



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

TRABAJO FIN DE MÁSTER

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RETRIBUCIÓN DE TRABAJADORES TEMPORALES CONTRATADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Realizado por: PAULA ALONSO GONZÁLEZ

Convocatoria: 1^a

Ordinaria Enero 2020

RESUMEN

El objeto principal de este trabajo es estudiar el proceso de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, a partir de un caso real en el que se plantean diferencias de trato entre trabajadores contratados por la Administración a través de dos modalidades de Planes de Empleo subvencionados para atender necesidades sociales de cada momento. Tales diferencias de trato afectan a un derecho fundamental: el principio de igualdad en su vertiente retributiva de “a igual trabajo, igual remuneración”. El análisis del tema nos permitirá adentrarnos en las particularidades inherentes al procedimiento de tutela de derechos fundamentales que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social regula; también en el estudio del empleador público a, el cual, no solo ha de sujetarse en todo momento la normativa administrativa, sino que ha de respetar especialmente la normativa laboral y la doctrina judicial y jurisprudencia del orden social.

Palabras clave: Administración, Derechos Fundamentales, Derecho del Trabajo, trabajadores.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to study the process of guardianship on the fundamental rights of workers, based on a real case in which there are differences in treatment between workers hired by the Administration through two types of subsidized Employment Plans to meet social needs of each moment. Such differences in treatment are essentially based on a fundamental right: the principle of equality in its remuneration: “equal work, equal pay”. The analysis of the procedure will allow us to delve into the practice of Labor Law, with all the peculiarities inherent in the procedure of fundamental rights that the Regulatory Law of Social Jurisdiction regulates, as well as in the study of the public employer in this legal branch, which, not only must the administrative regulations be subject at all times, but they must also respect labor regulations, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Administration, Fundamental Rights, Labor Law, Workers.

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
I. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA SALARIAL	9
1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: ELEMENTOS TEÓRICOS DE APLICACIÓN.	9
2. PARTICULARIDADES CUANDO ES LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LA EMPLEADORA	12
3. TRABAJADORES CONTRATADOS EN PRÁCTICAS POR UN AYUNTAMIENTO EN VIRTUD DE PLANES DE EMPLEO DISTINTOS. SUBVENCIONES.	16
4. ELEMENTO DIFERENCIAL: PRÁCTICAS NO LABORALES	18
II. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS PRÁCTICOS Y SENTENCIAS DE REFERENCIA.	21
1. PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.	21
2. DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS FRENTE A HOMOGENEIDAD SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO	22
3. EL PROCESO DE TUTELA PLANTEADO.....	23
A. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE	23
B. LEGITIMACIÓN PROCESAL	24
C. LA DEMANDA	26
D. ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA	30
E. DESARROLLO DEL PROCESO	31
4. LAS SENTENCIAS DE REFERENCIA	32
A. CRITERIO DEL TSJ. SENTENCIAS DE REFERENCIA EMPLEADAS PARA ESTE ESTUDIO.	32
III. CONCLUSIONES	36

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 37

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

LO: Ley Orgánica

Pp: Páginas

Ss: Siguietes

BOE: Boletín Oficial del Estado

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

CDAE: Código Deontológico de la Abogacía Española

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los trabajadores

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

FJ: Fundamento Jurídico

SMI: Salario Mínimo Interprofesional

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público

RD: Real Decreto

REC: Recurso

AGE: Administración General del Estado

CCAA: Comunidades Autónomas

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

INTRODUCCIÓN

Las sentencias que serán objeto de estudio en este trabajo estudian la problemática de dos colectivos de trabajadores que fueron contratados por la misma empleadora pública y que, pese a mantener el mismo tipo de contrato, la misma categoría, formación y prestar idénticos servicios, en el mismo centro de trabajo, coincidiendo temporalmente ambas contrataciones, percibieron retribuciones notoriamente diferentes.

El procedimiento elegido por la dirección letrada del asunto fue el especial de tutela de derechos fundamentales, regulado en el art. 177 y ss LJS, que alegó una vulneración sobre el principio de igualdad en su vertiente retributiva “a igual trabajo, igual remuneración”.

Se trata, como se sabe, de un proceso especial que lleva consigo una serie de particularidades que lo distinguen de otros. Como se verá, al estar hablando de un proceso especial en cuanto a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se refiere, tiene, según el artículo 179.1 LRJS, carácter preferente y urgente, es decir, prioridad en su tramitación y rapidez y sencillez en los trámites. El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (arts. 114-122 ,Ley 29/1998, de 13 de julio) otorga ciertas ventajas como:

- ❖ Tramitación preferente
- ❖ Carácter potestativo del agotamiento de la vía administrativa

Destacan también las especialidades en materia probatoria y la intervención del Ministerio Fiscal en salvaguarda de los intereses públicos

A partir de este problema, que dio lugar a una serie de sentencias del TSJ de Asturias, el estudio que se propone se estructura en dos capítulos. En el primero, se trata de delimitar el problema planteado como consecuencia de las diferencias retributivas entre contratos temporales en el ámbito de la Administración, no sin antes incorporar algunas reflexiones generales sobre los principios de igualdad y no discriminación y sus elementos teóricos de aplicación. En este capítulo se prestará especial atención a las peculiaridades que concurren en el empleador, para adentrarnos en el caso particular de los trabajadores contratados en pen el marco de programas de empleo: la convocatoria y tipos de contratos que vinculan a los trabajadores. En el segundo capítulo, se analiza la estrategia y cauce procesal que se ha seguido en representación de los trabajadores para

obtener la restitución del derecho que se entendió vulnerado, lo que permitirá incorporar una referencia al proceso de tutela de derechos fundamentales.

I. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA SALARIAL.

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: ELEMENTOS TEÓRICOS DE APLICACIÓN.

Como es sabido, nuestro texto constitucional contiene varios preceptos que consagran el principio de igualdad. El artículo 1.1CE habla de la igualdad de la que deberían gozar todos los ciudadanos españoles, pudiendo relacionarlo a su vez con el artículo 9 CE en su apartado segundo cuando habla de que dicha igualdad debe ser garantizada, amparada y promovida por los Poderes Públicos.

Todo esto nos lleva al artículo 14 CE¹, que habla de la igualdad ante la Ley en sí misma e incluye una diferenciación entre el principio de igualdad ante la Ley, de un lado, y la prohibición de discriminaciones, por otro. Ambas vertientes de la igualdad están relacionadas entre sí pero no debemos caer en el error de confundirlas. Este artículo lo que viene a plasmar es la prohibición de una diferenciación o desigualdad que no esté justificada o sin motivación alguna.

Con todo esto, lo que en resumidas cuentas queremos enfatizar, es que no toda desigualdad es infracción. Solamente se daría esta infracción en aquellas situaciones en las que no concurre causa objetiva y razonable, que justifique esa desigualdad. Esta comprobación precisa un juicio de proporcionalidad, es decir, un análisis o estudio sobre cómo se limita ese derecho que se ve afectado en relación con aquél interés que se quiere proteger, cuya idea viene delimitada por tres criterios: que encuentre justificación en la protección de un derecho fundamental (principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto), que sea adecuado para proteger ese derecho o bien constitucional (principio de idoneidad) y que aquello que se obtuvo de tal restricción y el perjuicio sufrido tengan un cierto grado de equivalencia (principio de proporcionalidad).²

¹ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *Constitución Española*, 1978.

² Manuel. Medina Guerrero, *La Vinculación Negativa Del Legislador a Los Derechos Fundamentales* (McGraw-Hill, Interamericana de España, 1996).

Trasladada esta argumentación al ámbito de las relaciones de trabajo, supone que no todas las diferencias de trato entre trabajadores constituyen necesariamente una discriminación 14 de la Constitución y 4.2.c y 17.1 del ET³. Es decir, para que podamos hablar de una vulneración de esta prohibición de discriminación debe existir una diferenciación por un factor determinado que pueda ser discriminatorio, como sucede en el caso que analizamos, en el que la única diferencia que existe es la nomenclatura que se le asigna al programa de contratación.

Otro tema a tener en cuenta en este asunto es si las particularidades de acceso a la contratación pueden constituir una circunstancia que motive la discriminación. La cuestión resulta de interés porque el listado que ofrece el artículo decimocuarto de la Constitución no es restrictivo, quedando abierto a cualquier otra circunstancia tanto personal como social. Pero como bien indica la STC 62/2008, de 26 de mayo, F.5⁴, no debemos entender que *“esta cláusula genérica no puede interpretarse de tal manera que determine que todo criterio de diferenciación (...) pueda entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación”*, ya que, en ese caso, estaríamos confundiendo dicho principio con el de igualdad.

Una vez llegados a este punto debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿Se pueden establecer diferencias retributivas en las relaciones laborales por la única razón de existir la formalidad de dos programas de empleo diferentes aun encontrándonos ante una identidad material de contrato, categoría, prestación efectiva de servicios, centro de trabajo y formación? ¿Predominaría entonces el elemento formal en la contratación sobre el material?

Para responder a las preguntas anteriormente suscitadas hay que acudir en primer lugar al artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, en donde se hace constar que el empresario tiene la obligación de abonar por el mismo trabajo, la misma retribución, es decir, la identidad de trabajo se corresponde con la identidad de retribución, o, a igual trabajo, igual salario.

Junto al Estatuto de los Trabajadores, juega un papel importante en materia salarial la negociación colectiva, de donde nacen los Convenios Colectivos como una fuente más

³ Antonio. Martín Valverde, Fermín. Rodríguez-Sañudo, and Joaquín. García Murcia, *Derecho Del Trabajo* (Tecnos, 2019).

⁴ ‘Sentencia 62/2008 de 26 de Mayo’, *Tribunal Constitucional de España*, 2008.

del Derecho Laboral, que como expresa el artículo 82 del ET surge de la negociación entre los representantes de los trabajadores y los empresarios para regular una serie de condiciones de trabajo y que será vinculante y de obligado cumplimiento, respetando siempre las bases mínimas que establece el ET.

El Convenio Colectivo puede establecer diferencias de trato en las condiciones de trabajo siempre que cumplan y sigan ese juicio de proporcionalidad del que hablábamos anteriormente ya que, en un principio, para un trabajo de igual índole, debe corresponderle un salario igual. Esta afirmación también se encuentra recogida en el Convenio 107 de la O.I.T.

Por último, en relación con el papel que como fuente puede jugar la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el contrato (art. 3.1.c del ET), debe tenerse en cuenta que tal autonomía siempre debe quedar limitada por el respeto del artículo 14 de nuestra Constitución, derivando la igualdad de trato de un principio jurídico que impone su aplicación (STC 108/1989 de 8 de junio⁵, FJ 1º y STC 28/1992 de 9 de marzo⁶, FJ 2º). Por tanto, no cabría emplear como argumento justificativo de una actitud discriminatoria la autonomía del empresario en el ámbito privado.

En conclusión, en cuanto al trato desigual en materia retributiva, el TC ha fijado una serie de parámetros sobre la relación de aquel con el principio de no discriminación y de igualdad ante la Ley, los cuales son:

1º- El principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución impone a los poderes y órganos públicos la salvaguarda de tal igualdad sin que se pueda infringir cuando ante situaciones iguales no se dan consecuencias, y en este caso, retribuciones iguales.

2º- El Convenio Colectivo, aunque surja de la autonomía colectiva, tiene valor normativo y, por tanto, debe cumplirse como tal.

⁵ Tribunal Constitucional de España, 'Sentencia 108/1989 8 de Junio Sistema HJ', 1989.

⁶ Tribunal Constitucional de España, 'Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 28/1992 de 9 de Marzo', 1992.

3º- El artículo 28 ET⁷ recoge ese principio jurídico de igualdad en la retribución por un trabajo de igual valor. Se establece como una obligación.

2. PARTICULARIDADES CUANDO ES LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LA EMPLEADORA

El hecho de que la Administración pueda, por medio de un contrato de trabajo, crear un vínculo laboral, implica que esa posición en la que se sitúa como empleadora genere en su caso una serie de particularidades.

La Administración como tal debe velar por el interés social y por ofrecer a los particulares los mejores servicios. Pero en las relaciones con el personal laboral, no se rige por el principio de autonomía de la voluntad, sino que está sujeta a una serie de pautas y requisitos que examinaremos más adelante. Debe actuar con sometimiento pleno a la Ley, como recoge el artículo 103.1⁸ CE y con la restricción de actuar arbitrariamente (artículo 9.3 CE).

Se puede decir que en la mayoría de los casos el empresario particular o privado busca el beneficio económico de su actividad empresarial. La cuestión podría suscitar más dudas en cuanto a la Administración se refiere, la cual pretende conseguir principalmente un enriquecimiento en la economía, el buen funcionamiento de la comunidad y la oferta de unos servicios dignos. Además tiene que adecuar los presupuestos anuales con las necesidades sociales en cada momento y siendo la economía parte esencial de la Administración al entender que su actividad está supeditada a la dirección, control, planificación y organización.

En cambio, en términos de comparación, el empresario particular sí busca una productividad en el desarrollo de su actividad, es decir, aquellos resultados que se obtienen de ella y los medios de los que se dispuso para tal finalidad, es decir, en este caso, la productividad significa crecimiento. En cambio, y como así lo indica a título ejemplificativo la sentencia del Juzgado número 2 de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, del 26 de septiembre de 2013, la Administración no puede imponer (en este

⁷ Francisco Javier, Andrés González, y Alfredo Montoya Melgar, 'Las Relaciones Laborales En El Ámbito de Las Administraciones Públicas', *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93 (2011).

⁸ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

caso) a un Guardia Civil de Tráfico un incentivo de la productividad en base al número de multas impuestas, lo que viene a ser que “*no se puede imponer a los guardias una obligación de denunciar por denunciar*”. Es decir, el trabajo de los empleados públicos será retribuido por unos índices ajenos a sus labores.

Hay autores, como Montoya Melgar⁹ que afirman que lo que el EBEP viene a decir es que todo aquello del ámbito laboral que esté relacionado con el empleo público debe ser regido por las normas del Derecho de Trabajo, pudiendo transferir diversas particularidades a las leyes administrativas que se refieran al marco organizativo y jurídico.¹⁰

El Estatuto Básico del Empleado Público, concretamente en su artículo 11.1 recoge que será “*personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*”. Lo cual parece indicarnos que el Título I del Estatuto de los Trabajadores será la principal regulación, entendiéndose, por tanto, que el EBEP otorga la potestad a la Administración de decidir la modalidad contractual que recoge el ET, al expresar que “*en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”.

Cuando la Administración se encuentra como parte empleadora en una relación laboral se establece una doble vertiente¹¹:

- ❖ Privada: Por entender que no deja de ser un empleador más que debe ceñirse a la normativa laboral ya los principios que de la misma se desprenden (STS, de 21 de marzo de 2002).
- ❖ Como sujeto Público: por encargarse de llevar a cabo el cumplimiento efectivo de los principios relativos a los organismos públicos (legalidad, no arbitrariedad, actuar conforme a los intereses generales y legalidad presupuestaria).

Nuestro Real Decreto Legislativo 2/2015, de 22 de octubre, es decir, el Estatuto de los Trabajadores, fue elaborado en su mayor medida para regular los contratos de trabajo,

⁹ Francisco Javier, Andrés González, y Alfredo Montoya Melgar, ‘Las Relaciones Laborales En El Ámbito de Las Administraciones Públicas’, *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93 (2011).

¹⁰ Francisco Javier y otros, ‘Las Relaciones Laborales En El Ámbito de Las Administraciones Públicas’, *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93 (2011). Pág. 20

¹¹ Tribunal Supremo, «STS, 2 de Febrero de 2010 - Jurisprudencia», *Información jurídica inteligente*, 2010

tanto el acto formal, es decir, el acuerdo celebrado entre las partes que establece una serie de derechos y obligaciones para ambos y que crea un vínculo o relación laboral, como el acto material, o todo aquello que se derive de dicho acto.¹²

Debido a que una de las partes, en este caso la empleadora, es un sujeto del orden público, es lógico afirmar que el ET no puede ser entendido ni aplicado en todo su sentido si no se combina con las normas que rigen a la Administración.

Las SSTs de 3 de junio, de 1994 y 7 de octubre de 2004 Rec. 2562/1992 y Rec. 2182/2003 establecen que en todas las cuestiones que surjan de una relación derivada de una Administración con su trabajador, se aplicará de manera preferente la legislación laboral. La STS, de 9 de junio, de 2009 Rec. 3046/2008 equipara la función de la Administración con la de cualquier otro empleador dentro del ámbito privado. Todo ello sin olvidar las especialidades relativas a los organismos públicos, que en todo caso deben estar sujetos al principio de objetividad, de actuación reglada y, sobre todo, al principio de la igualdad en la aplicación de la Ley.¹³

Es decir, de nada sirve hablar de normativa aplicable si no se respetan los principios básicos que son exigibles a la Administración en todo caso. En relación a esta cuestión se pronuncia el TC en numerosas ocasiones, en cuyas sentencias se recoge que, aunque ésta actúe como empleadora, debe estar obligatoriamente y de igual manera sujeta a la Ley y a nuestro Derecho, así como a la prohibición, tanto de la arbitrariedad en sus funciones, como de la actuación conforme a la autonomía de la voluntad (STC 161/1991, de 18 de julio, STC 2/1998, de 12 de enero y STC 34/2004, de 8 de marzo).

Por último, el EBEP también complementa y hace alusión a la normativa laboral aplicable cuando la empleadora es una Administración Pública, tal y como refleja el artículo 7¹⁴ citado en párrafos anteriores, interpretando, por tanto, que la norma preferente aplicable en estos casos es el Estatuto de los Trabajadores.

¹² Antonio. Martín Valverde, Fermín. Rodríguez-Sañudo, y Joaquín. García Murcia, *Derecho Del Trabajo* (Tecnos, 2019). Pág. 153

¹³ Jesús Cruz Villalón, 'El Descuelgue de Convenios Colectivos En El Personal Laboral Al Servicio de Las Administraciones Públicas', *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 117 (2012). Pág. 24

¹⁴ Jesús Angel Fuentetaja Pastor, 'El Estatuto Básico Del Empleado Público', *Revista de Derecho (Valdivia)*, 174.1 (2007) <<https://doi.org/10.4067/s0718-09502008000100009>>.

Por lo tanto la Administración pública como empleador está vinculada por el art. 14 CE y 28 ET.

Como ha dicho el TC, entre otras, STC 108/1989 de 8 de junio, FJ 1º y STC 28/1992 de 9 de marzo, FJ 2º, *“El principio de igualdad se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones”*; lo que permite que con base en el principio de autonomía de la voluntad, el TC haya defendido que *“el empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede establecer libremente diferencias de trato, pero siempre respetando los mínimos legales o convencionales”*, salvo en los casos en que *“la diferencia de trato tenga un significado discriminatorio”*.

Pero estas conclusiones no son de aplicación cuando el empleador es la Administración pública, que por otra parte es, desde hace muchos años, el ámbito que recoge altos porcentajes de empleo, es decir, de trabajo y actividad asalariada.¹⁵

Si bien es cierto que la Constitución que rige en nuestro país se ha inspirado en un principio en el régimen francés al contemplar un modelo de empleo público estatutario, más cierto es que, a lo largo de la historia, se ha incorporado lo que ahora denominamos como personal laboral al servicio de las Administraciones, respetando en toda su extensión los principios de mérito, capacidad e igualdad de los que goza el personal funcionario.

Este personal accede al empleo público mediante Convocatorias Públicas para el Proceso Selectivo de las personas a contratar, debiendo cumplir una serie de requisitos sin que concurra ninguna de las exclusiones previstas para ello.

El artículo 55 del EBEP indica que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”*.

El procedimiento por el que una Administración Pública seleccionará al personal que estará bajo su cargo debe garantizar el cumplimiento de dichos principios constitucionales, así como la publicidad de las convocatorias y sus bases reguladoras, lo

¹⁵ Ministerio de Política Territorial y Función Pública, *Boletín Estadístico Del Personal Al Servicio de Las Administraciones Públicas*, 2019.

cual está cumplido en su totalidad, en este caso, por el Ayuntamiento de Oviedo demandado y explicaremos el procedimiento de acceso que regía para estos trabajadores en el año 2015-2016.

3. TRABAJADORES CONTRATADOS EN PRÁCTICAS POR UN AYUNTAMIENTO EN VIRTUD DE PLANES DE EMPLEO DISTINTOS. SUBVENCIONES.

Aunque la Administración cubra la mayoría de sus puestos con funcionarios, también es cierto que aquellas labores que no tienen carácter permanente pueden ser cubiertas por personal de régimen laboral que haya superado un proceso de selección.

Según establece el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 7 de octubre de 1996¹⁶, las contrataciones temporales deben ser por tiempo determinado, sin que se permita el encadenamiento de contratos bajo esta tipología contractual sin cumplir la normativa de acceso a la función pública, con lo que, realizándose lo anterior, nos encontraríamos ante un fraude de ley en la contratación, independientemente de que nos encontremos ante un empresario privado o público.

En el caso concreto que nos ocupa concurren dos tipos de convocatorias:

a) Convocatoria del primer colectivo, el que se consideró discriminado: esta convocatoria se expresa que las contrataciones tendrán carácter temporal, estableciendo como límite máximo de duración un año. Nuestros defendidos, al ser menores de 45 años, fueron contratados bajo la modalidad de “contrato en prácticas”.

En cuanto a los requisitos de acceso no son más que aquellos que se consideran como generales y que aparecen recogidos en el artículo 56 del EBEP (tener la nacionalidad española, capacidad funcional para el desempeño de las tareas...).

A su vez, los requisitos especiales de la convocatoria también aparecen regulados en las bases, los cuales son principalmente que: *“pertenezcan al colectivo de Parados de Larga Duración, no ser perceptores de prestación por desempleo de nivel contributivo y estar inscritos como demandantes de empleo”*.

¹⁶ Consejo General del Poder Judicial, ‘STS 5360/1996 de 07 de Octubre’, *Centro de Documentación Judicial*, 1995.

En cuanto a los puestos ofertados se trataría de 55 contrataciones en base a unas titulaciones concretas recogidas en tablas anexas a las bases reguladoras. Los contratos se iniciaron en agosto de 2015.

b) Convocatoria del segundo colectivo, el empleado como comparación: la nueva contratación de trabajadores que inicia sus tareas en el mes de noviembre, se regía por una nueva convocatoria y unas nuevas *Bases para el proceso selectivo de las personas jóvenes desempleadas para participar en el programa de celebración de contratos de trabajo en prácticas 2015/2016 en el marco de la estrategia de emprendimiento y empleo joven (garantía juvenil)*, que son idénticas a las del primer colectivo, es decir, existió homogeneidad en cuanto a los requisitos de acceso.

Para situarnos en la problemática de estudio y adentrarnos en ella, tenemos que establecer un punto de partida, dando una definición de lo que son los Planes de Empleo.

Se trata de un mecanismo de política activa de empleo que busca otorgar mayor experiencia laboral a aquel sector de la población que sufre problemas para acceder al mercado de trabajo y que se encuentra en situación de desempleo.

Dicho lo cual, ya en nuestro caso concreto, el principal objetivo o finalidad de estos planes de empleo es cooperar mediante la contratación directa en la creación de oportunidades para incorporar en el flujo laboral a aquellas personas que, habiendo trabajado anteriormente (empleándose en este caso la figura del contrato de obra o servicio) les sea difícil encontrar un nuevo oficio o para aquellas que hayan terminado su formación (el contrato en prácticas fue el empleado para este caso), o incluso para las que no posean ninguna titulación o estudios, aportando una mayor experiencia laboral o la posibilidad de relanzarse en el mercado. La duración de los Planes de Empleo suele abarcar el período de un año.

Para poder acceder a ellos se lanzan unas ofertas en función de las necesidades que la Administración tenga en cada momento, ofreciendo puestos específicos mediante Convocatoria Pública Anual, en donde se especificará cada categoría laboral así como los requisitos necesarios para poder ser beneficiario, donde suelen entrar en juego el

factor edad, situación económica y social y, el que normalmente suele tener más relevancia: pertenecer a un colectivo desfavorecido.¹⁷

Una de las cuestiones más claras es que tiene que existir un organismo o entidad que consiga sufragar los gastos que ocasionen tales contrataciones. Para ello, el Ayuntamiento se beneficia de unas subvenciones otorgadas y cofinanciadas por el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias y podrán ser objeto de cofinanciación al amparo del Programa Operativo Regional del Fondo Social Europeo del Principado de Asturias.

Se trata de una subvención y entrega dineraria sin contraprestación, cuyos beneficiarios son personas jurídicas que no desarrollen ninguna actividad económica, como es el caso, ya que la finalidad de la Administración es cumplir con el interés general y conceder los mejores servicios públicos, es decir, la única actividad económica del beneficiario solo puede ser la administración pública y de la política económica y social.

Como mencionábamos en apartados anteriores, la finalidad es el fomento y desarrollo de empleo para colaborar de alguna manera con aquellas personas con exclusión social, sin estudios, desempleados... En definitiva, ayudar a que la comunidad pueda integrarse o reincorporarse en el mercado laboral. El órgano convocante será en nuestro caso el Principado de Asturias, en concreto, el Servicio Público de Empleo.¹⁸

4. ELEMENTO DIFERENCIAL: PRÁCTICAS NO LABORALES PREVIAS.

Teniendo en cuenta el caso a analizar y en relación al colectivo discriminado, el Ayuntamiento suscribió con estos trabajadores un contrato de prácticas no laborales, para, posteriormente, concertar con los mismos un contrato en prácticas. Es por ello que, antes de introducimos en la parte práctica del presente estudio, entendemos interesante entender la diferencia entre ambas figuras.

¹⁷ Coordinación Planes de Empleo, 'Planes de Empleo', 2019 <<https://empleo.gijon.es/page/11657-planes-de-empleo>>

¹⁸ Ayuntamiento, 'Gobierno Del Principado de Asturias', *Subvenciones* <<https://sedemovil.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.46a76b28f520ecaaf18e90dbbb30a0a0/?vgnextoid=17184fe57b4ee310VgnVCM10000098030a0aRCRD&i18n.http.lang=es>>.

En cuanto a las prácticas no laborales, reguladas por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas, la jurisprudencia ha venido analizando este tipo de prácticas para poder identificar aquellos casos en los que pueda existir un fraude en la contratación, ya que esta modalidad de contrato suele emplearse para suplir las tareas que realizaría un trabajador que estuviese totalmente cualificado y de esta manera reducir el coste de la mano de obra.

Existen diversas modalidades de prácticas no laborales: aquellas que se encuentran bajo la normativa de programas formativos, las prácticas creadas por centros privados de formación (no existe una regulación específica salvo en la obligación que respecta a la cotización cuando se esté percibiendo una remuneración, como así lo indica el RD 1493/2011) y las prácticas que ofrecen, como ocurrió en el presente caso, entidades públicas.

Todas ellas, pese a ser diferentes entre sí, guardan una nota característica común que es la protección de la formación del trabajador que está contratado bajo esta modalidad, donde la jurisprudencia es la encargada de llevar a cabo este control. Viene estableciendo que deben darse unos requisitos que nuestros Tribunales entienden como “mínimos”, que son:

- ❖ Que la finalidad sea formativa. En este punto, los Tribunales vienen estableciendo que todo aquello que desarrollen debe estar relacionado con los estudios o titulación que posean. Todo aquello que se extralimite, incurriría en un fraude de Ley en cuanto a la contratación se refiere. En este sentido se afirma la Sentencia 394/2015, Juzgado Social nº28 de Madrid, en donde existe un indicio de relación laboral encubierta al ofertar un curso on-line de carácter formativo para suplir las necesidades de la empresa sin tener ningún tipo de relación con la formación que tenían los titulados. De igual manera se manifiestan otros Juzgados en las STSJ Galicia, de 7 de julio, de 2016, Rec 1266/2016, STSJ Andalucía, de 24 de abril, de 2014, Rec 335/2013 y STSJ País Vasco, de 19 de junio, de 2012, Rec 1446/2012.
- ❖ Que durante la vigencia del contrato exista una tutorización individualizada para cada trabajador. La jurisprudencia se retracta argumentando que dicha tutoría es

necesaria al entender que el alumno que está en formación no puede llevar a cabo labores por sí solo, con total autonomía, ya que, de ser así, se entendería que estaría desempeñando un trabajo laboral. En este aspecto nos encontramos la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de febrero, de 2016, Rec 1412/2015 cuando un becario realizaba tareas con total autonomía sin que tuviese que seguir unas directrices de un tutor o tercera persona. Estaríamos hablando de nuevo de indicios de una relación laboral encubierta. Sirvan también a modo de ejemplo las STSJ País Vasco, de 29 de enero, de 2013, Rec 3/2013 y STSJ Madrid, de 16 de julio, de 2015, Rec 56/2015.

- ❖ Que la empresa (en este caso la Administración) no obtenga beneficios económicos.

Por otra parte, existen los denominados contratos en prácticas, cuya finalidad no es otra que aportar la práctica profesional que se adecúe al nivel de estudios de quien es contratado. Las características de este tipo de contratación son:

- ❖ La duración estará comprendida entre los 6 meses como mínimo y 2 años como máximo. Esto podrá ser modificado mediante la regulación de un Convenio Colectivo que establezca duraciones diferentes.
- ❖ El trabajador debe disponer de la titulación necesaria acorde a su formación (Universitaria, Formación Profesional...)
- ❖ Si el trabajador no ha cumplido los 30 años de edad, opera el límite máximo para poder ser contratado en prácticas de que no hayan transcurrido más 5 años desde que se obtuvo el título, salvo que sea su primer empleo.
- ❖ La remuneración será regulada por Convenio Colectivo, siendo de un 60% el primer año y de un 75% el segundo.

No se incluyó en las pretensiones de la demanda el primer período de contratación de los trabajadores que habían sido contratados en prácticas no laborales ya que este tipo de contratación no se había dado en el segundo colectivo y por tanto no era objeto de debate jurídico.

II. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS PRÁCTICOS Y SENTENCIAS DE REFERENCIA.

1. PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.

En las sentencias que analizaremos, el caso enjuiciado comporta una situación en la que un colectivo de cuarenta y dos trabajadores con diferente formación y categorías, fue contratado por el Ayuntamiento de Oviedo por medio de un contrato en prácticas de duración de seis meses, cofinanciado por el Programa Operativo del Fondo Social Europeo del Principado de Asturias 2014-2020, en un porcentaje del 80%, y por el Servicio Público de Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, en un 20%. El objetivo de la contratación residió en la ejecución de planes locales para personas desempleadas, divididos en dos grupos: trabajadores menores de 45 años que serían contratados bajo la modalidad de “contrato en prácticas” en base al artículo 11 ET y trabajadores que, superando esa edad, serían contratados por obra o servicio determinado. Nuestro caso se incardinaría dentro del primer sector, es decir, nos encontraríamos ante un Plan de Empleo Joven.

Con carácter previo a esta contratación en prácticas, estos trabajadores habían participado en un Programa de Prácticas no Laborales con compromiso de contratación, que tuvo una duración también de seis meses. En total, por tanto, la duración del vínculo “pre-laboral” y laboral ascendió a un año.

La relación laboral de estos trabajadores se rige por el “Convenio Colectivo del Personal Laboral contratado por Ayuntamientos del Principado de Asturias dentro de la Línea 1 de los Planes Locales de Empleo y de la Línea 3 relativa al apoyo a la contratación laboral de los jóvenes participantes en el Programa de Prácticas no Laborales con Compromiso de Contratación. Las prácticas no laborales se llevaron a cabo desde el 16 de febrero de 2015 hasta el 15 de agosto del mismo año. El 16 de agosto de 2015 se iniciaron los contratos de trabajadores en prácticas que se prolongaron hasta el 15 de febrero de 2016, lo que supuso que desde noviembre de 2015 estas contrataciones coincidían en el tiempo con las realizadas en virtud de la convocatoria anterior. Se trataba de contrataciones en prácticas de trabajadores que

poseían un título universitario o de formación profesional, bien fuera de grado medio o superior o bien de títulos equivalentes.(ojo respecto del colectivo anterior no se aclara si debían poseer un título universitario...)

La relación laboral se regía por el mismo convenio y las condiciones contractuales, las categorías y los trabajos que desarrollaba este segundo colectivo presentaban una identidad al cien por cien con respecto al primer colectivo de trabajadores, si bien, en cuanto al marco retributivo, en lugar de aplicarles la misma tabla salarial que establecía el Convenio Colectivo anteriormente reseñado para este primer colectivo, la administración contratante decidió aplicarles otro baremo retributivo, basándose el mismo en lo que perciben los trabajadores temporales del propio Ayuntamiento que no están sujetos a ningún programa especial de empleo. En concreto, se les aplicó el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de los Empleados del Ayuntamiento de Oviedo, así como el Nuevo Anexo de Retribuciones vinculado al Convenio del Ayuntamiento de Oviedo de 5 de marzo de qué año, creo que del 2015.

Por tanto, la diferencia retributiva entre el segundo colectivo con respecto al primero era notoria, mientras que el contrato, las categorías y los trabajos a desarrollar eran idénticos. Es aquí donde encontraríamos el fundamento de la pretensión de los litigios que se plantearon: vulneración del principio de igualdad en su vertiente retributiva “a igual trabajo, igual remuneración”.

Así lo entendió la representación legal de los trabajadores, que consideró que había motivos suficientes para acudir al proceso especial de tutela de derechos fundamentales, regulado en el art. 177 y ss LJS, como medio para obtener el amparo judicial ordinario y la restitución del derecho vulnerado.

2. DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS FRENTE A HOMOGENEIDAD SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las diferencias retributivas se vincularon cronológicamente a la vigencia de la contratación en régimen laboral. Como se dijo en apartados anteriores, se dejó fuera el primer periodo en el que los trabajadores que se consideran discriminados habían estado contratados en prácticas no laborales, puesto que esta circunstancia no había concurrido en el segundo colectivo. Tampoco se consideró la posibilidad de que durante ese primer

periodo de prácticas no laborales hubiera habido fraude en la contratación lo que en cualquier caso hubiera dado lugar a un procedimiento ordinario en materia de derechos constante la relación laboral o a un procedimiento de despido, si correspondiese.

En efecto, llega cuando finalizado ese primer período de seis meses en prácticas no laborales, contratados laboralmente en prácticas, durante la vigencia de sus contratos se procede a la contratación de otro grupo de trabajadores bajo las mismas condiciones, misma tipología de contrato y misma duración. Estas segundas contrataciones constituían un elemento de comparación óptimo, pues presentaban una homogeneidad absoluta salvo en lo relativo al salario aplicable.

La representación de los trabajadores entendió que al existir una homogeneidad sustancial en las condiciones del trabajo, es decir, identidad de tareas a realizar, formación, categorías, jornada, centro de trabajo, etc., no debía existir una diferencia tan abismal con respecto a las retribuciones. A su juicio, la decisión de la Corporación Local incurría en una desigualdad retributiva, a tenor del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, y tal conducta debería resultar nula y sin efecto por vulnerar la prohibición de discriminación que rige en materia salarial, al entender que existe homogeneidad sustancial.

3. EL PROCESO DE TUTELA PLANTEADO

En este caso, como se ha dicho ya en cuanto a la formulación y el procedimiento a seguir, se empleó el procedimiento especial de Tutela de Derechos Fundamentales (art. 177 y ss LRJS) por vulneración del Principio de Igualdad en su vertiente retributiva: “a igual trabajo, igual remuneración”. Las demandas fueron presentadas de manera individual, por cuanto que cada trabajador accionante trabajó en períodos distintos y con diferentes categorías profesionales.

A. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE

Como se sabe, según el 117.3 de la Constitución: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”, cuya

función es elegir entre los órganos existentes, el más válido y dotado del conocimiento necesario para tratar el asunto determinado.

La competencia de los órganos jurisdiccionales delimita el juzgado o tribunal que ejercerá la jurisdicción, excluyendo al resto. Esto hace que, con carácter general, las pretensiones en materia laboral sean competencia del juzgado de lo social (exceptuando las atribuidas a otros órganos) y el conocimiento de lesión del derecho fundamental o libertad pública se repartirá entre las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, Juzgados de lo Social y Audiencia Nacional en función del ámbito territorial de afectación. En particular, del proceso laboral de tutela se encargarán las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando vea extendidos sus efectos al ámbito territorial superior al Juzgado de lo Social. Si el ámbito es superior al de Comunidad Autónoma el asunto pasa a ser de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

La Competencia Territorial se encuentra repartida entre los Juzgados de lo Social, teniendo competencia aquel del lugar en el que se produjo y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en cuyos límites se produzca.

En el caso que nos ocupa la competencia correspondería a los Juzgados de lo Social de Oviedo por ser el domicilio de la demandada y el centro de trabajo de los trabajadores.

B. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Por lo que se refiere a la legitimación procesal, es decir, a la determinación de quién puede ser parte en los procesos judiciales, en este caso debemos diferenciar, de un lado aquella a la que se le ha vulnerado un derecho objeto de debate jurídico, en este caso el de igualdad y no discriminación, que tiene la capacidad para promover la iniciación de un proceso judicial y de otro lado, la parte que ha cometido la vulneración de derechos.

Según el art. 177 LRJS *“cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier*

título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios". Este precepto legal, incorpora una diferenciación entre pretensiones individuales y colectivas. Pues bien, en este caso, los trabajadores del Plan de Empleo afectados no fueron representados por ningún sindicato, en primer lugar porque no estaban afiliados a ninguno de ellos y, en segundo lugar, porque decidieron acudir a un despacho de abogados de libre designación para ver tutelados sus derechos. Por tanto hablaríamos de pretensiones individuales de tutela.

El punto de partida estaría en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, protegiendo a cualquier trabajador que tenga interés legítimo y que se haya visto afectado, extendiéndolo a todo aquel que trabaje por cuenta ajena prestando servicios retribuidos bajo los mandatos de un empleador. Es por esto por lo que encontramos más que evidente que a estos trabajadores les correspondería la legitimación activa dentro del procedimiento.

Ahora bien, la LRJS completa el articulado del artículo 177 cuando en su apartado cuarto expresa que la *"única legitimada en esta modalidad procesal"* será aquella a la que se le hayan vulnerado sus derechos fundamentales.

En este litigio, la legitimación pasiva, aquella a la que debía dirigirse la acción legal, correspondía a quien se entendía había vulnerado los derechos o intereses.

Por tanto, al existir un vínculo entre parte demandante y parte demandada por ser trabajadores a cargo del Ayuntamiento, podrán solicitar una respuesta jurídica al órgano judicial correspondiente. Aunque el artículo 177.4 LRJS contemple una posible ampliación en cuanto al litisconsorcio pasivo necesario frente a terceros, lo cierto es que, ante un debate jurídico cuyo punto de partida es un contrato laboral existente entre un número de trabajadores y el Ayuntamiento de Oviedo, difícilmente pueden surgir terceros que hayan vulnerado algún derecho relacionado con el fondo del asunto, por lo que hablar de litisconsorcio pasivo necesario en este aspecto no sería preciso. Es decir, la parte a la que le corresponde ser legitimación pasiva del proceso sería al Ayuntamiento de Oviedo en condición de empleadora, única y exclusivamente.

Finalmente, los artículos 177.3 y 240.4 hacen mención expresa a la intervención del Ministerio Fiscal, cuya principal función es garantizar la legalidad y que será siempre parte en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, adoptando medidas

cautelares que sean necesarias en la Audiencia Previa (artículo 180.5 LRJS) y velando por la probidad de la reparación del daño ocasionado a la víctima en concreto. La Ley no le otorga la capacidad para interponer de oficio una demanda o acción legal, pero sí se le concede, como indica la STC 266/1993, de 20 de septiembre, la potestad de oponerse o plantear recursos frente a sentencias con total independencia de las partes que sean parte del proceso.¹⁹ Por tanto, el Ministerio Fiscal siempre será parte en los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales.²⁰

C. LA DEMANDA

Evitación del proceso

Como se sabe, tanto el proceso de reclamación previa como el de conciliación son una ventaja para el desenvolvimiento judicial ya que con ésta solución se pueden resolver más rápido los problemas y así disminuir los asuntos del sistema judicial. La única desventaja de utilizar esta vía es el retraso al acceso de la jurisdicción. (STC 94/1997 de 11 de noviembre).

No obstante, en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con el carácter urgente de su tramitación, queda exceptuado de conciliación o de medidas previas (art 6.4) y de reclamación administrativa. Comenzando por lo tanto el proceso de tutela con el escrito de demanda. Sin impedir que voluntariamente las partes procuren llegar a un acuerdo para evitar el proceso judicial.

En aras de la buena fe y en evitación de un procedimiento judicial y, aun no siendo preceptivo para el presente procedimiento, la parte demandante formuló Reclamación Administrativa Previa frente a la Administración que se demanda.

Dicha reclamación previa no fue objeto de contestación alguna por parte de la demandada, por lo que a los trabajadores no les quedó otra vía que la de interesar la tutela judicial efectiva para la defensa de sus legítimos derechos e intereses y, por lo tanto, el proceso comenzó con la interposición de las demandas ante los órganos judiciales de lo Social.

¹⁹ Faustino. Cavas Martínez, *El Proceso Laboral de Tutela de La Libertad Sindical y Demás Derechos Fundamentales* (Thomson-Aranzadi, 2004).

²⁰ Miguel Gutiérrez Pérez, 'El Procedimiento de Tutela de Los Derechos Fundamentales En La Ley 36/2011 de La Jurisdicción Social: Garantías Del Procedimiento y Contenido de La Sentencia - Dialnet', *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 8 (2012) <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4287877>>..

Contenido de la demanda

Ha de ser totalmente escrita por imperativo del art. 80.1 de la norma procesal, en el que se establece el contenido mínimo para que pueda ser aceptada por el Secretario Judicial (art 81.1). Como se produce en la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, los diversos aspectos que regulan los procesos laborales especiales imponen un contenido adicional y específico.

Contenido genérico

Los requisitos que debe contener la demanda vienen establecidos en el art.80.1 de la LRJS:

- a) La designación del órgano ante quien se presente, así como la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión.
- b) La designación del demandante, en los términos del artículo 16 de esta Ley, con expresión del número del documento nacional de identidad o del número y tipo de documento de identificación de los ciudadanos extranjeros, y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y sus domicilios, indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas.
- c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previa variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.
- d) La súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada.
- e) Si el demandante litigase por sí mismo, designará un domicilio, de ser posible en la localidad donde resida el juzgado o tribunal, en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con él. Si designa letrado, graduado social colegiado o procurador deberá ir suscrita por el profesional, que se entenderá asume su representación con plenas facultades procesales y facilitará los mismos datos anteriores, sin perjuicio de la ratificación posterior en juicio del demandante salvo que con

anterioridad otorgue poder en forma, por alguno de los medios admitidos en derecho o que, con posterioridad, se efectúe revocación o renuncia comunicada de forma efectiva.

f) Fecha y firma.

Contenido específico:

Como podemos observar textualmente en el art.179.3: *“La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”*.

El defecto en el cumplimiento tendría que finalizar con el archivo de la demanda. Sin perjuicio de la subsanación del Art.81.1 LRJS.

Petición indemnizatoria y criterios para su determinación

En los casos en que se reclame cuantía de indemnización pretendida, se debe especificar en la demanda. Es necesario dicho dato para el juez, ya que cuando declare la vulneración de derechos fundamentales, se pronunciará sobre la cuantía de la indemnización. Se fija en función del daño moral en conexión directa con la vulneración del derecho fundamental y libertades públicas, siendo la parte demandante quien fija el *quantum* (art.183.1).

La doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a este tipo de indemnizaciones, exige que el demandante alegue de forma correcta las bases y elementos clave de la indemnización pretendida junto con los puntos de apoyo para poder establecer una condena indemnizatoria (STS de 9 junio de 1993). Además de lo anterior descrito, la demanda debe incluir las circunstancias más relevantes para la indemnización solicitada como son la gravedad, el daño y la duración.

En cuanto al daño moral, los mismos pueden adicionarse a la vulneración de derechos fundamentales, siendo de difícil cuantificación situaciones como el daño psicológico, desprestigio profesional, atentado a la dignidad, maltrato, etc.

En la situación jurídica que analizamos, las demandas interpuestas por esta parte en defensa del Colectivo de Trabajadores cuentan con unas peticiones específicas.

Se solicitó la declaración de nulidad de la conducta mencionada, restableciendo a los demandantes la integridad de sus derechos, con la reparación de los daños causados consistentes en el abono de indemnización que aglutina, tanto el *quantum* por el daño moral unido a la violación del Derecho Fundamental, como los perjuicios económicos-materiales derivados:

- ❖ Daños morales: la conducta de la Administración es incardinable en el cuadro de sanciones que establece la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), artículos 8 y 40.

Prudentemente y acogiéndose a la cifra más baja establecida en la horquilla del articulado expuesto, el daño moral sufrido por parte del trabajador, se entendió que podía ascender a seis mil doscientos cincuenta y un euros (6.251€).

En este sentido, ha sido frecuentemente asumida por los TSJ la cuantificación de los daños morales a partir de las sanciones previstas en dicha Ley, habiendo sido ratificada tal asunción por parte del Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala Cuarta, de lo Social, de 5 de octubre de 2017, y también admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones del propio TS (SSTC 15/02/12-rco. 67011-; y 08/07/14 –RCO. 282/13-).

- ❖ Perjuicios económico-materiales: los trabajadores solicitan por este concepto el abono de las diferencias salariales que la Corporación intentaba eludir, teniendo en cuenta su salario bruto y el que percibieron los nuevos contratados.

Plazo de interposición

El legislador ha optado por no someter estas acciones a plazos. El Tribunal Constitucional en la sentencia del 13/1983 de 23 de febrero sostiene que los derechos fundamentales y derechos de la persona son imprescriptibles.

Adecuación procedimental de la pretensión de la tutela

El demandante es quien debe determinar el procedimiento adecuado para la pretensión ejercitada por la existencia del proceso ordinario y una pluralidad de modalidades procesales.

En cuanto a la formulación y el procedimiento a seguir, se empleó el procedimiento especial de Tutela de Derechos Fundamentales (art. 177 y ss LRJS) por vulneración del Principio de Igualdad en su vertiente retributiva: “a igual trabajo, igual remuneración”. Las demandas fueron presentadas de manera individual, por cuanto que cada trabajador accionante trabajó en períodos distintos y con diferentes categorías profesionales.

D. ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA

Según el art.181.1 LRJS en el proceso de tutela le corresponde al demandado aportar justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad una vez que se han verificado la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública.

La modalidad de tutela se ha caracterizado por no exigir una prueba cumplida y concluyente de haberse producido violación del derecho fundamental como indicamos en el párrafo anterior, sino tan solo la concurrencia de indicios produciéndose así la prueba indiciaría en el proceso laboral según la SSTC 84/2002 de 22 de abril; 49/2003 de 17 de marzo; 171/2003 de 23 de septiembre:

- Aportación por parte del trabajador un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. En este caso existía una homogeneidad en las condiciones de trabajo dado que ambos colectivos estaban desarrollando tareas idénticas pero con una remuneración diferente a lo largo de tres meses, por lo que se consideró un indicio más que evidente en cuanto a que se estaba produciendo una

discriminación sin justificación alguna, lo cual desencadenó en la iniciación de un procedimiento judicial.

- Justificación objetiva y razonable del demandado de las causas de su decisión. El Ayuntamiento fue el encargado de argumentar y razonar los motivos que llevaron a esa discriminación.

El demandado debe acreditar las causas de su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador.

En el planteamiento, el trabajador tiene una posición ventajosa, acreditando indicios y la empresa tiene que combatir en juicio tales indicios que el tribunal tendrá en cuenta, viéndose desviación de la carga probatoria. Pero en la realidad, no le bastará solo con acreditar indicios, también debe aportar pruebas y no meramente alegatorias, a diferencia de lo que pudiera deducirse de una primera impresión.²¹

El reparto de la carga de probar debe recaer sobre la parte que lo puede probar, es decir, tiene que probarlo quien dispone de más medios y proximidad a las fuentes de la prueba si a la contraria le es imposible.

Desde una perspectiva constitucional se sustenta que las dos partes asumen cargas probatorias, el trabajador probará con indicios la discriminación empresarial alcanzando el anterior resultado probatorio por el demandante. El empresario deberá llevar a la convicción del juzgador que su intervención obedece a causas ajenas a cualquier conducta discriminatoria de derechos fundamentales o libertades públicas y que por sí misma tiene naturaleza suficiente para acreditar la decisión adoptada.

E. DESARROLLO DEL PROCESO

El desarrollo de la vista se estructura en las siguientes partes:

- ❖ Alegaciones iniciales: ratificación y contestación a la demanda en el propio acto de la vista. Se realizará de manera oral donde se alegarán las excepciones procesales, oposición a los hechos, fundamentos jurídicos y el suplico. También se ha de aportar una minuta al juez que le servirá de guión.

²¹ Ignacio. Albiol Montesinos, *Derecho Procesal Laboral* (Tirant Lo Blanch, 2007).

- ❖ Proposición y práctica de la prueba: se encuentra regulada en los artículos 90 y ss LRJS y 299 y ss de la LEC. En este momento se discutirán los hechos que puedas discrepar entre las partes. Puede ser testifical, documental, pericial, reproducción de medios de imagen y sonido, informes de expertos o reconocimiento judicial. Cada parte aportará las pruebas que considere necesarias y que hayan sido admitidas según lo dispuesto en el artículo 90 de la LRJS por el juez encargado del asunto y dispondrán de un tiempo para examinar lo aportado de contrario.

- ❖ Conclusiones: se concretará lo que se solicita en base a lo practicado en el acto del juicio.

4. LAS SENTENCIAS DE REFERENCIA

En el caso que se analiza, debido a la presentación individual de 42 demandas, los juzgados de lo Social de Oviedo resolvieron de manera dispar, aplicando cada juzgado su propio criterio, razón esta por la que ambas partes recurrieron en suplicación a los efectos de establecerse por parte del TJS del Principado de Asturias un criterio unánime para todo el colectivo.

El TSJ resolvió con un único criterio para todos ellos, emitiendo múltiples resoluciones avalando la existencia de violación de Derechos Fundamentales, pero aminorando el *quantum* indemnizatorio, con lo que se creó un criterio unánime para cada uno de los trabajadores.

A. CRITERIO DEL TSJ. SENTENCIAS DE REFERENCIA EMPLEADAS PARA ESTE ESTUDIO.

i. POSTURAS DE LAS PARTES

Parte actora

Como se ha venido expresando a lo largo de todo el trabajo, la postura que esta parte había adoptado giraba en torno a la vulneración de un derecho fundamental recogido en

el artículo 14 de la CE, solicitando por tanto la declaración de nulidad, dejando sin efectos la conducta mencionada en la demanda y restableciendo los derechos de los trabajadores y la reparación de los daños económicos y morales causados, todo ello junto con el abono de las diferencias salariales.

En cambio, no se cuestionó la regularidad de las contrataciones de la parte demandante ni por tanto la del contrato de trabajo en prácticas, ni la aplicación del Convenio Colectivo que figura en los respectivos contratos de trabajo, al igual que tampoco se impugnó el cese por parte de los trabajadores, al entender que el mismo se produjo al llegar el término que se había pactado en el contrato.

Ayuntamiento de Oviedo

La parte demandada en este caso se opone a la demanda alegando que su actuación fue ajustada a derecho y que no existía vulneración de ningún derecho fundamental puesto que el Ayuntamiento elevó los salarios para las nuevas contrataciones en prácticas con la intención de mejorar las condiciones de sus trabajadores. Su postura, igualmente, se decantaba por expresar que estos contratos fueron desarrollados en momentos temporales diferentes y entendiendo que eran conforme a derecho debido a que la actora no alegó fraude en la contratación y que en ningún caso se estaba ante supuestos de hecho idénticos.

El Ayuntamiento no se opuso a las condiciones laborales que plantea la parte demandante ni a las diferencias retributivas y alega como causa para la desestimación de la demanda que pese a ostentar iguales categorías ambos colectivos de trabajadores prestaban servicios en centros de trabajo diferentes repartidos por todas las instalaciones del Consistorio.

Además, se justifica argumentando que la igualdad retributiva que recoge el artículo 14 de nuestra Constitución no impone una igualdad de trato en sentido absoluto en cuanto a las relaciones laborales se refiere, sino que dentro de lo que engloba el principio de autonomía de la voluntad, *“se concede un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en el ejercicio de sus poderes de dirección y organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales”* (SSTC 34/84 y 966/04).

Otro argumento utilizado por esta parte es que ambos colectivos de operarios fueron contratados por Programas diferentes, con una duración y fases distintas, es decir, que los demandantes en un primer momento estuvieron contratados durante seis meses en prácticas no laborales y seguidamente, por un periodo de igual duración ya fueron contratados en prácticas, asimismo, argumenta, en “períodos temporales diferentes”.

Subsidiariamente entendió desproporcionada la cantidad reclamada por concepto de daños morales por no tener apoyo probatorio.

La Administración no se opuso a que ambos colectivos, que además coincidieron en algunos meses dentro de las prácticas laborales, realizaron idénticas funciones en idénticas dependencias municipales, bajo las mismas condiciones a excepción de las retributivas. Tampoco puso en cuestión las diferencias salariales reclamadas de seis meses y admitió que los Convenios Colectivos de aplicación eran diferentes.

Ministerio Fiscal

En sus conclusiones apreció la vulneración del derecho fundamental relativo al artículo 14 CE, dando por tanto la razón en este sentido a la parte actora.

En la redacción de su informe, constata que con respecto a los daños morales resulta improcedente la indemnización que se solicita de 6.251 euros por entender que no existían elementos objetivos dentro de la demanda de los que pueda deducirse o extraerse el daño moral.

ii. DOCTRINA BÁSICA EN QUE SE APOYA EL FALLO

El conocimiento de las demandas planteadas por los trabajadores afectados correspondió a los Juzgados de lo Social de Oviedo.

Frente a estas resoluciones judiciales se alzan en suplicación tanto el Ayuntamiento de Oviedo, como la parte actora, ya que habían obtenido pronunciamientos judiciales contradictorios.

La cuestión central que se plantea en el recurso es si existían razones objetivas que fueran suficientes para justificar la diferencia retributiva entre los trabajadores

contratados en prácticas y los de otro colectivo contratado igualmente en prácticas en virtud de un plan de empleo distinto que coincidieron durante un determinado período de tiempo y que recibían superior retribución.

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias en el presente caso se apoya en los artículos 4.2 c) y 17 del ET con el fin de trasladar ese principio de igualdad o trato igual ante situaciones idénticas, consagrado en el art. 14 CE al Derecho del Trabajo. Un tema que, como se ha dicho, ya ha sido analizado en numerosas ocasiones por la doctrina constitucional (STC 76/1990 entre otras) y según la que, si esa diferencia salarial no incide en algunas de las causas prohibidas por la Constitución o el ET, no puede ser considerada vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, 39/2003, de 27 de febrero...).

La Sala estableció que existía una homogeneidad sustancial que justificaba el derecho de los primeros a un igual trato retributivo. Se apoya en sentencias como la del 31 de mayo de 1995 del TJUE, según la que para determinar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable se debe hacer un análisis de unos determinados factores como las condiciones del trabajo o su naturaleza.

Si bien es cierto que, como se refiere la sentencia de instancia, ambos colectivos fueron contratados por distintos programas de subvenciones y que los contratos de los trabajadores afectados remitían a un Convenio específico, también lo es que la comparación no exige una identidad en sentido estricto o absoluta, entendiéndose que cuando se contrató al primer grupo de trabajadores en prácticas ya estaba en vigor el marco retributivo aplicado al segundo.

Continúa la Sala expresando que la desigualdad retributiva no puede encontrar su justificación en la fecha de ingreso en la empresa o la duración de los contratos, ni tampoco por la remisión a un Convenio Colectivo diferente. El hecho de que ambos colectivos hayan sido contratados por planes de empleo con distintas subvenciones se entiende como una circunstancia irrelevante dado que ostentaban la misma categoría realizando idénticas funciones.

Por último, concreta que la desigualdad en el salario se produce únicamente desde noviembre de 2015 y no desde el período total que la parte actora había trabajado en prácticas. El mes de noviembre fue la fecha de inicio de la prestación de servicios por

parte del segundo colectivo, así que procede a reducir la condena del abono a una cantidad inferior, correspondiente al período comprendido entre aquella fecha y el 19 de enero de 2016, día en que finalizó tal contrato.

III. CONCLUSIONES

Por medio del desarrollo de este proyecto hemos podido analizar el problema planteado entre dos colectivos por la existencia de una desigualdad retributiva durante un período de tiempo de dos meses, viendo cómo a través del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales se dio una respuesta jurídica concreta, en el que ambas partes deben de probar la existencia del vínculo laboral pero es la Administración la que lleva el mayor peso probatorio por tener que justificar que la medida adoptada no fue discriminatoria.

Ante la vulneración del artículo 14 de nuestra Constitución junto con el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores relativos al principio de igualdad en su vertiente de “a igual trabajo, igual remuneración” se planteó un número de demandas para, efectivamente, ver tutelado uno de los derechos fundamentales que se encuentra vinculado al derecho del trabajo.

Como se ha analizado en las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social y sus posteriores recursos resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la única vulneración admitida es aquella que tenga un razonamiento o justificación objetiva, pero en este caso se entiende que hay una homogeneidad en todos los factores y condiciones laborales entre los trabajadores de ambos colectivos y que en ningún caso puede verse justificado, como alegó en su momento el Ayuntamiento, por el hecho de tratarse de dos Planes de Empleo de distintas subvenciones o por la aplicación de un Convenio Colectivo diferente. La Administración no dispone del derecho que se le concede a un empresario privado relativo a la autonomía en la voluntad de sus actuaciones, sino que en todo caso debe actuar bajo sometimiento pleno a la Ley.

Sin lugar a duda, la Administración aún tiene una larga labor de mejora en sus contrataciones, tanto en esta vertiente como en otros tipos contractuales que podrían desencadenar en otros procedimientos como el fraude en la contratación. Sin embargo, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Constitución Española cumplen con creces los objetivos de salvaguarda de los derechos del trabajador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *Constitución Española*, 1978
- Albiol Montesinos, Ignacio., *Derecho Procesal Laboral* (Tirant Lo Blanch, 2007)
- Ayuntamiento, ‘Gobierno Del Principado de Asturias’, *Subvenciones*
<<https://sedemovil.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.46a76b28f520ecaaf18e90dbbb30a0a0/?vgnnextoid=17184fe57b4ee310VgnVCM10000098030a0aRCRD&i18n.http.lang=es>>
- Cavas Martínez, Faustino., *El Proceso Laboral de Tutela de La Libertad Sindical y Demás Derechos Fundamentales* (Thomson-Aranzadi, 2004)
- Consejo General del Poder Judicial, ‘STS 5360/1996 de 07 de Octubre’, *Centro de Documentación Judicial*, 1995
- Coordinación Planes de Empleo, ‘Planes de Empleo’, 2019
<<https://empleo.gijon.es/page/11657-planes-de-empleo>>
- España, Tribunal Constitucional de, ‘Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 28/1992 de 9 de Marzo’, 1992
- Javier, Francisco, Andrés González, and Alfredo Montoya Melgar, ‘Las Relaciones Laborales En El Ámbito de Las Administraciones Públicas’, *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 93 (2011)
- Martín Valverde, Antonio., Fermín. Rodríguez-Sañudo, and Joaquín. García Murcia, *Derecho Del Trabajo* (Tecnos, 2019)
- Medina Guerrero, Manuel., *La Vinculación Negativa Del Legislador a Los Derechos Fundamentales* (McGraw-Hill, Interamericana de España, 1996)
- Miguel Gutiérrez Pérez, ‘El Procedimiento de Tutela de Los Derechos Fundamentales En La Ley 36/2011 de La Jurisdicción Social: Garantías Del Procedimiento y Contenido de La Sentencia - Dialnet’, *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 8 (2012) <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4287877>>
- Ministerio de Política Territorial y Función Pública, *Boletín Estadístico Del Personal Al Servicio de Las Administraciones Públicas*, 2019

Pastor, Jesús Angel Fuentetaja, 'El Estatuto Básico Del Empleado Público', *Revista de Derecho (Valdivia)*, 174.1 (2007) <<https://doi.org/10.4067/s0718-09502008000100009>>

'Sentencia 62/2008 de 26 de Mayo', *Tribunal Constitucional de España*, 2008

Tribunal Constitucional de España, 'Sentencia 108/1989 8 de Junio Sistema HJ', 1989

Tribunal Supremo, 'STS, 2 de Febrero de 2010 - Jurisprudencia', *Información Jurídica Inteligente*, 2010

Villalón, Jesús Cruz, 'El Descuelgue de Convenios Colectivos En El Personal Laboral Al Servicio de Las Administraciones Públicas', *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 117 (2012)