



Solemne Acto de Toma de Posesión,

**Ricardo Gabaldón afronta su
segunda legislatura como
Presidente del Colegio**

Información colegial / Noticias sociolaborales
Aula técnica / Jurisprudencia

LÍDERES EN FORMACIÓN JURÍDICA A DISTANCIA

SOLICITE LA GESTIÓN GRATUITA DE SU BONIFICACIÓN EN EL TC 1

Lex Nova le ofrece un **amplio catálogo de cursos de formación jurídica a distancia**, adaptados tanto a las necesidades actuales de la sociedad como a la demanda de un capital humano que necesita estar preparado para integrar su desarrollo personal con el progreso en su actividad laboral.

CURSOS

Administrativo

Procedimiento
Contratación pública
Responsabilidad patrimonial
Urbanismo
Gestión de subvenciones
Protección de datos

Civil

Procesal
Nacionalidad
Extranjería
Familia
Tráfico

Fiscal

Derecho Tributario
IRPF
Impuesto sobre Sociedades
Reclamaciones económico-administrativas
Contabilidad

Laboral

Trabajo y Seguridad Social
Procesal
Contratación
Nóminas
Procedimiento sancionador
Despido
Desempleo
Suplicación

Penal

Procesal

LEX NOVA

General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
Tel. 902/983 457 038 · Fax 983 457 224
www.lexnova.es · clientes@lexnova.es

04_ reportaje

Ricardo Gabaldón inicia su segundo mandato al frente de los Graduados Sociales

09_ área fiscal

Comentarios de actualidad sobre impuestos, Julio

11_ información colegial

Próximas actividades formativas organizadas por el Colegio: cursos, jornadas, etc.

12_ noticias sociolaborales

14_ aula técnica

Acumulación de las acciones de resolución de contrato y despido

La figura del delegado sindical en la empresa. El despido nulo, la inversión,...

El uso de las nuevas tecnologías en el control empresarial de los trabajadores

17_ bolsa de trabajo

Área de empleo. Bolsa de trabajo y de pasantías

23_ jurisprudencia

Comentarios de sentencias

De conformidad con la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que sus datos forman parte de un fichero propiedad del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales, cuya finalidad es [la gestión y el control de la actividad profesional y la defensa de los intereses de los Graduados Sociales, organización de eventos y actividades para el interés del colectivo].

La información contenida en el fichero incluye nombre y apellidos, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional (incluyendo domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica) y datos de pertenencia al grupo (número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional). Estos datos son imprescindibles para poder realizar adecuadamente las funciones asignadas al Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales y formarán parte de las Guías Profesionales que se editen, teniendo el fichero la consideración de de fuente accesible al público.

Empresas privadas podrán acceder al fichero de colegiados. Si no desea que sus datos sean utilizados para el envío de publicidad o información comercial sobre productos o servicios, podrá indicarlo dirigiéndose por escrito al Excmo Colegio Oficial de Graduados Sociales, para que así conste en la Guía Profesional y los soportes electrónicos que se generen.

Sus datos podrán ser cedidos al Consejo General de Graduados Sociales y al Consejo Valenciano de Graduados Sociales, para que pueda gestionarse el censo y la realización de actividades que repercutan en beneficio del colectivo.

Podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición mediante escrito dirigido a Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia. CL Grabador Esteve, 4 1ª - 46004 Valencia.

Relaciones Laborales es una publicación mensual del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia. Todos aquellos colectivos o personas que deseen colaborar en la misma podrán hacerlo, enviándonos artículos, opiniones o cualquier otro tipo de material periodístico de interés para la línea editorial de la revista a la dirección del Colegio: Grabador Esteve, 4, 1ª • 46004 Valencia • colegio@cograsova.es. Las colaboraciones, opiniones y artículos irán firmados por sus autores y serán responsables a todos los efectos de su contenido.



Edita



Excmo. Colegio Oficial de
Graduados Sociales de Valencia

Consejo de Redacción

Presidente: Ricardo Gabaldón Gabaldón

Directora: Carmen Pleite Broseta

Subdirector: Óscar Martorell Tronchoni

Jefe de Redacción: Rafa Lupión Ruiz

Consejo de Redacción: José M.ª Galdón Estéfano, Ana M.ª Ibáñez Candela, M.ª Luisa Espada Rodríguez, Andrés González Rayo y Elsa Zamora García, Elvira Rojas Argudo, Carmen García Ros, José Buenaventura Barbera, Salvador Aguado Martínez

Gerente: Pablo Pernas Verdugo

Coordinadora: Mada Rivas Rausell

Sede: Grabador Esteve, 4, 1ª 46004 Valencia

Diseño y maquetación: www.adisseny.com

Impresión: IPL, s.l.

Depósito legal: V-3244-2007

Núm. ejemplares: 2.500

Distribución gratuita.

“Debemos pensar en los ejercientes, en los no ejercientes, en los compañeros jubilados y en los jóvenes que han decidido incorporarse a la profesión”

Ricardo Gabaldón inicia su segundo mandato al frente de los Graduados Sociales de Valencia

Ricardo Gabaldón tomó posesión como Presidente del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia el pasado 8 de julio, en un acto solemne celebrado en el Salón de Vistas del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, que sirvió para ratificar el juramento realizado ante la mesa electoral el pasado 26 de marzo. La toma de posesión se produjo después de que Gabaldón fuera reelegido para el cargo por aclamación. De esta manera el colectivo de los Graduados Sociales Valencianos puso de manifiesto su confianza en la gestión

de Ricardo Gabaldón, que inicia así su segundo mandato al frente de la entidad colegial.

Se renueva así una etapa que comenzó hace cuatro años “presidida por la transparencia en la gestión y en la información, basada en el impulso democrático y en la que pretendemos seguir contando con la participación de todos los colegiados”, dijo Gabaldón en su discurso.

El presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia añadió que “los Graduados Sociales hemos pasado de proporcionar soluciones y resolver situaciones a prever y anticiparnos al futuro”. Un mérito que atribuyó a “todos los compañeros que han formado parte de las Juntas de Gobierno que nos han antecedido pero, en especial, a todos y cada uno de los presidentes que, con su labor, han hecho posible que hoy nos encontremos aquí”.





Ricardo Gabaldón mostró su interés en integrar a los nuevos Graduados Sociales. “Uno de nuestros objetivos” —dijo— “será que se sientan parte de nuestro colectivo, pues ellos son nuestro futuro y quienes más necesitan nuestro apoyo y ayuda”. Aunque no olvidó al resto de integrantes del Colegio porque, tal y como afirmó, “como órgano de gobierno de la profesión, debemos pensar en los compañeros ejercientes, en los no ejercientes, en los compañeros jubilados y en los jóvenes que han decidido incorporarse a la profesión”.

En el solemne Acto de toma de posesión la mesa estaba constituida por el Excmo. Sr D. Juan Luis de la Rúa, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Hble. Sra. D^a. Paula Sánchez de León, Consellera de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad Valenciana, Excmo. Sr. D. Javier San Martín, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, Excmo. Sr. D. Ricard Cabedo, Fiscal Superior Jefe Tribunal Superior de Justicia, Ilmo. Sr. D. Francisco J. Pérez, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, Ilma. Sra. D^a. Teresa Gisbert, Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Valencia, Ilustre. Sr. D. Jesús Olarte, Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y el Ilmo. Sr. D. Pedro Castellano, Presidente de la Audiencia Provincial, así como el Ilmo. Sr. D. Ricardo Gabaldón, Presidente de la Corporación Profesional.

También contó el Acto con diferentes personalidades de la Administración Central y Autonómica como el Hble. Sr. D. Vicente Garrido, Presidente Consell Jurídic, Ilmo. Sr. D. Luis Felipe Martínez, Subdelegado de Gobierno, Ilmo. Sr. D. Luis Lobón, Secretario Autonómico de Empleo, Ilmo. Sr. D. Antonio Gastaldi, Director General de Justicia, Ilmo. Sr. D. Felipe Codina, Director General de Empleo, Ilmo. Sr. D. José M^a Felip, Director General de Inmigración, Ilmo. Sr. D. Leopoldo Benavent, Delegado de la Aeat, Ilmo. Sr. D. Vicente Castelló, Director del INEM, Ilmo. Sr. D. Vicente Escrivá, Director de la Tesorería General de la Seguridad Social, Ilmo. Sr. D. Fernando Pérez, Director Territorial de Justicia, Ilmo. Sr. D. Alejandro Patuel, Director Territorial de Inspección de Trabajo, Ilmo. Sr. D. Miguel A. Tarín, Director del INVASSAT, Ilmo. Sr. D. Francisco Cerrillo, Presidente Colegio de Procuradores de Valencia, Ilmo. Sr. D. Francisco Real, Presidente Colegio de Abogados de Valencia, Ilmo. Sr. D. Francisco J. Méndez, Presidente Colegio Graduados Sociales de Alicante, Alfonso Hernández Quereda, Vocal del Consejo General de Graduados Sociales y Vicepresidente del Colegio de Graduados Sociales de Murcia, además también asistieron varios miembros del Consejo Valenciano de Graduados Sociales.

Los Graduados Sociales Valencianos renovaron su confianza en la gestión de Ricardo Gabaldón, que inicia así su segundo mandato al frente de nuestra entidad colegial.



Ricardo Gabaldón Gabaldón y Javier San Martín R.

Juramento de vocales

También los vocales electos David Tello, José M^a Galdón, Mayte Alcaraz, Raquel Martínez y Elvira Rojas juraron sus cargos. Manuel López, que fue reelegido como tesorero y responsable del área de protección de datos, no pudo asistir al acto por motivos de salud.

David Tello y José M^a Galdón ocupan la vicepresidencia 1^a y 2^a respectivamente. Mayte Alcaraz asume la vocalía de formación. Por su parte Raquel Martínez asume la vocalía de no ejercientes, web, asuntos sociales y actos institucionales. Elvira Rojas es la nueva responsable de la vocalía de seguros, honorarios y ética.

La Junta de Gobierno se completa con los miembros que fueron elegidos hace dos años. Jorge Eufasio Requena González es el secretario general. Por su parte Carmen Pleite Broseta, directora de Relaciones Laborales, es vicesecretaria y responsable de consultoría de la web. María Carbonell Boix es contadora y asume las responsabilidades de ejercientes, juzgados, corporaciones locales e intrusismo.

Además, Alejandro Lestón se responsabiliza del área de extranjería y fiscal, Mayte Alcaraz es la encargada de formación, Teresa Hueso asume las áreas de ejercientes de empresa, prevención de riesgos laborales y recursos humanos y Raúl Ruiz Vallés la de no ejercientes. / **RL**



David Tello Gómez



José M^a Galdón Estefano



Mayte Alcaraz Regidor



Raquel Martínez Pardo



Elvira Rojas Argudo



Lo que realmente protegemos es su privacidad

ESET Smart Security 4

La protección más rápida y ligera para su ordenador

¿Alguna vez ha pensado que pasaría si toda la información personal almacenada en su ordenador estuviera amenazada?

La cuarta generación de ESET Smart Security proporciona una protección avanzada a su ordenador usando la exclusiva tecnología ThreatSense®. Diseñado para neutralizar las amenazas antes incluso de que puedan actuar, nuestra solución, más rápida que nunca, incrementa su precisión eliminando de su sistema incluso las más sofisticadas amenazas.

Protege contra el malware
No da opción a los hackers
Filtra el correo spam



OFERTA ESPECIAL

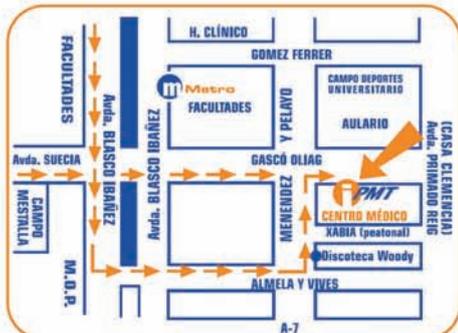
a los colegiados del
Excelentísimo Colegio Oficial
GRADUADOS SOCIALES VALENCIA



Renovación del permiso de conducir

Gestión en
TRÁFICO GRATUITA.
+ 8 fotos gratis.

25%
DESCUENTO



Para más información visita nuestra web



Instituto de Psicología
y Medicina de Tráfico

**RENOVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR
CERTIFICADOS MÉDICOS
96 362 32 78**

C. / Gascó Oliag, 8 - 1º - 1ª - 46010 Valencia
e-mail: ipmt@ipmt-valencia.com

AMPLIOS HORARIOS
(De 9,15 A 13 H.
Y DE 16 A 19,30)
(SÁBADOS DE 10 A 13 H.)

Realización de certificados médicos de: conductores, armas, seguridad, patrón de barco, gruas, animales peligrosos ...

www.ipmt-valencia.com

Comentarios de actualidad sobre impuestos

Julio de 2009

Antonio Morillo Méndez

Abogado Tributarista
Ex-Inspector de Hacienda del Estado

Como tema monográfico voy a tratar hoy, resumidamente, de una contestación de la DGT, de fecha 30 de marzo de 2009, a consulta V0623-09, que trata de las consecuencias y efectos fiscales derivados de la primera aplicación del nuevo PGC y de la Ley 4/2008. Se centra en la interpretación de los contenidos del artículo 12.3 y de las Disposiciones Transitorias 26ª y 29ª del Texto Refundido de la LIS, RDLeg 4/2004.

- 1ª. En relación con el artículo 12.3, para las participaciones en empresas del grupo, multigrupo, y asociadas, será deducible la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio de la entidad participada, en las condiciones que dicho artículo establece. Pero dichos fondos propios deben corregirse por los gastos del ejercicio que no tengan la condición de deducibles fiscalmente, para evitar que se transforme en deducible en la matriz un gasto no deducible en la filial a través de la citada diferencia de fondos propios. Tampoco podrá incluirse en los fondos de la participada al cierre del ejercicio la recuperación contable de gastos no deducibles procedentes de ejercicios anteriores. Finalmente, las diferencias de fondos propios deducibles citados deberán ser objeto de mención informativa en las memorias de las cuentas anuales.
- 2ª. Deberán darse de baja los gastos de constitución y de primer establecimiento que figuren activados de acuerdo con la normativa contable anterior, lo que dará lugar a un cargo a reservas. Dicho cargo será gasto fiscal en la base imponible del primer período impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2008.

- 3ª. En el supuesto de gastos de investigación que no cumplan la condición de activo intangible, debiendo ser dados de baja, hay que distinguir dos supuestos: 1º) Aquellos sobre los que no se haya aplicado la libertad de amortización del art. 11.2 TRLIS. El cargo a reservas que se genere tendrá la consideración de gasto deducible. 2º) Aquellos sobre los que se haya aplicado la libertad de amortización del art. 11.2 TRLIS en períodos anteriores. No tendrá efectos fiscales, porque a dichos efectos es nula la valoración de ese activo
- 4ª. La opción de diferimiento en tres períodos impositivos del efecto fiscal de la primera aplicación del PGC que permite la Disposición Transitoria vigésimo octava es una opción individual, por cuanto afecta a la base imponible de cada entidad. Por tanto, la opción corresponde a cada una de las entidades integrantes del grupo fiscal consolidado.
- 5ª. La opción de integración del saldo neto en la base imponible, por partes iguales, durante los tres primeros períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008, con efectos en los pagos fraccionados, se ejercerá materialmente en la declaración que se presente correspondiente a cada uno de esos períodos, de modo que el primero será el que corresponda a 2008 para las entidades cuyo ejercicio coincida con el año natural (dentro de los primeros 25 días naturales de julio de 2009). Así, para las entidades que sigan la modalidad de cálculo del pago fraccionado en función de la base imponible de los tres, nueve, u once primeros meses del año natural, la parte de aquel saldo se tendrá en cuenta en la determinación de los pagos fraccionados de octubre y diciembre de 2009. / RL

¿Quieres
cōnectar
tu despacho con el mañana?

Sage Professional Class
es la nueva solución para la
gestión del despacho que
contempla, desde el área
Contable-Financiera hasta
el área Laboral, además de
la Gestión Interna.

sage
División Mediana Empresa
sage Logic Control

902 104 590
www.sagelogiccontrol.com



Oferta exclusiva CONSELL VALENCIÀ GRADUATS SOCIALS

SEGURO DE SALUD. MODALIDAD CUADRO MÉDICO.

ALGUNAS DE SUS ESPECIALES COBERTURAS :

- | Más de 40.000 facultativos y las mejores clínicas de España.
- | Complemento bucodental y Plan Dental Infantil incluidos.
- | Tratamiento con Ozonoterapia para hernias discales.
- | Prótesis.
- | Rehabilitación y Fisioterapia.
- | Cobertura integral en Tocoginecología.
- | Reproducción asistida: 3 intentos de inseminación artificial y 1 fertilización in vitro.
- | Asistencia mundial en caso de urgencia : hasta 15.000.-€.
- | Psicología: 20 sesiones al año.
- | Hospitalización Psiquiátrica. Máximo 60 días por año para brotes agudos.
- | Sin abonar ningún coste por acto médico, salvo psicología que será de 8 € sesión.

Primas válidas hasta 31 / 12 / 2009

Tramos de Edad	Hombres	Mujeres
0-64	38,50 €	38,50 €

PARA MAS INFORMACION

BLANES O.T.S
Correduría de Seguros;SL
Registro DGS : J 645
Dr. Nicasio Benlloch 24
46015 Valencia
96.340.12.52

Próximas actividades formativas



V CURSO ARQUEROS DE LA PALABRA: COMUNICACIÓN PARA EL ÉXITO

14, 15 y 16 de Septiembre de 2009

De 15 a 21 horas.

Aulario del Colegio

150 € colegiados

D^a. Maty G. Tchev, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología. Diplomada en Técnicas de Expresión y Oratoria (ESIC) y en Técnicas para hablar bien en público (UPV). Formadora de formadores GVA. Coach.

Profesor Dr. José Bonet Navarro, Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.

Organiza: IVES

JORNADA NOVEDADES LEGISLATIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL

22 de Septiembre de 2009

Inicio 16.30 horas.

Fundación Bancaja

15 € colegiados

* Este importe será para sufragar los gastos de Gestión del Colegio.

D. Vicent Ferrer Piñeyro, Responsable del Departamento de Asesoría Jurídica Interna de Mutua Intercomarcal.

D. Gonzálo Márquez Pérez, Coordinador del Departamento de Asesoría Jurídica Interna de Mutua Intercomarcal.

Organiza: IVES

MUTUA INTERCOMARCAL



XI DERECHO PROCESAL LABORAL

24, 29, 30 de Septiembre

1, 5, 6, 7 y 14 de Octubre de 2009

De 16.30 a 20.00 horas.

Salón de Actos del Colegio

100 € colegiados

Ilmo. Sr. D. Jaime Janini Baeza, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº. 2 de Valencia.

Ilmo. Sr. D. José Ramón Hernández Dolz, Secretaría Judicial. Juzgado de lo Social nº. 15 de Valencia.

Ilte. Sra. D^a. Sagrario Plaza Golvano, Secretaria Judicial. Juzgado de lo Social nº. 15 de Valencia

Ilte. Sr. D. Lorenzo Navarro Lorente, Secretario Judicial. Juzgado de lo Social nº. 12 de Valencia.

Coordina:

Ilte. Sra. D^a. Isabel Manglano Díe, Secretaria Judicial. Servicios Comunes del Decanato de los Juzgados de Valencia.



I CURSO CONECTA HABLANDO “ADAPTARSE AL CAMBIO”

28 de Septiembre de 2009

De 15 a 21 horas.

Aulario del Colegio

70 € colegiados

D^a. Maty G. Tchev, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología. Diplomada en Técnicas de Expresión y Oratoria (ESIC) y en Técnicas para hablar bien en público (UPV). Formadora de formadores GVA. Coach.

III JORNADAS VALENCIANAS DE RELACIONES LABORALES

5 y 6 de Noviembre de 2009

Jueves 5 (de 9 a 14 h /16 a 19 h)

Viernes 6 (de 9.30 a 14 h.)

Ciudad de la Justicia

Colegiados 50 €

Estudiantes 26 € + 24 € (tasas expedición certificado)

150 € Otros



LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE UN HIJO NO IMPIDE TRABAJAR

Sentencia del TSJ de Madrid de 15 de abril de 2009

Una reciente Sentencia del TSJ de Madrid ha declarado que disfrutar de un periodo de excedencia para cuidar de los hijos no es obstáculo para trabajar en otra empresa, siempre y cuando este empleo permita atender mejor a los niños. Mientras dure el permiso, el trabajador puede realizar otro trabajo si esto le facilita atender a su hijo, de tal manera que el trabajador seguirá teniendo derecho a la reserva de su puesto de trabajo en la empresa de origen.

A esta conclusión ha llegado el TSJ tras estudiar el caso de una trabajadora que fue trasladada de su centro de trabajo en Madrid a otro en Alcobendas, motivo por el que solicitó un año de excedencia por cuidado de hijos, durante el cual trabajó seis meses en otra empresa en Madrid. Al solicitar el reingreso, el empresario se lo denegó por entender que con su conducta había perdido su reserva al puesto de trabajo. La empresa alegó que la excedencia para cuidado de hijo está prevista y se otorga con la exclusiva finalidad de atender íntegra y totalmente al menor. Por ello, a su juicio, no es posible que en su transcurso se preste servicios para otra empresa, ya que la Ley está pensada para una atención personal y no delegada.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, es errónea la máxima de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta la excedencia por guarda legal. "La libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitar la excedencia, está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo". Si la prohibición fuera absoluta, el TSJ cree que "se privaría al trabajador de la posibilidad de obtener ingresos, que pueden también contribuir al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades (...) se primaría sólo a los trabajadores más acomodados y a aquéllos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada, bien contratada, bien por otro familiar, aunque de cara a la empresa, aparezca como una atención directa".

No cabe, según afirma el Tribunal, "ni legal ni judicialmente decidir cómo la mujer trabajadora debe atender al hijo, decidiendo por ella cuándo y cómo debe cuidar a su hijo o estar disponible para él, o si debe reducir la jornada o pedir la excedencia". Si no consta ninguna facilidad añadida, "objetivamente acreditada", como un horario más adecuado, menor distancia, o prestación flexible, "es obvio que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección". En cambio, si se aprecia que el nuevo traba-

jo facilita de alguna forma el cuidado del hijo, "no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador". "A veces, una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo".

LA MITAD DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO BUSCA UN SEGUNDO TRABAJO PARA SUPERAR LA CRISIS

Según se desprende de los resultados de una encuesta realizada por la empresa de trabajo temporal Randstad en toda la geografía española a una muestra aleatoria de 1.083 personas, uno de cada dos demandantes de empleo (54% del total) ya cuenta con un puesto de trabajo, pero busca una segunda ocupación para poder hacer frente a la crisis. Este porcentaje se ha multiplicado por cinco desde el pasado año, cuando sólo suponía un 10% de los candidatos. Los candidatos buscan un segundo empleo sobre todo para los fines de semana o de jornada parcial para poder compatibilizarlo con su puesto actual. En cuanto al perfil de este tipo de trabajadores, no existen líneas generales, así, por ejemplo, no hay grandes diferencias por género, puesto que un 48% de los demandantes son mujeres y un 52% son hombres. Además, de aquellos candidatos que buscan un segundo empleo, un 45% tiene entre 30 y 45 años, un 31% tiene entre 25 y 29 años, un 17% tiene menos de 25 años y un 7% tiene más de 45 años.

Por niveles de estudios, destacan los perfiles de media cualificación y con trabajos estables, que han experimentado una reducción del número de horas extras o cuyos horarios (en general jornadas intensivas) les permiten buscar otro para aumentar sus ingresos. Así, un 8,5% no tiene estudios, un 29% tiene estudios básicos, un 22% ha estudiado alguna modalidad de formación profesional, un 19% ha cursado bachillerato y un 22% son universitarios.

En cuanto a nacionalidad, suele tratarse de trabajadores extranjeros que buscan sobre manera sueldos altos y están dispuestos a realizar jornadas más largas.

Como característica general, según asegura Randstad, el candidato que busca un segundo empleo está abierto a cualquier tipo de puesto, se inclina por empleos de baja o media cualificación, principalmente como teleoperadores, azafatas, promotores o puestos de atención al público.

MALESTAR ENTRE LOS DESEMPLEADOS POR EL NUEVO 'CHEQUE PARADO'

Según los sindicatos, las oficinas del Inem estuvieron desbordadas por la falta de previsión durante los primeros días de aplicación de la ayuda porque los funcionarios no disponían de documentación para explicar a los desemplea-

dos en qué consiste la ayuda, ni tan siquiera del formulario necesario para pedirla, y exigieron mayor transparencia al Gobierno, al que acusaron de haberse lanzado a una campaña de publicidad que ha confundido a los desempleados, llevándoles a creer que todos los que no cobran prestación puede recibir esta ayuda.

En realidad, se trata de una nueva ayuda económica para los parados, bien pensada, pero muy mal explicada. Podría hablarse de un híbrido entre prestación contributiva (que perciben quienes han cotizado por desempleo al menos durante un año) y el subsidio (ayudas asistenciales para los mayores de 52 años o personas con responsabilidades familiares que agotan la prestación). En primer lugar, se exige a los beneficiarios que hayan agotado las prestaciones o subsidios que les correspondían, lo que deja fuera a aquellos que no hayan pagado las suficientes cotizaciones por desempleo que exige la ley. La idea del Gobierno parece haber sido prolongar la prestación de trabajadores que han contribuido a la caja común de la protección por desempleo, pero que, por la crisis actual, han quedado desprotegidos.

En segundo lugar se exige haber agotado cualquier tipo de ayuda por desempleo a partir del 1 de agosto pasado. Es evidente la necesidad de fijar forzosamente un tope temporal para el cobro de este subsidio, aunque ante el malestar generado entre la ciudadanía, el Presidente del Gobierno ha sugerido que esta fecha podría modificarse si se llega a un acuerdo con los sindicatos y las Comunidades Autónomas.

En tercer lugar, hay que recordar que los 420 euros del "cheque parado" son incompatibles con otras rentas sociales, lo que deja fuera a otro nutrido grupo que ya cobra ayudas asistenciales de las comunidades autónomas.

Y, por último, se exige a los beneficiarios participar en itinerarios de inserción para recibir la ayuda, esto es, que demuestren que buscan empleo activamente.

NO ES POSIBLE APLICAR INCREMENTO DEL IPC A LAS TABLAS SALARIALES

Sentencia del TSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2009

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCyL) ha dictado una sentencia en la que mantiene que no es posible aplicar a las tablas salariales un incremento del IPC, porque no se ha fijado por el Gobierno para 2009.

La sentencia es consecuencia de un recurso interpuesto por los sindicatos, que exigían para el convenio del sector de Limpiezas Públicas un incremento salarial idéntico al previsto para los funcionarios, informa Efecom.

Esta resolución judicial afirma que "no existe IPC previsto para el ejercicio de 2009". Según la FAE, se trata de la segunda sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que reconoce la inexistencia del indicador económico utilizado

para la negociación de subidas en muchos de los convenios colectivos.

A juicio de la patronal, este fallo, junto con el del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), contribuye a afianzar, "aún más si cabe", la "insistente postura" mantenida por la patronal burgalesa a la hora de no reconocer la existencia de un IPC previsto como indicador económico que pueda llevar de forma automática a la firma de algunas tablas salariales.

El fallo del TSJCYL señala que "no es asimilable el IPC aplicable a la subida prevista para los funcionarios, aunque en ocasiones puedan haber coincido". En este sentido, especifica también que la asimilación con los funcionarios "no está así prevista en el convenio de Limpiezas Públicas", y agrega que "ha habido ocasiones, no tan lejanas, en que el IPC ha subido más que la subida aprobada para los funcionarios". El fallo judicial establece además que el Gobierno no ha hecho previsión de aumento de IPC, "con lo que mal puede aplicarse el mismo".

LOS DIRECTIVOS PREFIEREN FLEXIBILIDAD ANTES QUE OTRO TIPO DE RETRIBUCIONES

Según un estudio realizado por la escuela de negocios ESCP Europe entre las principales multinacionales implantadas en nuestro país, los directivos españoles prefieren tener la posibilidad de compaginar el trabajo con su vida familiar y social, antes que percibir stock options u otras formas de retribución variable. Se trata de evitar la fuga de cerebros y las grandes empresas, que no están por la labor de perder a sus mejores directivos, han decidido llevar a cabo diferentes estrategias, siendo la más usada, en un 70% de los casos, la flexibilidad laboral, con el fin de que sus directivos puedan compaginar el trabajo con su vida familiar.

El informe, en el que participaron empresas como Banco Santander, Inditex, McKinsey, L'Oreal o BNP Paribas, entre otras, analiza las medidas más utilizadas para retener el talento en tiempos de crisis, así como la realidad de los procesos de selección, los valores que priman en la contratación de nuevos profesionales y los perfiles más demandados. El estudio muestra que la formación y la flexibilidad laboral son, en el 70% de los casos, las principales medidas a las que recurren las multinacionales cuando no es posible retener a los mejores profesionales con subidas salariales.

Otros beneficios que las compañías ofrecen a sus directivos son el coche de empresa, el seguro médico o un buen ambiente de trabajo.

En este sentido, el análisis de ESCP Europe constata que en momentos difíciles las compañías prestan más atención a los profesionales de "la casa" para promocionarlos internamente, así como reducir el absentismo y la rotación.

En cuanto a los perfiles que buscan las empresas, respecto a los profesionales senior, los valores más apreciados en ellos son la capacidad de liderazgo y la experiencia laboral. En cambio, en la selección de perfiles junior, la formación y las habilidades personales (capacidad de comunicación, de adaptación al cambio y de trabajo en equipo) son los más secundados por las multinacionales.

Respecto a los idiomas, el estudio constata que el inglés sigue siendo el más demandado por las multinacionales, aunque el chino empieza a tener mucha fuerza, seguido de otros como el francés y el portugués, en función de la actividad desarrollada por cada compañía.

Por último, el informe de ESCP Europe señala que todas las empresas consultadas afirman haber percibido el cambio generacional. La ausencia de compromiso es la principal carencia detectada, seguida de la menor capacidad de trabajo y, en algunos casos, la falta de motivación y escasa definición profesional. Por el contrario, la mayoría coincide en que estos jóvenes aportan facilidad para los idiomas y dominio de las nuevas tecnologías, así como una mayor disposición para trabajar, seguramente condicionados por la escasez de oferta y el alto grado de competitividad que exige el mercado.

MEDIDAS ANTICRISIS PARA LOS AUTÓNOMOS

Las principales iniciativas contra la crisis que el Gobierno ha dirigido a los trabajadores autónomos y a socios de cooperativas y sociedades laborales entraron en vigor el pasado 20 de agosto. El Real Decreto, aprobado por el Consejo de Ministros del 31 de julio, incluye la bonificación a los empresarios del colectivo que contraten a su primer asalariado y un aumento de la capitalización del paro para los jóvenes emprendedores.

Con la aprobación de esta norma se da respuesta a los compromisos recogidos en el acuerdo firmado el pasado 5 de mayo por el ministro de Trabajo, Celestino Corbacho, y con las asociaciones de trabajadores autónomos UPTA, ATA y CEAT.

Destaca, en primer lugar, la posibilidad de reducir durante 24 meses en un 50% el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social sobre el primer trabajador indefinido que contrate el empresario.

Para favorecer la actividad emprendedora de jóvenes y mujeres, la segunda gran iniciativa del paquete contempla el incremento hasta el 80% del porcentaje de la prestación por desempleo que podrán capitalizar jóvenes de hasta 30 años y mujeres de hasta 35 para iniciar una actividad por cuenta propia.

A fin de propiciar el acceso de los trabajadores asalariados a la condición de socios trabajadores en cooperativas y sociedades laborales, la norma elimina la limitación de hasta 24 meses que hasta ahora tenían los asalariados para poder acceder a esta posibilidad. De esta manera, cualquier trabajador asalariado, independientemente del tiempo que lleve en la empresa, podrá incorporarse como socio trabajador.

Estas dos medidas estarán vigentes hasta el 31 de diciembre de 2010, sin perjuicio de una posible prórroga en función de la evaluación de su eficacia en la creación de empleo.

Mediante este Real Decreto, se bonifican, además, en un 50% las cuotas de la Seguridad Social durante dos años del primer trabajador asalariado que contrate indefinidamente un trabajador autónomo, medida que estará en vigor hasta el 31 de diciembre de este año.

Por último, y en relación al pago de las prestaciones por desempleo en supuestos de suspensión temporal de la relación laboral, la norma fija un coeficiente multiplicador de 1,25 para determinar los días de prestación que corresponde abonar.

Por su parte, el presidente de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA), Lorenzo Amor, aseguró que estas medidas "son positivas" y confió en que sirvan para hacer repuntar el empleo entre el colectivo de los autónomos. Así, en el caso de la bonificación, indicó que es un paso más reducir la "discriminación" que sufren los autónomos e indicó que servirá para fomentar el empleo asalariado. Por otro lado, Lorenzo constató la importancia del incremento de la capacidad de capitalización de hasta el 80% de la prestación por desempleo, puesto que, según dijo, "han descendido las capitalizaciones en los últimos cuatro meses", lo que implica un retraimiento de la actividad emprendedora.

Sin embargo, ATA reclama al Gobierno que establezca una ayuda similar a la de los parados sin prestación, para los autónomos. Ya que, en palabras de Amor, "mientras ésta no llegue, seguirán siendo "ciudadanos de segunda".

EL TELETRABAJO COMO ARMA CONTRA LA GRIPE A

Sanidad ha elaborado una guía que aconseja a las compañías que determinen qué áreas y quiénes son los empleados esenciales, así como cuáles son los productos y servicios fundamentales que necesitarían durante una pandemia para no interrumpir el funcionamiento de la compañía.

Se repartirá a todas las empresas para que tomen las medidas adecuadas para intentar evitar o paliar los daños que la gripe A pueda causar cuando posiblemente aumenten los contagios, en otoño.

Esta guía resalta la necesidad de establecer reglas para modificar la frecuencia y el tipo de contacto de persona a persona (como apretones de mano, reuniones, distribución de las mesas de trabajo), no solo entre los empleados, sino también con los clientes.

También expone que se valoren procedimientos para que los empleados puedan trabajar desde casa, (teletrabajo), o con un horario flexible, (turnos escalonados). Además propone sustituir las reuniones por teleconferencias.

Otra de las medidas es la designación de un coordinador y un equipo con responsabilidades y funciones, para que se ocupen de la planificación y de las labores de respuesta en caso de aumento de los contagios.

El informe aconseja a las compañías que se preparen para la ausencia de trabajadores durante la pandemia por causas como enfermedad personal o en la familia, o por la aplicación de medidas de contención comunitaria, como pueden ser aislamientos, cuarentenas, cierre de escuelas o negocios, o interrupción del transporte público; y pide a las empresas que pongan a disposición de los trabajadores productos para la higiene de las manos, pañuelos desechables y papeleras para tirarlos, en cada una de las oficinas y lugares de trabajo.

Acumulación de las acciones de resolución de contrato y despido



Alfonso Hernández Quereda
Vicesecretario del Consejo general de Colegios de Graduados Sociales de España.
Vicepresidente 1º del Colegio de Graduados Sociales de MURCIA.

En los casos en que existan acciones de Extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, según lo previsto en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, y también exista un procedimiento de despido del mismo trabajador. La Ley de Procedimiento Laboral, establece en su art. 32 lo siguiente: “ 32. – Cuando el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulara a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el Juzgado que conoce del asunto.”

Por tanto en el mencionado artículo, se dice que se deberán debatir todas las cuestiones planteadas en un solo juicio, pero no establece que sucede en el supuesto de que efectivamente *existan los motivos tipificados en el art. 50 para la extinción* y en el despido se declare la procedencia o improcedencia.

Pues bien ante esta laguna sobre como resolver una acumulación de dos acciones que pueden o no pueden estar relacionadas entre sí, (en cuanto a los hechos se refiere), la Jurisprudencia ha resuelto dicha cuestión estableciendo los criterios que deben aplicarse para la resolución de la acumulación antes indicada.

Partiendo por tanto de la Resolución dada por el Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 1.998, (RJ 1998, 9297), el cual remite a la sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 23-12-1996 (RJ 1996,9848), conduciendo ambas resoluciones del tribunal supremo a la siguiente interpretación del Art. 32 LPL. Cuando en un mismo proceso se ventilen la impugnación de despido y otra pretensión de extinción de la relación laboral “ex” Art. 50 ET, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

- 1ª. La sentencia ha de resolver las pretensiones deducidas en el ejercicio de ambas acciones;
- 2ª. Sí el despido y la acción resolutoria obedecen a causas autónomas y esta se ejercita previamente al despido, habrá de examinarse en primer lugar y, si tuviera éxito, produciría consecuencias en la condena que ha de dictarse para el caso de que también triunfe la acción impugnatoria del despido.

Por consiguiente, en el caso expuesto en la sentencia de referencia, dado que el actor ejercitó primeramente la acción resolutoria del contrato de trabajo en razón a la modificación de condiciones laborales de que había sido objeto y el fundamento de esta pretensión es autónomo respecto a la causa de despido que esgrime la empresa, (ausencias injustificadas al trabajo), se debe en este caso proceder prioritariamente al examen de la acción de resolución contractual.

En tal sentido lo primero que hay que establecer es cual es la acción que primero se ha planteado, por lo que esta será la primera que

se resuelva, de tal forma que si la primera acción que se plantea es la de resolución de contrato, primero deberá resolverse esta y si la misma prospera, no existirá acción de despido, dado que una vez resuelta la relación laboral, no cabe despido sobre una relación inexistente.

Pero quedaría pendiente por resolver el abono de los salarios, que trascurren desde la fecha de inicio de la acción de extinción, hasta la fecha en que se extingue la relación laboral y es aquí donde procedería entrar a debatir el despido, ya que la extinción de la relación laboral sería en principio hasta la fecha en que se produce el despido y por tanto habría que entrar en resolver el mencionado despido, pero a los únicos efectos de poder valorar si los salarios desde el despido hasta que se produce la *sentencia de extinción, deben abonarse o no y esto supondría entrar en la valoración de declaración de procedencia o improcedencia del mismo, pero con el único efecto de la liquidación de salarios de tramitación.*

Debiéndose por tanto abonar salarios de tramitación desde la fecha de despido, hasta la fecha de la sentencia sobre la extinción, si el mismo fuese declarado improcedente, no cabiendo en este caso la opción de la empresa por readmisión, ya que la relación laboral ya estaría extinguida por la acción de Resolución, y en el Caso de declaración de Procedencia no cabría el abono de salarios de tramitación ni tampoco de salarios ordinarios, por cuanto que ya estaba previamente resuelta la relación laboral.

En el supuesto en que la primera acción fuese la de despido, primero lógicamente habría que entrar a los motivos del despido y una vez resuelta esta acción se procedería o no a resolver la extinción del contrato, *ya que si el despido fuese declarado Procedente*, no cabría la acción de extinción, por cuanto que no se mantendría vivo el vínculo laboral, requisito este que viene estableciendo la jurisprudencia como necesario, ya que el mismo se debe mantener hasta el momento de publicación de la sentencia.

Si por el contrario el despido fuese declarado Improcedente, si cabría entrar a debatir la acción de Extinción del Contrato de Trabajo, ya que estaría vivo el vínculo laboral y por tanto se reuniría este requisito, por lo que habrá que determinar el resto de los requisitos, es decir si se cumple o no lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 50.

Además del auto y la sentencia del Tribunal Supremo antes indicada, Entre otras se destacarían las siguientes sentencias que resuelven la acumulación de la acción de Resolución de contrato y despido, en virtud de lo establecido en el Art. 32 de la Vigente Ley de Procedimiento Laboral.

- a). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura numero 211/2000 Sala de lo Social de 22 de Marzo.
- b). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco numero 3084/2001 Sala de lo Social de 11 de Diciembre.
- c). Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Madrid numero 5/2000 Sala de lo Social Sección 2ª de 14 de Enero.

Por tanto y pese a la acumulación habrá que resolver por orden cronológico de inicio de la acción cada una de ellas y dependerá del resultado de la primera para la Resolución de la segunda, por la propia inexistencia de la acción. / RL

Curso Superior en DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA RETRIBUTIVA, COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL Y RETENCIONES POR I.R.P.F.

-Adaptado y actualizado a las novedades legislativas en vigor en Agosto'09-



45 horas presenciales

Plazas limitadas a 12 alumnos según orden de inscripción

Edición: del 17/10/09 al 12/12/09

DIRIGIDO A:

- Titulados y alumnos de 2º ciclo de carreras relacionadas con el mundo empresarial (Derecho, Económicas, Empresariales, Administración de Empresas, Relaciones Laborales, Ciencias del Trabajo).
- Profesionales con amplia experiencia en las áreas programadas (Jefes de Administración de Personal, Gestores Administrativos, Graduados Sociales, etc.)
- Personal administrativo cualificado (FPI, FPPII, etc.) con experiencia previa en las materias programadas.

OBJETIVO:

Facultar a los asistentes de sólidos conocimientos en la materia, más allá de la mera confección de la nómina, proporcionándoles criterios de interpretación y determinación del más alto nivel profesional.

METODOLOGÍA:

Absolutamente práctica, analizando los aspectos más controvertidos y realizando supuestos de dificultad creciente, con proyección simultánea. Prácticas informáticas realizadas con el programa A3NOM.

IMPORTE:

- Nuevos alumnos: 500,00 eur.
- Colegiados: 450,00 eur.
- Antiguos Alumnos: 400,00 eur.

Facilidades para aplazar el pago en 3 mensualidades, deducibles en los Seguros Sociales para trabajadores en activo en alta en el Régimen General.

HORARIO:

Sábados: de 9 h. a 14 h.

BOLSA DE TRABAJO:

Para alumnos que acrediten el haber alcanzado los objetivos propuestos.

LUGAR DE IMPARTICIÓN:

Aulas E.S.E.L.:

C. Ingeniero José Sirera, nº 4- 63ª
(Bulevar Sur - Próximo a la Cruz
Cubierta)

PROGRAMA:

1. La estructura retributiva:

1.1. Distintos tipos de salario y sus complementos. 1.2. Conceptos extrasalariales. 1.3. Garantías salariales e indemnizatorias. 1.4. El salario mínimo interprofesional. 1.5. La doble escala salarial. 1.6. Las stock-options. 1.7. La igualdad retributiva.

2. La cotización a la Seguridad Social:

2.1. Determinación de conceptos computables, parcialmente computables y exentos. 2.2. Bases máximas y mínimas a tiempo completo y a tiempo parcial. 2.3. Tipos de cotización a la Seguridad Social, tanto en relaciones comunes, como en relaciones especiales. 2.4. Criterios de determinación de tipos de cotización por accidentes de trabajo, según actividad empresarial y profesional. 2.5. Bonificaciones y reducciones en la cotización. 2.6. Recaudación voluntaria y ejecutiva. 2.7. Cotización de las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas. 2.8. Cotización de salarios con carácter retroactivo. 2.9. Exoneración de cuotas por trabajadores con 65 o más años. 2.10. Cotización por pluriempleo. 2.11. Cotización días en alta sin retribución. 2.12. Cotización por cantidades percibidas como indemnización por no competencia post-contractual.

3. La retención del impuesto de la renta de las personas físicas:

3.1. Determinación de los rendimientos íntegros. 3.2. Las rentas exentas. 3.3. Las rentas en especie y su valoración. 3.4. El sistema de retenciones. 3.5. La inaplicación de retenciones. 3.6. El procedimiento para determinar la base y el tipo de retención. 3.7. La determinación de la cuota. 3.8. La regularización del tipo de retención. 3.9. Comunicaciones al pagador, en especial el Modelo 145 del año 2009. 3.10. Obligaciones del retenedor y obligado a ingresar a cuenta por rentas dinerarias y en especie.

4. Casos prácticos de confección de nóminas, documentos de cotización a la Seguridad Social y de liquidación del I.R.P.F., que integran:

4.1. Nómina con ayuda por manutención o entrega de vales de comida. 4.2. Nómina con suspensión de empleo y sueldo. 4.3. Nómina de contrato en prácticas y uso del vehículo propio. 4.4. Nómina de baja por enfermedad común con complementos empresariales. 4.5. Nómina con reembolso de anticipo y valoración del uso del vehículo de la empresa. 4.6. Nómina de contrato a tiempo parcial con baja de enfermedad común y uso de vivienda de la empresa. 4.7. Nómina de baja por accidente de trabajo y devengo de dietas y kilometraje. 4.8. Nómina de relación laboral especial de Alto Cargo y dietas nacionales y en el extranjero. 4.9. Nómina en situación de huelga coincidente con baja por accidente no laboral. 4.10. Nómina de contrato de formación. 4.11. Nómina a tiempo parcial con horas complementarias. 4.12. Nómina con atrasos exigibles en 2008 y baja por maternidad. 4.13. Nómina con aplicación de embargos. 4.14. Nómina con cálculo de finiquito. 4.15. Nómina sobre descanso maternal parcial. 4.16. Nómina de finiquito con cláusula de "blindaje" y rentas irregulares. 4.17. Nómina con baja de enfermedad común seguida de accidente laboral. 4.18. Nómina con permiso no retribuido y sucesivo permiso por paternidad. 4.19. Nómina de contrato temporal de duración total de 6 días. 4.20. Confección de TC1 y TC2 derivados de los casos anteriores. 4.21. Confección de los Modelos 110, 111 y 190 derivados de los casos anteriores.



La figura del delegado sindical en la empresa. El despido nulo, la inversión de la carga de la prueba, y los efectos en cuanto a la opción a favor de la readmisión de estos trabajadores



Andrés González Fernández

Socio Director AG&AG Bufete Laboralista
Director Escuela Superior Estudios Laborales

La aplicación práctica del derecho sindical presenta no pocas “zonas grises” que la doctrina viene resolviendo a falta de una respuesta jurisprudencial procedente de nuestro derecho positivo. Por ello, vemos oportuno comentar lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Sentencia número 5/2009, de 8 de enero, en Recurso de Suplicación 554/2008, interpuesto por la actora frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº1 de Badajoz, en Autos 271/2008 seguidos por despido.

La Sentencia de instancia declaró el despido formulado por la demandante como improcedente, fijando la indemnización en igual importe que el puesto a disposición de la actora al comunicarse el despido con reconocimiento de su improcedencia, sin condena alguna en cuanto a salarios de tramitación.

La actora recurrió al T.S.J. solicitando la revocación del fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social Nº1 de Badajoz y la declaración de la nulidad del despido, ya que ésta ostentaba la condición de Secretaria General de la Sección Sindical de U.G.T. y el despido obedecía a causas discriminatorias, y, subsidiariamente de mantenerse su improcedencia se reconozca a favor de la actora el derecho a ejercer la opción por la readmisión o la indemnización dada su condición de representante sindical y la equiparación que el Convenio de aplicación hace en cuanto a los derechos de los representantes unitarios y dichos representantes, en este caso de la entidad sindical U.G.T. como sindicato más representativo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical para dichas entidades (a saber, CC.OO. y U.G.T. a nivel estatal; ELA en Euskadi, CIGA en Galicia, e I.C. en Canarias).

Por su parte, el T.S.J. abordó el recurso entrando a conocer todos los motivos formulados, pasando pormenorizadamente por un aspecto fundamental en este tipo de procesos donde

se persiga la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical; es decir, la inversión de la carga de la prueba.

Así, en primer lugar, señalar que la pretendida actividad sindical de la actora no era conocida por la Empresa, ya que la designación como Secretaria de la Sección Sindical fue comunicada a la Administración Laboral, pero no a ésta, por lo que la vulneración de la libertad sindical alegada por la actora precisa de la aportación de indicios razonables de tal vulneración, sin que sirva la mera alegación, siendo preciso una cierta concreción de la lesión del derecho fundamental al menos indiciariamente. Sólo así se invertirá la carga de la prueba, de forma que en este caso sería la empresa quien debería probar que la ruptura del contrato se debió a las causas alegadas en la carta de despido y no a otras razones que atenten a los derechos fundamentales del trabajador (como puede verse, la redacción de la carta de despido debe cuidarse en extremo y deben existir las causas alegadas, pese al reconocimiento de su improcedencia). Al respecto, decir que la mera militancia sindical no supone presumir un móvil discriminatorio con los efectos solicitados, ni tampoco el hecho de ostentar un cargo sindical.

Llegado este punto, es conveniente distinguir “indicios” de “sospechas”. Los primeros son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, mientras que las sospechas son algo imaginario o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia.

Por todo ello, el T.S.J. **desestima** este motivo de recurso.

Manteniéndose pues la improcedencia, al desestimarse la nulidad, el Alto Tribunal entró a conocer de la petición subsidiaria en cuanto a la opción. Al respecto, el T.S.J. entiende que el artículo 10.1 L.O.L.S. establece que los Delegados Sindicales contarán con las mismas garantías que

los representantes unitarios, como la opción ante el despido improcedente, pero la actora fue nombrada Secretaria General de la Sección Sindical, no Delegada Sindical, por lo que no le asisten este tipo de garantías reservadas sólo a dichos Delegados. Además, aún cuando pudiera entenderse que la actora es Delegada Sindical, hay que tener en cuenta que tales garantías se otorgan únicamente a quienes reúnan las características fijadas en la L.O.L.S.; es decir, que la empresa o centro de trabajo tenga más de 250 trabajadores y que el Sindicato tenga presencia en el Comité de Empresa, y –aunque el artículo 77 del Convenio de aplicación amplía la posibilidad de designación de Delegados Sindicales a empresas o centros de trabajo de menor número, como es el caso- su texto no señala que gozarán de las mismas garantías que los representantes unitarios, sino que la equiparación se refiere a lo dispuesto exclusivamente en el Convenio: información, prioridad, permisos retribuidos, etc., sin que conste nada sobre la opción pretendida.

Tal resolución nos invita, como así debe hacerse, a repasar las normas convencionales de aplicación y no dar por supuestas equiparaciones entre los representantes unitarios y los delegados sindicales, no pactadas expresamente.

Por todo ello, el T.S.J. **desestima** la petición subsidiaria.

A la vista de todo lo actuado, quien suscribe este comentario saca la conclusión de que no todas las alegaciones sobre discriminación sindical –tan de moda- tienen fundamento legal suficiente para invertir la carga de la prueba, siendo necesaria la aparición de indicios y no meras conjeturas genéricas; que en estos casos una carta de despido con reconocimiento de la improcedencia sin basarse en hechos ciertos, corre el riesgo de invertir dicha carga; que no todas las designaciones de cargos sindicales llevan aparejadas la aplicación de las garantías previstas para los Delegados Sindicales; y que no todas las equiparaciones previstas en los Convenios tienen el mismo alcance.

Aspectos todos ellos a tener en cuenta al formular despidos, con o sin el reconocimiento de su improcedencia, con especial observancia a las normas positivas y la doctrina jurisprudencia en materia sindical. / **RL**

> ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMO

Índice Junio de 2009	107.242
Del 1 al 31 de Junio de 2009	0.4%
Del 1 de Enero al 31 de Junio de 2009	-0.3%
De Junio/2008 a Junio/2009.....	-1.0%

> ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMO

Índice Julio de 2009.....	106.327
Del 1 al 31 de Julio de 2009	0.9%
Del 1 de Enero al 31 de Julio de 2009	-0.5%
De Julio/2008 a Julio/2009.....	-1.4%

Bolsa de trabajo y de pasantías

Julio 2009



REF.	FECHA	PUESTO	TIPO EMPRESA	CANDIDATOS PERFIL
29/Septiembre	16/Julio	Graduado Social Diplomado Relaciones Laborales	Servicios	10
28/Septiembre	22/Julio	Graduado Social Diplomado Relaciones Laborales	Asesoría de empresas	14
27/Septiembre	3/Julio	Graduado Social	Asesoría	16

El uso de las nuevas tecnologías en el control empresarial de los trabajadores

Artículo extraído del trabajo doctrinal "Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, internet, videovigilancia y controles biométricos" de José Luis Goñi Sein. Revista Justicia Laboral N.º 39. Lex Nova. Agosto 2009

El empleo de las nuevas tecnologías, y en particular de la tecnología informática, por la empresa para el control de los trabajadores constituye hoy una realidad insoslayable, que viene justificada, tanto por la imparable incorporación y generalización en el proceso productivo de las nuevas tecnologías, como por las múltiples aplicaciones y ventajas que comporta, sea por su impacto disuasivo para la prevención de los ilícitos contractuales laborales, sea porque permite un control diferido de la actividad laboral, o porque constituye un medio de prueba para acreditar los comportamientos irregulares.

Intentando una sistematización de la pluralidad de actividades de control tecnológico posibles, cabe identificar al menos tres tipos. En primer lugar, el **control directo o "intencional"** del trabajador, que tiene como objetivo recabar información directa del comportamiento laboral del trabajador, es decir, el que se dirige principalmente al control de presencia, desplazamientos y cumplimiento de la prestación de trabajo por el trabajador. En segundo lugar, el **control indirecto o difuso**, el destinado a satisfacer cualquier exigencia técnico-organizativa o de seguridad en el trabajo, diversa de la mera vigilancia del trabajador, pero que, aun persiguiendo tales fines, permite controlar la actividad del trabajador. Y en tercer lugar, el **control defensivo**, el que tiene por objeto directo el verificar la comisión por el trabajador o por cualquier otro ciudadano, de algún ataque o atentado contra las personas o bienes, o bien la creación de una situación de peligro. En realidad, este último constituye un supuesto más de control difuso, porque, aunque su propósito es la seguridad, permite igualmente la obtención de información de la actividad del trabajador, como un subproducto no querido, por lo que el esquema bien podría quedar reducido a los dos supuestos referidos en primer lugar.

La vigilancia directa o intencional es legítima en la medida en que es funcionalmente necesaria para valorar la ejecución normal de la prestación del trabajador o para comprobar el comportamiento contractual del trabajador. El trabajador no puede eludir esta vigilancia porque está sujeto al poder de dirección y de control del empresario, quien para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, puede adoptar, conforme a lo previsto en el art. 20.3 ET, las medidas que estime más oportunas de vigilancia.

Ello plantea, no obstante, problemas importantes derivados de su confrontación con las libertades y los derechos fundamentales, con la inviolabilidad de la persona y la facultad de exclusión de injerencias de otros ("ius excludendi") del trabajador.

El que ha acaparado mayor atención es el correspondiente a la utilización de los instrumentos de grabación y captación de sonido e imágenes, porque la videovigilancia comporta peligros, dado el carácter totalizador y la compulsión psicológica que supone, y por lo que entraña de pérdida de cualquier reducto de intimidad y, más aún, de posible manipulación y uso indebido de la información personal recabada a través de las cámaras, ante la posibilidad de una producción continua de perfiles individuales de las personas observadas.

Por su parte, el tipo de control indirecto, que ha asumido particular relevancia con la irrupción de las nuevas tecnologías informáticas, remite a otro tipo de problemas. El asunto controvertido en estos casos no es tanto la recogida de información personal del trabajador, cuanto el tratamiento y posible uso de la información así obtenida. El problema estriba, sobre todo, en determinar hasta qué punto es posible reelaborar y utilizar esa información para atender otras finalidades distintas a las que justificaron su obtención. Más en concreto, si el tratamiento de datos del trabajador, tomados circunstancialmente, puede servir para verificar diversos aspectos del mismo, como su conducta o la comisión de un ilícito, y si puede ser utilizado como medio de prueba de los incumplimientos del trabajador.

El conflicto jurídico suscitado por las nuevas tecnologías se encuentra huérfano de tratamiento específico en nuestro ordenamiento jurídico laboral, puesto que no se ha adoptado hasta la fecha, normativa alguna que contemple específicamente los problemas derivados de la utilización de los medios técnicos como medios de control en el lugar de trabajo. A pesar de las múltiples reformas laborales, el legislador estatal no ha considerado oportuno introducir regulación específica alguna, mostrando un absoluto desinterés por el tema.

En nuestro caso solo contamos con el parvo instrumental jurídico que proporciona el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, que permite al empresario adoptar medidas

de control que considere más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, sin más límite que el genérico respeto a la dignidad del trabajador.

Este precepto estatutario, huérfano de toda referencia a los sistemas técnicos de control, ha dado pie a una discrecionalidad casi absoluta, a un uso indiscriminado por parte empresarial, señaladamente en el caso de los sistemas de videovigilancia, porque la decisión de la adopción de los sistemas técnicos de control y de su utilización se abandona por entero al empresario.

Por otra parte, el límite establecido en el art. 20.3 ET del “

A falta de unos principios específicos garantizados por el ordenamiento laboral, el debate sobre la individualización de los límites del poder de control empresarial a través de estos medios, se ha sustanciado en sede judicial, aplicando el referido artículo 20.3 ET.

Durante mucho tiempo, los Tribunales han considerado con extraordinaria laxitud la facultades empresariales de adopción de los instrumentos de control en el lugar de trabajo, admitiendo sin dudas y con muy pocas reservas que los empresarios pueden utilizar cualquier sistema de identificación o medio de captación de sonido o imágenes para el control de la actividad laboral de los trabajadores, y ello sobre la base argumental de que el centro de trabajo es un lugar público en el que no juega la intimidad.

La consideración del respeto a la dignidad humana del trabajador como límite impuesto al empleo de medidas de vigilancia por el empresario en el propio art. 20.3 ET apenas ha supuesto un papel modulador del poder de control del empresario. Sólo ha servido para excluir del poder de vigilancia mediante cámaras, los espacios reservados al uso privado de los trabajadores como los lugares de descanso, esparcimiento, vestuarios, servicios, comedores, etc.

La protección de la intimidad en el lugar de trabajo ha estado delimitada, así, con arreglo a un criterio espacial; se venía considerando que lo protegido por el derecho a la intimidad era el espacio que cada empresario mantiene reservado para sus trabajadores.

Esta consolidada doctrina de los tribunales ordinarios va a quedar, sin embargo, desautorizada por el Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias: SSTC 98/2000 y 186/2000.

En la primera sentencia, el Tribunal Constitucional, comienza haciendo un reconocimiento general del derecho a la intimidad del trabajador en el lugar de trabajo y rechazando con rotundidad que el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores quede limitado “a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñen los cometidos propios de la actividad profesional”. Por el contrario, acepta que pueda producirse lesión del referido derecho incluso en el ámbito

del desempeño de las tareas profesionales, desechando el concepto espacial de la intimidad.

En esa línea, considera que la facultad de instalar los medios audiovisuales no es un poder omnímodo, sino condicionado por el derecho a la intimidad, de tal manera que la adopción de la medida de videovigilancia queda sujeta al estricto margen que impone el parámetro de lo **estrictamente indispensable** para satisfacer el interés empresarial merecedor de tutela.

En el segundo pronunciamiento se juzga la corrección constitucional de la instalación de un circuito de televisión en un economato ante las sospechas de comportamiento irregular de las trabajadoras, para controlar una zona concreta: las cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías, donde las trabajadoras prestaban su actividad laboral. En la línea de la doctrina anterior, el TC analiza la medida de videovigilancia a la luz del principio de proporcionalidad, sometiéndola a un triple juicio —de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto—. A diferencia del caso anterior, se desestima el amparo dando la razón a la empresa porque se considera que la medida de circuito cerrado de TV era una medida legítima, ya que no resultaba arbitraria, ni caprichosa, al tratarse de “verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes”; era además necesaria “ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades”; y equilibrada pues “la grabación de imágenes se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada”.

Estas sentencias marcan hoy la doctrina constitucional de referencia en lo que respecta a la extensión de los poderes de vigilancia y control por el empresario en el contexto laboral. Incluso más, dicha doctrina se ha convertido en el canon prevalentemente utilizado en la práctica constitucional de las medidas empresariales restrictivas de derechos fundamentales del trabajador; es decir que un empresario para saber si puede adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales como lo son en general las nuevas técnicas de control, debe comprobar si supera el triple test o juicio de idoneidad, estricta necesidad y de proporcionalidad.

Todo esto lo que revela es que el simple juicio de proporcionalidad, único canon de enjuiciamiento utilizado hasta el momento, es insuficiente y se presta a las más opuestas versiones judiciales; es decir que es inadecuado y reduccionista por su escaso grado de efectividad para delimitar jurídicamente el poder de control del empresario ejercido a través de los medios tecnológicos, y en concreto los audiovisuales. Este principio se detiene en una simple

20_aula técnica

consideración de los límites a la actividad de indagación del empresario; no atiende más allá de los peligros provenientes de la intrusión sobre la conducta de la persona del trabajador. Y no comporta directriz alguna sobre los límites a la posibilidad del empresario de tratamiento de las informaciones recabadas en las actividades de control, ni sobre los derechos del trabajador frente a los riesgos de manipulación y utilización de esas informaciones.

Se ha de tener presente que el empleo de las nuevas tecnologías para el control de la prestación de trabajo y concretamente el uso a estos efectos de grabaciones de sonido y filmaciones por vídeo pone, también, en cuestión ese otro poder de control y disposición por parte del trabajador, que se considera como una vertiente positiva del derecho a la intimidad y que es configurado, a la vez, como un derecho autónomo. Esto es, el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos y que supone, como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 290/2000), el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos.

La instalación de los medios audiovisuales de control entraña, como ya se observó al principio, el riesgo —aun más grave que la pérdida de libertad por el poder de supervisión constante— de la reconstrucción de perfiles individuales y costumbres de

los trabajadores por medio de la conservación de las imágenes, y el de su potencial utilización con fines discriminatorios.

En la Unión Europea es comúnmente aceptado que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, “relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, resulta plenamente aplicable en el contexto, no ya del conjunto de operaciones de recogida de los datos personales del trabajador por el empresario, sino de casi todas las formas de vigilancia empresarial.

En nuestro país, quizás por el carácter genérico y la falta de concreción en el contexto laboral de los principios de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o tal vez porque no existe conciencia de que muchas de las actividades de obtención de datos del trabajador implican el tratamiento de datos, no se le confiere demasiada relevancia aplicativa a la Ley, careciendo de un papel regulador significativo en el ámbito de las controversias sobre la adopción de mecanismos de control por el empresario, hasta el punto de que es casi completamente ignorada. Sin embargo, la legislación sobre autodeterminación normativa debe ser la que rijan en la determinación de los límites y, por tanto, la que delimite el ejercicio legítimo del poder de vigilancia y control empresarial. / RL



¿Busca el software ideal para su despacho?

- **Sin desembolso inicial por la compra**

No tiene que adquirir el programa, con el desembolso que representa, sólo cobramos el servicio de instalación y mantenimiento.

- **Calidad de servicio asegurada**

Nuestro equipo humano, presente en todo el territorio nacional, cuenta con la experiencia y conocimiento para que usted se sienta bien atendido. Y si no respondemos a sus expectativas puede rescindir el contrato libremente.

- **Máxima calidad de producto**

Nuestro producto ha sido diseñado en base a tareas claramente definidas que le permitirán su rápido aprendizaje y manejo, consiguiendo automatizar al máximo el trabajo que ha de realizar.

fiscal
Control Técnico
Renta y Patrimonio
Sociedades
Facturación
Incidencias
Libros
Obligaciones formales

laboral
Atrasos
Contratos
Finiquitos
Prórrogas
Incidencias
Modelos 110, 111 y 190
Certificados de empresa
Certificados de retenciones

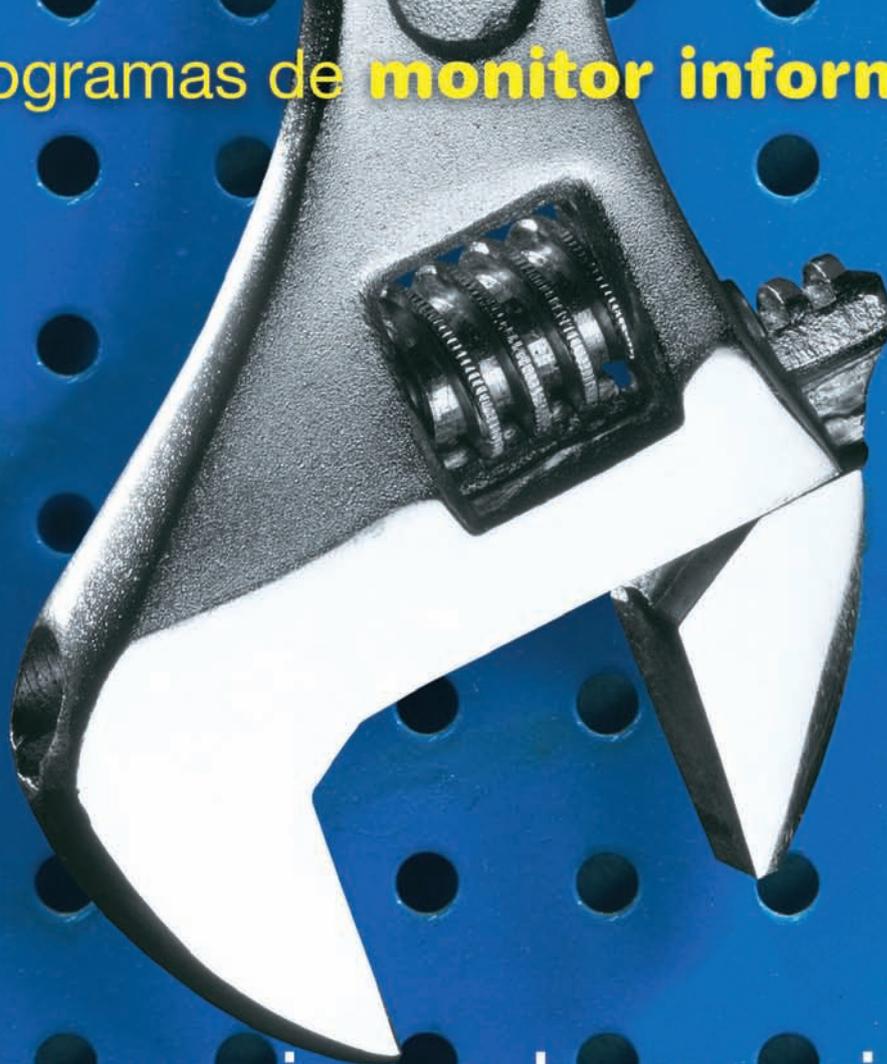
director
Contabilidad
Tesorería
Gestión comercial
Costos
Recursos Humanos
Análisis de Balances
Amortizaciones



NCS Valencia

Avda. Corts Valencianes, 2 • 46015 Valencia • Tel. 963 465 629 • Fax. 963 465 255 • E-mail: valencia@ncs.es • <http://www.ncs.es>

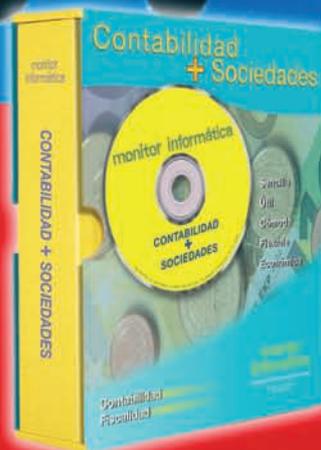
Los Programas de **monitor informática**



Elija las mejores herramientas para su negocio



Nóminas, S. Social e IRPF
Régimen General



Contabilidad + Sociedades



Nóminas, S. Social e IRPF
Régimen Agrario



Contabilidad, Impuestos e I.V.A.
para Empresas en Estimación Objetiva y Directa Simplificada

Todos los informes en formato PDF para su envío por INTERNET

Realizamos la transferencia de datos a nuestros ficheros en la mayoría de los casos



Para más información LLÁMENOS al teléfono **902 421 421** y podremos realizarle una demostración de cualquiera de nuestros excelentes PROGRAMAS



MONISOFT, S.L. San Pablo, 1. Sevilla

www.monitorinformatica.com

monitor informática

San Pablo, 1. SEVILLA.
Princesa, 43, 2º Izqda. MADRID.
Tfno. 902 421 421

Desde Caja de Ingenieros llevamos 40 años satisfaciendo las necesidades financieras de los socios que nos han depositado su confianza, mediante soluciones personalizadas y una amplia gama de productos y servicios en las mejores condiciones.

Hoy ya son más de 90.000 los socios que se benefician de la mejor oferta de servicios financieros con las mejores condiciones del mercado. Hágase socio de Caja de Ingenieros y benefíciase desde hoy mismo.



Cada socio, la razón de ser

- Cuenta corriente de disponibilidad inmediata y extracto según la periodicidad que usted determine. Intereses liquidados por tramos de saldo medio.
Comisión de mantenimiento: **sin comisiones**
Comisión por apunte: **sin comisiones**
- Ingreso de cheques nacionales:
De Caja de Ingenieros: **sin comisiones**
De otras entidades: **sin comisiones**
- Transferencias nacionales:
A una cuenta de Caja de Ingenieros: **sin comisiones**
A cuentas de otras entidades: **sin comisiones**
- Domiciliación de recibos:
Bonificación de 4 céntimos de euro por cada recibo domiciliado en su cuenta corriente.
- Servicio de gestión de domiciliación de recibos:
Gestión directa y ágil del cambio de domiciliación de recibos en la cuenta personal (agua, luz, gas...): **sin comisiones**

- Tarjetas de crédito Visa:
Alta: **sin comisiones**
Mantenimiento: **sin comisiones**⁽¹⁾
Disposición de efectivo en los cajeros de la red Servired: **sin comisiones**⁽²⁾
Las tarjetas de crédito de Caja de Ingenieros proporcionan **grandes descuentos** en las compras que realice en determinados sectores de actividad.⁽³⁾
 - Servicio de correspondencia por correo electrónico:
Alta: **sin comisiones**
Mantenimiento: **sin comisiones**
Bonificación de 1 céntimo de euro por cada documento que reciba.
- (1) Siempre que el consumo anual en comercios supere el importe definido para cada tipo de tarjeta.
(2) Exentas de comisiones las primeras 5 operaciones mensuales que haga cada socio (independientemente de la tarjeta que utilice para hacerlas).
(3) Consulte en www.caja-ingenieros.es los sectores incluidos y las condiciones de la promoción.

Si desea ampliar esta información, puede dirigirse a cualquiera de nuestras oficinas, llamar al **902 200 888** de *teleingenieros* Fono o conectarse a www.caja-ingenieros.es de *teleingenieros* Web.

Comentarios a la sentencia del tribunal supremo

De fecha 24 de junio de 2009.

Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 1542/2008.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.



Andrés González Rayo

Graduado Social núm. 4231.

Socio consultor de AG&AG Bufete Laboralista, S.L

En ausencia de regulación convencional específica, salvo en los casos de i.t derivada de embarazo, parto, lactancia natural o maternidad, en que se adquiere derecho a un nuevo señalamiento posterior aún finalizado el año natural (art. 38.3 E.T), cuando el periodo de vacaciones retribuidas había sido señalado y comunicado con la antelación prevista en el convenio de referencia y siguiendo el trámite previsto en el mismo, o, en su defecto, con la antelación de dos meses que prescribe el artículo 38.2 E.T, la concurrencia de i.t con dicho periodo no suponía un nuevo señalamiento posterior. Así lo confirmaba, unificando doctrina en Sala General, aún con voto particular, la STS de 03.10.2007 (Rec. 5068/05). En ese momento, no tan lejano, se vino a concretar que *“la obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones...; ... en la que puede haber cesiones y sacrificios de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal, una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente”*.

Sin embargo, la STJCE de 20.01.2009, en relación con la interpretación del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, introdujo conclusiones que nuestro Tribunal Supremo ha considerado incompatibles con la citada doctrina que han tenido su manifestación en la novedosa Sentencia que comentamos en este número que, precisamente por su cercanía con las ya finalizadas vacaciones, conviene conocer cuanto antes. El asunto de autos alcanzaría dicho Tribunal, a pesar de tratarse de un asunto frente al que generalmente no cabe recurso y cuyo equivalente económico no alcanzaba el mínimo previsto en el artículo 189.1 LPL, ya que, se considera, afecta a *“todo el numeroso colectivo de trabajadores que se solapan la i.t y el período vacacional fijado, afectación cuya generalidad –en razón de la naturaleza de la cuestión y a sus circunstancias– no puede por menos calificarse de notoria”*.

Las conclusiones de la citada Sentencia del TJCE que han venido a modificar el criterio jurisprudencial expuesto al comienzo de este comentario serían entonces las siguientes:

- a. «... el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104 /CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993...
- b. «... la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere por esta razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad».
- c. «... un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho».
- d. «... corresponde a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del mencionado derecho, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del mismo, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la citada Directiva 93/104».
- e. El art. 7.1 de la Directiva 2003/88 «no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva».

24_jurisprudencia

- f. «Admitir que... las disposiciones nacionales... puedan prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas» sin que el trabajador «haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada Directiva, supondría la vulneración por tales disposiciones del derecho social que el artículo 7 de la citada Directiva atribuye a todo trabajador».
- g. La solución se aplica incluso al supuesto de «disposiciones nacionales que establezcan la extinción del mencionado derecho en el supuesto de un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y/o a lo largo del período de prórroga se haya encontrado en situación de baja por enfermedad».
- h. Como conclusión y con toda rotundidad se afirma que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas».

Bajo esas premisas, nuestro Tribunal Supremo afirma que el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de i.t pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones (en relación con el artículo 40.2 CE y el Convenio 132 OIT). Concluye, finalmente, que la situación de i.t que surge con anterioridad a las vacaciones establecidas impedirá al trabajador disfrutar las mismas, **por lo que tendrá derecho a señalamiento posterior**. No obstante, no ocurrirá lo mismo en los casos en que la i.t se produzca durante el transcurso de las vacaciones pues, dice el Tribunal, es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador.

Cabe comentar, brevemente, que la Sentencia no se refiere directamente a los casos en que se haya superado el año natural y si, en ese caso, el nuevo señalamiento de los días vacacionales deberá realizarse durante el año siguiente, como es el caso de los trabajadores/as en situación de maternidad, riesgo durante el embarazo, etc. . . , tampoco, de forma directa, a aquellos casos en que exista concreta regulación convencional de esos supuestos de solapamiento de la i.t con el periodo de vacaciones regularmente señalado. / RL

Responsabilidad Civil Profesional



Juntos!

Para una gestión aseguradora eficaz.

comercial@brokergraduadosocial.com · siniestros@brokergraduadosocial.com · direccion@brokergraduadosocial.com

Tel. 900 504 241 · Fax 900 460 472 · Higini Anglès, 10. 43001 TARRAGONA

www.brokergraduadosocial.com

Complementos salariales

Abono proporcional del bonus variable por fijación de objetivos

MS 7903
MDE 3794
MDE 1240
TS 5-5-09, Rec 1702/08

Cuando se acuerda el derecho a un bono en cuantía variable según los objetivos obtenidos, se tiene derecho a la parte proporcional de los objetivos conseguidos al finalizar anticipadamente el contrato.

La cuestión planteada, consistente en determinar si el bono variable requiere para su devengo el cumplimiento total de los objetivos estipulados o si es posible su devengo en proporción a los objetivos logrados, cuando se causa baja anticipada en la empresa.

En una interpretación lógica y literal de la cláusula pactada, las partes pactaron un complemento salarial de cuantía variable en función de los objetivos conseguidos, lo que supone su devengo en proporción marcada, porque la propia denominación del complemento retributivo, bono o retribución variable, indica que ese complemento tiene una cuantía variable y que es posible su cobro en proporción (variable) a los objetivos conseguidos, por cuánto en otro caso se hablaría de bono (fijo) por consecución de objetivos.

Asimismo, porque, al decirse que la retribución variable se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos fijados, se está indicando que la intención de las partes es que el logro total o parcial del objetivo determine la cuantía del complemento variable que se establece en función del logro obtenido, ya que en otro caso no se diría que el complemento es variable, ni que el mismo se satisface en atención a los objetivos cumplidos.

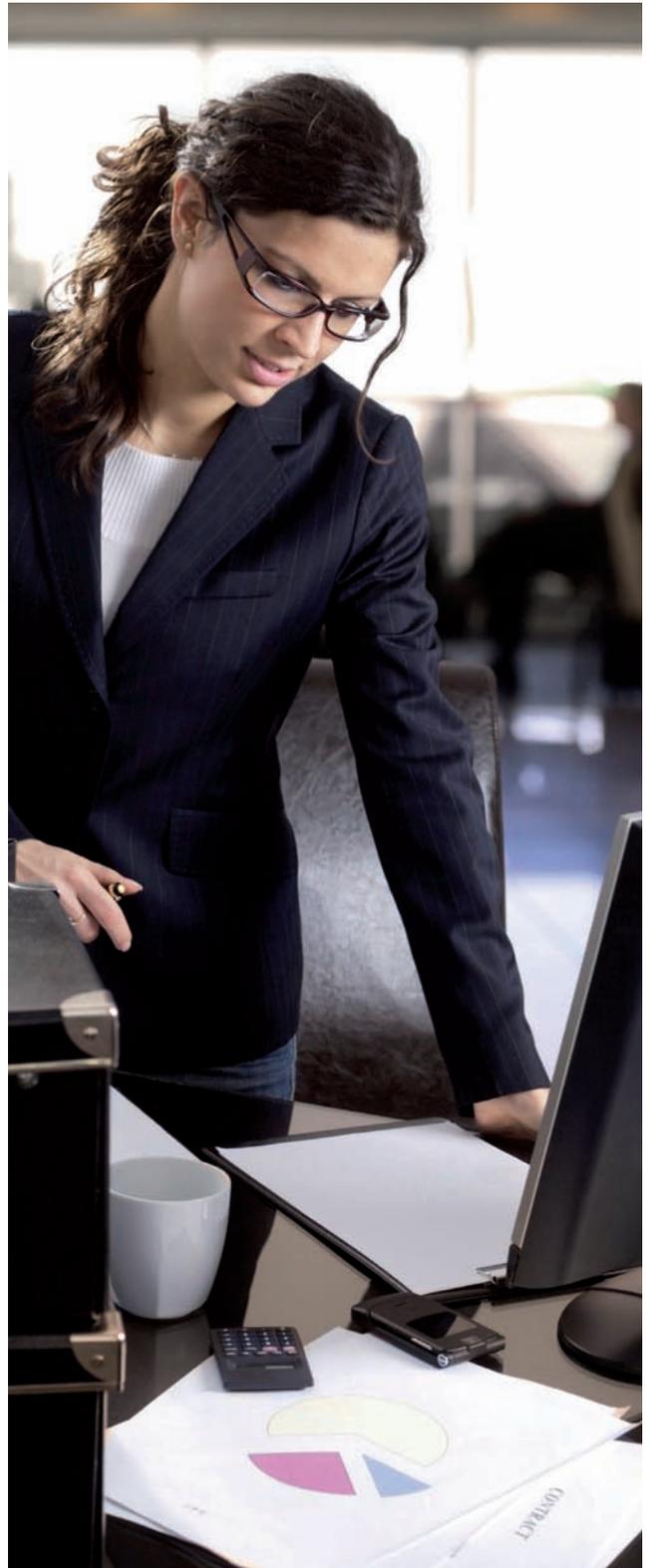
En el presente caso el propio contrato, al disponer que en el primer año de servicio la cuantía del complemento variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado, nos muestra que fue la intención de los contratantes que el bono se devengara en proporción a los objetivos conseguidos cada año.

Por tanto, la trabajadora que causa baja voluntaria el 5-9-2006 tiene derecho a percibir 7.243 € en concepto de retribución variable de los ocho primeros meses del año 2006, al ser la retribución variable de 12.000 €/año en función del cumplimiento de los objetivos marcados por la empresa y haberse conseguido a 1-9-2006 el 90,54%. Así: $(12.000 \times 90,54\%): 12 \times 8 = 7.243 \text{ €}$.

(c) 2009 Ediciones Francis Lefebvre

ACTUM
»»»»»» SOCIAL

Actum / Actualidad Mementos



Jubilación parcial

Derecho a la jubilación parcial cuando el contrato de relevo es con trabajador a tiempo parcial inscrito como desempleado

MS 4327

MSS 3164, 3165

TS 16-12-08, Rec 4254/07

El derecho a la jubilación parcial anticipada no se supedita legalmente a la exigencia de que el trabajador relevista contratado simultáneamente se halle en situación de desempleo total. Así a estos efectos es válido a el contrato de relevo realizado con un trabajador a tiempo parcial inscrito como desempleado con independencia de que reciba o no prestación portal contingencia.

Cabe que el contrato de relevo suscrito para dar derecho a la jubilación parcial anticipada se realiza con quien está en **situación parcial de desempleo**, al estar inscrito como desempleado y trabajar simultáneamente a tiempo parcial (en el caso concreto para otra empresa distinta a aquella con la que suscribió contrato de relevo). De manera, que se ha de considerar indiscutible que el que tiene un contrato a tiempo parcial está parcialmente desempleado si se inscribe como tal.

A estos efectos, **no es preciso** que el trabajador relevista se encuentre en la **situación legal de desempleo parcial** que permite obtener prestaciones por desempleo - el que perdió un tercio de su jornada habitual y la parte proporcional del salario (LGSS art. 203)- sino que basta para suscribir contrato de relevo con que se encuentre en una mera **situación de desempleo** en la que no se exige que el relevista sea beneficiario de dichas prestaciones (TS 22-9-06, Rec 1289/05).

En cualquier caso, de existir **irregularidades en el contrato de relevo** estas no pueden afectar al derecho a la pensión del jubilado parcialmente, salvo que se pruebe la connivencia del pensionista. Las consecuencias se limitan a las **responsabilidades legales** establecidas en el RD 1131/2002 disp.adic. 2ª con las matizaciones que se realizaron para el supuesto de extinción de la relación laboral de toda la plantilla en el marco de un ERE (TS 29-5-08, Rec 1900/07).

Aunque el supuesto de hecho es **anterior a la reforma** operada por la **Ley de medidas** las conclusiones mencionadas pueden extrapolarse a la situación vigente. Efectivamente, la jurisprudencia que se comenta sigue siendo de aplicación, pues las modificaciones operadas en dicha reforma no cambian el tenor de la legislación vigente en este punto concreto (LGSS art. 166.2-modif L 40/2007 art.4.1 que reenvía al ET art. 12.7- redacc L 40/2007 disp.adic. 29ª.º1).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 10 febrero 2009

Pacto de no competencia para despues de extinguido el contrato de trabajo:

nulidad parcial por duración superior a la legalmente establecida: efectos: incumplimiento por el trabajador: devolución de la compensación económica percibida en proporción al tiempo incumplido.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2973/2007.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2973/2007) interpuesto por don Constantino contra la Sentencia de fecha 14-05-2007, del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra «ET Medical Devices Spain, SA», sobre reclamación de cantidad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina

interpuesto por el Letrado D. Juan Bagué Prats, en nombre y representación de D.Constantino, contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2007 (AS 2007\2294) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 1655/06, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona, de fecha 14 de diciembre de 2005, recaída en los autos núm. 695/05, seguidos a instancia de D. Armando administrador de la empresa E.T. MEDICAL DEVICES SPAIN S.A., contra D. Constantino, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Con fecha 14 de diciembre de 2005, el Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Estimando la demanda

presentada por Armando administrador de la empresa E.T. MEDICAL DEVICES SPAIN S.A., contra Constantino, en reclamación de cantidad, debo de condenar y condeno a Constantino, al pago de 5.576 euros. Contra esta sentencia pueden interponer Recurso de Suplicación en este Juzgado dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo a resolver ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostenta el carácter de trabajador y no esté declarada pobre de litigar, haber consignado el importe de 150 EUROS en la c/c n 1 0603-0000-65-*-* de BANESTO, más el importe de la condena en la c/c n 1 0603-0000-69-*-* , según lo

previsto en los artículos 226 y 227 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL1995\1144, 1563)".

SEGUNDO En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º Armando, en calidad de administrador de la Compañía Mercantil E.T. MEDICAL DEVICES SPAIN, SA, (antes denominada ELECTRONICA TRENTINA ESPANA, SA), parte actora. 2º.- Se celebró el acto de conciliación sln avenencia el 31 de mayo de 2005.

3º.- El demandado, Sr. Constantino, suscribió en fecha 17 de marzo de 2003 con la empresa demandante, la cual pasó a denominarse E.T. MEDICAL DEVICES SPAIN, S.A. en fecha 18 de marzo de 2004 en virtud de Escritura otorgada ante el Notario de Barcelona D. Ricardo Ferrer Marsal, bajo número 549 de su protocolo, como anexo al Contrato de Trabajo por ambas partes suscrito, Pacto de no Competencia y confidencialidad en el que literalmente se exponía: "CLAUSULAS ADICIONALES al Contrato de Trabajo celebrado entre la Empresa ELECTRONICA TRENTINA ESPANA, SA, representada por D. Armando, en calidad de Administrador de la misma, y D. Constantino.

PRIMERA. - PACTO DE NO CONCURRENCIA O COMPETENCIA. En base a la peculiaridad y especialidad de las funciones que debe realizar y que son objeto del presente contrato, el trabajador se compromete a no efectuar concurrencia con la Empresa, durante la vigencia de este Contrato y aun después de su resolución, ya lo sea por cuenta propia o ajena, prestando servicios a empresas o entidades de cualquier tipo cuya actividad pueda suponer competencia para la empresa firmante. En este sentido se puntualiza que no podrá realizar actividades idénticas o análogas a las de la Empresa y, específicamente, en el sector del Comercio de aparatos y material

médico-quirúrgico. La duración de este compromiso, una vez finalizado el Contrato de que es Anexo el presente Pacto, será de dos años, y su incumplimiento dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Como contraprestación a esta limitación de actividad, el trabajador percibirá la cantidad de 240,00 euros mensuales.

Si una vez finalizado el presente Contrato, el trabajador incumpliera lo pactado en esta estipulación, deberá devolver a la Empresa la totalidad de las cantidades mensuales percibidas a que se refiere el párrafo anterior. Caso de que durante la vigencia del Contrato se produjera una situación de competencia desleal transgresora de la buena fe contractual que ha de presidir la relación laboral entre Empresa y trabajador, este hecho, además de conllevar la correspondiente indemnización, podrá ser determinante de despido. **SEGUNDA.** - PACTO DE CONFIDENCIALIDAD. El trabajador se compromete a guardar la máxima reserva y no divulgar ni utilizar directamente ni a través de terceras personas ni empresas, los datos, análisis, programas y demás información a la que tenga acceso durante su relación laboral con ELECTRON/CA TRENTINA ESPAÑA, S.A". 4º.- El demandado dejó de prestar servicios para ET MEDICAL DEVICES SPAIN, SA el día 22 de febrero de 2005, categoría profesional la de viajante. 5º.- El demandado percibió, en compensación de esta restricción de su actividad, una indemnización mensual de 240 euros brutos, estableciéndose en el pacto firmado por el demandado, que, para el caso de que este incumpliera lo acordado, debería devolver a la empresa las cantidades percibidas. 6º.- Durante el período en que el demandado prestó servicios para la empresa "ET MEDICAL DEVICES SPAIN S.A." percibió una total cuantía en concepto de indemnización por pacto de no concurrencia de 5.576 euros. Documentos cinco a veintiocho acompañados a la demanda. 7º.- La sociedad creada por el demandado de lo que es socio con otra persona y es administrador el 2.3.2005 (CLUSTER MEDICA S.L.)art. 2 tiene por objeto, el comercio al por mayor de aparatos de instrumentos médicos, ortopédicos veterinarios ópticos, fotográficos así como su importación o exportación dichas actividades podrán ser realizadas por la sociedad ya directamente o indirectamente, mediante su participación en otras sociedades de objeto idéntico o análogo. 8º.- La parte actora trató de ponerse en contacto con el Sr. Constantino tanto por vía telefónica como a través de burofax remitido por el letrado de la empresa en fecha 27 de abril

28_jurisprudencia

de 2005, requiriéndole para que cesara en la concurrencia prohibida por el pacto mencionado, sin obtener respuesta por parte del mismo. Documento numero 29 burofax remitido al demandado acompañado a la demanda.

9º.- En la confesión judicial del trabajador demandado, reconoció el pacto de no competencia, es administrador único, se ha dirigido a clientes que conocía durante la prestación de servicios en ET ha hablado con ellos, tiene colaboradores, administra la empresa, colabora, en la empresa ET medical vendía electrocardiógrafos, broter de presión arterial, venta de productos de odontología y de veterinaria, los electrocardiógrafos son el 10 o 12% del producto, el campo es distinto, ellos solo venden el último eslabón, 12 canales con interpretación.

10º.- En la confesión judicial la empresa reconoció que el demandado fue despedido, reconocieron la improcedencia, para que no haya malentendidos se envía una carta a los clientes de las personas que salen de la empresa, a partir de la extinción han pagado el saldo y finiquito dto. 2, son una empresa de distribución de aparatos de origen italiano electro cardiografos, producto especializado, actividad de viajantes en zona sur y Galicia todos tenia conocimiento de todos los clientes.

11º.- El trabajador demandado en la empresa ET Medical, vendía electrocardiógrafos, broter de presión arterial, venta de productos de odontología y de veterinaria, los electrocardiógrafos son el 10 ó 12 del producto.

12º.- La parte actora son una empresa de distribución de aparatos de origen italiano electrocardiógrafos”.

TERCERO La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Constantino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2007 (AS 2007\2294), en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: “Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Constantino contra la sentencia de 14 de diciembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social 20 de Barcelona en los autos 695/2005, seguidos a instancia de la empresa E.T. MEDICAL DEVICES SPAIN S.A.; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución”.

CUARTO Por el Letrado D. Juan Bagué Prats, en nombre y representación de D. Constantino, mediante escrito de 3 de septiembre de 2007, 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 de Madrid de fecha 30 de noviembre de 2004 (AS 2005\109).

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 3 de febrero de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO 1.- Se recurre en estas actuaciones la STSJ Cataluña 14/05/07 (AS 2007\2294) [rec. 1655/06], confirmatoria de la que con fecha 14/12/05 había dictado el Juzgado de lo Social nº 20 de los de Barcelona [autos 695/05], y por virtud de la cual se había condenado al trabajador a que abonase a la empresa 5.576 euros, cantidad que correspondía a la que el empleado había percibido durante su contrato como contraprestación al pacto de no concurrencia que habían convenido al inicio de la relación laboral.

Los términos del litigio son de sencilla exposición: a) el trabajador había sido contratado como Viajante por empresa -la demandada- de distribución de material médico-quirúrgico, estableciéndose un compromiso de no concurrencia por dos años tras la finalización del vínculo laboral, para cuya compensación se fijó el percibo mensual de 240 euros, con la específica previsión de que el incumplimiento de la obligación daría lugar a que el trabajador devolviera la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto; b) la relación laboral se extendió del 17/03/03 al 22/02/05, fecha en la que concluyó por despido declarado improcedente, con un total percibido de 5.576 euros como compensación al pacto de no competencia; y c) en 02/03/05, el actor creó -junto con otra persona- una sociedad cuyo objeto es el comercio al por mayor de -entre otros- instrumental médico y ortopédico.

2.- En su recurso de casación para la unificación de doctrina, la representación del actor aduce como contradictoria la STSJ Madrid 30/11/04 (AS 2005\109) [rec. 4826/04] y señala la infracción de los arts. 9.1 y 21.2 ET (RCL 1995\997), así como 1303, 1305 y 1306CC (LEG 1889\27). En aquella sentencia se trataba: a) de empleado contratado como Programador de Aplicaciones, siendo actividad empresarial la informática, estableciéndose también compromiso de concurrencia por dos años y compensación anual bruta de 700.000 pesetas, con previsión -asimismo- de que el importe total percibido sería devuelto de incumplirse aquella condición; b) extinguido el contrato en 02/02/04 por voluntad del trabajador, éste inició prestación de servicios para empresa del mismo sector y actividad en 16/02/04; y c) reclamada -por vía reconventional- la totalidad de la cantidad percibida por el trabajador como compensación por el pacto [21.456,17 euros], la sentencia

referencial apreció igualmente la nulidad parcial del compromiso [por entender que no podía exceder de seis meses], pero limitó la entidad del reintegro a los seis meses de compromiso que válidamente hubieran podido pactarse.

3.- La comparación entre las precisiones fácticas anteriores y las que más arriba se han resaltado de la

sentencia recurrida, ponen de manifiesto que entre ambas decisiones contrastadas existe la contradicción que es presupuesto de admisibilidad del recurso para la unificación de doctrina[art. 217 LPL (RCL 1995\1144, 1563)], en tanto que tales resoluciones contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales.

SEGUNDO 1.- La sentencia recurrida, para justificar la devolución del íntegro percibido, argumenta que si bien el plazo de no concurrencia no podía exceder de seis meses [art. 21.2 ET (RCL 1995\997)], la nulidad del pacto únicamente alcanzaba a ese extremo[art. 9.1 ET] y no se extendía a la obligación de devolver lo entregado como compensación en caso de incumplimiento de la obligación convenida, por haberse producido éste dentro del referido plazo legal y ser ello consecuencia -se razona- de la obligada «bilateralidad» que deriva del concurso de una «compensación económica adecuada». Y ciertamente que este criterio está reforzado -como señala el Ministerio Fiscal en su informe- por la STS 07/11/05 (RJ 2006\1692) [rcud 5211/04], que argumentalmente se remite al art. 1300 CC (LEG 1889\27), conforme al que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses».

2.- Pero una reconsideración de la materia sometida a debate nos lleva a rectificar la precedente doctrina y a estimar el recurso, por considerar que la prevención contenida al efecto en el art 1.303CC[contemplando la recíproca restitución de las prestaciones en el supuesto de que la obligación fuese declarada nula] no agota la regulación legal en la materia.

Para empezar, debe recordarse que el apartado primero del art. 9.1 ET dispone que «si resultase nulo sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados»; con ello viene a consagrarse el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido por las normas de Derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando -frente a la nulidad parcial conservadora- lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa (entre las

recientes de la Sala Primera, SSTS 03/10/08 (RJ 2008\2922) -rec. 3962/00- y 25/09/06 (RJ 2006\6577) -rec. 4815/99-). Con ello resulta claro que el establecimiento -en el caso debatido- de un pacto de no concurrencia por dos años resulta nulo en tal extensión temporal, pero válido en la que legalmente le correspondía de seis meses, de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2 ET y en razón a que el trabajador no ostentaba la cualidad de técnico [sobre este punto no se ha planteado cuestión].

Pero esta nulidad parcial del pacto [en la duración que excedía de seis meses] plantea el problema relativo al destino que haya de corresponder a la total compensación económica percibida, para el supuesto de que el trabajador hubiese desatendido la inconcurrencia pactada en el plazo que legalmente correspondía [de seis meses].

Supuesto que ha de resolverse en atención al apartado segundo del art. 9.1 ET, que contiene una previsión cuya especialidad se impone a la consecuencias que genéricamente se establecen en el art. 1.303 CC y también a las reglas de art. 1306 CC que el recurso pretende de aplicación directa; sin perjuicio de que las mismas puedan ser tenidas en cuenta, en los términos que la analogía consiente [art. 4 CC], pero teniendo siempre presente la prioridad aplicativa del citado art. 9.1 ET, conforme al cual «si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contra-prestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente... hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones». O lo que es lo mismo, el Estatuto de los Trabajadores confiere a la discrecionalidad judicial fijar el destino de la prestación económica a percibir [o ya percibida, con igual motivo] por el trabajador; destino que -como acto continuo razonaremos- necesariamente ha de determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que en su caso pueda hacerse con razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el art. 1.306 CC.

TERCERO 1.- En efecto, el precepto más arriba citado -el art. 1.303 CC (LEG 1889\27)- añade a las relatadas previsiones sobre la recíproca devolución de prestaciones la frase final «salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Y el art. 1306 del propio Código establece que cuando la nulidad derive de causa «torpe» [ilícita: SSTS -Sala Primera- 17/10/87 (RJ 1987\7293), 24/03/95 (RJ 1995\2398) y 24/10/06], si la culpa está de parte de ambos contratantes «ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido», y si la culpa estuviese de parte de un solo contratante, «no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido», en

30_jurisprudencia

tanto que el otro -extraño a la causa ilícita- «podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido». A lo que añadir que de acuerdo con el art. 1.275 CC, «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes»; y que para el art. 1.274 CC, «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio para la otra parte».

Con ello se pone en evidencia que no es posible acceder a la pretensión recurrente de aplicar de forma directa y exclusiva las prevenciones del art. 1306 CC, porque en manera alguna es ilícita la «causa» del pacto de no concurrencia que examinamos [la abstracta imposibilidad de concurrir; y la correlativa compensación económica], sino que la ilicitud únicamente alcanza al término previsto en lo que excede de la duración legal [no se cuestiona la adecuación entre la escasa compensación económica y la prolongada restricción laboral que se establecía], y que no es dable confundir ambos elementos -esencial y accidental- del negocio jurídico. Pero de todas formas consideramos que en los supuestos de ilicitud de una [causa] u otro [término] concurre la identidad de razón que justifica ex art. 4.1 CC la misma solución en ambos casos, si quiera en el supuesto del término únicamente haya de operar respecto del periodo de tiempo de no concurrencia que resultaba -por exceso- contrario a Derecho y que la propia sentencia recurrida atribuye a la empresa [la califica -con razón- de «cláusula abusiva»]. De esta forma, desde el momento en que la previsión contractual era la de que el incumplimiento de la obligación de no concurrencia determinaba la devolución de todas las cantidades percibidas como compensación al pacto, el hecho de que éste fuese cuatro veces superior al que legalmente podía establecerse, razonablemente ha de llevar a concluir, aplicando analógicamente las reglas establecidas en e art. 1.306 CC, que la restitución tan sólo debe alcanzar la cuarta parte -1.393,5 euros- de las cantidades percibidas por aquel concepto [5.576/4 = 1.393,5].

2.- No está de más añadir la consideración de que el criterio anterior pudiera resultar injusto en los supuestos de extinción contractual por consecuencia de despido que judicialmente sea declarado improcedente, pues a diferencia de lo que respecto de ello manifiesta la sentencia recurrida, razonando que tal «causa de extinción... no perjudica la exigible bilateralidad» del compromiso, la Sala entiende que tal circunstancia -despido improcedente- no es jurídicamente neutra, sobre todo en aquellos supuestos -como el presente- en que la compensación económica pactada no ofrezca nítida adecuación con la restricción laboral que se supone resarce [se ha venido en llamar «salario de inactividad», pues el trabajador sacrifica sus posibilidades laborales futuras], de manera que no deja de turbar el hecho de que esa dudosa proporcionalidad pudiera ser activada con una decisión unilateral de la Empresa

que judicialmente sea calificada como contraria a Derecho. Ahora bien, en el caso que debatimos, aunque el trabajador fue -efectivamente- despedido y tal medida resultó declarada improcedente, no debe olvidarse que a los ocho días -exactos- de tal medida el mismo ya había constituido la S.L. con la que competir con su empleadora, de forma que se evidencia que ya con anterioridad a su cese el trabajador había iniciado los trámites para burlar el pacto de no concurrencia, situándose así en una deslealtad que de alguna manera neutraliza la consideración arriba indicada y que en cierto modo incluso llega a sugerir la causa del despido.

CUARTO Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -pese a las argumentaciones que el Ministerio Fiscal hace en su preceptivo informe- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada, sin imposición de costas[art. 233.1 LPL (RCL 1995\1144, 1563)].

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de

Don Constantino, casando la sentencia dictada por el TSJ Cataluña en fecha 14/Mayo/2007 (AS 2007\2294) [recurso de Suplicación nº 1655/06], que a su vez había confirmado la resolución íntegramente estimatoria de la demanda que en 14/Diciembre/2005 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 20 de los de Barcelona [autos 625/2005], en reclamación de cantidad formulada por «E.T. MEDICAL SERVICES SPAIN S.A.». Y resolviendo el debate planteado en Suplicación, estimamos parcialmente el recurso planteado por el trabajador y limitamos el importe de la condena a 1.393,5 euros, que habrá de abonar a la empresa recurrida.

Sin condena en costas, ni en trámite de Suplicación ni en el presente de Casación.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr.

Magistrado D. 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. / **RL**

DOMICILIA TU NÓMINA...

Banesto

En Banesto nos adaptamos
a tus necesidades.

Y si eres autónomo,
pregúntanos.

Infórmate del resto de condiciones
en cualquier oficina Banesto, en el

902 30 71 30

o entra en www.banesto.es



...Y LLÉVATE

500⁽¹⁾ € ó

1.000⁽¹⁾ €

EN UNA TARJETA REGALO PREPAGO.
PARA LO QUE QUIERAS
Y DONDE QUIERAS



(1) Oferta válida desde el 02-03-2009 hasta el 31-08-2009. Ingreso de 500€ en una tarjeta prepago, por domiciliar por 1ª vez en Banesto 3 recibos principales y una nómina, pensión o ingreso regular, de al menos 1.000€ al mes, encargándose el Banco del cambio de domiciliación de los recibos, y tener contratadas o solicitar las tarjetas de crédito 123 y Diez en Una. El ingreso será de 1.000€ exclusivamente en nóminas superiores a 2.500€ (quedando excluidos pensiones e ingresos regulares). La domiciliación se debe realizar en una Cuenta Nómina Banesto siendo el cliente 1º titular y mantenerse al menos 40 meses. Gastos fiscales por cuenta del cliente. La tarjeta prepago caducará a los 12 meses desde su emisión. Promoción no acumulable a otras promociones vigentes. Infórmate de las condiciones completas en cualquier oficina Banesto.

NUEVO

¿CÓMO PRESENTAR A TIEMPO EL MODELO 340? Puede confiar en A3 Software o buscar otras soluciones.

A partir del año próximo el modelo 340 se deberá presentar junto con la declaración trimestral del IVA.

El nuevo módulo para importar datos de A3 Software le permitirá automatizar procesos hasta ahora manuales pero sobretodo, le reportará la tranquilidad de saber que lo tiene todo bajo control.

Gane tiempo, gane tranquilidad.

No es magia, es tecnología.

 **A3 Software**
grupo Wolters Kluwer

www.a3software.com

Distribuidores autorizados:

Valencia

Ingeniería Civil y Programación
963 56 83 80 tel
comercial@metroplus.net

Punt Sistemas, S.L.
963 59 28 33 tel
puntsistemas@puntsistemas.es

Servisoft Levante, S.L.
963 17 00 46 tel
juan@servisoft.com