

Ante la pregunta de si el artículo 2 de la directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que obliga a los estados miembros a determinar la retribución de guardia domiciliaria, el TJUE recuerda que los estados en su derecho nacional pueden establecer que la retribución en función del tiempo de trabajo puede no ser la misma que la de un trabajador en periodo de descanso (incluso pueden hasta no reconocer retribución alguna en los periodos de descanso). Pero en cuanto a la calificación del tiempo de trabajo, informa que la directiva se debe interpretar en base a un factor determinante. Este es que se calificará como tiempo de trabajo cuando el trabajador este obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado y permanecer a disposición de este para que en caso de necesidad el trabajador preste sus servicios, y, por ende, si dicha obligación impide a que esos trabajadores afectados en guardia elijan su lugar de estancia mientras los periodos de guardias, se debe considerar en el ejercicio de sus funciones. Pero el tribunal añade el matiz que no ocurre no lo mismo con las guardias localizables, ya que entiende que a pesar de tener que estar a disposición del empresario el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y hacer actividades personales.

Lo que ocurre a al margen de todo esto es el tiempo de respuesta, y a pesar de las anteriores aclaraciones, es sumamente decisivo definir las características objetivas. Es decir, presenciarse en un punto geográfico y temporal (con necesidad estar en 8 minutos) limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak. Dicho de otra manera, las guardias localizables no tienen por qué privar a un trabajador de tener actividades privadas, pero si lo limitará, si se le obliga donde tiene que estar con un tiempo de respuesta sumamente corto, y como en consecuencia si se tendrá que considerar como tiempo de trabajo. Meses más tarde, el Tribunal supremo ratifico la sentencia del Tsj de 12 de noviembre de 2018, donde se condena que las horas de tiempo de trabajo de guardias se deben abonar como horas extraordinarias (limitadas a 80 al año, a excepción de las compensadas en horas de descanso y disfrutadas en los 4 meses siguientes).

Por todo lo expuesto hasta ahora, es evidente que, **si se obliga a estar en un perímetro cerca del centro de trabajo, que limite el ejercicio de actividades personales y más aún con un tiempo determinado escaso, se considera tiempo de trabajo**. Es tan así que en la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2018 no consideraba las guardias localizadas como tiempo de trabajo porque los trabajadores se comprometían a atender las llamadas de la empresa, pero no estaban sujetos ni a un plazo de intervención ni a estar en una localización. ELICSA-HELICOPTEROS S.A. exige tanto la localización en la base como el tiempo de 30 minutos y **todo ello tiene unas consecuencias**, como que esas horas deben ser remuneradas y deben cotizar a la seguridad social, que dichas horas contarán para los límites de la jornada que en nuestro caso se superan las 2000 horas (que marca la normativa laboral) y el tiempo de horas extras también, además, se deben

compensar el tiempo perdido en descanso diario, semanal o de vacaciones, esto es, en un mismo día no se puede estar de vacaciones/descanso y también ser tiempo de trabajo. Además, el TJUE acerca de la compensación alega que excede del derecho de la UE, por lo que dicha remuneración la remite a la negociación de los CC, que debe quedar garantizada. Todos los antecedentes comentados y las últimas interpretaciones, en especial la referida al caso Matzak me lleva a la siguiente disquisición.

La problemática que emana de los tiempos de guardias localizables bajo mi punto de vista quedaría resuelta, y, en consecuencia, **la demanda sí prosperaría ante la jurisdicción hoy en día**. Esto es porque si a los trabajadores con guardias de presencia se les exige un tiempo de respuesta de 10 min, para hacer numerosas tareas, el trabajador en una guardia localizable tendría que disponer de esos 10 min de preparación, más el tiempo de desplazamiento etc., quedando en una situación similar a la del caso Matzak. Es cierto que tenemos que considerar que el tiempo necesario puede tener una apreciación distinta según el sitio, a modo de ejemplo... en un pueblo pequeño, 30 minutos puede ser más que suficiente para que al trabajador le dé tiempo a hacer su vida privada y en caso de ser requerido también le dé tiempo para poder salir en marcha cumpliendo sus obligaciones previas de preparación. Pero si el pueblo fuera grande, esos 30 minutos, bajo mi punto de vista, pueden no ser suficientes, debido a la pérdida de tiempo que puede ocasionar un tráfico no fluido, o condiciones climatológicas (lluvias excesivas) que obligan a ir más lento en la conducción entre otros muchos motivos. Si además de restar 10-15 minutos para trasladarse a la base, se resta los 10 minutos que se necesitan para las previas preparaciones antes de salir a vuelo nos quedamos con escasos minutos ("en el mejor de los casos") de tregua para el trabajador y, por tanto, si se estudiara a fondo lo material, debería adquirir importancia para el computo de horas y sus respectivas consecuencias. Para finalizar, hacer hincapié que estos fundamentos refutados con las jurisprudencias más actuales pueden tener una apreciación distinta para otros casos, ya que aquí se dan unas ciertas circunstancias, y para estos pilotos, sí se tendrían que considerar las guardias localizables como tiempo de trabajo por esos escasos minutos que le pudieran quedar de tregua al trabajador, que como en el caso Matzak, imposibilitarían a estos a poder llevar una vida privada. También sería una garantía que se contemplara la compensación de los tiempos de disponibilidad en la ley y/o reglamento de jornadas especiales en determinadas condiciones específicas, para que así se pudiera remitir al convenio colectivo sectorial la normalización a estos tiempos por no quedar tan claro si es tiempo de trabajo o descanso, pues, el criterio de la restricción de libertad no deja de ser confuso y crea inseguridad jurídica.

3. REFERENCIAS.

Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre.

Directiva 2003/88 (LCEur 2003, 3868).

Directiva 2000/79 (LCEur 2000, 3376).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

SSTS 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9246); 27 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2821); 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9381); y 27 enero 2009. RJ 2009\1440.

SJUE de 21 de febrero de 2018; STJUE en el Asunto C-518/15, Rudy Matzak; STJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, EU:C:2000:528.

SUPUESTO 5. ESTRUCTURA DE SALARIO.

1- ¿Cuáles de las cantidades que recibe el Sr. García se pueden considerar salariales y cuáles no? Si son complementos salariales, ¿cuál es su naturaleza?

Nuestro art 26. 3 del estatuto de los trabajadores hace referencia a como se determinará la estructura del salario, detallando que este, estará formado por el salario base (cantidad fija por unidad de tiempo o de obra) y en su caso por complementos salariales que podrán variar en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación de empresa. Además, en este artículo se indica que dicha estructura se fijará a través de la negociación colectiva o en su defecto por contrato individual. Por tanto, se consideran cantidades salariales las siguientes:

- Su **salario base**: fijado en 1000€ mensualmente.
- Sus **complementos**: como el plus de antigüedad que, se designa en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, el plus de convenio de 200 €, el bonus de productividad y un complemento por disponibilidad horaria. Todos ellos son complementos que se consideran percepciones salariales, ya que se entregan en función al trabajo realizado, es decir, por el puesto de trabajo, por la cantidad o por la calidad. Por último, nos queda incorporar las 2 pagas extraordinarias, que también son consideradas cantidades salariales y son obligatorias como bien señala el art 31 del real decreto legislativo 2/2015 (ET). Para estas percepciones extraordinarias, el trabajador tendrá derecho a dos gratificaciones al año, teniendo que coincidir una de ellas en fechas de navidad y otra quedara fijada por convenio colectivo o acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, aunque por CC también se podrán prorratear en los 12 meses.

En consecuencia, suscitarían dudas a efectos de considerar percepciones salariales o no, las que se le dan al Sr. García en concepto de plus de transporte de 200€ y el abono con concepto de dietas de otros 200 €, ya que el art 26.2 del ET fija que las percepciones como indemnizaciones o suplidos por el trabajo, que podrían ser pluses de distancia y de transporte, gastos de locomoción... no tendrán consideración de salario, como tampoco lo tendrán las prestaciones o indemnizaciones de la seguridad social, ni las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos. Es decir, deberíamos rechazar estas cantidades como percepciones salariales, de acuerdo a que son cantidades que

compensan o indemnizan al trabajador por los gastos ocasionados con motivo de su actividad laboral conforme al mencionado art 26 ET que bien resalta la STS, 16 de Abril de 2010, nº recurso 70/2009, que de igual caso prevé que el plus no se satisface durante los días que no se trabaja (como el plus de transporte de nuestro caso, al descontarse la parte proporcional cuando D. Pedro falta al trabajo). Se reitera en la sentencia **TSJ Andalucía nº 1289/2007, rec. 708/2007 (que compensa el desplazamiento desde el domicilio al centro de trabajo)**, o la sentencia **TSJ Andalucía nº 1289/2007, rec. 708/2007 (que vuelve a considerarlo extrasalarial)**.

Sin embargo, en las sentencias TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, S 13-01-2000, nº 42/2000, rec. 3782/1998, TSJ Galicia Sala de lo Social, S 30-10-2001, rec. 4576/1998, TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 23-09-2015, rec. 1279/2015, se consideran como salario, entre otros motivos porque las sumas de los pluses se devengaban de manera periódicas, lineales e idénticas todas ellas (como sucede en nuestro caso). Además, desde la entrada en vigor de la ley 16/2013 de 20 de diciembre convirtió el plus de transporte cotizante a la seguridad social. Por tanto, el plus de transporte a pesar de ser una cuestión controvertida, y venir en el convenio aplicable como extrasalarial, considero el plus de transporte como percepción salarial de acuerdo con la doctrina.

2- ¿Es acorde su retribución a las reglas del salario mínimo interprofesional?

Conociendo ya el 26.3 ET, sobre la estructura del salario, el artículo 27 del ET, detalla que mediante previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas se fijará el salario mínimo interprofesional. Este SMI viene en el Real decreto 231/2020 de 4 de febrero (que es prorrogado por el Real Decreto Ley 38/2020, de 29 de diciembre), quedando fijado en 950 al mes en 14 pagas y 31, 66 € diariamente. Es decir, en un cómputo anual el salario mínimo interprofesional nunca podrá ser inferior a 13.300 € (al año por 14 pagas) o 950 € mensuales (por 14 pagas) para trabajadores a jornada completa de 40.

Por tanto, si sumamos el salario base (1000€*12meses), las dos pagas extraordinarias de 500 (1.000€) y lo dividimos entre 14 meses, da un total de 13.000 € frente a los 13.300 € que se marcan de salario mínimo interprofesional, y a priori, la retribución de D. Pedro García no sería acorde a las reglas del SMI. Pero por otro lado, a pesar de que los complementos que dependen de las circunstancias personales, como podrían ser el plus de antigüedad, los complementos del trabajo realizado como los de nocturnidad... y los complementos vinculados a los resultados de empresa como plus de productividad, no se tendrían en cuenta para comparar el SMI (tampoco los complementos extrasalariales, como dietas), **el plus de convenio si se tendría en cuenta**, puesto que, este plus al no depender de las 3 anteriormente nombradas, y al abonarse a todos los trabajadores al igual, sin tener en consideración sus circunstancias, o condiciones personales este plus sería un "complemento común", y en consecuencia formaría parte del salario base. Es decir, debemos tener en cuenta para comparar el SMI:

- Salario base más el plus de convenio: $1.000€ * 12 \text{ meses} + 200€ \text{ plus convenio} * 12 = 12000 + 2400 = \mathbf{14.400 €}$
- Pagas extraordinarias: $500€ * 2 \text{ al año} = \mathbf{1.000}$

Todo ello sumaría un total de 15.400 € y en consecuencia D. Pedro García, si tiene acorde su salario con el SMI.

3- ¿Puede la empresa decidir el prorrateo de las pagas extras?

Conforme al 31 del ET, "el trabajador tiene derecho a dos pagas, una de ellas en fiestas de navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores... ". Además, señala que mediante convenio se podrá acordar que dichas gratificaciones se prorrateen en las 12 mensualidades. Como el convenio de Transportes de mercancías de Sevilla no permite que el empresario de manera unilateral pueda llevar a cabo el pago de las mismas prorrateándolas en los 12 meses, se siguen manteniendo las pagas en julio y en diciembre.

4- Elabore la hoja de salarios del trabajador correspondiente al mes anterior al despido (no hace falta reflejar las retenciones o deducciones). El modelo oficial puede encontrarse en el siguiente link:

En la nómina de abril no vendrían incluidas las pagas extras. Son abonadas en julio y diciembre, por no poderse prorratear. Tampoco estaría incluido en esta nómina el bonus de productividad, ya que el pago se realiza en marzo.

RECIBO INDIVIDUAL JUSTIFICATIVO DEL PAGO DE SALARIOS

Empresa: <u>Transportes Pérez</u>	Trabajador: <u>Pedro García</u>
Domicilio: _____	NIF: _____
Localidad: _____	NAF: _____
CIF: _____	Grupo Profesional _____
CCC a la SS: _____	Grupo Cotiz.: _____

Periodo de Liquidación: del 1 de Abil al 30 de Abril de 2021 Total días: 30

I. DEVENGOS	IMPORTE	TOTALES
1.- Percepciones Salariales (Sujetas a cotización)		
Salario Base.....	1.000,00	
Complementos Salariales:		
Plus convenio.....	200,00	
Plus de antigüedad.....	30,00	
Complemento por disponibilidad.....	300,00	
Plus de transporte.....	200,00	
Horas Extras Fuerza Mayor.....		
Horas Extras Resto.....		
Horas Complementarias (contratos a tiempo parcial).....		
Gratificaciones extraordinarias.....		
Salario en especie.....		
2.- Percepciones no salariales (Excluidas de cotización)		
Indemnizaciones o suplidos:		
Dietas.....	200,00	
.....		
Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social:		
Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos:		
.....		
Otras percepciones salariales:		
.....		
A.- TOTAL DEVENGADO.....		1.930,00

II. DEDUCCIONES		
1. Aportaciones del trabajador a las cotizaciones a la S.S. Y conceptos de recaudación conjunta:		
Contingencias Comunes.....	%	
Desempleo.....	%	
Formación Profesional.....	%	
Horas Extras Fuerza Mayor.....	%	
Horas Extras Resto.....	%	
TOTAL APORTACIONES.....		0,00
2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.....	%	0,00
3.-Anticipos.....		
4.-Valor de los productos recibidos en especie.....		
5.-Otras deducciones.....		
B.- TOTAL A DEDUCIR.....		0,00
LIQUIDO TOTAL A PERCIBIR (A-B).....		1.930,00

Firma y sello de la Empresa

_____ de _____ de _____
RECIBI

DETERMINACION DE LAS BASES DE COTIZA. A LA S.S. Y CONCEPTOS DE RECAUDACION CONJUNTA Y DE LA BASE SUJETA A RETENCION DEL I.R.P.F.:				
		BASE	TIPO	APORTACION EMPRESA
1. Base de Cotización por Contingencias Comunes:				
Remuneración mensual sujeta a cotización.....				
Prorrata pagas extras.....				
TOTAL.....	BCCC	0,00		0,00
2. Base de Cotización Conting. Profesionales:				
AT y EP (Aportación empresa).....				0,00
Desempleo.....				0,00
Formación Profesional.....	BCCP	0,00		0,00
Fondo Garantía Social.....				0,00
3. Base de Cotización Horas Extras Fuerza Mayor.....		0,00		0,00
4. Base de Cotización Horas Extras Resto.....		0,00		0,00
5. Base sujeta a retención del I.R.P.F.....				

5- Determine el importe del salario que se tiene en cuenta a efectos de una posible indemnización por despido improcedente y cuál es el importe de la misma.

Para el siguiente calculo es fundamental conocer la antigüedad del trabajador, ya que esto será determinante para determinar la cuantía. En el presente caso no se nos indica la fecha de antigüedad, por lo que si imaginamos que D. Pedro García lleva 10 años trabajando en

Transportes Pérez, y en base a la reforma del año 2012, mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, tenemos que fijar la indemnización teniendo en cuenta los 45 días por año con un tope de 42 mensualidades de antes de la reforma y los 33 días por año con un tope de 24 mensualidades posteriores a la reforma. Como hemos determinado que este señor tiene un salario acorde al SMI, se tendrán a efectos del cálculo, las cuantías de las percepciones salariales. También, el art 56 del ET regula el despido improcedente.

Para calcular la indemnización por despido improcedente, antes es necesario conocer las siguientes aclaraciones:

- Cantidades salariales a tener cuenta: Salario base, plus de convenio, gratificaciones extraordinarias, bonus de productividad, plus de antigüedad, complemento por disponibilidad horaria y plus de transporte.
No teniendo por tanto en cuenta las dietas (si las dietas ocultaran comisiones o cualquier otra retribución, esa cantidad si sería salarial y por tanto debería incluirse, pero la prueba de que sea una cantidad extrasalarial lo debe probar el empresario según la STSJ Galicia número 5590/2009 de 14 de diciembre como dice en el segundo fundamento de derecho).
- Salario global de D. Pedro García: 1.000€ (salario base), 200€ (plus de convenio), 83,33 (500€ * 2 pagas/12 meses, gratificaciones extraordinarias), 166,66€ (2000€/12, bonus de productividad), 30€ (plus de antigüedad), 300€ (complemento por disponibilidad) y 183,33€ (200*11/12) (plus transporte).
Total, de salario mes: 1.962,32
Total, de salario por día: 1.962,32/30 = 65,44
- Tiempo trabajado: imaginemos que lleva 10 años trabajando.

Por último, la cuantía final de la indemnización sería la siguiente:

Antes de la reforma: (1 año trabajando)

45 días por año de servicio	42 mensualidades
$45 * 65,44 * 1 \text{ año} = \underline{2.944,8}$	$1.962,32 * 42 = \underline{82.417,44 \text{ €}}$

Después de la reforma: (9 años trabajando)

33 días por año de servicio	24 mensualidades
$33 * 65,44 * 9 \text{ años} = \underline{19.435,68 \text{ €}}$	$1.962,32 * 24 = \underline{47.095,68}$

Se le aplicaría la cuantía menor de ambas, quedando así una suma con importe de 22.380,48 €. Respetando, por tanto, el límite que marca la disposición transitoria undécima del ET, donde pone el límite a 720 días de salario.

REFERENCIAS.

Mapa de la negociación colectiva, sector, Sevilla, transporte y almacenamiento, transporte de mercancías por carretera.

Constitución Española.

Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Convenio o acuerdo: Transportes de Mercancías por Carretera (Aetrans).

Sentencia núm. 5590/2009 de 14 diciembre. JUR 2010\50137. **TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, S 13-01-2000, nº 42/2000, rec. 3782/1998. TSJ Galicia Sala de lo Social, S 30-10-2001, rec. 4576/1998: TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 23-09-2015, rec. 1279/2015**

SUPUESTO 6. SUCESIÓN DE EMPRESA.

- 1. A pesar de lo que indica el convenio colectivo, si la nueva empresa que se hace cargo del servicio y del personal encargado de su ejecución debe responder solidariamente con su antecesora de las deudas salariales contraídas por esta con sus trabajadores. Razone su respuesta a la luz de la jurisprudencia europea y española.**

En primer lugar, es necesario analizar algunas cuestiones relativas a la sucesión de empresa. En nuestro Estatuto de los Trabajadores, concretamente el **art 44** dispone que, ante un cambio de titularidad de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no se extinguirá por sí mismo la relación laboral, de tal manera que el nuevo empresario quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, considerando la existencia de sucesión cuando la transmisión afecte a una entidad económica manteniendo su identidad (conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio). Además, se añade que en dicha transmisión por actos inter vivos, responderán de manera solidaria durante 3 años de las obligaciones nacidas con anterioridad y no hubieran sido satisfechas. Se hace referencia a que, salvo pacto en contrario con el cesionario y los representantes de los trabajadores, se aplicará el convenio colectivo que fuera de aplicación en el momento de la transmisión (sabemos que el convenio aplicable ordena la responsabilidad exclusiva para la empresa saliente, es decir, por todos los salarios devengados, la empresa cesante será la responsable y no la cesionaria).

Como otra fuente de derecho, **la directiva 2001/23/CE**, sostiene que tanto los derechos como las obligaciones que emanen de la relación laboral en la fecha del traspaso serán transferidas al cesionario, es decir, según esta directiva recaerán sobre "Multilimp, S.A.". No obstante, permite que los propios estados puedan decidir después de la fecha del

traspaso la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario sobre las obligaciones. Pero claro, toda esta aplicación será posible para traspasos de empresas, entendiéndose esta como el traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad, (conjunto de medios organizados, con el fin de llevar a cabo una actividad económica... como hemos detallado anteriormente con el art 44 ET).

La cuestión por tanto a resolver sería: ¿Qué es una entidad económica a efectos de transmisión de empresa?

Según la STJUE 13 de junio 2019 (C.664/17), la transmisión debe entenderse si la unidad mantiene su identidad después de ser adquirida por el nuevo empresario, y la misma unidad económica debe estar organizada de manera estable (no solo para una obra determinada).

De la STJUE 11-7-2018 extremos que la importancia pues, que debe atribuirse a los criterios para determinar la existencia de una transmisión a efectos de la directiva, varía en función de la actividad ejercida (o de los métodos de producción), y para ello se debe tener en cuenta el tipo de empresa que se trate. Como consecuencia, una entidad económica puede funcionar en algunos sectores sin tener que existir elementos activos materiales o inmateriales. Por tanto, como se da en nuestro caso, si es un sector donde la actividad es desempeñada principalmente por mano de obra (servicios), se puede constituir una entidad económica y en consecuencia al ser una parte esencial, el nuevo empresario debe hacerse cargo del personal para poder continuar las actividades.

Por otro lado, en una sentencia más antigua, del TS 604/2017 de 6 julio RJ/2017/3451 podemos ver como se libera la responsabilidad de la empresa cesionaria ante las deudas salariales existentes antes de la transmisión de la empresa.

En contraposición, aparece una sentencia del TSJUE 11 de julio de 2018, que responde al TSJ de Galicia, con intención de que el TS modifique la actual jurisprudencia sobre los efectos de la subrogación en sectores intensivos en mano de obra. Hasta entonces, el TS había situado la subrogación convencional fuera del ámbito de aplicación del artículo 44 del estatuto de los trabajadores, ya que el convenio colectivo aplicable es el que recoge el supuesto de echo y la consecuencia, pero el TJUE matiza que cuando la transmisión de toda o una parte esencial de la plantilla conforma por si sola la unidad económica, objeto de la transmisión a la que refiere la directiva, el supuesto de hecho entraría dentro su ámbito de aplicación. Además, señala que los tribunales españoles son los que tienen que determinar si se aplica el 44.3 o por una norma como el convenio colectivo del sector.

Por tanto, entendiendo todo ello, estas declaraciones son de suma importancia ya que, para

empresas del sector de limpiezas, seguridad... (prestaciones de servicios), son elementos de transmisión que conllevan a una entidad económica.

En la sentencia posterior del TS 873/2018 de 27 septiembre, se fija que, aunque el convenio colectivo contemple un supuesto, el nuevo empresario debe responder de las deudas del anterior (de acuerdo con la sentencia STJUE 11-7-2018) y por ser la mano de obra un factor esencial, la subrogación solo procederá si se asume la parte relevante del personal. En dicha aplicación de doctrina, se incluye que se encuadrara en el 44 ET cuando la sucesión vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica. En la sentencia del TS 931/2018 de 24 octubre, se reafirma lo que venimos comentando en el

párrafo presente, estableciendo que para empresas cuya relevancia descansa en la mano de obra (y no en la infraestructura), la empresa saliente se hará cargo de una parte importante de la plantilla y por tanto, responderá a las deudas del anterior empresario, pese que el convenio prevenga lo contrario.

Por tanto, la nueva empresa Multilimp S.A. también tendrá que responder por las deudas de su antecesora sobre las deudas salariales, y como establece el art 44.3 tendrá responsabilidad solidaria, ya que en sectores donde lo esencial es la mano de obra (que hasta entonces era subrogación convencional) operara el 44 ET y no como entendía antes el Tribunal supremo, que entendía que para que operase la subrogación y el alcance en la sucesión de la contrata, la condición era lo que recogiera el convenio colectivo, por tanto la sentencia de Somoza Hermo ha supuesto un cambio importante en esta materia. Una vez que al trabajador se le abonase la cantidad, el empresario que ha saldado la deuda, puede repetir para recuperar aquella parte de lo pagado al codeudor solidario. Además, como dice el art 44.3 ET el cedente y cesionario también responderían solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión si esa cesión fuese declarada delito.

2. Asimismo, quién ha de responder y, en su caso, abonar las indemnizaciones por despido.

Cuando se da un traspaso, como hemos visto, el cesionario subroga reemplazando al anterior empresario, y la plantilla de trabajadores pasan a subordinarse ante el nuevo. Como bien vimos en el art 44 ET, al quedar subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social, obliga a que cuando se logre la titularidad, tenga que asumir a todos los empleados que haya en esa empresa, y como consecuencia, al pasar a ser **el nuevo empleador podrá despedir a algunos trabajadores, debiendo por su parte pagar la correspondiente indemnización, teniendo en cuenta toda la antigüedad del trabajador si se diera el supuesto despido.**

Del mismo modo que se establece el art 44 ET, la directiva 2001/23/CE también recoge que la transmisión no es causa para despedir a los trabajadores, bien sea por parte del antiguo empleador como del nuevo.

REFERENCIAS.

- Art 44 Estatuto de los trabajadores.
- Directiva europea 2001/23/CE.
- STJUE 11-7-2018 (C-60-17, Asunto Somoza Hermo).
- STJUE 13 de junio 2019 (C.664/17)
- TS 873/2018 de 27 septiembre
- TS 931/2018 de 24 octubre

SUPUESTO 8. DESPIDO OBJETIVO Y TRASLADO.

1. **Analizar, desde el punto de vista del trabajador, si ante la medida empresarial de traslado tenía otras opciones distintas de la negativa que manifestó y si las mismas eran más aconsejables.**

En este último caso abordaré los aspectos relativos a la movilidad geográfica y que efectos tiene la medida tomada por la empresa. Según nuestro artículo 40 del Estatuto de los trabajadores, regula que para poder trasladar a trabajadores que no hayan sido contratados para desempeñar sus funciones en centros de trabajos móviles o itinerantes a otro distinto de la misma empresa, requiere que esos cambios de residencia tengan su justificación en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Cumpliendo la notificación de 30 días como mínimo a la fecha de ser efectivo, el trabajador podrá estar de acuerdo con el traslado, percibiendo su correspondiente cantidad económica para compensar gastos o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (incluyéndose los gastos comprendidos entre gastos propios y los de los familiares a cargo, según se acuerden ambas partes y respeten los límites del convenio colectivo).

Además, si el trabajador no opta por su extinción de su contrato, pero a su vez no esté de acuerdo tendrá la posibilidad de impugnar tal decisión ante la jurisdicción social, y de esta forma el traslado se podrá considerar justificado o no.

Se debe tener en cuenta que, aunque a priori la empresa tenga razones que justifiquen el traslado por el cierre de la oficina, se tendría que analizar si la empresa ha estado realizando traslados en periodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales allí señalados, sin que concurran causas nuevas que justifiquen dichas actuaciones, y en consecuencia se tenderán efectuados en fraude de ley, siendo declarados nulos y sin efectos. Para lo comentado anteriormente el art 40 marca además en su punto dos, un periodo de consultas con los representantes con duración de 15 días o menos cuando afecte a todo el centro de trabajo y ocupe 5 o más trabajadores o de 90 días si no afecta a todo el centro, pero si afecte a 10 trabajadores en empresas de 100, 10% en aquellas entre 100 y 300, y 30 trabajadores en empresas de más de 300 trabajadores. El fin de estas consultas es evitar o reducir los efectos de las medidas con la intención de ocasionar al trabajador las mínimas consecuencias. Una vez consultado el empresario notificara sobre la decisión a los trabajadores. Por último, este artículo protege también a los cónyuges de cierta manera, es decir, si el cónyuge también perteneciera a la misma empresa tendrá también derecho al traslado de la misma localidad si hubiera puesto y estando la empresa obligada a informar de las plazas vacantes que pudieran producirse en un futuro. La entidad financiera de este caso lleva a cabo lo regulado en el punto 6, en cuanto al abono de además de los salarios los gastos de viajes y dietas que suman concretamente 6000 por gastos de traslados y 700 € brutos mensuales como plus de traslado.

En este caso, el empresario en lugar de llevar a cabo todo lo comentado anteriormente del artículo 40, pasa directamente al artículo número 52, sin darle opción. Es decir, la empresa insta un traslado acordado, y no acude al art 40, intenta

un acuerdo bilateral y ante la negativa del trabajador a aceptar el acuerdo, la empresa no impone el traslado unilateralmente ex art 40, directamente lo despide por creer que existen razones organizativas, aplicando la extinción del contrato por causas objetivas cuando hubiera cabido la posibilidad de ofrecerle al Sr. Aguilera la modalidad de teletrabajo, y al menos plantear algunas opciones distintas. Ciertamente es que cuando se trata de actividades de atención al público es difícil admitir esta modalidad de trabajo a distancia, pero se podrían haber valorado las razones organizativas y entender que el despido debería ser la última acción posible.

La causa es organizativa y la forma y efectos de la extinción por causa objetiva viene recogido en el art 53 ET, donde se regula que el empresario debe comunicarlo al trabajador por escrito expresando la causa, con su respectiva indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateando los meses de tiempos inferiores a un año y el máximo de 1 mensualidades. Ante esto se podrá recurrir como si se tratase un despido disciplinario. Dato importante se marca en la letra C, donde la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinara la improcedencia del despido, " sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan".

Si la autoridad judicial lo califica como nulo, procedente o improcedente, provocara los mismos efectos que se indican para el despido disciplinario, pero con ciertas modificaciones, estas son:

- En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización, entendiéndose en situación de desempleo por causa no imputable a él.
- En caso de improcedente, y el empleador lo readmite, el trabajador tendrá que devolverle la indemnización percibida y si se sustituye la readmisión por una compensación económica, pues de deducirá de esta el importe de dicha indemnización.

2. Qué acciones puede emprender ante el despido, detallando el proceso a seguir, y redactando la demanda a presentar.

El trabajador podrá presentar la demanda por despido según de acuerdo con el art 103 de la ley 36/2011 de 10 de octubre, en los primeros 20 días hábiles desde que se hubiera producido el despido, sin computarse sábados, domingos ni festivos. Las normas aplicables a la impugnación serán las del capítulo del citado artículo sin perjuicio de lo previsto en el artículo 120 y de las consecuencias que veremos posteriormente sustantivas de cada tipo de extinción contractual.

Para las demandas, deberán constar:

- La antigüedad (computándose solo los periodos que se hayan trabajado), la categoría profesional, salario, tiempo y forma de pago, lugar del trabajo, modalidad y duración del contrato, ornada, categoría profesional, y si hubiera características particulares del trabajo antes del momento del despido.

- La fecha efectiva del despido, la forma en la que se realizó, los hechos alegados del empresario con su correspondiente comunicación recibida.
- Si el trabajador hubiera sido representante legal o sindical, o cualquier situación importante que fuera objeto de nulidad o improcedencia.
- Y si el trabajador estuviera afiliado a algún sindicato, y se alegase improcedencia por realizarse este sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

Con todo ello, el modelo de demanda lo he extraído a través de Aranzadi instituciones, en la pestaña de formularios, poniendo como título demanda de despido objetivo.

Demanda de despido objetivo por falta de adaptación a razones organizativas operadas en la empresa. FOR 2011\1328

AL JUZGADO DE LO SOCIAL QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA

Don **Aguilera**, nacido el día (no se especifica en el caso, en adelante "xxx") de **xxx**...---
-**xxx**, con domicilio en **xxx** , con D.N.I. núm. **xxx** ante el Juzgado comparezco, y como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito interpongo ante el Juzgado de lo Social de **.xxx** demanda por despido contra la empresa **Entidad financiera xxx**, con domicilio social en **xxx**, y C.I.F. núm. **xxx**, en la persona de su legal representante, DON **xxx**, la cual deberá tramitarse por la modalidad procesal de extinción por causas organizativas de los artículos 120 y siguientes de la Ley 36/2011, y ello con fundamento en los siguientes

HECHOS

PRIMERO. - Que el que suscribe ha venido prestando servicios en la empresa demandada entidad **financiera xxx**, dedicada a **las finanzas**, en virtud del contrato de trabajo celebrado con fecha **1 de febrero de 2011** de duración indefinida (acompañó como documento número **.xxx...** copia del contrato de trabajo).

SEGUNDO. - Que el que suscribe tiene una antigüedad en la empresa de **10 años, 4 meses y 0 días**, habiendo prestado sus servicios desde el día **26 de mayo de 2011** hasta la fecha del despido (día **1 de Junio de 2021**), en virtud de contrato de trabajo de duración indefinida, con categoría profesional de **xxx** , en el centro de Trabajo sito en **Huelva** , percibiendo la cantidad de **34355,49** euros brutos anuales (incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias y otros conceptos variables.).

TERCERO. - El día **26 de mayo de 2021** se me notificó, mediante carta, la extinción de mi contrato de trabajo con efectividad a partir de ese mismo día, por causas organizativas, de acuerdo con lo establecido en el art. 52 b) del ET **por no estar de acuerdo con el traslado a la localidad de Cenes de la Vega (Granada).**

Que el motivo alegado, aparte de ser totalmente impreciso y no tener encaje en el artículo 52.b) del ET, en modo alguno se encuentra justificado por la empresa demandada, sin que, además, se haya permitido defender dichas acusaciones **ni dar otra posibilidad que evitara el despido.**

Acompaño como documento número **xxx** copia de la referida carta de despido.

CUARTO. - El actor no ha ostentado, en el último año, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, ni se encuentra afiliado a ningún sindicato.

QUINTO. - Tal como se ha expresado, las circunstancias expuestas en la carta de despido infringen los requisitos formales del despido del artículo 53.1 del ET, al ser totalmente imprecisa la causa, a la vez que no guardan ninguna relación con el incumplimiento total o parcial de las funciones asignadas a mi puesto de trabajo, y **solo por rechazar la oferta, afectando al derecho de indemnidad.**

Ello pone de manifiesto que faltan los presupuestos fácticos que condicionan la aplicación del apartado c) del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, que se produzcan cambios por causas organizativas y se haya introducido una modificación razonable y el trabajador no pueda adaptarse al cambio.

SEXTO. - En fecha xxx se interpuso por esta parte solicitud de conciliación sin avenencia, acompañando como documentos xxx y xxx copia de la solicitud y certificación del acta.

SÉPTIMO. - En base a lo expuesto, debe declararse la IMPROCEDENCIA del despido, con todas las consecuencias legales inherentes, debiendo condenar a la demanda a las responsabilidades que se deriven de la presente acción legal.

A los anteriores hechos les son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- El Juzgado ante el cual se interpone la presente demanda tiene jurisdicción bastante y competencias territorial, funcional y objetiva o material para el conocimiento y decisión de la litis, según lo que disponen, los artículos 2.1, 3.1, 4, 9.1 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, en relación con los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, quedando configuradas la competencia objetiva y territorial en los artículos 6 y 10 de la citada Ley de 2011.

LEGITIMACIÓN. - Al tratarse de una relación laboral, de acuerdo con lo previsto en los artículos 16 y 17 de la mencionada Ley de 2011, esta parte tiene legitimación activa para interponer la presente demanda, del mismo modo que la tiene, en su calidad de pasiva, la parte demandada.

En cuanto a la acción, ésta dimana del derecho que tiene la parte actora, desconocido por la demandada y, por tanto, recubierto del interés legítimo a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, habiendo reaccionado frente a la decisión extintiva dentro del plazo de caducidad de veinte días a que se refiere el artículo 121.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011, en relación con los artículos 53.3 y 59.3 del Estatuto de los Trabajadores citado.

PROCEDIMIENTO.- Dada la naturaleza de la acción emprendida por esta parte y a tenor de la pretensión que se postula, es procedente que la presente litis se encauce por las reglas que, al efecto, determinan los artículos 120 a 123 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, al tratarse de un despido por causas objetivas, todo ello con la supletoriedad de las normas previstas en los artículos 103 a 113 de la misma Ley, tal y como se infiere de lo establecido en el artículo 120 antedicho y, en su caso, atendiendo a las normas subsidiarias a que aluden los artículos 80 y siguientes de la tan reiterada Ley, por así indicarlo con carácter general su artículo 102.

FONDO DEL ASUNTO. - **Es de aplicación el artículo 51 del ET, el cual establece que " Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado." . Y al no darle al trabajador opción, y hacerlo de manera unilateral y no bilateral entre empresario y trabajador, se vulnera el derecho a la indemnidad.**

Por ello, se solicita la declaración de improcedencia del despido con los efectos prevenidos en el artículo 53.5 del ET.

COSTAS Y MULTA. - Procede la imposición de costas a la parte demandada, así como la de una multa en su cuantía máxima, en el caso de que se opusiere a las legítimas pretensiones que en esta demanda se actúan.

Por todo lo expuesto,

AL JUZGADO DE LO SOCIAL SUPLIICO: Que, teniendo por presentada esta demanda, con las copias y documentos que se adjuntan a la misma, se sirva admitirla y, previos los trámites legales oportunos dicte Sentencia por la que se declare la

IMPROCEDENCIA del despido de D. **Aguilera** , con efectos del día **1 de junio** , con todas las consecuencias legales inherentes, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos y a todas las responsabilidades económicas que se deriven de la presente acción legal.

PRIMER OTROSÍ DIGO. -Que sin perjuicio de las pruebas que pueda proponer en el acto del juicio oral, al amparo de lo dispuesto en el art. 90.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, interesa al derecho de esta parte que se practiquen las diligencias de citación de la siguiente prueba que esta parte pretende proponer en el juicio:

- INTERROGATORIO DEL DEMANDADO: Del legal representante de la empresa codemandada **xxx**, que deberá ser citado bajo el apercibimiento de que podrán ser tenidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas que se le formulen.

- INTERROGATORIO DE TESTIGOS, debiendo citarse al LEGAL REPRESENTANTE de la empresa **xxx** , a fin de que conteste a las preguntas que le formulará oportunamente esta representación.

AL JUZGADO DE LO SOCIAL SUPLICA: Admita las diligencias de citación para la práctica de las pruebas que esta parte pretende proponer en el acto del juicio.

SEGUNDO OTROSÍ. - Que a los efectos de este procedimiento se designan para la representación y defensa de esta parte, con las facultades más amplias que en derecho hubiere lugar, a los Letrados/Graduados Sociales/ Procuradores del Ilustre Colegio de Abogados/Graduados Sociales/Procuradores de **xxx**, Don / Doña **xxx** y Don / Doña **xxx** , quien suscribe conmigo esta demanda, designándose el domicilio de dichos profesionales a efectos de notificaciones y citaciones, sito en la calle **xxx** de **xxx**, . **xxx**

AL JUZGADO DE LO SOCIAL SUPLICO que tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos.

Es justicia que respetuosamente solicito en Sevilla a 16 de junio de 2021

Firma del demandante y letrado/procurador/graduado social colegiado **xxx**

3. Analiza y califica las decisiones de la empresa en este caso, tanto las relativas al traslado, como las del despido.

El despido por parte de la empresa viene justificado por el cierre de la oficina en Huelva, para trasladar al Sr. Aguilera a Granada, ya que por causas organizativas y productivas la empresa justifica la amortización del puesto y el consecuente traslado por lo aceptar dichas modificaciones este trabajador.

Para poder comentar más a fondo tales decisiones veo oportuno hacerlo de manera paralela con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla. Nº 522/2021 de 24 de febrero. Dicha sentencia es idéntica al caso planteado en donde existe ausencia de prueba que acredite índice alguno de violación del principio de indemnidad, en contraposición a la defensa que hice anteriormente.

La empresa decidió tener menor número de sucursales y por ello se vio en la situación de tener que plantear al trabajador dejar un centro de trabajo por otro que sería fusionando dos de Huelva. No obstante, no ha existido negociación alguna si no que se ha decidido de manera unilateral, pero la empresa no apoya al trabajador porque defiende que la empresa al tener que fusionar y reestructurar sus oficinas y el trabajador no acepta tales condiciones la empresa no viola el principio de indemnidad ni en su caso algún derecho fundamental.

En la sentencia núm. 522/2021 de 24 febrero, el demandante interpuso recurso de suplicación y los fundamentos jurídicos fueron los siguientes:

“No se cumplieron los requisitos legales establecidos para el traslado, sin que exista negociación sino planteamiento unilateral de la empresa de traslado o despido, sin que tampoco exista rechazo del trabajador, sino anteceder a su firma, no conforme”, y la empresa adopta las medidas una vez que el trabajador rechaza las posibles alternativas y por ellos la empresa decide despedirlo.

En este caso, además la empresa le indemniza con 21.189 € lo cual está por encima de lo que le correspondería y 1461,30 € por la falta de preaviso.

En consecuencia y como conclusión, este trabajador podría presentar la demanda, pero en base a la doctrina no estaría respaldado ya que hay un antecedente que bajo estas circunstancias el tribunal apoya a la empresa. No obstante, defendería y lucharía más por este caso ya que en mi opinión no se justifican las causas y ante una actuación de la empresa inadecuada de represalia ante la negativa del trabajador a aceptar la propuesta de la empresa y por todo ello pediría la anulabilidad y en su defecto la improcedencia.

REFERENCIAS.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 522/2021 de 24 febrero

[ANEXO. Selección de jurisprudencia.](#)

- Sentencia del Tribunal Supremo 2924/2020, de 25 de septiembre de 2020. Supuesto 1.

Roj: STS 2924/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2924

Id Cendoj: 28079149912020100027

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 25/09/2020

Nº de Recurso: 4746/2019

Nº de Resolución: 805/2020

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: **STSJ M 6611/2019,**
STS 2924/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA/4746/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social PLENO

Sentencia núm. 805/2020

Fecha de sentencia: 25/09/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 4746/2019 Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

Transcrito por: MCP Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4746/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social PLENO

Sentencia núm. 805/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga D^a.

Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 25 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Luis Suárez Machota, en nombre y representación del trabajador Don Desiderio ., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 19 de septiembre de 2019, en recurso de suplicación nº 195/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, en autos nº 1353/2017, acumulados con autos 205/2018, Juzgado de lo Social número 13 de Madrid y con autos 417/2018, Juzgado de lo Social número 17 de Madrid, seguidos a instancia de D. Desiderio . contra la mercantil Glovoapp23 SL, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Glovoapp23 SL, representado y asistido por el letrado D. Ricardo Oleart Godía.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Desiderio . contra la Empresa GLOVO APP 23, S.L sobre Despido tácito, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Desiderio . contra la Empresa GLOVO APP 23, S.L sobre Resolución indemnizada del contrato de trabajo, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Desiderio . contra la Empresa GLOVO APP 23, SL sobre Despido expreso, debo absolver y ABSUELVO a dicha demandada de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.» **SEGUNDO.** - Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«**PRIMERO.** - El demandante, D. Desiderio ., suscribió con la demandada GLOVO APP 23, S.L el 8 de septiembre de 2015 un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos, o microtarefas como trabajador autónomo, con las condiciones que se reflejan en el documento número 4 del ramo de prueba del demandante que, dada su extensión, se da por reproducido.

El demandante se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social el 01/09/2015, abonando desde dicha fecha las cotizaciones correspondientes. (Documento número 5 del ramo de prueba de la demandada).

SEGUNDO. - Previa comunicación del trabajador de 20/06/2016 sobre la percepción de más del 75% de sus ingresos de dicha Empresa, las partes suscribieron un contrato para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, con el contenido que se refleja en el documento número 5 del ramo de prueba del demandante, que se da por reproducido.

TERCERO. - La Empresa GLOVO APP 23, S.L (en adelante, GLOVO), es una start-up constituida el 9 de septiembre de 2014 cuyo objeto social es la explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes cuenta ajena, actuando como comisionista, así como la realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista u operador logístico. (Nota simple de la demandada en el Registro Mercantil aportada como documento número 14 del ramo de prueba del demandante).

GLOVO es una Compañía tecnológica cuya principal actividad es el desarrollo y gestión de plataformas informáticas mediante las cuales, a través de una aplicación móvil o página web, se permite a comercios locales ubicados en las principales capitales de España, Italia, Francia, Portugal, Argentina, Perú, Chile y Bolivia ofertar sus productos a través de la aplicación (APP) y, en su caso, si los consumidores finales así lo solicitan, intermediar en el transporte y entrega de los productos al cliente final.

A través de la plataforma diferentes comercios locales con los que GLOVO puede mantener acuerdos comerciales, ofrecen una serie de productos y servicios. El consumidor final puede solicitar la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero utilizando la plataforma de GLOVO y abonando el coste del producto y el transporte, y GLOVO pone a su disposición un repartidor que acude al establecimiento, adquiere el producto, y lo lleva hasta su destino. También es posible solicitar sólo el transporte de mercancías de un punto a otro, sin adquisición de las mismas.

Se trata de una plataforma de intermediación 'on demand' de reparto exprés a cuatro bandas en la que se facilita el contacto a personas que necesitan ayuda con sus recados o compras, con los comercios o tiendas locales y con los transportistas o repartidores dispuestos a llevar a cabo el encargo, a quienes se denomina 'glovers'.

La Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados. (Hechos no controvertidos y acreditados a través del documento número 14 del ramo de prueba del demandante, y a través de los dictámenes periciales aportados por la demandada como documentos números 78 a 80 de su ramo de prueba, ratificados en el acto de la Vista por sus autores).

CUARTO. - La actividad que tenía que realizar el actor se gestionaba a través de la APP de la Empresa, y las comunicaciones entre las partes se realizaban mediante correo electrónico.

El actor tenía que realizar los recados o encargos que previamente le ofrecía la demandada siguiendo el sistema siguiente: Previa reserva de la franja horaria en la que deseaba trabajar, el actor activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad (AA), la plataforma asignaba un reparto automático de recados que el trabajador podía rechazar de forma manual. En la modalidad manual (MA), la plataforma no asigna el pedido al repartidor, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que disponibles. Una vez aceptado el pedido el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de GLOVO, siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes.

El trabajador podía rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, en cuyo caso el recado era reasignado a otro repartidor de la misma zona sin penalización alguna.

(Dictámen pericial aportado por la demandada como Documento número 78 de su ramo de prueba y ratificado por el perito en el acto del Juicio).

QUINTO. - El sistema de retribución del actor consistía en el pago de una cantidad pedido en los términos que se reflejan en los precios y tarifas que se adjuntan a su contrato como Anexo I, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del 'glovo sencillo' que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de GLOVO en concepto de comisión por la intermediación realizada.

El sistema de cobro de los servicios se realizaba con periodicidad quincenal, girando el actor a la Empresa la factura de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente. Las facturas eran confeccionadas por GLOVO y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación la cantidad se abonaba por transferencia bancaria. (Bloque de documentos número I del ramo de prueba del demandante).

En el periodo comprendido entre octubre de 2016 y octubre de 2017 el trabajador percibió cantidades dispares por la realización de recados o 'glovos' en los términos que se reflejan en las facturas aportadas por ambas partes al procedimiento, totalizando la suma de lo percibido durante en ese año 18.184,08 euros.

SEXTO.- El trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería. No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana y tampoco la Empresa indicaba los recados a realizar ni cuando tenía que comenzar o finalizar su jornada. Si no se colocaba en posición 'auto- asignación', no le entraban pedidos. Podía rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna. De hecho el actor rechazó pedidos previamente aceptados en ocho ocasiones durante el periodo comprendido entre los meses de julio y octubre de 2017 (documento número 66 del ramo prueba de la demandada, e informe pericial aportado por dicha parte como documento número 78) sin sufrir ninguna consecuencia desfavorables y sin que se rebajara su puntuación por este motivo. (Comparativa de las fechas de reasignación de pedidos con las puntuaciones obtenidas durante los días posteriores).

SEPTIMO. - La Empresa tiene establecido un sistema de puntuación de los 'glovers', clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la Empresa puede decidir bajarle de categoría. (Cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios).

El sistema de ranking utilizado por GLOVO ha tenido dos versiones diferentes: la versión fidelity, que se utilizó hasta julio de 2017, y la versión excellence, utilizada desde dicha fecha en adelante.

En ambos sistemas la puntuación del repartidor se nutre de tres factores: La valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes,

y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa 'horas diamante'. La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos.

Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador.

(Dictámen pericial aportado por la demandada como Documento número 78 de su ramo de prueba y ratificado por su autor en el acto del Juicio, y documentos números 8 y 9 del ramo de prueba del trabajador).

Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.

Durante el periodo comprendido entre el 03/03/2016 y el 25/10/2017 (fecha del último servicio realizado por el demandante) las puntuaciones obtenidas por este último son las que se reflejan en el documento número 62 del ramo de prueba de la demandada, que se da por reproducido).

OCTAVO. - El demandante tenía derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute. (Cláusula quinta del contrato de autónomo TRADE).

El trabajador no estaba obligado a justificar sus ausencias del servicio ante la demandada, debiendo sólo comunicarlas con antelación. Así sucedió durante los días 05/03/2017, 12/04/2017 y 17/04/2017 (folios números 63 a 65 del ramo de prueba de la demandada).

NOVENO. - El contrato suscrito por los litigantes señala que no existe pacto de exclusividad, teniendo el trabajador libertad para contratar con terceros la realización de cualquier clase de actividad con el único límite de respetar el porcentaje de sus ingresos procedentes de GLOVO para seguir ostentando la condición de TRADE de ésta.

El demandante asumía la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo sólo si lo terminaba a satisfacción del cliente), y asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte. Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por GLOVO APP, concretamente la reflejada en el documento número 6 del ramo de prueba del trabajador.

DÉCIMO. - Mientras el trabajador realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino.

UNDÉCIMO. - Para el ejercicio de su actividad, el demandante utilizaba una moto un teléfono móvil de su propiedad, asumiendo todos los gastos inherentes a su uso. (Hechos no controvertidos).

DUODÉCIMO. - El 19/10/2017 el demandante comunicó por correo electrónico a la demandada: " no me encuentro bien, tengo fiebre, me voy a quedar en casa, me quitáis los slots de hoy? ", contestado la Empresa "

Desiderio ., Hecho!"

El 20/10/2017 el demandante comunicó de nuevo: " Sigo enfermo en casa, quitarme cuanto antes los slots de hoy para que pueda trabajar otro compañero. Espero poder trabajar mañana. Un saludo". La demandada contestó: " Hecho"

El 21/10/2017 sigue comunicando el actor: " Sigo enfermo con gripe..no puedo trabajar. Quitarme por favor las horas de hoy sábado y mañana domingo días 21 y 22 de octubre". La Empresa contesta: " Desiderio ., hecho! "

Durante los días 24 y 25 de octubre el trabajador retornó a su actividad habitual, realizando un total de 9 pedidos en cada día, (Documento número 58 del ramo de prueba de la demandada). El 27 de octubre el trabajador comunica de nuevo: Hola, estoy enfermo, no me encuentro bien, voy a trabajar hoy viernes día 27, quítame los slots porfavor"

El 31 de octubre se le contesta por la demandada: " Desiderio ., perdona la demora en responder. No hemos podido solucionártelo a tiempo. Trabajaremos para mejorar nuestros errores

(Bloque de documentos número 9 del ramo de prueba del demandante, y documentos números 58 y 67 a 72 del ramo de prueba de la demandada).

El demandante permaneció en situación de 'incapacidad temporal por contingencias comunes desde el 25/10/2017 hasta el 27/10/2017. (Documento número 9 del ramo de prueba de dicha parte).

DECIMO-TERCERO. - El 18/10/2017 la puntuación del trabajador era de 4,8 puntos; el 21 de octubre, era de sólo 1 punto; el 24 de octubre, de 4,2 puntos; el 25 de octubre (último día que trabajó), de 5 puntos. (Documento número 62 del ramo de prueba de la demandada).

DECIMO-CUARTO. - El 17/11/2017 el trabajador presentó una primera papeleta de conciliación ante el SMAC, afirmando que su relación con la demandada era de naturaleza laboral y que había sido despedido tácitamente el 19/10/2017 como consecuencia de su ausencia por enfermedad, no habiendo vuelto a recibir trabajo desde aquella fecha.

DECIMO-QUINTO. - El 27/11/2017 el actor remitió un Burofax a la demandada con el contenido que se refleja en el documento número 10 del ramo de prueba del primero, que damos por reproducido.

La Empresa contestó a dicho Burofax mediante carta de 12/12/2017 en los términos que se reflejan en el documento número 11 del ramo de prueba del trabajador, que también se da por reproducido.

DECIMO-SEXTO. - El 05/12/2017 el actor presentó la primera demanda por despido tácito contra la Empresa, solicitando que se declarase la nulidad de dicho despido por haberse adoptado con vulneración de su derecho fundamental a la no discriminación por razón de la salud, solicitando que se condenase a la demandada a pagarle una indemnización de 10.000 euros por los daños y perjuicios ocasionados.

DECIMO-SÉPTIMO. - Durante los meses de noviembre y diciembre de 2017 y enero y febrero de 2018 el trabajador no realizó servicio alguno. (Hecho no controvertido).

El 15/02/2018 presentó una segunda papeleta de conciliación ante el SMAC solicitando la extinción indemnizada de su contrato con la demandada por falta de ocupación y efectiva y falta de pago del salario pactado desde octubre de 2017, afirmando nuevamente que los incumplimientos anteriores eran consecuencia de sus ausencias por enfermedad durante los días 21 a 25 de octubre de 2017.

La demanda promoviendo la acción extintiva se presentó el 23/02/2018.

DECIMO-OCTAVO. - El 09/03/2018 el trabajador contestó a una comunicación corporativa de la Empresa diciendo: NO MANDAR MÁS INFORMACIÓN POR FAVOR. GRACIAS.

(Documento número 73 del ramo de prueba de la demandada).

DECIMO-NOVENO. - El 14/03/2018 la Empresa remitió un correo electrónico al demandante con el contenido siguiente: "Apreciado colaborador: Mediante el presente, le comunicamos que de acuerdo con lo previsto en la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios suscrito con Glovo, y debido a voluntad propia, queda rescindida la colaboración con Glovo a todos los efectos en el plazo de 24 horas desde la presente comunicación. Le recordamos asimismo que una vez sea devuelto el material abonado por su parte según contrato suscrito, le devolveremos si procede la fianza depositada por su parte tras la revisión del mismo (...)" . El trabajador contestó a dicha comunicación mediante correo electrónico de 15/03/2018 en los siguientes términos:

"Inapreciable empresa: Deben estar confundidos porque yo no he preavisado cese alguno a Glovoapp23, si no que he puesto una demanda para que el juzgado de lo social extinga mi contrato laboral con Vds. Por su grave modificación e incumplimiento, ex artículo 50 ET . En consecuencia entiendo que a pesar de su retorcida carta, ustedes rescinden lo que llaman la colaboración con Glovo, que yo llamo trabajo puro y simple, por lo que accionaré legalmente". VIGÉSIMO.- El 12/04/2018 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC accionando por despido (expreso), solicitando que se declarase nula dicha decisión por haberse adoptado con vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por Tazón de la salud y a la garantía de indemnidad, reclamando también el pago de una indemnización por importe de 12.000 euros, todo ello

previo reconocimiento de la laboralidad del vínculo mantenido con la demandada que consideraba enmascarado bajo la modalidad de trabajo autónomo.»

TERCERO. - Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D. Desiderio ., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Desiderio ., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social no 39 de Madrid, de fecha tres de septiembre de dos mil dieciocho, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente a la mercantil GLOVO APP 23 S.L. y Ministerio Fiscal, sobre Despido, confirmamos la expresada resolución. Sin costas.»

CUARTO. - Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación letrada de D. Desiderio ., se 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 Asturias, en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019.

QUINTO. - Se admitió a trámite el recurso y habiéndose impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Por providencia de 3 de septiembre de 2020 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 23 de septiembre de 2020, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala en Pleno, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - **1.** En este recurso de casación unificadora se suscitan dos cuestiones distintas:

Si existió una relación laboral entre el actor, que había prestado servicios como repartidor para la empresa Glovoapp23 SL (en adelante Glovo), y esta empresa.

Si la sentencia recurrida incurrió en contradicción e incongruencia al resolver el motivo de suplicación relativo a las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo después de negar la existencia de una relación laboral. La parte recurrente sostiene que, si no existe contrato de trabajo, el órgano judicial tiene vedado pronunciarse sobre los citados extremos.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid en fecha 3 de septiembre de 2018, procedimiento 1353/2017, negó la existencia de relación laboral entre Glovo y el actor, afirmó que el demandante tenía la condición de trabajador

autónomo económicamente dependiente (TRADE) y desestimó las demandas acumuladas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Contra ella recurrió en suplicación el demandante. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 19 de septiembre de 2019, recurso 195/2019, negó la existencia de una relación laboral entre las partes. A continuación, explicó que la sentencia de instancia tiene tres pronunciamientos desestimatorios, relativos a las acciones de despido tácito, extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido expreso. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegó a la conclusión de que en el recurso de suplicación solamente se combatía el despido tácito. Y argumentó que después del supuesto despido tácito del actor (ocurrido el día 21 de octubre de 2017) éste prestó sus servicios profesionales para Glovo los días 24 y 25 de octubre de 2017, por lo que rechaza que se produjera un despido tácito. Por ello, desestimó el recurso de suplicación, confirmando la sentencia de instancia.

El demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019. La parte recurrente formula dos motivos. En el primero afirma que existió una relación laboral entre las partes. En el segundo alega que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia incurrió en incongruencia al analizar la procedencia o improcedencia de las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo porque si no existe relación laboral el Tribunal no debe pronunciarse sobre los citados extremos.

El escrito de impugnación del recurso de casación unificadora presentado por la empresa demandada:

Alega la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, argumentando que la causa de pedir, los hechos y las pretensiones formuladas en uno y otro litigio son distintas.

Sostiene que el recurso incurre en falta de contenido casacional.

Niega que la sentencia impugnada incurra en infracciones legales.

Solicita que por este Tribunal se eleve cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

El Ministerio Fiscal informó a favor de declarar procedente el recurso de casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO. - 1. En primer lugar debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en relación con el primer motivo del recurso. Dicha contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de

septiembre de 2019, recurso 2491/2018; 6 de noviembre de 2019, recurso 1221/2017 y 12 de noviembre de 2019, recurso 529/2017).

La parte recurrente invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, recurso 1143/2019. Tanto en la sentencia recurrida como en la referencial los actores prestaban servicios para la misma empresa (Glovo), en la misma plataforma digital y utilizando la App de esa mercantil. Ambos suscribieron contratos de TRADE. Prestaban servicios como repartidores. Su sistema de trabajo consistía en que los demandantes seleccionaban una franja horaria, activaban su disponibilidad en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarles pedidos, que aceptaban de forma automática o manual. El sistema de asignación de pedidos se realizaba telemáticamente por el algoritmo de Glovo. La selección de las franjas horarias dependía de la valoración del trabajador. El sistema de valoración del trabajador se hacía depender de la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, la realización de los servicios en las horas de mayor demanda y la valoración del cliente final. Los actores estaban geolocalizados durante la prestación de servicios. El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido, a lo que se añadía otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. Las facturas eran confeccionadas por Glovo. El trabajador aportaba el teléfono móvil y la moto. En la sentencia recurrida se habían ejercitado sendas acciones acumuladas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Asimismo se había acumulado una acción de indemnización de daños y perjuicios. En la sentencia de contraste se había ejercitado una acción de despido.

Partiendo de los citados hechos, la sentencia recurrida niega la existencia de un contrato de trabajo y sostiene que el contrato de TRADE es ajustado a derecho. A continuación examina un motivo de suplicación centrado en la acción de despido tácito, argumentando que la parte recurrente solamente impugna dicho despido tácito, habiendo adquirido firmeza el pronunciamiento desestimatorio de instancia respecto de las restantes acciones. Y sostiene que después del alegado despido tácito el actor prestó sus servicios para Glovo, por lo que desestima íntegramente el recurso de suplicación, confirmando la sentencia de instancia, que había desestimado las demandas de despido y extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Por el contrario, la sentencia referencial declara la laboralidad de la prestación de servicios, confirmando la sentencia de instancia, que había declarado improcedente el despido. Existen diferencias entre ambas sentencias. En la recurrida se acumulan tres procesos, en los que se habían ejercitado una acción de despido tácito, otra de extinción indemnizada del contrato de trabajo y una tercera de despido expreso, acumulándose también una acción de indemnización de daños y perjuicios. En la referencial únicamente se enjuiciaba una demanda de despido. Pero concurre la triple identidad del art. 219 de la LRJS en cuanto a la acción de despido ejercitada en ambos pleitos.

Existen también discrepancias a la hora de concretar la forma de prestación de servicios. Pero se trata de diferencias fácticas puntuales resultantes de la distinta actividad

probatoria y de la diferente apreciación de la prueba realizada en cada litigio, las cuales no desvirtúan la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones en ambos procesos exigida por el art. 219 de la LRJS: sendos repartidores de la misma empresa que prestaban servicios en similares condiciones, impugnan la extinción de sus contratos, alegando que se trata de relaciones laborales, lo que es negado por el empleador. La sentencia recurrida niega que exista un contrato de trabajo y confirma la desestimación de la demanda de despido. Por el contrario, la sentencia de contraste sostiene que sí que concurren las notas definitorias de la relación laboral, confirmando la declaración de improcedencia del despido, por lo que concurre el presupuesto procesal de contradicción que viabiliza el recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con el primer motivo del recurso.

TERCERO. - 1. En el escrito de impugnación del recurso de casación unificadora se alega la falta de contenido casacional del recurso argumentando que la pretensión formulada por la parte recurrente consiste en que se case la sentencia recurrida ordenando remitir las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, a la vista del pronunciamiento de esta Sala calificando la relación como laboral, enjuicie las acciones ejercitadas. La parte recurrente sostiene que dicha petición es impropia de un recurso de casación unificadora y esa pretensión trata de obviar que las sentencias de instancia y suplicación dan respuesta a la cuestión controvertida.

Esta Sala ha reiterado que la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la LRJS, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del TS (sentencias del TS de 15 de enero de 2014, recurso 909/2013; 10 de febrero de 2015, recurso 125/2014 y 4 de marzo de 2020, recurso 3041/2017, entre otras).

El presente recurso de casación unificadora no está incurso en la causa de inadmisión consistente en la falta de contenido casacional, al suscitar una cuestión que no ha sido resuelta por esta Sala, existiendo pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia que precisan la intervención unificadora de este Tribunal.

El concreto petitum del presente recurso de casación unificadora, consistente en que se case la sentencia recurrida ordenando remitir las actuaciones al Juzgado de lo Social para que enjuicie las acciones ejercitadas; no supone que se trate de un recurso carente de contenido casacional, por lo que no concurre ningún óbice procesal que impida que este Tribunal entre a examinarlo.

CUARTO. - 1. En el escrito de impugnación del recurso de casación unificadora se solicita que se eleve cuestión prejudicial al TJUE. Esta parte procesal sostiene que la controversia litigiosa constituye un tema de dimensión europea que afecta a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios recogidas en los arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE); así como a los

derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la parte demandada considera que la cuestión debatida afecta al concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Por ello solicita que esta Sala plantee dicha cuestión prejudicial para garantizar el efecto útil de dicho Derecho, para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y por el interés general de la cuestión examinada.

Los Tribunales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno en Derecho interno no están sujetos a una obligación incondicionada de plantear la cuestión prejudicial al TJUE. El TJUE afirma que «el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir [...] de no existir recurso judicial alguno de Derecho interno contra la decisión de un órgano jurisdiccional, éste tiene, en principio, la obligación, cuando se plantee ante él una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, de someter la cuestión al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE» (sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, C-322/16, asunto Global Starnet, apartado 24). Sin embargo, el Tribunal Supremo no está obligado a elevar cuestión prejudicial cuando «comprueba que la cuestión suscitada no es pertinente, que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ya ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión» (sentencia del TJUE de 30 enero 2019, C- 587/17, apartado 77 y las citadas en ella).

En el supuesto enjuiciado, en el que se debate si concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre un repartidor de Glovo y esta empresa, no existen dudas razonables en relación con la aplicación del Derecho de la Unión que justifiquen el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. La calificación de la relación jurídica del actor como un contrato laboral no supone una restricción de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios garantizadas por los Tratados de la Unión, ni vulnera los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A juicio de este Tribunal, las cuestiones prejudiciales cuyo planteamiento solicita esta parte procesal parten de presupuestos que no se corresponden con la efectiva prestación de servicios realizada por el demandante, por lo que no procede elevar cuestión prejudicial ante el TJUE.

QUINTO. - 1. El TJUE dictó auto el día 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Watford relativa a la calificación jurídica de la relación de un transportista con una empresa de transporte de paquetería. En dicho auto el TJUE dispone que la Directiva 2003/88/CE, relativa a

determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que excluye de ser considerado «trabajador» a los efectos de dicha directiva, a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades:

de utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;

aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;

proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo: y

fijar sus propias horas de «trabajo» dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del supuesto empleador.

El TJUE establece dos salvedades:

Que la independencia de esa persona no parezca ficticia.

Que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.

El citado auto se dictó de conformidad con el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, el cual dispone:

«Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.»

Al haberse dictado el mentado auto al amparo del art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, ello implica que ese Tribunal se limitó a reproducir jurisprudencia anterior o que llegó a la conclusión de que no había ninguna duda razonable. Esa resolución del TJUE establece una salvaguarda: la inaplicación de la Directiva 2003/88/CE se excluye cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador, lo que corresponde determinar al Tribunal nacional.

Por consiguiente, si se llega a la conclusión de que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del demandante a Glovo, el citado auto del TJUE no impedirá la calificación de la relación laboral a dichos efectos.

El mencionado auto del TJUE evidencia que no debe plantearse cuestión prejudicial en esta litis. La controversia se contrae a determinar si existe subordinación entre el actor y Glovo y debe resolverse por este Tribunal nacional valorando las concretas circunstancias del supuesto litigioso, sin que existan dudas razonables en relación con la interpretación del Derecho de la Unión Europea.

SEXTO. - 1. En el primer motivo del recurso de casación unificadora se denuncia la infracción de los arts. 1.1 y 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), así como de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del TS de 26 de febrero de 1986, 19 de diciembre de 2005 y 22 de enero de 2008 en relación con el art. 8 del ET y con los arts. 1 y 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (en adelante LETA), alegando que concurren las notas definitorias de la relación laboral.

El art. 1.1 del ET establece: «Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.»

El art. 11.2 de la LETA dispone:

«Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros [...]

No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.»

SÉPTIMO. - 1. El concepto legal de trabajador por cuenta ajena exige que haya una prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente (art. 1.1 del ET). Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la dependencia y la ajenidad son los elementos esenciales que definen el contrato de trabajo [por todas, sentencias del TS (Pleno) de 24 de enero de 2018, recursos 3595/2015 y 3394/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017]. La dependencia y la

ajenidad son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que guardan entre sí una relación estrecha.

2. Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil). En la práctica, debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de los elementos definatorios de la relación laboral en los supuestos dudosos, para determinar si concurre se utiliza la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral. Este Tribunal ha afirmado que «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio» (sentencia del TS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014).

OCTAVO.- 1. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia el 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby, aplicó el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Un College había despedido a profesores empleados por horas, recurriendo a profesores pagados por horas a través de una empresa que funcionaba como una agencia y les ofrecía la posibilidad de inscribirse en ella como trabajadores por cuenta propia para prestar servicios docentes en centros de formación continua. El Tribunal explicó que el concepto de «trabajador» a efectos del art. 141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se refiere «a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración». El Tribunal argumentó: «En lo que respecta a los profesores que tienen la obligación, ante una empresa intermediaria, de efectuar una prestación de servicios específica en un centro de enseñanza, procede analizar especialmente en qué medida se restringe la libertad de los mismos para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo. El hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en este contexto (véase, en este sentido, en materia de libre circulación de trabajadores, la sentencia Raulin, antes citada, apartados 9 y 10)». Por consiguiente, aunque la profesora no estaba obligada a aceptar una concreta prestación de servicios, ello no impedía que se tratase de un trabajador a efectos del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras.

2. La sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi, declaró que el servicio de intermediación de Uber que, a cambio

de una remuneración, utiliza una aplicación para teléfonos inteligentes para poner en contacto a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, tiene que calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes» a efectos del Derecho de la Unión, por lo que está excluido del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en general y de las Directivas 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior y 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico. El TJUE negó que la empresa Uber realice una actividad de mera intermediación. Dicha empresa realiza una actividad subyacente de transporte, que organiza y dirige en su propio beneficio. El TJUE explica que «el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.»

En definitiva, Uber no se limitaba a poner en relación a los conductores con los usuarios a través de una aplicación informática sino que ejercía una «influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores», ejercitando «cierto control sobre la calidad de los vehículos así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores».

NOVENO. - 1. Los criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante son los siguientes [por todas, sentencias del TS de 24 de enero de 2018 (Pleno), recursos 3394/2015 y 3595/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017]:

La realidad fáctica debe prevalecer sobre el nomen iuris 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».

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

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.

Este Tribunal ha utilizado como indicio de la existencia de una relación laboral (sentencias del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3394/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017) la diferencia entre la escasísima cuantía en inversión que el trabajador 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).

Por el contrario, se tratará de un contrato de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral cuando el demandante (sentencia del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3595/2015):

Se limita a la práctica de actos profesionales concretos.

No está sujeto a jornada, vacaciones, órdenes, ni instrucciones.

Practica su trabajo con entera libertad; con independencia y asunción del riesgo empresarial.

DÉCIMO.- Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la

organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial.

El TS explica que hay indicios comunes a la mayoría de los trabajos y otros específicos de algunas actividades laborales. Los indicios comunes de dependencia son los siguientes:

La asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario.

El desempeño personal del trabajo. Aunque no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de 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.

La ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

UNDECIMO. - 1. Este Tribunal ha considerado indicios comunes de la nota de ajenidad los siguientes (por todas, sentencias del TS de 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018):

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 o indicación de personas a atender.

El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.

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.

2. La ajenidad concurre cuando concurren las circunstancias siguientes (sentencias del TS de 24 de enero de 2018, recurso 3595/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017):

Los frutos del trabajo pasan ab initio a la empresa, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados.

No se ha probado que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna.

Tampoco se ha acreditado 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.

La ajenidad en los frutos se produce cuando «la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra» (sentencias del TS de 6 de octubre de 2010, recurso 2010/2009 y 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012).

Este Tribunal ha explicado que «el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo» (sentencias del TS de 29 de diciembre de 1999, recurso 1093/1999 y 25 de marzo de 2013, recurso 1564/2012).

DUODÉCIMO. - Respecto de los trabajadores con vehículo propio este Tribunal ha sentado los criterios siguientes:

La sentencia del TS de 26 de febrero de 1986, consideró laboral la relación de unos mensajeros que prestaban el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios, de acuerdo con las tarifas que tenía establecidas y respondía de su pérdida, extravío, deterioro, hurto o robo cuando su valor no excedía de 20.000 pesetas. Los mensajeros prestaban servicios en motocicletas de su propiedad, abonando los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que se fijaba por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros. Los mensajeros llevaban en su vestimenta y vehículo anuncios de la empresa. Los mensajeros tenían que llamar por teléfono diariamente a la empresa antes de las diez horas, para recibir la orden de los viajes a realizar, siendo penalizados en caso de hacerlo con retraso.

El TS argumentó: «La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente

regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso períodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores».

La sentencia del TS de 26 de junio de 1986 atribuyó naturaleza laboral a la relación del propietario de un vehículo que debía estar diariamente, a la hora y en el sitio fijado, con su vehículo para la recogida de los periódicos o publicaciones impresas editadas por la demandada, transportándolos y repartiéndolos en los puntos de venta conforme a la ruta asignada. Eran de su cuenta los gastos de mantenimiento del vehículo, las averías y reparaciones del mismo, el carburante consumido y los seguros e impuestos, y corrían también de su cuenta las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. Este Tribunal explicó que se trataba de una actividad de reparto y distribución de los periódicos y publicaciones de la demandada, concluyendo que el demandante «ha prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona».

La sentencia del TS de 2 de febrero de 1988, reputó laboral la prestación de servicios de un repartidor de periódicos, quien realizaba diariamente la tarea de acudir de madrugada a los locales de la empresa para cargar periódicos y distribuirlos en los puntos de venta de una ruta previamente determinada, utilizando para ello una furgoneta Renault de su propiedad.

La sentencia del TS de 3 de mayo de 1988, consideró laboral la relación de una persona que realizaba el transporte y reparto de mercancías que le confiaba la empresa, lo que hacía en una motocicleta de su propiedad en la que portaba distintivo de la empresa, llevando también uniforme que revelaba su adscripción a la misma, realizando jornada para ella de 7,15 a 14 horas, reanudándose de 16,15 hasta las 19 o 20 horas. El actor realizaba una ruta fija diaria para algunas entidades y con carácter no diario para otras. Todos los días llamaba por teléfono al mensajero a su empresa para recibir órdenes y rellenar huecos, efectuando los repartos ocasionales que surgían además de los no diarios y los fijos, sin permanecer inactivo en ningún momento.

Reiterados pronunciamientos de este Tribunal han reconocido la existencia de contratos de trabajo en el caso de contratistas con vehículo propio, argumentando que la ajenidad se manifiesta inequívocamente porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo percibiendo directamente los beneficios de esta actividad, sin que los actores fueran «titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. Esta prestación es el elemento fundamental del contrato, sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como

predominante» (sentencia del TS de 18 de octubre de 2006, recurso 3939/2005 y las citadas en ella).

DECIMOTERCERO. - La parte demandada hace hincapié en que el actor tenía pleno dominio del ámbito de organización y dirección porque elegía libremente el día y la hora en que quería prestar servicios. Sin embargo, este Tribunal ha sostenido que la existencia de libertad de horario no excluye en todo caso la existencia de un contrato de trabajo. La sentencia del TS de 25 de enero de 2000, recurso 582/1999, consideró laboral la relación de una limpiadora con una comunidad de propietarios, a pesar de que la trabajadora tenía libertad de horario y podía ser sustituida por un tercero: «a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en "circunstancias especiales" que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.»

DECIMOCUARTO. - **1.** La sentencia del TS de 16 de noviembre de 2017, recurso 2806/2015, declaró la existencia de relaciones laborales de los traductores e intérpretes de una Administración Autonómica que prestaban servicio a través de una plataforma informática de la que era titular la empresa adjudicataria del servicio. La Administración requería los servicios de un intérprete o traductor a la empresa Ofilingua. El personal de atención telefónica de esta empresa, a través de una aplicación informática, localizaba a los traductores e intérpretes más cercanos geográficamente, comprobaba su currículum y se ponía en contacto telefónico con él, informándole. El traductor decidía si acudía o no a desarrollar los servicios. En caso negativo, Ofilingua SL contactaba con otro colaborador. En alguna ocasión en la que el actor no había podido acudir personalmente a prestar asistencia, había acudido su esposa o su hermano. Los colaboradores de la empresa no recibían instrucciones acerca de cómo debían acometer su trabajo. La empresa no había impartido nunca cursos de formación, ni proporcionaba medios materiales para el desarrollo del trabajo, ni autorizaba vacaciones, permisos, licencias...

2. Este Tribunal declaró la existencia de relación laboral porque:

El actor asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación para Ofilingua SL.

Aunque no tenía un horario fijo, éste venía impuesto por las necesidades de los organismos que solicitaban a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir.

Aparentemente el intérprete gozaba de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios. Sin embargo, «Aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar.»

Dicha actividad la desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada.

Debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas a la que se acompaña certificación del órgano judicial en el que había realizado su actividad.

No consta que el actor tuviera algún tipo de estructura empresarial sino por el contrario se insertaba en la organización de trabajo de la entidad demandada.

No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad.

Tampoco impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansaba fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.

La sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carácter personal de la prestación.

DECIMOQUINTO. - En el supuesto enjuiciado en la presente litis, la sentencia recurrida rechaza la laboralidad de la prestación de servicios, en esencia, porque considera que Glovo es una empresa tecnológica cuya actividad se limita a la intermediación. La citada sentencia hace hincapié en lo siguiente:

La libertad de elección de la franja horaria en la que el actor desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activar la posición de auto asignación, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas.

La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).

La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.

La realización personal por el demandante de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, con asunción de los gastos de su uso.

La afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo.

La no existencia de pacto de exclusividad.

La innecesariedad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos.

La asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo terminaba a satisfacción del cliente) y la asunción frente al usuario/cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

En definitiva, la sentencia recurrida concluye que el actor organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.

DECIMOSEXTO.- 1. Glovo es una compañía que ha desarrollado una plataforma informática y que ha suscrito acuerdos con comercios locales que ofrecen determinados productos y servicios. El consumidor final puede solicitar la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero utilizando la plataforma de Glovo, abonando el coste del producto y el transporte, y Glovo pone a su disposición un repartidor que acude al establecimiento y lleva el producto a su destino. También es posible solicitar solo el transporte de mercancías de un punto a otro.

Ambas partes procesales suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o microtarefas. El demandante se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Previa comunicación del actor, las partes suscribieron un contrato de TRADE. Su actividad se gestionaba a través de la app de la empresa. El actor indicaba la franja horaria en la que deseaba trabajar, activaba la posición de auto-asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comenzaban a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica. El repartidor tenía que aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. Una vez aceptado el pedido el repartidor debía llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgían dudas sobre la forma de realizar el pedido, tenía que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas. El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo. Se declara probado que el actor podía rechazar un pedido sin penalización alguna, así como que el trabajador decidía el momento de inicio y

finalización de su jornada y la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería, pudiendo rechazar un pedido a media ejecución sin sufrir penalización alguna.

Glovo tiene establecido un sistema de puntuación de los repartidores clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio, la empresa puede decidir bajarle de categoría. La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa «horas diamante». Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador. Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando. No existía pacto de exclusividad.

Mientras el trabajador realizaba su actividad estaba permanentemente localizado a través de un geolocalizador GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino. El demandante realizaba su actividad con la moto y el teléfono móvil de su propiedad, asumiendo sus gastos. La sentencia recurrida da por reproducido el contrato suscrito entre el actor y la demandada, en cuya cláusula 5.6 se acuerda: «En caso de requerir de un adelanto para el inicio de la actividad se le realizará un adelanto de 100 euros al Glover que lo demande».

El sistema de retribución consistía en el pago de una cantidad por pedido más otra cantidad por kilometraje y tiempo de espera. El precio del «glovo sencillo» que abonaba el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el repartidor percibía 2,50 euros. El resto del precio se quedaba en poder de Glovo en concepto de comisión por la intermediación realizada. El abono de los servicios se hacía quincenalmente. Glovo confeccionaba las facturas. El demandante solo cobraba el servicio si lo terminaba a satisfacción del cliente. En la cláusula 3.4 del contrato suscrito por ambas partes se pacta que «En el supuesto de que el usuario no se encontrara localizable en la dirección fijada de entrega para recepcionar el producto objeto del recado, el Glover tendrá derecho al cobro de su tarifa íntegra por el servicio de transporte». Y en su cláusula 3.5 se acuerda: «si el pedido es cancelado una vez el Glover lo ha aceptado, este tendrá derecho a su porcentaje sobre la mitad del servicio».

También se considera acreditado que el repartidor asumía frente al cliente final los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte. Si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito facilitada por Glovo.

DECIMOSÉPTIMO. - Las partes procesales suscribieron un contrato de TRADE. Sin embargo, no concurren las condiciones exigidas por el art. 11.2 de la LETA para tener la condición de TRADE:

Una de ellas es «Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente». El demandante no llevaba a cabo su actividad con sus propios criterios organizativos sino con sujeción estricta a los establecidos por Glovo.

Otra es «Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.» El actor únicamente contaba con una moto y con un móvil. Se trata de medios accesorios o complementarios. La infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad es el programa informático desarrollado por Glovo que pone en contacto a los comercios con los clientes finales. La citada plataforma constituye un elemento esencial para la prestación de servicio. El actor carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera operar por su cuenta.

DECIMOCTAVO. - 1. Es cierto que en el contrato suscrito por Glovo con el actor constan varios elementos que, en principio, parecen contrarios a la existencia de un contrato de trabajo, como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas.

Pese a ello, la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada. Es cierto que en los hechos probados de autos se afirma que el trabajador podía rechazar pedidos sin penalización alguna. Pero también se declara probado que los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados (hecho probado séptimo). El sistema de puntuación de los repartidores se nutre de tres factores, uno de los cuales es la realización de los servicios en las horas de mayor demanda (las denominadas «horas diamante»). La sentencia da por reproducido el contenido del documento 62 del ramo de prueba de la demandada. En él aparecen las oscilaciones virtualmente diarias de la puntuación del demandante: cada día el programa informático puntuaba al repartidor. El desempeño del actor era evaluado diariamente. La percepción de ingresos del repartidor depende de si realiza o no servicios y de cuántos servicios realiza. Se declara probado que «los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando».

En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada.

La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución.

Se trata de un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtarefas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar.

La empresa ha establecido un sistema de puntuación que, entre otros factores, se nutre de la valoración del cliente final. El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo. Así, la sentencia del TS de 29 de diciembre de 1999, recurso 1093/1999, concluye la existencia de un contrato de trabajo sobre la base de una pluralidad de indicios, incluyendo el hecho de que la empresa tenía «un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad».

DECIMONOVENO. - Existen otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral:

La geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio.

Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación. Así, se establecía que el repartidor debía realizar el servicio en el plazo máximo acordado; se especificaba cómo debía dirigirse al usuario final; se le prohibía utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, Glovo estableció instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio. El actor se limitaba a recibir las órdenes de Glovo en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. La realización de esta tarea estaba sujeta a las reglas precisas impuestas por la empresa.

Glovo proporcionó al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario: cuando se adquiere un producto para entregarlo al consumidor final, el repartidor utiliza una tarjeta de crédito proporcionada por Glovo. Y se pactó que, si el repartidor necesitaba un adelanto para el inicio de la actividad, Glovo le realizaría un adelanto de 100 euros.

Glovo abona de una compensación económica por el tiempo de espera. Se trata del tiempo que el repartidor pasa en el lugar de recogida esperando su pedido.

En el contrato de TRADE suscrito por ambas partes se especifican trece causas justificadas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos

contractuales del repartidor: por retraso continuado en la prestación del servicio; realización deficiente o defectuosa de los servicios; ofensas verbales o físicas a las personas que presten servicios para Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo; transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones encomendadas... Algunas de ellas, como esta última, son trasunto literal de los incumplimientos contractuales que justifican el despido disciplinario recogidos en el art. 54 del ET.

Glovo es el único que dispone de la información necesaria para el manejo de sistema de negocio: los comercios adheridos, los pedidos...

VIGÉSIMO. - 1. En cuanto al requisito de ajenidad, Glovo tomaba todas las decisiones comerciales. El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa. Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores. Ello evidencia que Glovo no es una mera intermediaria entre clientes finales y repartidores. Ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto, son clientes del repartidor, sino de Glovo.

La compensación económica la abona Glovo al repartidor. Esa empresa es quien confecciona cada una de las facturas y posteriormente se las remite a los repartidores para que estos muestren su conformidad y se las girasen a la empresa. Es decir, formalmente era el actor quien giraba su factura a Glovo para que esta se la abonara. Pero en realidad la había confeccionado Glovo, conforme a las tarifas y condiciones fijadas por ella misma, y se la remitía al repartidor para que este se la girase a la empresa y la cobrase.

Respecto a la ajenidad en los riesgos, el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra. Pero no supone que el trabajador responda de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo. La sentencia del TS de 15 de octubre de 2001, recurso 2283/2000, explica que, cuando se pacta que el trabajador no perciba su comisión cuando la operación no tiene éxito o queda anulada, ello no supone que el empleado asuma la responsabilidad del buen fin de las operaciones.

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado se declara probado que el actor asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte. Se trata de un indicio contrario a la existencia de una relación laboral porque normalmente los trabajadores no responden frente al cliente de los daños o pérdidas de los productos transportados, sin perjuicio de que el empleador pueda imponerles una sanción disciplinaria en caso de incumplimiento del contrato de trabajo.

Además el demandante asumía el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos costes corrían a su cargo, percibiendo su retribución en función de los servicios prestados.

Pese a ello, atendiendo a las concretas circunstancias de la prestación de servicios, descritas en los fundamentos de derecho anteriores, no puede decirse que concurriera en el actor el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (sentencias del TS de 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018).

Sí que existe la ajenidad en los frutos porque Glovo se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundará en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo.

El repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios, ni en la relación entre Glovo y los clientes a los que servían los pedidos. No contrató con unos ni con otros, limitándose a prestar el servicio en las condiciones impuestas por Glovo. Es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos los precios que éstos le abonarán y fija unilateralmente las tarifas que el repartidor percibe por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento aquél no tiene la más mínima participación.

Había ajenidad en los medios, evidenciada por la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil y una motocicleta. Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, en la que deben darse de alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio. Y el actor realizaba su actividad bajo una marca ajena.

VIGÉSIMO PRIMERO. - 1. En definitiva, Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los

titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

2. Para prestar estos servicios Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos. Además Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 del ET, estimando el primer motivo del recurso de casación unificadora.

VIGÉSIMO SEGUNDO. - 1. En el segundo motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina se alega que la sentencia recurrida vulnera el art. 97 de la LRJS. Esta parte procesal argumenta que la sentencia de instancia incurrió en contradicción e incongruencia al analizar la procedencia o improcedencia de las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo porque si no existe relación laboral el Juzgado no debe pronunciarse sobre los citados extremos. La parte recurrente sostiene que el Tribunal Superior de Justicia cometió el mismo error que la sentencia de instancia al entrar a conocer del motivo de suplicación en el que se impugnaba el despido tácito, alegando que no debió resolver sobre la extinción de un contrato que no existía. Por ello, esta parte procesal solicita que se anule la sentencia recurrida, remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, partiendo de la calificación como laboral de la relación entre las partes, examine las acciones sometidas a enjuiciamiento.

Hemos explicado que la sentencia recurrida, después de negar la existencia de una relación laboral entre las partes, argumentó a mayor abundamiento que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social tenía tres pronunciamientos desestimatorios, relativos a las acciones de despido tácito, extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido expreso. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegó a la conclusión de que en el recurso de suplicación solamente se combatía el despido tácito. Y argumentó que después del supuesto despido tácito del demandante (el 21 de octubre de 2017) éste prestó sus servicios profesionales para Glovo los días 24 y 25 de octubre de 2017, por lo que rechazó que se produjera un despido tácito.

El recurso de casación para la unificación de doctrina exige el presupuesto procesal de contradicción, salvo en los supuestos de manifiesta falta de jurisdicción, competencia

funcional de la Sala, o cosa juzgada (por todas, sentencias del TS de 30 de diciembre de 2013, recurso 930/2013; 4 de mayo de 2017, recurso 1201/2015 y 12 de septiembre de 2018, recurso 607/2017). Por ello, la parte recurrente debe identificar la sentencia de contraste que reúna los requisitos exigidos por el art. 219 de la LRJS.

La parte recurrente ha incumplido este presupuesto procesal: no identifica ninguna sentencia referencial en relación con el segundo motivo de casación. En el escrito de interposición del recurso de casación unificadora la única sentencia de contraste que se cita es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 25 de julio de 2019, la cual se limita a desestimar el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia, que había declarado improcedente el despido, sin abordar la controversia suscitada en este segundo motivo. La consecuencia es la desestimación de este motivo del recurso de casación unificadora.

VIGÉSIMO TERCERO. - 1. La sentencia recurrida confirma la dictada por el Juzgado de lo Social, que había desestimado las demandas acumuladas de despido y de resolución indemnizada del contrato de trabajo. Como regla general, si el órgano judicial concluye que la relación no es de naturaleza laboral, debe dictar una sentencia declarando la incompetencia del orden social y advirtiendo al demandante sobre el orden jurisdiccional al que le corresponde el conocimiento (sentencia del TS de 26 de noviembre de 2012, recurso 536/2012). Sin embargo, la sentencia recurrida considera que el contrato de TRADE suscrito por las partes procesales es conforme a derecho, por lo que la competencia para conocer de la presente litis estaría atribuida al orden social por el art. 2.d) de la LRJS en el caso de que se declarase que el demandante tenía la condición de TRADE, razón por la cual ni el Juzgado de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia declararon la incompetencia de este orden jurisdiccional.

2. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación por dos razones. Por la inexistencia de una relación laboral entre las partes y porque la extinción de la relación laboral por despido tácito es la única combatida en suplicación, habiendo continuado el actor con su prestación de servicios laborales después del supuesto despido tácito.

Los anteriores fundamentos obligan a estimar el primer motivo de casación unificadora, declarando que la relación entre las partes tenía naturaleza laboral. Pero este Tribunal debe desestimar el segundo motivo del recurso casacional al no haberse invocado una sentencia de contraste idónea, por lo que, oído el Ministerio Fiscal, estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina. Casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte dicho recurso. Revocamos parcialmente la sentencia de instancia, declarando que la relación entre el recurrente y la mercantil

Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral y declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la desestimación de las demandas de despido

tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Sin pronunciamiento sobre costas (art. 235 de la LRJS).

F A L L O

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

Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Desiderio .

Casar y anular en parte la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Desiderio . contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid en el procedimiento 1353/2017.

Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en parte dicho recurso. Revocar en parte la sentencia de instancia, declarando que la relación entre el recurrente y la mercantil Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral y declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la desestimación de las demandas de despido tácito, resolución indemnizada del contrato de trabajo y despido expreso. Sin pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

- Sentencia del Tribunal Supremo 5727/2006, de 4 de julio de 2006. Supuesto 2.

Roj: **STS 5727/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5727**

Id Cendoj: **28079140012006100719**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social** Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2006**

Nº de Recurso:
1077/2005 Nº de

Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ** Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 14932/2004,**
STS 5727/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil seis.

Vistos los autos pendientes ante la sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Ferrán Rosell i Güeto, en nombre y representación de D^a Virginia , contra la sentencia dictada el 23 de diciembre de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 24/04, formalizado por RANDSTAD EMPLEO, ETT, S.A., Noctalia, S.L. Unipersonal y ADECCO T.T., S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona, de fecha 21 de Mayo de 2003, seguidos a instancia de D^a Virginia contra RANSTAD EMPLEO, ETT, S.A., NOCTALIA, S.L. UNIPERSONAL, ADECCO, ETT, S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de mayo de 2003, el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda presentada por Virginia contra RANSTAD EMPLEO, ETT, S.A. NOCTALIA, S.L UNIPERSONAL, ADECCO, ETT, S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, declaro la improcedencia del despido de la demandante comunicado el 20/12/2002 y condeno solidariamente a dichas mercantiles a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opten entre la readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea

efectiva, o el pago a la demandante de la indemnización de 2.414,66 euros mas una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia. Absuelvo, por otra parte, al FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sin perjuicio de sus posibles y futuras responsabilidades legales en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 33 LET".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "I.-La demandante y Adecco, ETT, SA suscribieron en fecha 18-06-2001 un contrato de trabajo temporal por acumulación de tareas el que la actora pasaba a ser puesta a disposición para la empresa Flex Equipos de Descanso, S.A. en la calle Provenza 159 de Barcelona, para realizar trabajos de venta e información a los clientes y ayudar en todas las tareas propias del lugar de trabajo, con el objeto especificado de "debido a la campaña de promoción y rebajas de verano 2001". Dicho contrato fue prorrogado en fecha 30-09-2001 hasta el 31-12-2001. II.-A la finalización del mismo la actora suscribió con dicha ETT un recibo de saldo y finiquito en fecha 30-09-2001. III.- En fecha 02-01-2002 dicha ETT y la actora volvieron a suscribir un nuevo contrato, de idéntica modalidad, con el objeto de cubrir el "incremento de tareas por el período de rebajas y la entrada de nuevos productos", para ser puesta a disposición de la demandada Noctalia, SL, en el centro de la misma en la calle Potosí, 22 de Barcelona. Dicho contrato fue prorrogado el 03-04-2002 hasta el 03-06-2002. IV.- En fecha 04- 06-2002 se volvió a firmar un contrato similar entre las mismas partes para ser puesta a disposición de Noctalia, SL y con el objeto de reforzar el "personal durante el período de verano 2002". Dicho contrato finalizó el 30-09-2002. V.- En fecha 01-10-2002 la actora firmó un contrato con la demandada Ranstad Empleo ETT, S.A. de interinidad, sin especificación del trabajador a sustituir, para ser puesta a disposición de Noctalia, SL. VI.En fecha 20-12-2002 la última de dichas ETT comunicó a la demandante la extinción del referido contrato con efectos del 15-12-2002; comunicación suscrita por la actora con la rúbrica "no conforme". VII.- En el momento de la extinción contractual el salario de la actora era de 1.016 euros con 78 céntimos y su categoría de ayudante de dependienta. VIII.- Desde el 18-06-2001 la demandante ha prestado siempre sus servicios para Noctalia, dedicada a la venta de colchones y ropa del hogar, primero en el centro de trabajo de la calle Provenza y, posteriormente, en el de la calle Potosí, realizando siempre las mismas funciones. IX.- Noctalia pertenece al grupo empresarial Flex. X.- La actora no es ni ha sido en el último año representante de los trabajadores de la empresa".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por RANDSTAD EMPLEO, ETT, S.A., Noctalia, S.L. Unipersonal y ADECCO T.T., S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 23 de diciembre de 2004 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS los recursos de suplicación interpuestos por Noctalia SL Unipersonal y Adecco TT SA contra la sentencia de 21 de mayo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona en autos 15/03 de aquel juzgado seguidos a instancia de Virginia contra Ranstad Empleo, ETT, S.A. Noctalia SL Unipersonal, Adecco, ETT, S.A.

y Fondo de Garantía Salarial y en consecuencia la revocamos absolviendo a las referidas recurrentes de las pretensiones de la demanda. Y debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Ranstad Empleo ETT S.A. contra la referida sentencia y manteniendo la declaración de improcedencia del despido condenamos a dicha demandada a que a su opción le readmita inmediatamente o le indemnice en la cantidad de 352 Euros y al pago de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el 30 de enero de 2003 fecha de la consignación en la cuenta de consignaciones del juzgado. Firme que sea esta resolución devuélvanse a las recurrentes las consignaciones y depósito para recurrir".

CUARTO. - Por el Letrado D. Ferrán Rosell I Güeto, en nombre y representación de D^a Virginia mediante escrito de 18 de marzo de 2005, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de mayo de 2000.

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 improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de junio de 2006, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Las vicisitudes contractuales de la trabajadora que formula el presente RCUO fueron las siguientes: (a) en el periodo 18/06/01 a 31/12/01, contrato temporal con «Adecco ETT, SA», por «campana de promoción y rebajas de verano» para la empresa «Flex Equipos de Descanso, SA», siquiera los servicios se prestaron en , del grupo empresarial de la contratante; (b) del 02/01/02 al 03/06/02 nuevo contrato con la misma «Adecco ETT, SA» y CPD con «Noctalia, SL», basado en «incremento de tareas por el periodo de rebajas y la entrada de nuevos productos»; (c) del 04/06/02 al 30/09/02, también con «Adecco ETT, SA», para «reforzar el personal durante el periodo de verano 2002»; y (d) en 01/10/02, contrato con «Ranstad Empleo ETT, SA», para interinidad en «Noctalia, SL», sin especificación del trabajador a sustituir y con cese comunicado en 15/12/02.

2.- Formulada oportuna demanda, con fecha 21/05/03 el Juzgado de lo Social nº 32 de los de Barcelona dicta sentencia por la que se declara improcedente el despido frente al que accionaba Doña Virginia , con condena solidaria de las codemandadas «Ranstad Empleo ETT, S.A.», «Noctalia S.L. Unipersonal» y «Adecco ETT, S.A.», calculando la indemnización sobre la base de una antigüedad de 18/06/01.

3.- Interpuesto por las tres empresas recurso de Suplicación [en el que «Adecco ETT, S.A.» se limitó a denunciar infracción de los arts. 59.3 ET y 103 LPL, con alegato de caducidad de la acción], la STSJ Cataluña 23/12/04 [rec. 24/04] absuelve a la empresa usuaria [«Noctalia, SL»], por considerar que la responsabilidad solidaria del art. 16.3 Ley

14/94 [1 /Junio] no alcanza a las consecuencias legales del despido; igualmente absuelve a «Adecco ETT, SA», por entender que respecto de ella habría de considerarse caducada la acción [art. 59 ET]; y rechaza que la vinculación laboral, a efectos de antigüedad e indemnizatorios [art. 56.1 ET], se extienda más allá del 01/10/02 .

4.- En el presente RCUD, la trabajadora señala como decisión de contraste la STSJ País Vasco 16/05/00 [rec. 262/00] y denuncia la infracción de los arts. 59.3 ET [caducidad de la acción], 16.3 Ley 14/1994 [responsabilidad solidaria], en relación con los arts. 6 y 8 de la misma disposición legal, y 56.1 ET [antigüedad a los efectos indemnizatorios].

SEGUNDO.- 1.- Tanto el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, como la empresa «NOCTALIA S.L. UNIPERSONAL» en su escrito de impugnación, sostienen que los supuestos contemplados en las dos sentencias contrastadas no son homogéneos y que entre ellas no media la exigible contradicción.

El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios [«se hubiere llegado a pronunciamiento distintos», sostiene el art. 217 LPL] y no la diversidad de ratio decidendi el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina. De ahí que se afirme que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (SSTS -entre tantas- 27/01/92 -rec. 824/91-; 28/01/92 rec. 1053/91-; 27/01/97 -rec. 1179/1996-; 14/10/97 -rec. 94/1997-; 17/12/97 -rec. 4203/96; 06/04/00 -rec. 1270/99-; 17/05/00 -rec. 1253/99; 22/06/00 -rec. 1785/99-; 09/02/04 -rec. 2515/03-; 04/03/04 -rec. 187/03-; 16/03/04; 07/04/04 -rec. 2029/02-; 17/09/04 -R. 4301/2003-; 07/10/04 -rec. 4523/03-; 10/02/05 -rec. 949/04-; 07/04/05 -rec. 430/04-; 08/04/05 -rec. 1859/03; 25/04/05 -rec. 3132/04-; y 04/05/05 -rec. 2082/04).

2.- Los datos trascendentes -a efectos de contradicción- de la sentencia recurrida ya han quedado referidos en el precedente fundamento y a él nos remitimos. Y en el supuesto de la sentencia de contraste es de señalar que la trabajadora había prestado servicios para la empresa «Sermicro», realizando siempre las mismas funciones, en los siguientes periodos y bajos estas modalidades: (a) contratación directa y contrato de trabajo para el periodo 19/11/90 a 18/05/93; (b) contratación directa y por acumulación de tareas del 02/01/95 al 01/07/95; (c) a través de «Faster Ibérica ETT, SA» del 10/07/95 al 09/01/96, del 15/01/96 al 30/08/96 y del 20/09/96 al 08/01/97, siendo siempre empresa usuaria «Sermicro»; (d) directamente por «Sermicro» y en causa a acumulación de tareas, en el periodo 13/01/97 a 12/05/97; (e) de nuevo por «Faster Ibérica ETT, SA» del 19/05/97 a 29/08/97 y del 16/09/97 a 31/12/97; y a través de «Totalser, SA ETT» por los periodos 05/01/98 a 31/01/98 y 02/02/98 a 24/04/98.

Sobre esta base, la STS País Vasco 16/05/00 [rec. 262/00] confirma la declaración de improcedencia del despido por el que se accionaba y la condena solidaria de las tres empresas demandadas, rechazando la caducidad de la acción [art. 59 ET] que argumentaba la primera ETT contratante «Faster Ibérica ETT, SA», la falta de legitimación pasiva [art. 16.3 Ley 14/1994] esgrimida por la empresa usuaria y la relativa a la antigüedad [02/01/95] y consiguiente indemnización [art. 56.1 ET], por considerar se estaba en presencia en un único vínculo contractual, enmascarado con sucesivos CPD, en los que las ETT resultaban ser simples empresarios aparentes.

3.- Las anteriores referencias nos llevan a afirmar que las situaciones a contrastar sí son homogéneas y que entre las sentencias se produce la exigible contradicción [art. 217 LPL]. Conclusión que no enerva el hecho de que el escrito de formalización del recurso no se prodigue en los detalles que aconsejaba la buena técnica procesal, porque lo cierto es que -pese a su defectuosa parquedad- refiere en sustancia los datos imprescindibles para apreciar la diversidad entre resoluciones judiciales pronunciadas en supuestos esencialmente iguales, tanto en su componente fáctico como en sus respectivas pretensiones. Ambas resoluciones judiciales nos sitúan ante una trabajadora que presta servicios ininterrumpidos para una determinada empresa en virtud de sucesivos contratos de puesta a disposición [CPD] y para realizar -siempre los mismos cometidos laborales; contratos que las dos sentencias califican de fraudulentos, pero respecto de los cuales llegan a dispares consecuencias en orden a la posible caducidad de la acción respecto de la primera ETT contratante, a los sujetos que han de ser condenados y al alcance - indemnizatorio y/o solidario de su responsabilidad.

TERCERO.- 1.- Tampoco compartimos el criterio del Ministerio Fiscal respecto de que el recurso incurre en defectuosa fundamentación de la infracción legal.

Resalta la doctrina unificada que una vez lograda la constancia de la contradicción producida, este recurso consiste sin más en un recurso de casación clásico en que la Sala ha de examinar las infracciones cometidas en la Sentencia recurrida, con el fin de determinar si la misma quebranta la unidad de doctrina [art. 226.2 LPL] (SSTS 30/09/97 -rec. 540/97-; y 24/11/99 -rec. 4277/98 -), pues si bien el elemento predominante y destacable en el RCUD es la existencia de la contradicción, la unificación doctrinal que se persigue únicamente se logra a través del examen de la infracción alegada y cometida, reponiendo la situación a lo que sea conforme al ordenamiento jurídico (SSTS 12/04/95 -rec. 1289/94-; 24/11/99 -rec. 4277/98-; y 20/12/01 -rec. 4475/00 -). Exigencia que no se cumple con sólo indicar los preceptos que se considere aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (SSTS 25/04/97 -rec. 3827/96-; 24/11/99 -rec. 4277/98-; y 20/12/01 -rec. 4475/00 -). Sin que resulte tampoco posible suplir la deficiencia a través de la fundamentación del presupuesto de contradicción de sentencias, ya que este último se refiere a un presupuesto distinto, y atiende a un aspecto diferente del recurso de

unificación de doctrina (SSTS 17/05/01 -rec. 3263/00-; 09/03/04 -rec. 2023/03-; y 30/03/05 -rec. 226/04-).

2.- Pues bien, en el presente supuesto, el recurso contiene tres sucesivos apartados -siquiera no numerados en los que con resaltada letra negrilla su autor trata de las tres materias jurídicas objeto de la denuncia sobre preceptos infringidos: (a) caducidad de la acción, en la que se razona sobre la aplicación de los arts. 59.3 ET, 103 LPL y 64.2.b LPL, con falta de decadencia respecto de un despido producido antes de veinte días previos a la presentación de la demanda; (b) responsabilidad de la empresa usuaria en los casos de contratación en fraude de Ley, con argumentación basada en la vulneración de los arts. 6, 8 y 16.3 Ley 14/1994, así como 6.4 del CC, dado que estamos en presencia -se dice- ante una relación laboral encubierta con fraudulentos contratos amparados en la LETT; y (c) cómputo de la antigüedad a los efectos indemnizatorios, en que se trata de alegada infracción del art. 56.1 [apartados a) y b)] ET, por considerar que la relación laboral era única e iniciada en 18/06/01.

Y superados los obstáculos procesales procede examinar la doctrina aplicada en una y otra sentencia recurrida y de contraste- para fijar la que es conforme al Ordenamiento jurídico y sentar - así- la unificada.

CUARTO.- Admitimos la primera infracción que se denuncia, la relativa a la indebida aplicación del art. 59.3 ET respecto de la codemandada «ADECCO ETT, S.A.», al no compartir la argumentación que a efectos absolutorios lleva a cabo el Tribunal Superior, cuya decisión pretende justificar afirmando que «a pesar de que se considere que la contratación entre las partes adolece de fraude de ley no puede condenarse a esta recurrente, pues desde la finalización de prestación de servicios para esta sociedad [30/09/02] [...] hasta el 15 de Diciembre de 2002, han transcurrido con exceso los veinte días hábiles de caducidad de la acción de despido a que se refiere el art. 59.3 del ET ».

No coincidimos con el argumento, porque lo que en las presentes actuaciones se impugna es la decisión extintiva operada en 15/12/02, de forma que el plazo de caducidad [20 días hábiles] inicia su cómputo al siguiente día de aquel en que cesa el trabajador, conforme declaran expresamente los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL, y reitera la doctrina unificada (STS 17/12/96 -rec. 1838/96-; y ATS 22/02/99 -rec. 3687/98 -), por lo que ninguna otra fecha es argumentable a los efectos de la posible decadencia del derecho.

Realmente, la cuestión que en el fondo late es muy otra, pues si con fecha 30/09/02 la trabajadora cesó en su relación -cualquiera que sea su naturaleza- con «ADECCO ETT, S.A.», es obvia consecuencia que desde tal fecha desaparece la cualidad empresarial respecto de una trabajadora que pasa a ser contratada por otra empresa [«RANSTAD EMPLEO ETT, S.A.»] y que es precisamente la que comunica el cese por el que se acciona [15/12/02]. De esta manera el tema - responsabilidad de «ADECCO ETT, S.A.»- habría de situarse no en el plano de la caducidad que se alegó en trámite de suplicación y que la sentencia del Tribunal Superior aceptó, sino en el muy diferente de la falta de legitimación pasiva, que ciertamente pudiera haber invocado -pero no hizo la citada empresa en su recurso de Suplicación, cuyo debate limitó a la excepción de caducidad.

Aunque -por lo dicho- bien pudiera haber prosperado la absolución de la citada empresa por la referida vía [de haberse suscitado oportunamente], lo cierto es que ni sería admisible su planteamiento en este trámite, porque se trataría de inaceptable cuestión nueva, ni tampoco la Sala puede tenerla en cuenta de oficio a la hora de resolver el debate planteado en suplicación, pues con ello se vulneraría el principio dispositivo y de rogación que rige el proceso, colocándose a la otra parte en situación de indefensión y vulnerándose su derecho a la igualdad como litigante con tal actuación de oficio. No hay que olvidar -la afirmaciones se han hecho respecto del recurso de casación, pero son extrapolables al de suplicación- que el Tribunal no puede asumir una función de defensa material de la parte, con quiebra del principio de imparcialidad inherente a la función de juzgar e improcedente aplicación del principio «da mihi factum, dabo tibi ius», que es ajeno al recurso extraordinario [STS 30/03/05 -rec. 226/04 -], por su carácter acentuadamente técnico- jurídico y hallarse sometido a motivos legalmente regulados que han de ser objeto de la exposición correspondiente, lo que determina que «los poderes de la Sala están limitados por los motivos del recurso», de modo que «no puede ésta de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» [STS 29/09/03 rec. 4775/02-] (SSTS 27/04/05 -rec. 4596/03 -; y 16/01/06 -rec. 670/05-). Lo que en el caso de autos significa, que apreciada en el presente trámite la infracción relativa a la caducidad que en su día había acogido el Tribunal Superior, queda sin efecto la consiguiente absolución acordada en la sentencia dictada en suplicación y ha de mantenerse la condena que respecto de la misma empresa había pronunciado la sentencia de instancia.

QUINTO. - El adecuado examen de la cuestión que se plantea en segundo término, el relativo a las consecuencias atribuibles a un despido improcedente producido en el marco de un contrato de puesta a disposición [CPD], requiere una serie de previas consideraciones, tan elementales como clarificadoras.

En el plano histórico ha de destacarse que en nuestro Derecho es tradición jurídica la ilegalización de aquel fenómeno interpositorio -cesión de trabajadores- consistente en que una empresa que ha contratado a trabajadores los pone a disposición de otro empresario para que presten sus servicios en la organización productiva de este segundo. Ilegalización que -con algunas excepciones, como el trabajo de estiba y desestima [art. 10 DEP]; deportistas profesional [art. 11 DDP]; personal alta dirección [art. 9 DAD]; y circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas [SSTS 26/11/90 rec. 645/90; 30/06/93 rec. 720/92; 26/01/98 rec. 2365/1997; 21/12/00 rec. 4383/1999; 26/09/01 rec. 558/2001; 23/01/02 rec. 1759/2001; y 04/04/02 rec. 3045/2001]- parte del Decreto-Ley 15/Febrero/52, pasa al art. 19.1 LRL [Ley 16/1976, de 8 /Abril] y posteriormente se ubica en el art. 43 ET , que contenía la absoluta prohibición del fenómeno, hasta que con la liberalización del mercado laboral se deroga el art. 43 ET y se sustituye por el art. 2 RD-Ley 18/1993 , se redefine en el art. 2 Ley 10/1994 [19/Mayo] y se refunde [RD Legislativo 1/1995 , de 24/Marzo] como nuevo art. 43 ET , admitiendo la cesión de trabajadores llevada a cabo por autorizadas ETT, cuyo régimen se contiene en la Ley 14/1994 [1/Junio] y en el RD 4/1995 [13 /Enero].

Y en el concreto terreno normativo actual se impone señalar que conforme a la vigente regulación contenida en el art. 43 ET , «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan» [art. 43.1]; de no ser así, los empresarios -cedente y cesionario- «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social» [art. 43.2]; aparte de que se le confiere -al trabajador objeto de tráfico ilícito- el derecho a incorporarse con la cualidad de fijo en cualquiera -a su elección- de las empresas intervinientes en la cesión prohibida [art. 43.3]. Por su parte, en la regulación contenida en la LETT , se dice en su art. 6.2 que «podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores »; en el art. 8 se excluye del CPD los casos de sustitución de trabajadores en huelga, actividades peligrosas determinadas reglamentariamente, cobertura de puestos de trabajo previamente objeto de amortización, despido o cobertura por anterior CPD, y cesión a otra ETT; y en el art. 16.3 se dispone la responsabilidad de la empresa usuaria respecto «de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, «subsidiariamente» con carácter general y de forma «solidaria» para «el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley ».

SEXTO.- 1.- Conforme a tales previsiones normativas -en concreto, de acuerdo con el art. 43.1 ET- es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, lo que comportaría responsabilidades administrativas [arts. 18 y 19 LISOS], penales [arts. 312 y 313 CP], la solidaria respecto «de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social» [art. 43.2 ET] y la adquisición -optativa- de la cualidad de trabajador fijo en cualquiera de las empresas. Tal conclusión no ofrece la menor duda, dada la genérica prohibición del fenómeno interpositorio y su exclusiva admisión cuando se realice por ETT «debidamente autorizadas», tal como expresamente refiere el art. 43.1 ET.

2.- Más dudosa se presenta la cuestión -en cambio- cuando el defecto se presenta respecto de la segunda exigencia que impone el art. 43.1 ET para la validez del fenómeno interpositorio, esto es, la de que el CPD se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan». El dilema se suscita respecto de si la expresión utilizada por la norma alude a la autorización administrativa, que previamente refiere, o si va dirigida a la regulación legal -léase, requisitos- de la propia cesión a través de ETT.

En nuestra opinión debe imponerse la última de las opciones; en primer lugar, por criterios de mera interpretación literal, porque si las ETT han de estar «debidamente autorizadas», su válida constitución como tales necesariamente implica que lo han sido -precisamente- «en los términos que legalmente se establezcan», de forma que el segundo inciso resultaría ser -de interpretarse conforme a la tesis opuesta- inútil reiteración del primero; y en segundo término, por imponerlo también los antecedentes históricos -radicalmente

prohibitivos de la regulación legal en la materia, de forma que la excepcional admisión de la cesión de mano de obra que rige actualmente no puede ser objeto de interpretaciones extensivas opuestas al principio general prohibitivo en nuestro Derecho, histórico y presente.

3.- De todas formas es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras sobre la anterior conclusión. Nos referimos concretamente al inciso segundo del art. 16.3 LETT, en el que se dispone -como antes hemos adelantado- que la responsabilidad de la empresa usuaria respecto «de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, será «solidaria» para «el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley ».

Aunque sea sostenible que la regla determina específicamente las responsabilidades de la empresa usuaria, que limitaría a las exclusivas obligaciones salariales y de Seguridad Social, de forma que dejaría sin efecto -en tanto que regulación singular- las prevenciones contenidas en el art. 43 ET , hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría -cualquiera que fuesen los defectos del CPD- la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que nos parece más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores [con la salvedad legal de las ETT: arts. 43.1 ET y 1 LETT] entender que el inciso segundo examinado -declarando la responsabilidad solidaria- no consagra excepción alguna al art. 43 ET , sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el art. 43.2 ET , siquiera -por su condicionante inciso primero, al que va referido- con la más limitado expresión de «obligaciones salariales» y no la más amplia de «obligaciones contraídas con los trabajadores» utilizada en el precepto estatutario.

4.- Lo que nos parece ya meridianamente claro es que la expresión legal examinada [«los términos que legalmente se establezcan»] no comprendería -como integrante de cesión ilegal- determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC.

SÉPTIMO. - Bien pudiera afirmarse que algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la ETT, de manera que las consiguientes responsabilidades serían de injusta exigencia a esta última empleadora. Pero frente a tal consideración cabe argumentar: a) limitar las obligaciones de la ETT -en este aspecto- a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al

cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTs 26/11/90 rec. 645/90; 30/06/93 rec. 720/92; 26/01/98 rec. 2365/1997; 21/12/00 rec. 4383/1999; 26/09/01 rec. 558/2001; 23/01/02 rec. 1759/2001; y 04/04/02 rec. 3045/2001); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria -e infractora- respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT]; y d) alguna otra garantía -también laboral correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria [cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTs 11/09/86, 17/01/91 -rec. 2858/89- y 08/07/03 -rec. 2885/02 -], en manera alguna excluye la reclamación -de todo orden- que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora.

OCTAVO. - 1.- Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que la doctrina mantenida en la sentencia objeto de recurso es incorrecta, al mantener que la responsabilidad solidaria se limita - ex art. 16 LETT - a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, sin alcanzar a las consecuencias del despido, de inexistente naturaleza remuneratoria. Aunque tampoco aceptamos que sea correcta la doctrina aplicada por la sentencia de contraste, que en el orden formal coincide con el argumento de la recurrida, pero que llega a diversa consecuencia -la condena a la de la empresa cesionaria- por la vía de entender que los sucesivos CPD cumplían el papel de enmascarar la figura del auténtico empleador -la empresa que recibía los servicios- y que las ETT se limitaban a ser simples empresarios aparentes; que es la tesis que se defiende en el presente RCUD con la denunciada infracción de los arts. 16.3 LETT y 6.4 CC, afirmando que los CPD eran fraudulentos y ocultaba la realidad de un contrato de trabajo entre la empresa formalmente usuaria y la demandante, ab initio de carácter indefinido; denuncia ésta última [la del art. 6.4 CC] que ineludiblemente ha de llevarnos como hemos indicado a la aplicación del precepto que aquella apariencia trataba de soslayar, el art. 43.2 ET.

2.- Esta circunstancia de no coincidir exactamente con la tesis mantenida en las dos sentencias contrastadas no impide -de todas suertes- que acojamos el motivo de casación que se formula, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas» (STS 30/01/03 -rec. 1429/01 -), sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada» (SSTs 14/07/92 -rec. 2273/91-; 22/09/93 -rec. 4123/92-; 21/12/94 -rec. 1466/94 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues «pese a que las pretensiones

impugnatorias sólo pueden respaldarse en la apreciación de discrepancias entre distintas sentencias, resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación», tal como impone el art. 225.2 LPL (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

3.- En concreto, si en el supuesto que es objeto de debate la trabajadora ha prestado servicios ininterrumpidos para «Noctalia, SL» desde el 18/06/01 y hasta el 15/12/02, realizando siempre las mismas funciones y utilizándose al efecto sucesivos CPD, en coherencia con nuestras precedentes argumentaciones hemos de concluir que contratación es fraudulenta [declaración en la que coincide la propia sentencia recurrida, en el fundamento segundo in fine], por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese como despido improcedente [calificación a la que se han aquietado las partes recurrentes en suplicación] ha de atribuirse solidariamente a las ETT [«Adecco ETT, S.A.» y «Ranstad Empleo ETT, SA»] y a la empresa usuaria [«Noctalia, SL»], en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET , por imponerlo así el mandato del art. 6.4 CC [«los actos realizados ... en fraude ... no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»].

NOVENO. - 1.- Una última cuestión resta por tratar y es la relativa a la antigüedad computable a los efectos de calcular la indemnización; extremo sobre el que versa la última de las infracciones normativas denunciadas, la del art. 56.1 ET , que igualmente estimamos concurrente, al entender que ha de mantenerse la antigüedad de la inicial prestación de servicios.

2.- En efecto, si ya desde la fecha del primer CPD [18/06/01] la contratación temporal de la trabajadora nos ha merecido la calificación de fraudulenta, por atender a necesidades permanentes de la empresa y no a las temporales aducidas y que son propias del CPD, desde aquella fecha la relación ha tenido cualidad de indefinida y las posteriores contrataciones -también temporales- para nada afectaron a la existencia de ese único e indefinido vínculo.

3.- Con independencia de la precedente consideración, lo cierto es que el caso que examinamos constituiría en todo caso -de no apreciarse un solo vínculo contractual por tiempo indefinido ya desde que se inició la prestación de servicios- paradigmático supuesto al que aplicar doctrina unificada relativa a la determinación de la antigüedad en supuestos de sucesivos contratos temporales. En efecto, tratándose de ellos, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización -el tiempo «de servicio» a que alude el art. 56.1 ET - se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión -regular- de varios sin una solución de continuidad significativa (SSTS 20/02/97 -rec. 2580/96-; 21/02/97 -rec. 1400/96-; 25/03/97 -rec. 3520/96-; 05/05/97 -rec. 4063/96-; 29/05/97 -rec. 4149/96-; 29/05/97 -rec. 2983/96-; 02/07/97 -rec. 3521/96-; 17/11/97 -

rec. 896/97-; 17/03/98 -rec. 2484/97-; 06/07/98 -rec. 3679/97-; 13/10/98 -rec. 353/98-; 16/03/99 -rec. 2850/98-; 30/03/99 -rec. 2594/98-; 16/04/99 -rec. 2779/98-; 29/09/99 -rec. 4936/98-; 15/02/00 -rec. 2554/99 -), con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito (SSTS 10/04/95 -rec. 546/94-; 17/01/96 -rec. 1848/95-; 13/10/98 -rec. 353/98-; 16/03/99 -rec. 2850/98-; 30/03/99 -rec. 2594/98-; 29/09/99 -rec. 4936/98-; 15/02/00 -rec. 2554/99-; 15/11/00 -rec. 663/00-; 18/09/01 -rec. 4007/00-; 27/07/02 -rec. 2087/01-; y 19/04/05 -rec. 805/04 -), pues «en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, [...], se entiende que la antigüedad [...] se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal», pues «la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (SSTS 27/07/02 -rec. 2087/01-; y 19/04/05 -rec. 805/04 -, que la reproduce literalmente con cita de múltiples antecedentes, y entre ellos, las SSTS 12/11/93 -rec. 2812/92 -, que aplica la doctrina, a falta de norma o pacto en contrario, al complemento de antigüedad; 10/04/95 -rec. 546/94-, que lo hace a una cláusula contractual de no reconocimiento de la antigüedad acumulada en contratos temporales, negando su validez; 17/01/96 -rec. 1848/95-, que lleva a cabo una formulación general; 16/03/99 -rec. 2850/98-, que hace uso de la doctrina para supuesto en el que la relación de trabajo había atravesado distintas fases por cambio de titularidad de la empresa; 30/03/99 -rec. 2594/98-, que mantiene el criterio del cómputo efectivo del tiempo de trabajo en la empresa en supuestos de sucesión ininterrumpida de dos o más contratos de trabajo; y 15/11/00 -rec. 663/00-, para contrato sucesivos sin solución de continuidad significativa y median recibo de finiquito), pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos (STS 12/11/93 -rec. 2812/92 -); y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (SSTS 12/11/93 -rec. 2812/92-; 10/04/95 -rec. 546/94-; 17/01/96 -rec. 1848/95-; 22/06/98 -rec. 3355/97-; 20/12/99 -rec. 2594/98-).

DÉCIMO.- Todo lo precedentemente indicado comporta la estimación del recurso y que se resuelva el debate suscitado en suplicación de acuerdo a la doctrina expresada, de forma que se impone mantener los pronunciamientos llevados a cabo por la sentencia recurrida en suplicación, tanto respecto de la Empresa formalmente usuaria [«NOCTALIA, S.L.»], cuanto de ambas ETT [«ADECCO ETT, S.A.» y «RANSTAD EMPLEO ETT, S.A.»] y también del FOGASA, así como sobre los pronunciamientos accesorios. Sin que haya lugar a pronunciamiento sobre costas en este trámite (art. 233 LPL).

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

FALLAMOS

Que acogiendo el recurso para la unificación de doctrina que ha sido formulado por Doña Virginia , casamos y anulamos la sentencia que con fecha 23/12/2004 ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 24/2004 , y resolviendo el debate suscitado en trámite de suplicación frente a la sentencia de 21/05/2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos 15/2003 , mantenemos todos los pronunciamientos efectuados en la indicada resolución de instancia, incluidos los relativos a los depósitos, costas y aseguramientos, respecto de los codemandados «NOCTALIA, S.L.», «ADECCO ETT, S.A.», «RANSTAD EMPLEO ETT, S.A.» y FONDO DE GARANTIA SALARIAL.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de su 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. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

- Auto Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C- 439/18, 472/18 (TJCE 2019, 228). Supuesto 3.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE Caso OH and ER contra AGENCIA ESTATAL DE

LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA AEAT. Auto de 15 octubre 2019

TJCE\2019\228



CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: Legislación aplicable: Fijos discontinuos: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CEE): cláusula 4 de no discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo: vulneración: estimación: normativa y práctica empresarial nacionales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo. ECLI:ECLI:EU:C:2019:858

Jurisdicción:Comunitario

/

Ponente:C. Vajda

ECLI:EU:C:2019:858

AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Séptima) de 15 de octubre de 2019 (*)

* Lengua de procedimiento: español.

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 97/81/CE — Acuerdo

Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial — Cláusula 4 — Trabajadores y trabajadoras — Principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre

hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación — Directiva 2006/54/CE —

Artículo 14, apartado 1 — Trabajador fijo discontinuo — Reconocimiento de la antigüedad — Método de cálculo de los trienios — Exclusión de los períodos no trabajados» En los asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante autos de 18 y de 22 de junio de 2018, respectivamente, recibidos en el

Tribunal de Justicia el 2 y el 19 de julio de 2018, en los procedimientos entre
OH (C-439/18), ER (C-472/18) y

Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) ,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Séptima),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, en funciones de Presidente de Sala, y los Sres. C.
Vajda y A. Kumin (Ponente), Jueces;

Abogada General: Sra. J. Kokott; Secretario: Sr. A. Calot Escobar; habiendo considerado
los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas:

en nombre del Gobierno español, por el Sr. L. Aguilera Ruiz, en calidad de agente;

en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. M. van Beek y J. Rius, en calidad de
agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogada General, de
que los asuntos acumulados sean juzgados sin conclusiones;

dicta el siguiente

Auto

1

Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), que figura en el anexo de la [Directiva 97/81/CE \(LCEur 1998, 124\)](#) del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9), y de los [artículos 2, apartado 1, letra b\), y 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54/CE \(LCEur 2006, 1696\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23).

2

Estas peticiones se han presentado en el marco de sendos litigios entre las Sras. OH y ER, por un lado, y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en lo sucesivo, «AEAT»), por otro, en relación con el cálculo de su antigüedad como trabajadoras fijas-discontinuas a los efectos de poder percibir trienios.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 97/81 (LCEur 1998, 124)

3

De conformidad con su [artículo 1](#) , la [Directiva 97/81 \(LCEur 1998, 124\)](#) «tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco [...] celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general [Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y Confederación Europea de Sindicatos (CES)], tal y como figura en el anexo».

Acuerdo Marco

4

El párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco precisa que este «enuncia los principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo a tiempo parcial. Asimismo, ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para la eliminación de la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y de contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores».

5

La cláusula 3, punto 1, del Acuerdo Marco define al «trabajador a tiempo parcial» como el «trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

6

La cláusula 3, punto 2, párrafo primero, del Acuerdo Marco define al «trabajador a tiempo completo comparable» como el «trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias».

7

La cláusula 4 del Acuerdo Marco, que lleva como epígrafe «Principio de no discriminación», dispone:

«1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis .

[...]»

Directiva 2006/54 (LCEur 2006, 1696)

8

El [artículo 2](#) de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#) establece:

«1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

“discriminación directa”: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;

“discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

[...]».

9

El artículo 14 de la Directiva, cuyo epígrafe es «Prohibición de discriminación», dispone:

«1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de

retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;

la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito

proporcionado.»

Derecho español

10

El [artículo 12](#) del [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre \(RCL 2015,](#)

[1654](#)), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015, p. 100224; en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), preceptúa:

«1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por “trabajador a tiempo completo comparable” a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

[...]

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. [...]

El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:

[...]

d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

[...]»

11

El [artículo 16](#) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#), relativo al contrato de trabajo por tiempo indefinido fijo discontinuo, dispone:

«1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.»

12

A tenor del [artículo 25, apartado 1](#), del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 2015, 1654\)](#), relativo a la promoción económica del trabajador:

«El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.»

13

El artículo 30 del convenio colectivo aplicable en los litigios principales, el IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en lo sucesivo, «IV Convenio Colectivo»), que lleva como epígrafe «Trabajadores fijos discontinuos», presenta la siguiente redacción:

«1. Régimen aplicable.

Los trabajadores fijos discontinuos se regirán por lo establecido en el presente Capítulo. En lo no previsto en el mismo, les será de aplicación lo establecido, con carácter general, en el presente Convenio, siempre que no sea contradictorio con las características de este tipo de contratación. En concreto, a estos trabajadores les será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades que al resto del personal laboral de la Agencia Tributaria, debiendo dar cumplimiento del mismo desde el primer día de prestación efectiva de servicios en cada campaña a la que sean llamados.

Los trabajadores fijos discontinuos prestarán servicios en el ámbito territorial al que venga referenciado su contrato de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de prestar servicios en otros ámbitos de manera voluntaria y en el supuesto de que no existan suficientes trabajadores fijos discontinuos en el nuevo ámbito territorial, de acuerdo con el procedimiento que establezca la Administración y la representación de sus trabajadores. La duración de las campañas, el número de trabajadores requeridos por cada una de ellas y la distribución por delegación de dichos trabajadores será la establecida previamente a cada campaña por la Agencia

Tributaria.

Los períodos de tiempo trabajados como fijos discontinuos se computarán a efectos de antigüedad como trabajadores de la Agencia Tributaria a todos los

efectos.»

14

El artículo 67 del IV Convenio Colectivo, que lleva como epígrafe «Retribuciones de carácter personal», es del siguiente tenor:

«1. Antigüedad. Este complemento está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio.

Para fijar el cómputo de tiempo de los nuevos trienios a devengar, se considerará como fecha inicial la del reconocimiento del último vencimiento del complemento de antigüedad perfeccionado.

A efectos de antigüedad se tendrán en cuenta los servicios prestados por los trabajadores en el ámbito de la Administración General del Estado como funcionario de carrera, interino y en prácticas, personal eventual, contratado laboral fijo, contratado laboral fijo discontinuo, contratado laboral temporal o contratado administrativo.

Para proceder al reconocimiento de tales servicios, los trabajadores deberán cursar la correspondiente solicitud al Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica, acompañando el correspondiente certificado acreditativo de la relación laboral cuyo reconocimiento pretenden, que deberá ser expedido por la Dirección General de la Función Pública cuando se trate de servicios como funcionario de los Cuerpos Generales de la Administración General del Estado, o por las Unidades de Personal en el resto de casos.

Cuando en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior proceda un nuevo cómputo de la antigüedad de un trabajador, el importe de los trienios correspondientes a los períodos completados se percibirá con efectos del día primero del mes en que se curse la solicitud de reconocimiento del tiempo de servicios, salvo en el caso de solicitudes

presentadas durante los tres meses siguientes a la fecha de publicación del Convenio Colectivo, en cuyo caso deberán retrotraerse sus efectos hasta el 1 de enero de 2005.»

15

El artículo 70 del IV Convenio Colectivo, que lleva como epígrafe «Retribución en los supuestos de jornada inferior a la ordinaria o por horas», establece lo siguiente:

«Los trabajadores que presten sus servicios en jornada inferior a la ordinaria o por horas, excepto lo previsto en el artículo 34 del presente Convenio, percibirán sus retribuciones en proporción a la jornada que efectivamente realicen, salvo las horas extraordinarias y las indemnizaciones a que se refiere el artículo 73, cuya liquidación se calculará aplicando los importes del anexo III y los contemplados en la normativa sobre comisiones de servicio.»

16

El [artículo 6, apartado 2](#), de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo \(RCL 2007, 586\)](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2007, p. 12611), que lleva como epígrafe «Discriminación directa e indirecta», dispone lo siguiente:

«Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.»

Litigios principales y cuestión prejudicial

17

OH y ER fueron contratadas por la AEAT el 25 de febrero de 2002 y el 2 de mayo de 2005, respectivamente, en calidad de trabajadoras fijas discontinuas. En virtud del contrato de trabajo fijo discontinuo, se contrata a los trabajadores para la realización de trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la AEAT, lo que implica que solo trabajan varios meses al año. En los litigios principales, se adscribió a las recurrentes, por períodos anuales preestablecidos, a la campaña del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

18

El 29 de mayo de 2015, OH y ER presentaron sendas solicitudes ante la AEAT con el objeto de que se les reconociese su antigüedad a los efectos de la adquisición del derecho a percibir trienios —que constituyen un complemento retributivo— y en consecuencia a una promoción económica y profesional. Dichas solicitudes fueron denegadas debido a que el IV Convenio Colectivo establecía, por lo que respecta a los trabajadores fijos discontinuos, la exclusión de los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad.

19

El 4 de diciembre de 2015, OH y ER presentaron sendas demandas contra la AEAT ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Lugo. Mediante sentencia de 22 de septiembre de 2017, este Juzgado desestimó las demandas al considerar que el método aplicado por la AEAT para calcular la antigüedad de las relaciones laborales era correcto.

20

Las Sras. OH y ER apelaron esa sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia con la pretensión de que se les reconozca su antigüedad computándose, a tales efectos, no exclusivamente los días efectivamente trabajados, sino la totalidad del tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral, esto es, desde el 25 de febrero de 2002 en el caso de OH y desde el 2 de mayo de 2005 en el de ER. Además, ambas trabajadoras solicitaron que se condene a la AEAT a abonarles determinados importes en concepto de trienios devengados que no han percibido como consecuencia del cálculo de la antigüedad efectuado por la AEAT.

21

El tribunal remitente alberga dudas sobre el método de cálculo de la antigüedad establecido en la normativa española y adoptado por la AEAT en el IV Convenio Colectivo, y considera que este método de cálculo constituye una aplicación indebida del principio de pro rata temporis . Afirma que resulta necesario examinar la justificación objetiva de la medida controvertida en los litigios principales y comprobar si los efectos sobre la retribución y la promoción profesional de los trabajadores fijos discontinuos son necesarios y adecuados para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos.

22

El tribunal remitente señala asimismo que las estadísticas oficiales permiten apreciar la existencia de una discriminación indirecta de las mujeres por cuanto la aplicación del IV Convenio Colectivo, si bien está formulado y se aplica de manera neutra, pone en desventaja a un mayor número de mujeres que de hombres.

23

En tales circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender los procedimientos y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Resulta contrario a lo establecido en la cláusula 4.^a, apartados 1 y 2, del Acuerdo marco [...] y a los artículos 2.1.b) y 14.1 de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#) [...] la disposición contenida en un convenio colectivo y la práctica empresarial según las cuales a los efectos retributivos y a los efectos de promoción se debe calcular la antigüedad de una trabajadora a tiempo parcial con distribución vertical de la jornada en cómputo anual atendiendo solo al tiempo de prestación de servicios?»

Sobre la cuestión prejudicial

24

Con arreglo al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.

25

Procede aplicar esta disposición procesal en el presente asunto.

26

Mediante la cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco y el [artículo 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

27

Por lo que se refiere, en primer lugar, al Acuerdo Marco, procede comenzar por recordar que este tiene por objeto, por una parte, promover el trabajo a tiempo parcial y, por otra parte, suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo ([sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 24).

28

Con arreglo al objetivo de suprimir las discriminaciones entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, la cláusula 4 del Acuerdo Marco se opone, por lo que respecta a las condiciones de empleo, a que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas ([sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 25).

29

La prohibición de discriminación formulada en la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que está incluido

entre los principios fundamentales del Derecho de la Unión ([sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#)), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08,

EU:C:2010:329, apartado 58 y jurisprudencia citada).

30

En lo que atañe, para empezar, a la cuestión de si las disposiciones que rigen los derechos a trienios constituyen «condiciones de empleo», a efectos de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, procede recordar que esta cláusula debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva ([sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#)), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 32 y jurisprudencia citada).

31

A este respecto, una interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco que excluyera del concepto de «condiciones de empleo», a los efectos de dicha cláusula, las condiciones económicas, como las relacionadas con la retribución, equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a esa misma cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones, al introducir una distinción, basada en la naturaleza de las condiciones de empleo, que los términos empleados en la propia cláusula no sugieren en absoluto ([sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#)), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 33). Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los referidos trienios son complementos salariales que están incluidos, como componente de la retribución, en el concepto de «condiciones de empleo» a que se refiere dicha cláusula (véase, por analogía, la [sentencia de 9 de julio de 2015 \(TJCE 2015, 287\)](#)), Regojo Dans, C-177/14, EU:C:2015:450, apartado 43 y jurisprudencia citada).

32

Procede examinar, a continuación, si el hecho de que se excluyan del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a un trienio los períodos no trabajados por los trabajadores fijos discontinuos, por el simple motivo de que lo hacen a tiempo parcial, da lugar a que reciban un trato menos favorable que los trabajadores a tiempo completo que se encuentran en una situación comparable.

33

Es preciso señalar que el «trabajador a tiempo completo comparable» se define en la cláusula 3, punto 2, párrafo primero, del Acuerdo Marco como el «trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias».

34

Para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco, debe tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, sus cualificaciones y competencias, las condiciones de formación y las condiciones laborales (véase, en este sentido, la [sentencia de 9 de julio de 2015 \(TJCE 2015, 287\)](#), Regojo Dans, C-177/14, EU:C:2015:450, apartado 46 y jurisprudencia citada).

35

Pues bien, en el presente caso, ningún dato de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia permite dudar que los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores a tiempo completo de la AEAT se encuentran en situaciones comparables, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

36

Conforme a la normativa controvertida en los litigios principales, por lo que respecta a los trabajadores a tiempo completo la duración que se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios coincide con la duración de la relación laboral. En cambio, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la antigüedad no se computa sobre la misma base, ya que se calcula atendiendo solamente a la duración de los períodos efectivamente trabajados, teniendo en cuenta la reducción de las horas de trabajo.

37

Así, según se indica en la petición de decisión prejudicial, un trabajador a tiempo completo adquiere el derecho a un trienio al cabo de un período de empleo de tres años consecutivos. En cambio, un trabajador que se encuentra en una situación comparable y está empleado en virtud de un contrato de trabajo fijo discontinuo —a modo de ejemplo, uno que ha trabajado cuatro meses en el año, es decir, una tercera parte del tiempo de trabajo de un trabajador a tiempo completo— adquirirá el derecho al trienio, conforme a la normativa y a la práctica nacionales controvertidas en los litigios principales, al cabo de un período correspondiente a un múltiplo de tres según la fórmula aplicada a esta figura contractual —esto es, en el ejemplo que aquí se pone, al cabo de una relación laboral de nueve años—, por el simple motivo de que trabaja a tiempo parcial.

38

De ello se deduce que, mientras que sus contratos de trabajo tienen una duración efectiva equivalente, el trabajador a tiempo parcial adquiere la antigüedad que da derecho a un trienio a un ritmo más lento que el trabajador a tiempo completo. Por lo tanto, se trata de una diferencia de trato basada únicamente en el trabajo a tiempo parcial (véase, por analogía, la [sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 62).

39

No obstante, de la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco se desprende que tal diferencia de trato puede considerarse conforme al principio de no discriminación si está justificada por razones objetivas. Según el punto 2 de esta cláusula, se aplicará, cuando resulte adecuado, el principio de pro rata temporis .

40

En este contexto, el Gobierno español alega, por un lado, que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado el principio de pro rata temporis , recogido en la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo Marco, al cálculo de las vacaciones anuales, al importe de la pensión adquirida o a la percepción proporcional de un complemento salarial por hijo a cargo. Entiende que, en consecuencia, este principio debe aplicarse también, en unas circunstancias como las de los litigios principales, al cálculo de la antigüedad.

41

A este respecto, procede recordar no obstante que el principio de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se aplica a las condiciones de empleo, entre las que figura la retribución, concepto que, como se ha expuesto en el apartado 30 del presente auto, incluye igualmente los trienios. En consecuencia, la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser equivalente a la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de pro rata temporis enunciado en la cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la [sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#) , Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 64).

42

De este modo, el cálculo de un complemento retributivo como el trienio objeto de los litigios principales depende directamente de la cantidad de trabajo efectuada por el trabajador, según el principio de pro rata temporis . A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Derecho de la Unión no se opone al cálculo de un componente de la retribución conforme a una regla pro rata temporis en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, la consideración del período de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante su carrera, en comparación con el de un trabajador que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a un componente de la retribución (véase, en este sentido, la [sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#) , Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 65 y jurisprudencia citada).

43

Sin embargo, de esta misma jurisprudencia se desprende que el principio de pro rata temporis no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador. En efecto, esta antigüedad se

corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. Por lo tanto, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados (véase, en este sentido, la [sentencia de 10 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 171\)](#), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329, apartado 66).

44

Por otro lado, el Gobierno español sostiene que las características propias de la prestación del trabajador fijo discontinuo, a saber, fundamentalmente el que solo se realice unos meses cada año, exigen que se regulen específicamente determinados aspectos, en particular el cómputo de la antigüedad a efectos de los complementos retributivos y de la promoción profesional.

45

En su opinión, esta regla de cálculo de la antigüedad puede además considerarse justificada por la finalidad de este complemento retributivo, que es recompensar la fidelidad del trabajador que completa un período determinado de servicios. El Gobierno español subraya a este respecto que, si el método de cálculo de la antigüedad fuese el mismo para los trabajadores a tiempo completo y para los fijos discontinuos, se crearía una discriminación en perjuicio de los primeros, que necesitarían 36 meses de servicios efectivos para acceder al complemento por antigüedad, mientras que los segundos solo necesitarían entre 9 y 12 meses de trabajo efectivo, que se prestarían en fechas variables a lo largo de un período de tres años desde el inicio de su vinculación con la AEAT.

46

En este contexto, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», que figura en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, no permite justificar una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo por el hecho de que esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (véanse, en este sentido, la [sentencia de 1 de marzo de 2012 \(TJCE 2012, 37\)](#), O'Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, apartado 64, y, por analogía, la [sentencia de 9 de julio de 2015 \(TJCE 2015, 287\)](#), Regojo Dans, C-177/14, EU:C:2015:450, apartado 54).

47

Este concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de empleo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos

y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (véanse, en este sentido, la [sentencia de 1 de marzo de 2012 \(TJCE 2012, 37\)](#), O'Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, apartado 64, y, por analogía, la [sentencia de 9 de julio de 2015 \(TJCE 2015, 287\)](#), Regojo Dans, C-177/14, EU:C:2015:450, apartado 55).

48

En los presentes asuntos, procede hacer constar que, en el caso de los trabajadores a tiempo completo, la antigüedad se calcula, de conformidad con la jurisprudencia citada en el apartado 43 del presente auto, teniendo en cuenta la duración efectiva de la relación laboral y no la cantidad de trabajo efectuada durante la misma. En efecto, como ha señalado acertadamente la Comisión Europea, según se indica en la resolución de remisión los trabajadores a tiempo completo adquieren el derecho a un trienio al cabo de un período de empleo de tres años consecutivos, incluso si en él se incluyen estadios de inactividad, como vacaciones o posibles bajas por enfermedad. En estas circunstancias, el hecho de que, a efectos del cálculo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, solo se computen los períodos de trabajo efectivo no puede justificarse por la voluntad de evitar la discriminación alegada por el Gobierno español entre ambos grupos de trabajadores.

49

Además, tal como ha precisado el tribunal remitente y se ha recordado en el apartado 42 del presente auto, ya se repercute en el importe anual de los trienios percibidos por los trabajadores en cuestión una reducción proporcionada de los derechos de los trabajadores a un componente de la retribución, conforme al principio de *pro rata temporis*, que refleja los períodos efectivamente trabajados y la fidelidad del trabajador que aquellos recompensan.

50

Por consiguiente, procede declarar que el Gobierno español no ha aportado ninguna razón objetiva, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 46 y 47 del presente auto, para justificar la normativa controvertida en los litigios principales.

51

De lo anterior se sigue que la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a un trienio.

52

Por lo que atañe, en segundo lugar, a la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#), debe subrayarse que su artículo 14, apartado 1, prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo relacionada, en particular, con las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la retribución.

53

A este respecto, procede declarar, de entrada, que una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales no supone una discriminación directa por razón de sexo, puesto que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras.

54

En cuanto a la cuestión de si tal normativa supone, como sugiere el tribunal remitente, una discriminación indirecta con respecto a las mujeres, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, en particular, la [sentencia de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15 \(TJCE 2017, 196\)](#), EU:C:2017:833, apartado 38 y jurisprudencia citada).

55

En el caso de autos, ha de señalarse que la legislación y la práctica nacionales controvertidas en los litigios principales resultan aplicables al grupo de trabajadores fijos discontinuos, el cual, según las indicaciones del tribunal remitente, está constituido en una amplia mayoría por trabajadoras. Por tanto, procede responder a la cuestión prejudicial planteada basándose en estas indicaciones ([sentencia de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15 \(TJCE 2017, 196\)](#), EU:C:2017:833, apartado 39).

56

El tribunal remitente observa, en particular, que el personal fijo discontinuo de la AEAT es mayoritariamente de sexo femenino, lo cual no es sino el reflejo de la posición de las mujeres en el mercado laboral, pues a ellas les cuesta más acceder a empleos a tiempo completo debido a las dificultades que tienen para conciliar la vida profesional con la vida personal y familiar. Según el tribunal remitente, esta situación no constituye la manifestación de un fenómeno meramente fortuito o coyuntural, sino que es lo que reflejan datos significativos referidos a un número suficiente de individuos.

57

El tribunal remitente hace referencia, en particular, a los datos disponibles en las páginas oficiales de transparencia del Gobierno español, según los cuales, a fecha de 31 de diciembre de 2016, el personal fijo discontinuo de la AEAT estaba integrado por 898 mujeres y 252 hombres, es decir, un 78,09 % de mujeres y un 21,91 % de hombres,

proporción que se mantiene estable con respecto a los años anteriores. Pues bien, esta proporción entre los sexos es significativamente diferente de la del personal a tiempo completo de la AEAT, que emplea, por lo que respecta a los funcionarios, a un 53,88 % de mujeres por un 46,12 % de hombres y, en lo que atañe a los contratados laborales, a un 35,21 % de mujeres por un 64,39 % de hombres. Además, según el tribunal remitente, esta situación se compadece con la proporción general de las trabajadoras a tiempo parcial en todos los empleos. Así, según los datos de la última encuesta de población activa (correspondiente al primer trimestre de 2018), de los 2 814 300 trabajadores a tiempo parcial, 2 104 100 eran mujeres, mientras que 710 200 eran hombres. El examen de la evolución de estas cifras a lo largo del tiempo arroja la conclusión de que esta proporción oscila alrededor del 75 % de mujeres, habiendo alcanzado en algunas ocasiones el 80 %.

58

De lo anterior resulta que, ciertamente, el cálculo de la antigüedad de una trabajadora fija-discontinua tomando en consideración exclusivamente el tiempo efectivamente trabajado, y no el de la duración de la relación laboral, está formulado de manera neutra. Sin embargo, la medida controvertida en los litigios principales afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

59

En estas circunstancias, procede declarar que una medida y una práctica como las controvertidas en los litigios principales constituyen una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 54 del presente auto.

60

Pues bien, una medida y una práctica de esta naturaleza son contrarias al [artículo 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#), a menos que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando la medida y la práctica responden a una finalidad legítima y los medios elegidos para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios a tal efecto ([sentencia de 20 de octubre de 2011 \(TJCE 2011, 320\)](#), Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 70 y jurisprudencia citada).

61

Procede hacer constar que, a fin de justificar la medida y la práctica controvertidas en los litigios principales, el Gobierno español se limita en sus observaciones escritas a formular argumentos basados, por un lado, en la mera naturaleza cuantitativa del trabajo de los trabajadores fijos discontinuos y, por otro, en la aplicación del principio de pro rata temporis para el cálculo de la antigüedad, pero no demuestra la finalidad legítima que persigue la medida ni la idoneidad de los medios elegidos y su necesidad. De ello se sigue que dicho Gobierno no aporta ninguna razón objetiva que pueda justificar la medida y la práctica controvertidas en los litigios principales.

De todas las anteriores consideraciones sobre el [artículo 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#) se desprende que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una práctica nacionales que excluyen, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a trienio.

A la luz de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco y el [artículo 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

Costas

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la [Directiva 97/81/CE \(LCEur 1998, 124\)](#) del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y el [artículo 14, apartado 1](#), de la [Directiva 2006/54/CE \(LCEur 2006, 1696\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

Firmas

- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, ECLI:EU:C:2018:82 Supuesto 4.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJUE (Sala Quinta) Caso Ville de Nivelles contra Rudy

Matzak. Sentencia de 21 febrero 2018

TJCE\2018\5



POLÍTICA SOCIAL: Ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 2003/88/CE): «Excepciones»: los Estados miembros no pueden aplicarlas a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos respecto a cuestiones sobre el «tiempo de trabajo» y «período de descanso»; Se considerará «tiempo de trabajo», el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos a diferencia de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente debe estar «localizable» ECLI:ECLI:EU:C:2018:82

Jurisdicción:Comunitario

Recurso de Casación /

Ponente:E. Levits

ECLI:EU:C:2018:82

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018 (*)

* Lengua de procedimiento: francés.

«Procedimiento prejudicial — [Directiva 2003/88/CE \(LCEur 2003, 3868\)](#) —

Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Artículo 2 — Conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de

descanso” — Artículo 17 — Excepciones — Bomberos — Tiempo de guardia —

Guardia domiciliaria»

En el asunto C-518/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al [artículo 267 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), por la Cour du travail de Bruxelles (Tribunal Laboral Superior de Bruselas, Bélgica), mediante resolución de 14 de

septiembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de septiembre de 2015, en el procedimiento entre

Ville de Nivelles y

Rudy Matzak ,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. J.L. da Cruz Vilaça, Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits (Ponente) y A. Borg Barthet, la Sra. M. Berger y el Sr. F. Biltgen, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sra. V. Giacobbo-Peyronnel, administradora; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de

diciembre de 2016;

consideradas las observaciones presentadas:

en nombre de la Ville de Nivelles, por la Sra. L. Markey, avocate;

en nombre del Sr. Matzak, por el Sr. P. Joassart y las Sras. A. Percy y P. Knaepen, avocats;

en nombre del Gobierno belga, por las Sras. M. Jacobs y L. Van den Broeck, en calidad de agentes, asistidas por la Sra. F. Baert y el Sr. J. Clesse, avocats;

en nombre del Gobierno francés, por los Sres. D. Colas y R. Coesme, en calidad de agentes;

en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. M.K. Bulterman y M. Noort y por el Sr. J. Langer, en calidad de agentes;

en nombre del Gobierno del Reino Unido, por las Sras. G. Brown y S. Simmons y por el Sr. D. Robertson, en calidad de agentes, asistidos por los Sres. R. Hill y B. Lask, Barristers;

en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. D. Martin y J. Tomkin, en calidad de agentes; oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública

el 26 de julio de 2017;

dicta la siguiente

Sentencia

1

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2 y 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88/CE \(LCEur 2003, 3868\)](#) del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p.

9).

2

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Ville de Nivelles (municipio de Nivelles, Bélgica) y el Sr. Rudy Matzak, relativo a la retribución de las prestaciones efectuadas por éste en el servicio de protección contra incendios de esa ciudad.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3

El [artículo 1](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) dispone:

«1. La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

2. La presente Directiva se aplicará:

a los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal, y

a determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo.

La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del [artículo 2](#) de la [Directiva 89/391/CEE \(LCEur 1989, 854\)](#) [del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO 1989, L 183, p. 1)], sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva.

[...]

Las disposiciones de la [Directiva 89/391 \(LCEur 1989, 854\)](#) [...] se aplicarán plenamente a las materias a que se refiere el apartado 2, sin perjuicio de las disposiciones más exigentes y/o específicas contenidas en la presente Directiva.»

4

El [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), titulado «Definiciones», establece, en sus puntos 1 y 2:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) tiempo de trabajo : todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; 2) período de descanso : todo período que no sea tiempo de trabajo».

5

El artículo 15 de dicha [Directiva \(LCEur 2003, 3868\)](#) , titulado «Disposiciones más favorables», tiene el siguiente tenor:

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.»

6

El [artículo 17](#) de la [Directiva 2003/88](#)
[\(LCEur 2003, 3868\)](#) , titulado

«Excepciones», dispone lo siguiente:

«1. Desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 [...]

[...]

3. De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, podrán establecerse excepciones a los artículos 3, 4, 5, 8 y 16:

[...]

para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad;

para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la

continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de:

[...]

iii) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil,

[...]»

Derecho belga

7

La loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public (Ley de 14 de diciembre de 2000, por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el sector público) (Moniteur belge de 5 de enero de 2001, p. 212), transpose la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) en lo que se refiere al sector público.

8

El artículo 3 de esta Ley dispone:

«A efectos de la aplicación de la presente ley, se entenderá por:

trabajadores: aquellas personas que, en el marco de una relación de servicio olaboral, incluido el trabajo en prácticas y el temporal, desempeñan un trabajo bajo la dirección de otra persona;

empresarios: aquellas personas que emplean a las personas a que se refiere el punto 1.»

9

El artículo 8 de dicha Ley define el tiempo de trabajo como «el período de tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empresario».

10

El artículo 186 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses (Ley de 30 de diciembre de 2009 sobre disposiciones diversas) (Moniteur belge de 31 de diciembre de 2009, p. 82925) establece lo siguiente:

«El artículo 3 de la Ley de 14 de diciembre de 2000, por la que se regulan determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el sector público, se interpretará en el sentido de que los voluntarios de los servicios públicos de protección contra incendios y de las zonas de emergencia establecidas con arreglo a la Ley de 15 de mayo de 2007 relativa a la seguridad civil y los voluntarios de las unidades operativas de protección civil no están comprendidos en la definición de trabajadores.»

11

El Reglamento interno del servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles, adoptado en virtud del arrêté royal du 6 mai 1971 fixant les types de règlements communaux relatifs à l'organisation des services communaux d'incendie (Real Decreto de 6 de mayo de 1971 por el que se establecen los tipos de reglamentos municipales relativos a la organización de los servicios municipales de protección contra incendios) (

Moniteur belge de 19 de junio de 1971, p. 7891), regula las cuestiones relativas al personal de dichos servicios.

12

Este Reglamento contiene disposiciones específicas para el personal profesional y para el personal voluntario. En lo que respecta a la contratación, cuyos requisitos son los mismos para las dos categorías, el artículo 11 bis , punto 1, de dicho Reglamento establece lo siguiente:

«Finalizado el primer año de prácticas, el trabajador voluntario en prácticas [...] deberá cumplir el requisito de domicilio siguiente:

1. Para el personal del parque de bomberos de Nivelles:

Tener su domicilio o residir en un lugar que le permita presentarse en el parque de bomberos de Nivelles, en condiciones de tráfico fluido y respetando el Código de la Circulación, en no más de ocho minutos.

Durante el período de guardia localizada, cada miembro del personal voluntario asignado al parque de bomberos de Nivelles se compromete a:

permanecer a una distancia del parque de bomberos que le permita presentarse

en éste, en condiciones de tráfico fluido, en no más de ocho minutos;

hacer gala de una diligencia particular a efectos de estar permanentemente en condiciones de hacer uso de los diferentes medios técnicos utilizados para convocar al personal y de ponerse en camino inmediatamente, en la forma más adecuada, cuando el personal en período de guardia localizada sea convocado».

13

En cuanto a las retribuciones y compensaciones del personal, el artículo 39 del Reglamento interno del servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles establece que el personal profesional será retribuido con arreglo a las condiciones determinadas por el régimen económico del personal del municipio de

Nivelles.

14

El personal voluntario recibe las asignaciones que se detallan en el artículo 40 de dicho Reglamento. Estas asignaciones se calculan a prorrata de las horas de prestación. Para las «guardias domiciliarias» de los oficiales se establece una compensación anual, que equivale a la del personal profesional.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15

El servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles está compuesto por bomberos profesionales y bomberos voluntarios.

16

Los bomberos voluntarios participan en las intervenciones. Entre las restantes misiones que tienen asignadas, garantizan en particular las guardias y las permanencias en el parque de bomberos conforme a un calendario establecido a principios de año.

17

El Sr. Matzak comenzó a prestar sus servicios para el municipio de Nivelles el 1 de agosto de 1980 y adquirió la condición de bombero voluntario un año más tarde. Por otro lado, trabaja para una empresa privada.

18

El 16 de diciembre de 2009, el Sr. Matzak entabló un procedimiento judicial en el que solicitaba que se condenara al ayuntamiento de Nivelles a pagarle un importe, fijado provisionalmente en un euro, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por no haberle pagado, durante sus años de servicio, las retribuciones relativas a sus prestaciones como bombero voluntario, en particular sus servicios de guardia domiciliaria.

19

Mediante sentencia de 22 de marzo de 2012, el Tribunal du travail de Nivelles (Tribunal Laboral de Nivelles, Bélgica) estimó en gran parte la demanda del Sr. Matzak.

20

El ayuntamiento de Nivelles interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante la Cour du travail de Bruxelles (Tribunal Laboral Superior de Bruselas, Bélgica).

21

Mediante sentencia de 14 de septiembre de 2015, el órgano jurisdiccional remitente estimó parcialmente este recurso de apelación. En lo referente a la retribución reclamada por los servicios de guardia domiciliaria, que, según el Sr. Matzak, deben considerarse tiempo de trabajo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si tales servicios pueden considerarse comprendidos en la definición de tiempo de trabajo en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#).

22

En estas circunstancias, la Cour du travail de Bruxelles (Tribunal Laboral Superior de Bruselas) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) [...] en el sentido de que faculta a los Estados miembros para excluir determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios de la aplicación de las disposiciones por las que se transpone dicha Directiva, incluida la que define el tiempo de trabajo y el período de descanso?

En la medida en que la Directiva 2003/88 [...] sólo establece disposiciones mínimas, ¿debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el legislador nacional mantenga o adopte definiciones menos estrictas del concepto de tiempo de trabajo?

A la luz del [artículo 153 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), apartado 5, y de los objetivos de la Directiva 2003/88 [...], ¿debe interpretarse el artículo 2 de dicha Directiva, en la medida en que define los principales conceptos que en ella se utilizan y, en particular, el de tiempo de trabajo y período de descanso, en el sentido de que no es aplicable al concepto de tiempo de trabajo que debe tomarse en cuenta para establecer la retribución en caso de guardia domiciliaria?

¿Se opone la Directiva 2003/88 [...] a que el período de guardia domiciliaria se considere tiempo de trabajo cuando, aunque la guardia se desarrolle en el domicilio del trabajador, las obligaciones que recaen sobre él durante la guardia (como la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de ocho

minutos) limitan significativamente la posibilidad de realizar otras actividades?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Consideraciones preliminares

23

Con carácter preliminar, es necesario señalar, en primer lugar, que tanto el municipio de Nivelles como la Comisión Europea alegan que las cuestiones prejudiciales son inadmisibles, por cuanto se refieren al concepto de retribución. En efecto, sostiene que, en virtud del [artículo 153 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), apartado 5, la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), cuya base es el apartado 2 de dicho artículo, no es aplicable a la cuestión de las retribuciones de los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación. Consideran, pues, que el objeto del litigio es resolver la cuestión de la retribución del Sr. Matzak por los servicios de guardia domiciliaria que presta como bombero voluntario para el municipio de Nivelles.

24

A este respecto, es preciso destacar que, a excepción del supuesto particular relativo a las vacaciones anuales retribuidas, mencionado en el [artículo 7, apartado 1](#), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), esta Directiva se limita a regular determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a fin de garantizar la protección de la seguridad y la

salud de los trabajadores, de modo que, en principio, no se aplica a la retribución de éstos ([sentencia de 26 de julio de 2017 \(PROV 2017, 203357\)](#)), Hälvä y otros, C-175/16, EU:C:2017:617, apartado 25 y jurisprudencia citada).

25

No obstante, esta afirmación no implica que no proceda responder a las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto.

26

En efecto, como señaló la Abogado General en el punto 20 de sus conclusiones, de la resolución de remisión se desprende que el órgano jurisdiccional nacional desea que se le aclare la interpretación de los artículos 2 y 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), interpretación que dicho tribunal considera necesaria para resolver el litigio del que conoce. El hecho de que este litigio, in fine, se refiera a una cuestión de retribución carece de pertinencia en este contexto, puesto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional y no al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre esta cuestión en el marco del litigio principal.

27

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado que la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe aplicarse a las actividades de los bomberos, aun cuando éstas se ejerzan por las fuerzas de intervención sobre el terreno, y poco importa que tengan por objeto combatir un incendio o prestar socorro de otra forma, dado que se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad o su salud ([auto de 14 de julio de 2005 \(TJCE 2005, 249\)](#), Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, EU:C:2005:467, apartado 52).

28

En tercer lugar, en lo que atañe a la condición de «trabajador» del Sr. Matzak, ha de señalarse que, a los efectos de la aplicación de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), este concepto no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión ([sentencia de 14 de octubre de 2010 \(TJCE 2010, 303\)](#), Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28). Según reiterada jurisprudencia en la materia, se ha de considerar «trabajador» a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio

de las cuales percibe una retribución ([sentencia de 26 de marzo de 2015 \(TJCE 2015, 130\)](#)), Fenoll,

C-316/13, EU:C:2015:200, apartado 27 y jurisprudencia citada).

29

El Tribunal de Justicia también ha precisado que la naturaleza jurídica de una relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión ([sentencia de 20 de septiembre de 2007 \(TJCE 2007, 237\)](#)), Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, apartado 26 y jurisprudencia citada).

30

Así pues, en lo que respecta al asunto principal, el hecho de que el Sr. Matzak no tenga, con arreglo al Derecho nacional, la condición de bombero profesional, sino la de bombero voluntario, carece de pertinencia para calificarlo de «trabajador», en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) .

31

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, ha de considerarse que una persona que se encuentra en la situación del Sr. Matzak debe tener la condición de «trabajador», en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) , en la medida en que de la información de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que pasó a formar parte del servicio de protección contra incendios del municipio de Nivelles, en el que ejerció determinadas actividades reales y efectivas bajo la dirección de otra persona, a cambio de las cuales percibió una retribución, extremos que deberá comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

32

En cuarto lugar, dado que los [artículos 1 a 8](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) están redactados en términos sustancialmente idénticos a los de los [artículos 1 a 8](#) de la [Directiva 93/104/CE \(LCEur 1993, 4042\)](#) del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 1993, L 307, p. 18), en su versión modificada por la [Directiva 2000/34/CE \(LCEur 2000, 2026\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000 (DO 2000, L 195, p. 41), la interpretación de estos últimos realizada por el Tribunal de Justicia es extrapolable a los artículos antes mencionados de la Directiva 2003/88 (auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, no publicado, EU:C:2011:122, apartado 39 y jurisprudencia citada).

Sobre la primera cuestión prejudicial

33

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

34

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) no figura entre las disposiciones de ésta en relación con las cuales puede establecerse una excepción (auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, no publicado, EU:C:2011:122, apartado 45).

35

En efecto, a tenor del [artículo 17, apartado 1](#), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 de esta Directiva, y el apartado 3 de dicho artículo precisa que podrán establecerse excepciones a los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 de dicha Directiva en relación con los servicios a los que hace referencia, entre ellos los servicios de bomberos.

36

Así pues, el propio tenor del [artículo 17](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) impide establecer excepciones a su artículo 2, que define los conceptos principales contenidos en esta Directiva.

37

Además, como indicó la Abogado General en el apartado 27 de sus conclusiones, no existe ningún margen para adoptar una interpretación extensiva del artículo 17 de dicha [Directiva \(LCEur 2003, 3868\)](#), que pudiera ir más allá de los propios términos de las excepciones que autoriza.

38

En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en lo que atañe a las posibilidades para establecer excepciones previstas en la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), en particular en su artículo 17, como excepciones al régimen de la Unión Europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo establecido por esta Directiva, éstas deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger (véase, en este sentido, la [sentencia de 14 de octubre de 2010 \(TJCE 2010, 303\)](#), Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartados 39 y 40).

39

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

Sobre la segunda cuestión prejudicial

40

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva.

41

Para responder a esta cuestión, debe examinarse el tenor del [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) a la vista del sistema establecido por esta última y de su finalidad.

42

Según el tenor del [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), los Estados miembros tienen la facultad de aplicar o de introducir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. De este artículo resulta que las disposiciones nacionales a las que se refiere son las que pueden compararse con las previstas en la Directiva 2003/88 dirigidas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.

43

Ahora bien, estas últimas disposiciones sólo pueden ser aquellas que, debido a su función y objeto, están dirigidas a establecer un nivel mínimo de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Éste es el caso de las disposiciones comprendidas en los capítulos 2 y 3 de esta [Directiva \(LCEur 2003, 3868\)](#). En cambio, las disposiciones del capítulo 1 de dicha Directiva, que comprende los artículos 1 y 2 de ésta, tienen una naturaleza diferente. En efecto, no determinan períodos mínimos de tiempo de descanso ni se refieren a otros aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, sino que establecen las definiciones necesarias para delimitar el objeto de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) y su ámbito de aplicación.

44

Por tanto, del tenor del [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), a la luz del sistema establecido por ésta, se desprende que la facultad que este último artículo prevé no puede aplicarse a la definición del concepto de «tiempo de trabajo» que figura en el artículo 2 de esta Directiva.

45

Esta afirmación resulta corroborada por la finalidad de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#). En efecto, según señaló la Abogado General en el punto 33 de sus conclusiones, esta Directiva tiene por objeto garantizar, en los ámbitos comprendidos en su ámbito de aplicación, una protección mínima, aplicable a todos los trabajadores de la Unión. A tal fin, y al objeto de garantizar la plena eficacia de dicha Directiva, las definiciones que proporciona su artículo 2 no pueden recibir una interpretación variable en función de los Derechos nacionales, sino que, según se ha precisado en el apartado 28 de la presente sentencia en lo que respecta al concepto de «trabajador», tienen un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la [sentencia de 1 de diciembre de 2005 \(TJCE 2005, 361\)](#), Dellas y otros, C-14/04, EU:C:2005:728, apartado 44 y jurisprudencia citada).

46

En este contexto, sin embargo, ha de precisarse que aunque los Estados miembros no pueden alterar la definición del «tiempo de trabajo», en el sentido del [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), siguen teniendo la facultad de adoptar, según se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, en sus respectivos Derechos nacionales, disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los períodos de descanso más favorable para los trabajadores que la determinada por esta Directiva.

47

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, ha de responderse a la segunda cuestión prejudicial que el [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva. Sobre la tercera cuestión prejudicial

48

Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como los controvertidos en el litigio principal en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso».

49

A este respecto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar que no se discute que la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) no regula la cuestión de la retribución de los trabajadores, aspecto que es ajeno a la competencia de la Unión en virtud del [artículo 153 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), apartado 5.

50

Por tanto, aunque los Estados miembros tengan la facultad de determinar la retribución de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) en función de la definición de los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso», que figuran en el artículo 2 de esta Directiva, no tienen la obligación de hacerlo.

51

Así pues, los Estados miembros pueden establecer en su Derecho nacional que la retribución de un trabajador en «tiempo de trabajo» no sea la misma que la de un trabajador en «período de descanso», hasta el punto de que pueden no reconocer retribución alguna durante este último período.

52

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como los controvertidos en el litigio principal en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso».

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

53

Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo».

54

A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la calificación del tiempo de guardia como «tiempo de trabajo» o «período de descanso», en lo que se refiere a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la 2003/88.

55

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso» se excluyen mutuamente (véanse, en este sentido, las [sentencias de 3 de octubre de 2000 \(TJCE 2000, 234\)](#) , Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 47, y de [10 de septiembre de 2015 \(TJCE 2015, 205\)](#) , Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 26 y jurisprudencia citada). Así pues, debe señalarse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de «tiempo de trabajo», bien de «período de descanso».

56

Además, entre los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo» en el sentido del [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) no figuran la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste ([sentencia de 1 de diciembre de 2005 \(TJCE 2005, 361\)](#) , Dellas y otros, C-14/04, EU:C:2005:728, apartado 43).

57

En segundo lugar, se ha declarado que la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo, durante el período de guardia, a los efectos de prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias (véase, en este sentido, la [sentencia de 3 de octubre de 2000 \(TJCE 2000, 234\)](#) , Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 48).

58

En efecto, excluir del concepto de «tiempo de trabajo» el período de guardia en régimen de presencia física equivaldría a poner en peligro el objetivo de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) , que es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados (véase, en este sentido, la [sentencia de 3 de octubre de 2000 \(TJCE 2000, 234\)](#) , Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, apartado

49).

59

Por otro lado, de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia se desprende que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) , es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el

ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la [sentencia de 9 de septiembre de 2003 \(TJCE 2003, 250\)](#), Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 63, y el auto de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10, no publicado, EU:C:2011:122, apartado 53 y jurisprudencia citada).

60

Finalmente, debe señalarse que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo. En efecto, aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse «tiempo de trabajo» en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios (véase, en este sentido, la [sentencia de 9 de septiembre de 2003 \(TJCE 2003, 250\)](#), Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, apartado 65 y jurisprudencia citada).

61

En el asunto principal, según la información a disposición del Tribunal de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar, el Sr. Matzak no sólo debía estar localizable durante sus tiempos de guardia. Por una parte, debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por el empresario. Sin embargo, este lugar era el domicilio del Sr. Matzak y no su lugar de trabajo, como sucedía en los asuntos que dieron lugar a la jurisprudencia citada en los apartados 57 a 59 de la presente sentencia.

62

A este respecto, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso», en el sentido de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), constituyen conceptos de Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores ([sentencia de 10 de septiembre de 2015 \(TJCE 2015, 205\)](#), Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 27).

63

Pues bien, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales.

64

Habida cuenta de tales limitaciones, la situación del Sr. Matzak se distingue de la de un trabajador que, durante su servicio de guardia, simplemente debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que éste pueda localizarle.

65

En estas circunstancias, el concepto de «tiempo de trabajo», establecido en el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#), debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos.

66

De todo lo anterior resulta que procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo».

Costas

67

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

1

El artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la [Directiva 2003/88/CE \(LCEur 2003, 3868\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

2

El [artículo 15](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva.

3

El [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de períodos de guardia domiciliaria como los controvertidos en el litigio principal en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso».

4

El [artículo 2](#) de la [Directiva 2003/88 \(LCEur 2003, 3868\)](#) debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo».

Firmas

- Sentencia del Tribunal superior de justicia Comunidad Valenciana Sala de lo social, S 13-01-2000, nº 42/2000, rec. 3782/1998. Supuesto 5.

Roj: STSJ CV 113/2000 - ECLI:ES:TSJCV:2000:113

Id Cendoj: 46250340012000104508

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Valencia

Sección: 1

Fecha: 13/01/2000

Nº de Recurso: 3782/1998

Nº de Resolución: 42/2000

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: GEMA PALOMAR CHALVER

Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso contra Sentencia núm. 3.782/98

Ilma. Sra. D^a. Gema Palomar Chalver

Presidente

Ilmo. Sr. D. Jesús Sánchez Andrada.

Ilmo. Sr. D. José Ramón Hernández Dols

En Valencia, a trece de enero del dos mil.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA N° 42/2.000

En el Recurso de Suplicación núm. 3.782/98, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 julio 1.998, dictada por el Juzgado de lo Social núm. ocho de Valencia, en los autos núm. 102/98 , seguidos sobre EXTINCION DE CONTRATO, a instancia de D. Ángel , representado por el letrado D. Vicente Ortiz Bru, contra LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L. representada por el letrado D. Manuel Salazar Aguado y LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A. representada por el letrado D. Alberto Aguilar Tendero y MINISTERIO FISCAL, y en los que son recurrentes los demandados, habiendo actuado como Ponente el/a Ilma. Sra. D^a. Gema Palomar Chalver.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 3 julio 1.998, dice en su parte dispositiva:

"FALLO: "Que estimando la demanda formulada por Ángel frente a la empresa

LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A. y LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L., debo declarar y declaro extinguido el contrato de trabajo que ligaba a la parte actora con las empresas, condenando a éstas a que le indemnicen en cuantía de 1.698.425 ptas."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO. Que el actor ha prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la citada empresa, LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L., desde el día 16 de Mayo de 1.989, con centro de trabajo en la Obra de Construcción del Metro, con la categoría de Guarda de Seguridad, y con un salario mensual de 124.041 ptas., con pagas extraordinarias incluidas, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, aprobado por la Dirección General de Trabajo en fecha 19 de Abril de 1.994. (BOE 4 de Mayo de 1.994) y el Convenio Colectivo Provincial para las empresas de Seguridad 1997 (Boletín Oficial de la Provincia 5 de Junio de 1.997). SEGUNDO.- Que el trabajador es contratado por LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A. en fecha 12 de Diciembre de 1.991, momento en el que se le da de alta en la Seguridad Social por primera vez, mediante un contrato de duración determinada y a tiempo parcial, que se concierta como consecuencia de nueva contratación, al que le suceden varias prorrogas, convirtiéndose la relación laboral del actor en indefinida. TERCERO.- Las empresas LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L., y LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A., en 1.991, formaban un grupo de empresas, dedicadas a una misma actividad, mismo servicio: la seguridad, mismos socios y mismo domicilio social. Los trabajadores de ambas empresas utilizaban uniformes similares, con la única diferencia de que en el distintivo de la manga LS cambiaba su parte superior. El antiguo gerente de LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A. es el Letrado de LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L. D. Arturo . Que la empresa demandada, que en el momento fundacional adopto la denominación " Nacional de Seguridad S.L.", modificándola a la que actualmente conserva mediante escritura publica de 28 de Mayo de 1.980, fue constituida por D. Jose Francisco , D. Gustavo , D. Victor Manuel y D. Víctor , teniendo su domicilio social en Valencia, Gran Vía Marques del Turia, 28-7ª. El segundo socio citado, que es Jefe de Seguridad en la empresa y de "facto" dirige a su personal, es abogado de la Central obrera Nacional Sindicalista y Falange Española. Dichas agrupaciones hacen figurar en los impresos que expiden, como domicilio, el que constituye el domicilio social de Levantina de Seguridad, S.L. y ésta a su vez, en los suyos, hace figurar el de la C.O.N.S., esto es, el sito Pasaje Ruzafa, 4ª 10 de Valencia. Y según informe de la Policía Local de Valencia de 25 de Junio de 1.998 LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A., compartió locales con LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L., en el Pasaje Ruzafa número 4-1º, de Valencia, pero con anterioridad de tres meses a dicho informe marchó, desconociéndose su actual paradero. Los actuales socios de la empresa demandada son los Sres, Gustavo y Victor Manuel . CUARTO.- En fecha de 1.8.93 se produce una Sucesión Empresarial por LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L. y el trabajador es contratado por esta empresa trabajando mas de ocho horas diarias y retribuyéndoles como media jornada, dándoles pequeñas compensaciones fuera de nómina. QUINTO.- Que desde principios de 1.992 trabaja realizando Servicios de Vigilancia en la Obra del Metro, en la línea Cinco, con un horario de trabajo que

comprende desde las 20 horas a las 8 horas del día siguiente. SEXTO.- Que en finales de 1.997 acude a declarar como testigo de la parte actora en el Juzgado de lo Social nº 1 y 2 de la ciudad de Valencia en litigio donde la empresa estaba en calidad de demandada y como consecuencia de tal actuación se le cambia la jornada de trabajo y el horario de la misma pasando a prestar sus servicios de 20 horas a las 22 horas y de 6 a 8 horas del día siguiente. SEPTIMO.- Desde que el actor declara como testigo, se inicia una persecución por la empresa para castigar al trabajador, imponiéndole una serie de sanciones al trabajador con fecha 11,13 y 15 de enero de 1.998, la cual se funda en hechos inciertos, también en fecha 28-1-98 y después de la presentación por el actor de la demanda objeto de esta litis, continuaron las sanciones en fecha 9 de marzo, 15 de abril (dos), 14 y 25 de mayo. OCTAVO.- Que la empresa demandada hace constar en los cheques por medio de los cuales abona sus retribuciones al trabajador, el sello de la C.O.N.S., al igual que hace con otros trabajadores de la misma y les induce, por medio de su jefe de Seguridad, y socio de la empresa demandada y presidente de C.O.N.S. y FE-FNS, Sr. Gustavo , a la afiliación en Falange Española - Frente Nacional Sindicalista para ascender en la empresa. NOVENO.- Asimismo, el indicado Jefe de Seguridad, remite circulares a los trabajadores, que le entrega en un sobre junto con los cheques que retribuyen los salarios y una revista que edita la empresa, con consignas relacionadas con ideas afines a las referidas agrupaciones, utilizando términos tales como "familia" para referirse al grupo de trabajadores de la empresa, con referencias claras a la indicada ideología o efectuando baremaciones en las que se tiene en cuenta la participación del empleado en actos de la significación ideológica indicada, como ir a campamentos organizados por la empresa, o bien, acudir al Pub Lili Marleen, sito en la Calle Salamanca de Valencia, dirigido por el Sr. Gustavo , que indica a sus trabajadores que el pub es de todos los miembros que componen la empresa LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L. Igualmente, la falta de colaboración adecuada a tales instrucciones determina degradaciones internas particulares de la empresa, como dejar de pertenecer a la que se denomina en la misma "brigada operativa" "para la que se adscribe incluso un uniforme especial. DECIMO.- Que celebrado el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC con fecha 13 de Febrero de 1.998, concluyó con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandadas, siendo debidamente impugnado por el demandante. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que declara extinguido el contrato de trabajo que unía a los litigantes, se alzan en suplicación tanto LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L. formulando su recurso al amparo de los apdos. a), b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , como LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.L., al amparo únicamente del apdo a) citado.

En el primer motivo del recurso de LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L., recurso, que va a ser el primero en estudiarse, solicita la suplicante la nulidad de todo lo actuado a

partir del momento inmediatamente posterior a la presentación de la demanda, y ello porque entiende que en el procedimiento origen del recurso se han acumulado indebidamente una acción en reclamación de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con una acción de reclamación por vulneración del derecho a la libertad sindical, con infracción de lo dispuesto en los artículos 27-2 y 176 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Pues bien, como esta misma Sala de lo Social indicó en sentencia nº 898/99 de 31-3-99 , dictada en un supuesto similar, la infracción denunciada no se ha cometido ya que (sic) "la acción de extinción de contrato por incumplimiento grave imputable al empresario puede venir derivada de la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, susceptibles de protección a través del procedimiento especial de tutela de la libertad sindical, pero sin que conste que tal haya sido la intención de la parte actora que se limita a solicitar la extinción de su contrato de trabajo fundada en graves incumplimientos empresariales, entre los que se encuentra la lesión de sus derechos fundamentales de igualdad y prohibición de trato discriminatorio así como la lesión a su libertad sindical, pero sin que se haya ejercido en ningún momento una acción de tutela de la libertad sindical (...)". El petitum de la demanda está bien claro, puesto que se solicita se declare la extinción de la relación laboral a favor del actor en virtud del artículo, 50 del Estatuto de los Trabajadores , cuya acción es la que se ejercita, siendo cuestión distinta los incumplimientos que se alegarán y tratarán de demostrar para fundarla.

SEGUNDO.- También al amparo del apdo. a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita el recurrente se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el momento previo a los actos de conciliación y juicio, que deberán volverse a celebrar interviniendo primero la parte actora, a continuación el Ministerio Fiscal y en ultimo término la demandada. El orden que empleó el juzgador de dar primero la palabra al Letrado del demandante, posteriormente al de la demandada y en ultimo lugar al Ministerio Fiscal motivó (según expone la recurrente) que ésta no pudiera replicar la argumentación del Ministerio Público, que fue pedida, pero denegada por el Juzgador. Por ello, tal orden de intervenciones impuesto rompió el equilibrio procesal que consagra el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral y produjo indefensión, vulnerando con ello el artículo 24-1 de la Constitución.

Procede de nuevo, contestar en similares términos a los contenidos en la sentencia de esta Sala de 31-03-99, y al igual que allí se hizo, partir de la doctrina reiterada del T.C. y T.S. y Salas de lo Social de los T.S.J. en relación con la indefensión y los requisitos necesarios para que la misma prospere, que son: a) que se invoque el precepto procesal infringido y en qué concepto lo ha sido (SSTS de 23-11-88 y 6-6-90), no pudiendo prosperar cuando se trata de normas sustantivas (STS 13-4-87); b) que se haya producido indefensión, no existiendo tal si no se hizo ninguna observación en el acto del juicio, no pudiendo alegar indefensión quien usó con impericia los medios de defensa que le otorgaba el ordenamiento jurídico (STS 7-7-86); c).- no cabe que alegue la infracción procesal quien con su propia actuación la propicia; y d) que el recurrente haya formulado en tiempo y forma el oportuno protesto (SSTS de 17-7-86 y 16-7-91).

El orden de intervenciones aplicado por el magistrado "a quo" no causó indefensión alguna a la demandada por cuanto que la misma tuvo perfecto conocimiento de los hechos y de las pretensiones de la demanda antes de la celebración del juicio y pudo ejercitar todos los medios de defensa y prueba a su alcance, manifestando lo que a su derecho convenía. El Ministerio Fiscal actúa como indagador de la posible lesión de derechos fundamentales, y perfectamente puede entender que no concurre la vulneración denunciada en base a razones sobre las cuales también querría contestar, y desvirtuar, la parte actora, lo que nos llevaría a una mecánica de alegaciones e intervenciones sin fin, razones todas ellas que conllevan la desestimación de la nulidad interesada.

TERCERO.- En el ámbito de la revisión fáctica, el recurrente interesa la modificación del párrafo 1º del hecho probado 1º para que quede así: "Que el actor ha prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L., desde el día 1 de agosto de 1.993, con antigüedad de 12 de diciembre de 1.991, centro de trabajo en la Obra de Construcción del Metro, categoría de guarda de seguridad y con un salario mensual de 49.859 ptas., con la parte proporcional de las pagas extraordinarias incluida, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (BOE 4-5-94)".

Entiende el recurrente que el juzgador de instancia incurrió en error en cuanto a la fijación de la antigüedad, el salario del actor y el Convenio Colectivo de aplicación e invoca como base de su pretensión documentos que ya han sido tenidos en cuenta por el Juzgador "a quo" para formar su convicción, no evidenciándose en ningún momento de los documentos citados, de forma clara, evidente, contundente y sin necesidad de acudir a hipótesis o conjeturas, el error del magistrado de instancia. Además, hay que tener en cuenta que, si bien se citan los documentos, no se expresa con meridiana claridad lo que haya podido inducir a error o a inconcreción, siendo necesario expresar con la debida claridad y separación los errores atribuidos. Por otra parte, la alegación de prueba negativa no es mecanismo hábil para fundar la revisión. Y por último, en cuanto a lo dicho por el recurrente sobre el trabajo en la obra del Metro, está claro que ello se refiere al trabajo prestado en el momento de la demanda, no al de los inicios, al igual que sucede con al referencia al salario, para cuya fijación el juzgador "a quo" no tuvo en cuenta únicamente las nóminas sino todo el conjunto del material probatorio practicado y unido a los autos. Por todo ello, la redacción pedida no puede prosperar, incluyendo tal fracaso lo interesado respecto del Convenio. El aplicable en cuanto a la tabla salarial es el Convenio Colectivo de empresas de Seguridad Nacional, por cuanto el Provincial establece condiciones inferiores en este extremo a la categoría de Guarda de Seguridad.

Respecto del hecho probado 4º la suplicante interesa su sustitución por el siguiente: "En fecha 22-7-1.993 la entidad constructora de la línea 5 del Metrado (EOVAL-UTE) contrató el servicio de vigilancia a Levantina de Seguridad S.L., y como consecuencia de ello, en fecha 1-8-1.993 se produjo una subrogación empresarial del personal de Levantina de Servicios Generales S.L. que allí prestaba servicios, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 del C.C. de Empresas de Seguridad , pasando en esa fecha el actor a prestar servicios para Levantina de Seguridad S.L.

No puede prosperar la revisión interesada ya que ningún error se constata en la valoración probatoria efectuada por el Juez "a quo" y plasmada en el hecho atacado, sino que se pretende la sustitución de la misma por otra, parcial y subjetiva, de la recurrente, olvidando con ello la misión que en exclusiva atribuye al juzgador el artículo 631 de la Ley Enjuiciamiento Civil y 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Siguiendo con la revisión fáctica, la suplicante interesa la supresión del relato histórico de los hechos probados octavo y noveno por entender que la convicción judicial excede el ámbito de la libre valoración de la prueba para entrar de lleno en la valoración libérrima.

Sin embargo ello no es así. El recurrente aprovecha la petición de supresión para exponer su versión de los hechos, su criterio, su valoración del material aportado, su posición, en suma. Tal conjunto de alegatos no puede borrar el fruto de la convicción del Juzgador alcanzada tras un proceso interno de apreciación y valoración de las pruebas y de las alegaciones de las partes, lo que nos lleva a desestimar lo interesado.

CUARTO. - Al amparo del apdo. c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la recurrente la infracción, por aplicación indebida del artículo, 59.1 del Estatuto de los Trabajadores e inaplicación del artículo 59.2 del mismo texto legal . Siendo el plazo de prescripción de un año y el dies a quo el del día en que la acción pudo ejercitarse. Como excepción hecha de la modificación de horario) la demanda se sustenta en hechos sucedidos desde el inicio de la relación laboral (según el "factum" en 1.989), habría prescrito la acción.

La anterior tesis no puede prosperar ya que por la propia naturaleza de los incumplimientos denunciados, se está tratando de acciones y conductas continuadas y sucesivas en el tiempo, y así (hecho probado 8º) la empresa induce a los trabajadores (y al actor) a la afiliación en Falange Española- Frente Nacional Sindicalista, para ascender en la empresa, afiliación que cada año debe ser mantenida y tiene en cuenta la participación del empleado (hecho probado 9º) en actos de una determinada significación ideológica, conllevando la falta de colaboración adecuada a sus instrucciones de carácter político degradaciones internas particulares de la empresa. Además de ello, del relato fáctico (hechos 6º y 7º) se constata que la modificación de jornada y horario, como consecuencia de actuar el demandante como testigo, fue a finales de 1.997 y que el inicio de la persecución por la empresa para castigar al trabajador imponiéndole una serie de sanciones lo fue con fechas 11, 13 y 15 de enero de 1.998, 28-1-98, y tras la presentación por el actor de la demanda en 18-2-98, lo que hace decaer, por completo, la prescripción invocada.

QUINTO. - Al amparo del apdo. c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la suplicante denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por entender que los incumplimientos empresariales recogidos en la fundamentación jurídica de la sentencia, ni individual ni globalmente considerados, pueden constituir causa extintiva del contrato por voluntad del trabajador. En este sentido, procede traer a esta resolución lo decidido por esta misma Sala en la sentencia ya referenciada de 31-03-99, dado que por lo que atañe al punto ahora tratado el supuesto es

prácticamente idéntico. Pues bien, como tal sentencia indica, (sic) "el hecho de que se hayan incumplido por la demandada determinadas obligaciones en materia de Seguridad Social. Como el incumplimiento del deber de alta y cotización, o laboral, como posibles deudas salariales por horas extras o deducciones indebidas de la nómina, no necesariamente tienen que determinar que prospere en todo caso la demanda de rescisión contractual, como así ha sido entendido en numerosas ocasiones por los Tribunales y por esta misma Sala, pues cabe el ejercicio de las acciones oportunas si la infracción no reviste gravedad, siendo de aplicación a las mismas la prescripción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores".

Ahora bien, el enfoque del tema cambia si acudimos a la cláusula general abierta y de cierre del apdo. c), es decir, la invocación como justa causa para solicitar la extinción del contrato de "cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor" redacción ésta que ha sido interpretada por la doctrina jurisprudencia unificada (SSTS de 22-05-95 y 2-11-96) en el sentido de que los incumplimientos empresariales "no deben contraerse a las obligaciones pactadas en el contrato, sino que debe extenderse a todas aquellas que, cualquiera que sea su origen, hayan sido asumidas por el empresario frente y en provecho del trabajador en virtud de la suscripción del contrato, siempre que reúna las notas de gravedad e imputabilidad, en la medida en que quedan excluidos los supuestos de fuerza mayor".

Al hilo de lo expuesto conviene poner de relieve la función residual que le queda al apdo. c), pues cubre los incumplimientos no susceptibles de ser comprendidos en los apdos. a) y b), y al mismo tiempo ampliadora del círculo de incumplimientos que pueden producir el efecto resolutorio.

SEXTO.- Expuesto lo anterior y volviendo al caso de autos tenemos que, la empresa demandada impone a sus trabajadores y con ello al actor, la afiliación al sindicato Central Obrera Nacional Sindicalista y a la FEFNS, Falange Española - Frente Nacional Sindicalista, tanto para obtener el ingreso en la misma, cuanto para, en el desarrollo de la relación laboral, obtener ascensos en ella (fund. jurid. 6º). El ambiente que reina en la Organización es de carácter paramilitar, con una Junta de Mandos, Jefes, Controladores... reiterando en sus Circulares Internas de la empresa que los trabajadores forman una "familia". Reiterando saludo militar con superiores y obligando al actor a vestirse de nazi en el pub Lili Marleen así como a asistir a un campamento de la Organización como monitor, en donde se regalan gorras de las C.O.N.S. que necesariamente debía ponerse el actor, que no pudo denunciar dichos hechos debido a amenazas y coacciones para el que se salga de la "familia", sobre todo por temor a perder su puesto de trabajo (fund j. 6º).

Lo anterior evidencia no sólo una importante lesión de la dignidad personal y profesional del trabajador sino también una vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley y prohibición de trato discriminatorio por la negativa planteada por el demandante a realizar las conductas impuestas contrarias a derecho y contrarias a la libertad sindical, derecho constitucional desarrollado en el artículo 28 de la Constitución Española , en la

Ley Orgánica de Libertad Sindical (artículo 4.2b)) y en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 17).

El ataque a los derechos fundamentales del actor se manifestó también netamente con las represalias de las que fue objeto por acudir a declarar como testigo de unos compañeros, lo que comportó la imposición de una serie de sanciones fundadas en hechos inciertos, vulneración empresarial que viola directamente el derecho a la no discriminación, a la libertad en su mas amplio sentido y a la libertad sindical individual positiva y negativa (artículos 14 y 28 Constitución Española). Llegados a este punto no cabe sino concluir que todas estas conductas puestas en relación con el proceso de modificación de condiciones de trabajo explicitado en el relato fáctico y con el proceso sancionador a que fue sometido por implicar las vulneraciones expuestas, facultan a otorgar la resolución del contrato, tal y como lo entendió y concedió el juez "a quo".

SEPTIMO.- Con idéntico fundamento procesal se denuncia la aplicación indebida del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 14 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad y ello porque la sentencia de instancia considera que LEVANTINA DE SEGURIDAD S.L. formaba con Levantina de Servicios Generales S.L. en 1.991 un grupo de empresas, y en fecha 1-8-93 se produce una Sucesión Empresarial por Levantina de Seguridad, S.L. Entiende la suplicante que no constan en el relato fáctico los datos necesarios para extraer la conclusión a la que llega la sentencia de instancia, lo que esta Sala no puede compartir ya que del relato histórico se desprende:

a) - La existencia de confusión patrimonial porque les pagaba el socio de ambas empresas; b).- Confusión de personal siendo el gerente de la sociedad Levantina de Servicios Generales, S.L. el letrado de Levantina de Seguridad, S.L. c).- Misma actividad (la seguridad) y mismos locales o domicilios; d).- Mismos socios pese a tener personalidad jurídica distintas; e).- Similitud de nombres, de actuación en los servicios y hasta de vestuario o ropa de trabajo.

En cuanto a la subrogación operada, la misma no quedó limitada al mecanismo del artículo 14 del Convenio sino que, precisamente por formar ambas sociedades a efectos laborales, un grupo empresarial el verdadero empleador que asumió la contrata en el 93 fue el grupo, lo que hace que sobre el mismo deba recaer la condena, razón por la cual la solidaridad de la misma debe también confirmarse pues la pluralidad formal de empleadores lleva consigo siempre en relación con los trabajadores una responsabilidad solidaria de aquellos (STSS 5-3-85).

OCTAVO.- En el apartado noveno del recurso se denuncia la infracción del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral por entender la suplicante que se ha producido una acumulación indebida de acciones, al haberse discutido en un proceso de extinción del contrato de trabajo temas como el salario, la antigüedad del actor y el Convenio Colectivo aplicable, convirtiendo el proceso en una especie de causa general.

El motivo no se sustenta ya que en la demanda se contienen los anteriores elementos tal y como son configurados por el demandante, lo que suministra exacto conocimiento a la demandada para que se rebatan. Además, los temas de antigüedad y salario (y con ello

Convenio) son elementos integrantes de la petición de extinción e íntimamente unidos a ella desde el momento en que su fijación es absolutamente necesaria para calcular la indemnización. Y por otra parte tanto la antigüedad como el salario fueron discutidos como circunstancias del incumplimiento empresarial.

NOVENO. - Se denuncia también el artículo 26.2 Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 74 del

Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad por entender que en el cálculo del salario del actor la sentencia ha incluido dos conceptos que no tienen tal carácter salarial, sino de suplidos, cuales son el plus de transporte y el plus de mantenimiento de vestuario. Sin embargo, dado que el actor devengaba tales sumas de manera fija, periódica, lineal e idéntica cada vez, no procede efectuar detracción alguna por ser la retribución de la que se verá privado ante la extinción decretada a su instancia, y no habiéndose acreditado que perciba retribuciones de carácter extrasalarial y/o indemnizatorio en base a efectivas situaciones que puedan dar lugar a ello.

DECIMO. - Considera la suplicante que la sentencia impugnada se equivoca también en el cálculo de la indemnización por cuanto que computa no los años de servicio sino la antigüedad del actor, habiendo pasado el mismo a prestar servicios en Levantina de Seguridad S.L. en fecha 1-8-93 y aunque al actor se le reconoció la antigüedad a efectos retributivos de 12-91, ello no tiene trascendencia sobre el cómputo de la indemnización.

Pero el anterior criterio no puede prosperar toda vez que se está partiendo en la sentencia (tras haber llegado a la conclusión en cuestión) de la existencia de un grupo de empresas y de un único empleador real frente de la diversificación formal, lo que implica una prestación de servicios desde el primer día, tal y como la sentencia "a quo" recoge, por lo que también este motivo, y en consecuencia, la totalidad del recurso planteado por Levantina de Seguridad S.L. han de desestimarse.

DECIMO PRIMERO. - Como hemos adelantado al inicio de esta resolución, también la codemandada Levantina de Servicios Generales, S.A. formula recurso de suplicación, aunque con fundamento, únicamente, en el apdo.

a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, por denuncia de infracción de los artículos 53-1 y 59 de la Ley de Procedimiento Laboral al entender la mencionada empresa que no fue debidamente citada a los actos de conciliación y juicio celebrados el día 1.7.98 ya que convocada mediante publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de anuncios del Juzgado, pese a que constaba en autos su domicilio social, donde podía ser citada.

Pues bien, cierto es que su domicilio social constaba en autos, domicilio que es el mismo que el de la empresa codemandada con la que forma un grupo (PASAJE000 n° NUM000 al NUM001), habiendo sido citadas ambas en tal sitio para el juicio del 6-4- 98, con éxito, pero no podemos pasar por alto la sospechosa y llamativa conducta de la persona que, encontrándose en la entrada al domicilio PASAJE000 n° NUM000 al NUM001 manifestó al Oficial Habilitado del Juzgado, el 18-05-98, cuando fue a practicar la citación para el juicio del día 12-06-98 que, (sic) "la demandada LEVANTINA DE

SERVICIOS GENERALES era allí, pero que tenía ordenes de no recoger", negándose a recibir la notificación. Tales órdenes, según el más elemental razonamiento lógico, eran órdenes de la empresa, quien adopta una actitud de rechazo y obstáculo para su localización. Y buena prueba de ello lo constituye el informe de la Policía Local fechado el 25-06-98 en el que tal institución participa" que la empresa de servicios interesada compartieron locales con Levantina de Seguridad S.L. en PASAJE000 n° NUM000 al NUM001 , pero desde hace tres meses que se marcharon desconociendo (en la actualidad su paradero)".

Ante las anteriores circunstancias concretas del caso y la constatación del desinterés, pasividad, y negligencia de la mercantil en cuestión, que se dio por notificada de la sentencia a través de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, la citación por edictos realizada por el Juzgado no infringe los artículos 53.1 y 59 de la Ley de Procedimiento Laboral ya que ninguna indefensión puede alegar quien voluntariamente la provoca y de forma que a ella solo cabe imputar se coloca en situación de localización física (STC 22/87, 72/88 y 166/89, entre otras).

En cuanto a la infracción del artículo 82.3 a) de la Ley de Procedimiento Laboral por no mediar quince días entre la citación por edicto publicado el 25-6-98 y la celebración del juicio el 1-7- 98 no cabe tampoco acordar la nulidad pretendida y que la actitud arriba reseñada de pasividad y obstaculización a su citación personal, unida a la importante circunstancia de formar un grupo con la otra codemandada, con identidad de domicilios (y de personas intervinientes en la tramitación de los recursos de ambas, doc. 374 y 461), hace que no quepa hablar de desconocimiento de la demanda ni de indefensión, lo que conlleva la íntegra desestimación del recurso planteado por esta codemandada.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos los respectivos Recursos de Suplicación interpuestos por las representaciones letradas de LEVANTINA DE SEGURIDAD, S.L. Y LEVANTINA DE SERVICIOS GENERALES, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm ocho de Valencia de fecha 3 julio 1.998 en virtud de demanda formulada a instancia de D. Ángel , y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a cada uno de los recurrentes a la pérdida de la consignación y del depósito respectivos.

Los recurrentes deben pagar solidariamente al letrado impugnante 100.000.- ptas.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución al Ministerio Fiscal a los efectos que procedan.

La presente Sentencia, que se notificará a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y

también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo./a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 11-7-2018 (C-60/17, Asunto Somoza Hermo). Supuesto 6.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima)

de 11 de julio de 2018 (*)

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisión de empresa — Artículo 3, apartado 1 — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores —

Subrogación en los contratos de trabajo por imperativo de lo pactado en un convenio colectivo —

Convenio colectivo que excluye la obligación de que el cedente y el cesionario de la empresa respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las salariales, derivadas de los contratos de trabajo antes de la transmisión de dicha empresa»

En el asunto C-60/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 30 de diciembre de 2016, recibido en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de 2017, en el procedimiento entre

Ángel Somoza Hermo, Ilunión Seguridad, S.A., y

Esabe Vigilancia, S.A.,

Fondo de Garantía Salarial (Fogasa),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima),

integrado por el Sr. E. Levits, Presidente de Sala, y el Sr. A. Borg Barthet (Ponente) y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. E. Tanchev; Secretario: Sr. A. Calot Escobar; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas:

en nombre del Sr. Somoza Hermo, por el Sr. X. Castro Martínez, abogado;

en nombre del Gobierno español, por la Sra. A. Gavela Llopis, en calidad de agente;

en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. M. Kellerbauer y J. Rius, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones; dicta la siguiente

Sentencia

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de

las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO 2001, L 82, p. 16).

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. Ángel Somoza Hermo e IlusiónSeguridad, S.A., por una parte, y Esabe Vigilancia, S.A., y el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), por otra, en relación con el pago al Sr. Somoza Hermo de diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias correspondientes a los años 2010 a 2012.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

La Directiva 2001/23 constituye la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO 1998, L 201, p. 88).

El considerando 3 de la Directiva 2001/23 tiene la siguiente redacción:

«Son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.»

El considerando 8 de dicha Directiva señala:

«La seguridad y la transparencia jurídicas han requerido que se aclare el concepto de [transmisión] a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta aclaración no ha

supuesto una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal.»

El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 dispone:

«a) La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva [la] de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.»

Con arreglo al artículo 3 de la Directiva 2001/23:

«1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha [de la transmisión], serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión].

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha [de la transmisión], el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha [de la transmisión], en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha [de la transmisión].

[...]

Después [de la transmisión], el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.

a) Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros.

b) Aun cuando los Estados miembros no establezcan, de conformidad con la letra a), que los apartados 1 y 3 serán aplicables a tales derechos, adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento [de la transmisión], en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a

prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en la letra a).»

El artículo 8 de dicha Directiva dispone que:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores.»

Derecho español

Las normas aplicables a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de entidades económicas se definen en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654), en su versión resultante de la Ley 12/2001, de 9 de julio de 2001 (BOE n.º 164, de 10 de julio de 2001, p. 24890) (en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»).

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores dispone:

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría.

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

[...]»

El artículo 14 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE n.º 99, de 25 de abril de 2013, p. 31668; en lo sucesivo, «Convenio colectivo de las empresas de seguridad») establece:

«Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, en base a la siguiente Normativa de aplicación a

los servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, protección personal y guardería particular de campo:

Normativa de aplicación.

Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los artículos 45, 46 y 50 de este Convenio colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el artículo 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

[...]

Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria.

B.1 Adjudicataria cesante: La Empresa cesante en el servicio:

[...]

3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado:

Los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y la liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

El Sr. Somoza Hermo trabajaba como vigilante de seguridad por cuenta de Esabe Vigilancia, empresa adjudicataria del servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, dependiente de la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia.

El 16 de octubre de 2012, dicho servicio de vigilancia se adjudicó a Vigilancia Integrada, S.A. (en lo Sucesivo, «VINSA»), actualmente Ilunión Seguridad, que se subrogó, a partir de esa fecha, en las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo de los empleados de la anterior empresa adjudicataria del servicio, incluido el del Sr. Somoza Hermo.

A este respecto, VINSa advirtió al Sr. Somoza Hermo que, según el Convenio colectivo de las empresas de seguridad, las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias concedidas por Esabe Vigilancia correspondientes a los años 2010 a 2012 y pendientes de cobro debían ser abonadas por esta última.

Al negarse estas dos empresas a abonar al Sr. Somoza Hermo las cantidades reclamadas, este presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Santiago de Compostela, con el fin de obtener el pago de tales sumas.

Dicho órgano jurisdiccional estimó parcialmente la demanda y, basándose en el artículo 44, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, condenó a Esabe Vigilancia y a VINSa al pago solidario de las deudas que no consideró prescritas.

VINSa recurrió dicha sentencia en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, alegando que la disposición aplicable no es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que obliga a la empresa adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo. Sostiene que esta subrogación la obliga únicamente a asumir las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo a partir de la fecha de la adjudicación y la exime de las obligaciones anteriores a ella.

El Sr. Somoza Hermo recurrió también dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con las solicitudes de pago de las diferencias salariales que no habían sido estimadas.

El órgano jurisdiccional remitente recuerda que el Tribunal Supremo ha declarado, en una sentencia de 7 de abril de 2016, que el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad se refiere a la sucesión en el tiempo de dos empresas encargadas de la prestación de servicios de seguridad privada. Esta sucesión supone que el cesionario está obligado a hacerse cargo de los trabajadores de la antigua empresa.

De esta manera, según dicha sentencia, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. En consecuencia, en estos casos, la subrogación se produce en virtud del convenio colectivo aplicable. Por tanto, la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable. En efecto, la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata.

El Tribunal Supremo consideró que la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia en las sentencias de 24 de enero de 2002, Temco (C-51/00, EU:C:2002:48) no se opone a esta conclusión, dado que la subrogación impuesta por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad no se deriva de una situación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 o del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Estimó así que la relación entre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.

Por lo tanto, en esencia, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 la subrogación entre empresas que se produce a raíz de la transmisión de un contrato de servicios en virtud de un convenio colectivo que establece que la empresa cesionaria está obligada a hacerse cargo del personal de la anterior empresa adjudicataria. De ser así, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si es conforme con el artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva una disposición del convenio colectivo aplicable que establece la exclusión de la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la fecha de transmisión del servicio en cuestión.

En esas circunstancias el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva [2001/23], que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión prejudicial

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

Con arreglo a su artículo 1, apartado 1, letra a), la Directiva 2001/23 se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

A este respecto, según reiterada jurisprudencia, el alcance de la citada disposición no puede determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de esta Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual, el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente, como se desprende de su considerando 3, en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 29 y jurisprudencia citada).

En efecto, en virtud de jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la Directiva 2001/23 es aplicable en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa. Por lo tanto, para que la Directiva 2001/23 se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión a través de un tercero (sentencia de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16, EU:C:2017:780, apartado 23 y jurisprudencia citada).

De ello se deduce que la inexistencia de vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha confiado sucesivamente la vigilancia de las instalaciones resulta irrelevante para determinar si la Directiva 2001/23 es aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16, EU:C:2017:780, apartado 24).

Ha de recordarse también que, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que esta Directiva sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto una «entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio».

Para determinar si concurre efectivamente este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Estos elementos deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente (sentencia de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16, EU:C:2017:780, apartado 26 y jurisprudencia citada).

En particular, el Tribunal de Justicia ha considerado que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate (sentencias de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios, C-509/14, EU:C:2015:781, apartado 33, y de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16, EU:C:2017:780, apartado 27).

De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que determinan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (sentencia de 19 de octubre de 2017, Securitas, C-200/16, EU:C:2017:780, apartado 28 y jurisprudencia citada).

El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 35 y jurisprudencia citada).

Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 35 y jurisprudencia citada).

De este modo, una actividad de vigilancia de un museo, como la que es objeto del litigio principal, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate (véase, por analogía, la sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 39).

A este respecto, en la resolución de remisión se indica que, para desempeñar las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, antes confiadas a Esabe Vigilancia, VINSa se hizo cargo de los trabajadores que esta última destinaba a esas actividades.

De ello se deduce que la identidad de una entidad económica como la controvertida en el litigio principal, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad.

Por otra parte, si bien el Gobierno español sostiene en sus observaciones escritas que VINSa se vio obligada a hacerse cargo del personal de Esabe Vigilancia en virtud de un convenio colectivo, dicha circunstancia no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este Convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, EU:C:2002:48, apartado 27).

Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en virtud de un convenio colectivo, se excluya la obligación de que el cedente y el cesionario de la entidad económica afectada

respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la cesión de dicha entidad.

El artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 enuncia el principio de que los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión serán transferidos al cesionario. El párrafo segundo de dicho artículo 3, apartado 1, dispone que los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha de la transmisión, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de la transmisión, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha de la transmisión.

A este respecto, en la resolución de remisión se indica que el artículo 44, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores dispone que el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *intervivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El Convenio colectivo de las empresas de seguridad no establece esta solidaridad.

En sus observaciones escritas, el Gobierno español alega que la segunda cuestión prejudicial no es competencia del Tribunal de Justicia. Señala que, mediante la formulación empleada por el órgano jurisdiccional remitente, dicha cuestión no llevaría al Tribunal de Justicia a interpretar el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23, sino a pronunciarse sobre la compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales entre sí, cuando el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de dichas disposiciones.

A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia se limita exclusivamente al examen de las disposiciones del Derecho de la Unión. Corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales y la manera en que estas deben aplicarse (auto de 23 de mayo de 2011, *Rossius y Collard*, C-267/10 y C-268/10, no publicado, EU:C:2011:332, apartado 15).

En el presente asunto, a la vista del tenor literal de esta cuestión prejudicial, procede considerar que, en realidad, versa sobre el examen de la conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional. Pues bien, dicho examen, que implica valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho interno, no es competencia del Tribunal de Justicia.

De ello se deduce que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Costas

Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal,

han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es competente para responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante resolución de 30 de diciembre de 2016.

Levits Borg Barthet Berger

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, el 11 de julio de 2018.

El Presidente de la Sala

El Secretario

Décima

A. Calot Escobar E. Levits

- Sentencia TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 522/2021 de 24 febrero JUR\2021\137946. Supuesto 8.

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 522/2021 de 24 febrero

JUR\2021\137946



DESPIDO OBJETIVO PROCEDENTE: Causas organizativas y productivas: reestructuración bancaria: trabajador que no aceptó el traslado de oficina propuesto por la entidad empleadora: libertad del empresario a la hora de decidir el trabajador o los trabajadores despedidos: ausencia de prueba que acredite indicio alguno de violación del principio de indemnidad, ni de ningún derecho fundamental del trabajador.

ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2021:1125

Jurisdicción:Social

Recurso de Suplicación 2481/2019

Ponente:Ilmo. Sr. D. Jesús Sánchez Andrada

Recurso nº 2481/19 - Negociado I Sent. Núm. 522/21

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.:

DOÑA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

DON FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 522/2021

En el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante D. Augusto y por la demandada Banco de Sabadell SA, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número

11 de los de Sevilla, Autos nº 1180/17; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA, Magistrado Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

: Según consta en autos, se presentó demanda por D. Augusto contra Banco Sabadell SA Y Ministerio Fiscal, sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 16 de abril de 2019 por el Juzgado de referencia, que **estimó parcialmente** la demanda.

SEGUNDO

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

"PRIMERO.- Don Augusto, mayor de edad, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios en la empresa "Banco Sabadell S.A.", con CIF A08000143, desde el 1 de febrero de 2007. Su categoría profesional es la de gestor comercial, nivel 8, a jornada completa y con carácter indefinido. Prestaba sus servicios en el centro de trabajo Oficina 316, situada en la avenida José Laguillo de Sevilla. El convenio colectivo de aplicación es el del sector de la banca publicado por el BOE de 15 de junio de 2016 (nóminas, folios 48 a 59).

Don Augusto no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

SEGUNDO.- El salario bruto del actor, en cómputo anual, era de 34355,49 euros, 94,12 euros/día, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como los conceptos variables (nóminas, folios 48 a 59, y resumen anual al folio 60).

TERCERO.- Con fecha de 16 de noviembre de 2017, la empresa demandada ofreció al actor que, una vez se lleve a cabo el cierre de la oficina en la que venía prestando servicios, su traslado con efectos 1 de enero de 2018 a la oficina 1530 sita en la localidad de Andújar (Jaén), con el puesto de gestión comercial de oficina, ofreciendo la cantidad de 6000 euros en concepto de gastos de traslado, y la cuantía mensual de 700 euros brutos mensuales como plus de traslado (folios 69 y 70).

Tras rechazar el trabajador esta oferta de traslado, la empresa demandada notificó al trabajador carta de despido, con efectos a partir de esa misma fecha, cuyo contenido obra a los folios 12 y 13 de las presentes actuaciones, a los que esta resolución se remite en su integridad. La carta afirma que concurren causas de naturaleza organizativa y productiva que justifican la amortización del puesto de trabajo y el despido objetivo del actor, pues la situación general del sector bancario obliga a la entidad demandada a redimensionar su red de oficinas y adaptarla a las necesidades reales de la organización, llevando a cabo un proceso de fusión de oficinas, en el que resultaba incluida la oficina donde el actor prestaba servicios en la avenida José Laguillo de Sevilla, que se fusiona con la oficina 7427 "Macarena". La carta señala que, tras analizar los puestos de trabajo existentes en ambas oficinas, consideran que existe un excedente de plantilla concretado en el gestor comercial de oficina, pues en la oficina de Macarena ya hay un gestor comercial y al no existir carga de trabajo suficiente para dos gestores comerciales, se elige extinguir el puesto de trabajo que corresponde a la oficina cerrada. La carta finaliza reconociendo a

favor del actor la cuantía de 21189 euros en concepto de indemnización, así como 1461,30 euros en concepto de falta de preaviso. Ambas cuantías fueron abonadas por medio de transferencia (folios 63 a 65). El despido fue comunicado a la representación legal de los trabajadores por medio de correo electrónico de esa misma fecha (folio 66).

CUARTO.- Constan incorporados a las actuaciones ficha resultante de la fusión de las oficinas de Macarena y José Laguillo de Sevilla de la entidad demandada, correos electrónicos de la directora de relaciones laborales Centro y Sur de la entidad demandada, en el que se indica cuál será la plantilla homologada tras la fusión de las oficinas, así como informe de las oficinas fusionadas, documentos 7,7 bis y 8 del ramo de prueba de la entidad demandada, que se dan por reproducidos en su integridad. Igualmente, constan en las actuaciones correo electrónico de fecha 24 octubre de 2016 por el que la entidad demandada comunica a los interlocutores sindicales y el equipo de relaciones laborales la aplicación a partir del 1 de noviembre de 2016 de la nueva estructura de red en banca comercial, así como correos electrónicos remitidos por la entidad demandada a los interlocutores sociales informando de las próximas fusiones de oficinas bancarias que tendrían lugar los días 16 de abril de 2016, 9 de julio de 2016, 5 de noviembre de 2016, 21 de enero de 2017, 20 de mayo de 2017 y 18 de noviembre de 2017, documentos 9 a 16 del ramo de prueba de la entidad demandada, que se dan por reproducidos en su integridad.

Como documento 23 del ramo de prueba de la demandada consta relación de oficinas abiertas en la comunidad dando Lucía por la entidad demandada durante el año 2017, en las localidades de Morón de la Frontera y Andújar, y a los folios 228 y 229 relación de trabajadores contratados por la entidad demandada a través de empresas de trabajo temporal, detallando la persona sustituida, el motivo de la sustitución, fecha de inicio y fecha de finalización así como duración de la contratación, que se da por producida.

Constan como documentos 6 a 10 del ramo de prueba de la parte actora, correo electrónico con felicitación a la oficina donde prestaba servicios el actor en el "Reto Puntual", correo electrónico remitido por el actor en cuanto al cumplimiento de objetivos por dicha oficina, ficha de esta oficina en la aplicación "Valora" de la entidad demandada correspondiente al tercer trimestre de 2017, ficha personal del actor en la citada aplicación, y seguimiento de plan comercial tanto de la oficina como del actor, todos ellos se dan por reproducidos.

Por último, como documento 19 del ramo de prueba de la demandada acuerdo de fecha 16 de noviembre de 2017 suscrito entre la entidad demandada y Romeo por la que se traslada a este trabajador a la unidad 6794 gestión de activo minorista.

QUINTO.- En fecha de 19 de diciembre de 2017 se presentó papeleta de conciliación ante el C.M.A.C. de Sevilla. El acto de conciliación se celebró en fecha de 10 de enero de 2018, con el resultado de intentado sin efecto. En fecha de 18 de diciembre de 2017, se presentó la demanda que dio lugar al presente procedimiento".

TERCERO

: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante D. Augusto y por el demandado Banco de Sabadell SA, que fue impugnado por ambas partes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

.- Recurren trabajador y empresa, articulando el primero un único motivo de suplicación, al amparo del apartado c) del art. 193 , de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845) , Reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS.

Denuncia la infracción del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836) , art. 3.5 y 51.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) y art. 122.2 de la LRJS, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional que cita, entendiendo sucintamente que no se cumplieron los requisitos legales establecidos para el traslado, sin que exista negociación sino planteamiento unilateral de la empresa de traslado o despido, sin que tampoco exista rechazo del trabajador, sino anteceder a su firma, no conforme.

La sentencia razona para rechazar este motivo que se adujo en el juicio que " no puede entenderse que la actuación del trabajador sea asimilable a una reclamación judicial o extrajudicial dirigida contra la empresa y si bien, ciertamente, debe reconocerse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a interpretar de manera amplia y generosa el posible ámbito de actuación del principio de indemnidad, permitiendo que abarque todos aquellos supuestos en los que quepa razonablemente apreciar una continuidad temporal y circunstancial entre una reclamación formulada por el trabajador frente a la empresa y una decisión empresarial que perjudique a dicho trabajador, en el supuesto de autos, la decisión adoptada por la empresa se produce una vez que el actor rechaza posibles alternativas propuestas por la empresa. Ante la negativa del trabajador, la empresa toma la decisión de proceder a su despido objetivo, considerando que legalmente concurren causas para ello ".

Como ya dijimos en Sentencia núm. 3943, de 21 de diciembre 2020, rec. 3068/2020 y núm. 185, de 27 de enero 2021, rec. 2166/19, " Con la inversión de la carga probatoria se pretende impedir un acto empresarial que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, en palabras del Tribunal Constitucional, recogidas por esta Sala, en materia de despido, extensivo mutatis mutandi al resto de acciones contra los derechos fundamentales, SS. 28 de septiembre 2001 , 21 de febrero y 18 de diciembre 2002 , núm. 1223 y 7114, "cuando se invoque por el trabajador que es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable. No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de su decisión, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento

irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia. La decisión empresarial será, así, válida, aun cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental", SSTC 38/81 , 55/83 , 104/87 , 114/89 , 135/90 , 21/92 y 7/93 , esta doctrina se ha formulado esencialmente en relación con decisiones empresariales de despido, pero, como hemos referido, de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales a toda actuación discriminatoria, precisando el Tribunal Constitucional, repetidamente que esta carga probatoria incumbe al empresario también en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador, SSTC 94/1984, de 16 de octubre (RTC 1984, 94) ; 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988, 166) ; 198/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 198) ; 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997, 90) ; 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 87) y 29/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 29) , pero para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, STC. 266/1993, de 20 de septiembre (RTC 1993, 266) , sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil", STC. 207/2001, de 22 de octubre (RTC 2001, 207) , o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y sería de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio ", STC. 41/2002, de 25 de febrero.

Concretando este panorama, como recogemos en Sentencia núm. 1564, de 16 de junio 2010, rec. 4281/2018, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 183, de 10 de septiembre 2015, rec. 155/2013, ante la invocación por la demandante la denominada garantía de indemnidad en el marco de las relaciones laborales, declara que " Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial - individual o colectiva (STC 16/2006, de 19 de enero (RTC 2006, 16))- o de los actos

preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55))- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 14) , FJ 2 ; 125/2008, de 20 de octubre (RTC 2008, 125) , FJ 3 , o 6/2011, de 14 de febrero (RTC 2011, 6) , FJ 2).

Por consiguiente, en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 , y 3/2006, de 16 de enero (RTC 2006, 3) , FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los trabajadores] " .

En este tipo de lesiones descritas, continúa el Tribunal, " no siempre puede apreciarse abiertamente la vinculación entre la medida empresarial cuestionada y la garantía de indemnidad que integra el art. 24.1 CE , articulándose comúnmente la dinámica procesal con base en el esquema de la prueba indiciaria. Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981, 38) , hemos ido perfilando el marco de efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; también por tanto la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE (entre otras, STC 125/2008, de 20 de octubre). En lo segundo, de su lado, este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. Y lo hace, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC (RCL 1979, 2383) , lo que no impide, según establecimos, entre otras, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 224) ; 136/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 136) , o 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) , alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

En cuanto al canon de control constitucional que corresponde, tenemos dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no

consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio (RTC 2014, 104) , FJ 7) ."

En este caso la empresa ante una fusión de oficinas y para no despedirle, le ofrece un traslado a otra, como ha pasado habitualmente en este panorama que ya lleva un tiempo en nuestro país, de reestructuraciones bancarias y como no es aceptado, procede a despedirle por causas objetivas, no acreditándose en modo alguno indicio alguno de violación del principio de indemnidad, ni de ningún derecho fundamental, procediendo a la desestimación del motivo examinado.

SEGUNDO

.- Con el mismo amparo procesal el otro recurrente, denuncia la infracción de los arts. 51 , 52.c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , ET, así como la Jurisprudencia que cita y otras sentencias, entendiéndose que habiéndose probado las causas organizativas y productivas que le han obligado a redimensionar su red de oficinas, llevando a un proceso de fusión de las mismas, resultando incluida aquella en la que prestaba sus servicios el trabajador, es potestad de la recurrente la elección del personal afectado.

Según el relato de la sentencia, Con fecha de 16 de noviembre de 2017, la empresa demandada ofreció al actor que, una vez se lleve a cabo el cierre de la oficina en la que venía prestando servicios, su traslado con efectos 1 de enero de 2018 a la oficina 1530 sita en la localidad de Andújar (Jaén), con el puesto de gestión comercial de oficina, ofreciendo la cantidad de 6000 euros en concepto de gastos de traslado, y la cuantía mensual de 700 euros brutos mensuales como plus de traslado. Tras rechazar el trabajador esta oferta de traslado, la empresa demandada notificó al trabajador carta de despido, con efectos a partir de esa misma fecha, afirmando que concurren causas de naturaleza organizativa y productiva que justifican la amortización del puesto de trabajo y el despido objetivo del actor, pues la situación general del sector bancario obliga a la entidad demandada a redimensionar su red de oficinas y adaptarla a las necesidades reales de la organización, llevando a cabo un proceso de fusión de oficinas, en el que resultaba incluida la oficina donde el actor prestaba servicios en la avenida José Laguillo de Sevilla, que se fusiona con la oficina 7427 "Macarena". La carta señala que, tras analizar los puestos de trabajo existentes en ambas oficinas, consideran que existe un excedente de plantilla concretado en el gestor comercial, pues en la oficina de Macarena ya hay uno y al no existir carga de trabajo suficiente para dos, se elige extinguir el puesto de trabajo

que corresponde a la oficina cerrada. La carta finaliza reconociendo a favor del actor la cuantía de 21189 euros en concepto de indemnización, así como 1461,30 euros en concepto de falta de preaviso. Ambas cuantías fueron abonadas por medio de transferencia. El despido fue comunicado a la representación legal de los trabajadores por medio de correo electrónico de esa misma fecha.

Razona la sentencia para estimar la demanda que ciertamente puede entenderse acreditado que la entidad demandada está llevando a cabo un proceso de reconversión en el cual, como consecuencia de la evolución del modelo de negocio de banca comercial, se estiman necesarias un menor número de sucursales físicas en las que prestar servicios de atención al cliente, pero la concreta selección de las entidades que deben amortizarse, y en particular los motivos concretos por los que se determina que debe prescindirse de la sucursal en la que el trabajador demandante venía prestando servicios ni se incluyen en la carta de despido ni tampoco se consideran suficientemente justificados en las actuaciones. Este hecho resulta particularmente trascendente en este procedimiento puesto que la entidad demandada, a la hora de determinar el puesto de trabajo que considera excedente, no realiza una valoración individual del rendimiento del trabajador amortizado, sino que meramente se da preferencia a la permanencia del trabajador que ya prestaba servicios en la oficina que se mantiene, pero sin que, como ya se ha señalado, se justifique suficientemente en la carta de despido los motivos por los que se selecciona la oficina de José Laguillo como la que procede amortizar o cerrar.

Tal razonamiento no debe ser aceptado, declarando esta Sala, SS, núm. 812, de 24 febrero 2011, rec. 2548/2009, núm. 2062, de 13 de julio 2011, rec. 3977/2011, núm. 2431, de 19 de septiembre 2013, rec. 2932/2012, núm. 1656, de 9 de junio 2016, rec. 1960/2015 y núm. 1253, de 26 de abril 2017, rec. 1762/2016 que el empresario goza de libertad en la elección del trabajador siempre que concurren las causas exigidas, recordando que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, contenida en la sentencia de 19 de enero de 1.998, doctrina que se reitera en la de 15 de octubre de 2.003 y 14 de octubre 2014, rec. 3054/2013, declara que " la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica (técnica, organizativa o de producción) y los contratos potencialmente afectados por ésta. Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control y, en este punto, la ley sólo establece la preferencia que prevé el párrafo segundo artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 68 del mismo texto legal y con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) (art. 51.5 ET , en relación con los mismos preceptos, en el caso del despido colectivo). Fuera de este supuesto y a reserva de las eventuales previsiones de la negociación colectiva sobre esta materia... la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (artículo 14 de la

Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores)...Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la "actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo" amortizado. Únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de Ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento. Todo ello, sin perjuicio de la preferencia de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores, que en el ordenamiento legal español es la única expresamente establecida ", permitiéndose asimismo, la amortización del puesto de trabajo y su sustitución por otro trabajador de la misma empresa, STS de 29 de mayo de 2001, pues la amortización de puestos de trabajo en que consiste el despido objetivo o económico del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores " tiene lugar cuando se produce una disminución de los efectivos de la empresa por extinción de contratos de trabajo acordada por el empresario, aunque las funciones o cometidos laborales desempeñados antes por los trabajadores despedidos se asignen a otros trabajadores de la empresa o sean asumidos por el propio empresario. El artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores se refiere por tanto a una amortización orgánica efectiva o propiamente dicha, relativa a un puesto de trabajo de la plantilla u organigrama de la empresa, y no a una amortización funcional o virtual, concerniente a las concretas tareas o trabajos que se desarrollan en la misma ", STS 15 de octubre de 2.003.

Procede en conclusión la estimación del motivo y del recurso, con revocación de la sentencia recurrida, declarando el despido procedente, absolviendo a la recurrente de los pedimentos efectuados contra la misma, con devolución del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones o cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia, art. 203.1 LRJS (RCL 2011, 1845) , sin costas, por así venir establecido en el art. 235.1 del referido Texto Procesal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos desestimar el recurso interpuesto por la representación Letrada de D. Augusto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11, de Sevilla, de fecha 16 de abril 2019 y estimar el recurso interpuesto por la representación letrada de BANCO SABADELL, S.A., en virtud de demanda presentada a instancia del anterior, por despido, debiendo revocar la sentencia recurrida, declarando el despido procedente, absolviendo a la recurrente de los pedimentos efectuados en su contra, con devolución del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones o cancelación de los aseguramientos prestados, una vez firme la sentencia, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, 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, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Se advierte al recurrente que durante el plazo referido, tendrá a su disposición en la oficina judicial del Tribunal Superior de Justicia los autos para su examen, debiendo acceder a los mismos por los medios electrónicos o telemáticos, en caso de disponerse de ellos.

También se le advierte que el recurso se preparará mediante escrito dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando 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; el escrito de preparación deberá estar firmado por abogado, acreditando la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones, y expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso, con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos. El escrito deberá: exponer 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 y hacer 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, debiendo, las sentencias invocadas como doctrina de contradicción, haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso.

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.