

EMPLEO PARCIAL Y PLUS DE TRANSPORTE: ¿CABE PAGARLO DE FORMA PROPORCIONAL?

Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2015,**
de 19 de febrero, rec. núm. 341/2014

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

*«La idea de una interpretación puramente lógica,
libre de todo pragmatismo, es una ilusión»*

A. Ross

1. EL MARCO LEGAL: ¿PROPORCIONALIDAD VERSUS DISCRIMINACIÓN?

El régimen jurídico de los célebres «pluses de transporte» no cesa de crear problemas para la gestión de las empresas. Primero lo ha sido, por mandato legal con «nocturnidad» –no se esperaba–, en su tratamiento de cotización social –se mantiene el tributario inalterado–. Se trata ahora de un concepto remuneratorio, no salarial propiamente dicho, que, habitual en los convenios colectivos, debe incluirse, desde la modificación del artículo 109 de la **Ley General de la Seguridad Social** –LGSS– por el **Real Decreto-Ley 16/2013**, en las bases de cotización de las empresas –desde el 22 de diciembre de 2013–. En la redacción anterior a esta reforma se establecía una exención de cotizar por tales conceptos –«plus de transporte, transporte urbano o plus de distancia»–, que, en lo sustancial, venían a recoger remuneraciones abonadas por las empresas a sus trabajadores a los efectos de sufragar o minorar su desplazamiento hasta el centro de trabajo habitual. Este dato es básico para comprender la diferencia esencial con la excepción de cotización por desplazamiento, que se mantiene tras la reforma, siempre que se trate de traslados del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo o a municipios distintos de donde tienen su domicilio.

Esa modificación legal se incorporaba como una regulación deslocalizada y peyorativa para los costes de gestión empresarial del trabajo, de ahí las críticas empresariales, a mi juicio, fundadas, en el marco de una reforma fundamentalmente dirigida a hacer del empleo a tiempo parcial uno de los principales instrumentos para reducir la abultadísima tasa de desempleo española. Una reforma significativa del empleo a tiempo parcial que, entre otras razones, respondía al compromiso con los mandatos de la Unión Europea en esta materia. La cláusula 5 del Acuerdo Marco

anexo a la [Directiva 97/81/CE, del Consejo](#), de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, impone a los Estados el deber de «identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos». Parece manifiesto que uno de esos obstáculos será la perpetuación de un buen número de diferencias de trato con el empleo a tiempo completo que desembocan, pese a la apariencia o cobertura inicial de respeto al principio de proporcionalidad de trato, en genuinas discriminaciones, tanto indirectas por razón de sexo, como, por lo que aquí interesa, directas atendiendo al imperativo de tratar de manera razonablemente igual una forma de empleo que otra.

En aplicación del mandato comunitario, la regla clave al respecto es el artículo 12.4 d) del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) –y su art. 15.6–. Este precepto garantiza los mismos derechos que a los trabajadores a tiempo completo. Ahora bien, tales derechos serán reconocidos, «de manera proporcional, en función del tiempo trabajado». Eso sí, precisa, «cuando corresponda en atención a su naturaleza...».

Pues bien, en este contexto, es conocido que muchas empresas han venido pagando un plus de transporte a los trabajadores a tiempo parcial proporcional al tiempo trabajado de forma efectiva lo que, desde otra vertiente de la cuestión, evidenciaba que en tales casos se concebían más como una parte de la remuneración del trabajador propiamente que como una cantidad compensadora de los gastos de desplazamiento. ¿Es correcta esta práctica de gestión retributiva de un buen número de empresas españolas, que aplican el principio general de la proporcionalidad de tratamientos en función de la duración efectiva de la jornada, o estamos ante una forma de remuneración discriminatoria? La Sentencia de la Audiencia Nacional que comentamos considera más correcta esta segunda valoración, con lo que corrige, aumentado el coste, la referida experiencia de gestión empresarial, pues para su doctrina judicial *lo único que debe tener en cuenta la empresa son los días en que se acuda al trabajo y no la jornada que haga el trabajador*. No obstante, y mostrando un cierto camino para eludir, u optar, por una gestión menos «gravosa», ella misma advierte de la existencia de *formas de organización del trabajo a tiempo parcial para las que sí cabe mantener la aplicación de la proporcionalidad*. Veámoslo.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La Federación Estatal de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT, sindicato mayoritario en la empresa de viajes Welcome Incoming Services, S.L.U., interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional para que se declarara el derecho de todos los trabajadores que realizaran una jornada inferior a la completa, por la causa que fuere, a percibir el plus de transporte en la misma cuantía que los trabajadores a tiempo completo, sin descuento o minoración alguna. La empresa aplicaba el criterio de proporcionalidad, abonando el plus en función de la jornada de trabajo de cada empleado, es decir, a menor jornada, menor cuantía del plus.

La Comisión Paritaria del Convenio Colectivo aplicable –el del [sector de las Agencias de Viajes](#), BOE de 22 de agosto de 2013–, a la que se sometió inicialmente la discrepancia, inter-

pretó que la cantidad económica del plus de transporte no podía estar vinculada a la jornada laboral, por lo que un trabajador con reducción de jornada o contrato a tiempo parcial tenía derecho a percibir de manera íntegra el complemento. Concretamente, el artículo 41 de dicho Convenio Colectivo reza: «En concepto de compensación de gastos por transporte y distancia, los trabajadores/as percibirán las cantidades siguientes...», que serán abonadas de forma mensual en «11 pagos de la misma cuantía –distintas en función del nivel retributivo–, junto con los salarios correspondientes». No precisa más el precepto convencional.

Para la empresa, la norma colectiva legitimaba una aplicación de este plus siguiendo la regla general de la proporcionalidad, de modo que habría que diferenciar la cuantía conforme a la duración de la jornada. Ante la discrepancia, que lleva a que la empresa rechace aplicar ese criterio, pese a tener, conforme al artículo 91.4 del ET, valor de norma convencional, el sindicato mayoritario acciona contra esa práctica empresarial.

3. LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: RAZONAMIENTOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL

La Audiencia Nacional *estimaré la demanda, pero solo parcialmente*. En efecto, de un lado, desautoriza la aplicación del criterio de proporcionalidad que utilizaba esta empresa –como tantas otras, de este y otros sectores–. Atendiendo a la finalidad del plus de transporte, que no es salarial sino de compensación de los gastos de transporte y distancia asumidos por los trabajadores por razón de su asistencia al trabajo, la Audiencia Nacional considera que *«quien trabaja a tiempo parcial o con reducción de jornada asume los mismos costes por su asistencia al trabajo que quien trabaja a jornada completa»*. No es la duración de la jornada lo que está en la razón de ser del derecho, sino las veces que tenga que desplazarse al trabajo.

Desde esta perspectiva, que enfatiza, conforme a la previsión legislativa, la naturaleza jurídica del derecho remuneratorio en litigio, por tanto el «fin del derecho», no tendría cabida el criterio de proporcionalidad basado en hacer una *ratio* entre jornada parcial y jornada completa, porque esto supone establecer una diferencia de trato irrazonable objetivamente que constituye una vulneración del principio de no discriminación protegido por regulación, sea comunitaria sea nacional. Ahora bien, decía que la Audiencia Nacional no se ha limitado a responder a lo que planteaba el sindicato en sentido estricto, sino que ha ido un poco más allá, para precisar la existencia de situaciones en las que cabe apreciar excepciones, o mejor, una regla especial, que sí autoriza el juego del principio de proporcionalidad. Se trata de aquellos casos en los que el contrato de trabajo a tiempo parcial se preste con una fórmula de cómputo de la reducción de jornada no por horas diarias sino por días. Así, en los casos en que la distribución de esa jornada más reducida se haga *atribuyendo no menos horas diarias, sino menos días* que los que realiza un trabajador a tiempo completo, sí que cabría la prorrata, esto es, el recurso a la regla del pago proporcional.

De nuevo se apela a la finalidad del derecho retributivo en cuestión. En este sentido, dice la Audiencia Nacional, es decir, si el plus de transporte retribuye los gastos de desplazamiento,

hay que tener en cuenta que los trabajadores con jornada completa que trabajan 5 días a la semana tienen más gastos que los que trabajan entre 1 y 4 días, puesto que los primeros se desplazarán un mínimo de 10 veces entre su domicilio y la empresa a la semana, mientras que los segundos lo harán menos veces al trabajar menos días. Por tanto, en este caso, sentencia la Audiencia Nacional, la empresa sí podrá aplicar el pago proporcional. En definitiva, concluye la Audiencia, a la hora de abonar el plus, lo que la empresa debe tener en cuenta «no es el número de horas trabajadas por cada empleado, sino el número de desplazamientos que se produzcan desde el domicilio a la empresa por cada día de trabajo» –FJ quinto, *in fine*–.

4. MÁS ALLÁ DEL CASO: TRASCENDENCIA DE LA DECISIÓN Y PREVISIBILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

Pese a su aparente simplicidad, es manifiesta la trascendencia, tanto teórica como práctica de esta doctrina judicial, dictada con un cierto estilo o «juicio salomónico», de modo que quepa contentar a unos –trabajadores a tiempo parcial–, y a otros –empresarios–, a través de una decisión flexible y transaccional. La solución es importante porque, como se indicó en el inicio del comentario, el plus de transporte es un complemento incluido en buena parte de los convenios colectivos y determinar su forma de pago atendiendo a la modalidad parcial de los contratos, ahora que constituyen un eje fundamental y creciente de la contratación, es muy relevante para la gestión empresarial. También para los trabajadores a tiempo parcial, cada vez más, particularmente inquietos por esta cuestión, a juzgar por el gran número de consultas formuladas en las redes sociales al respecto. Ciertamente, mientras que estos se habrán visto satisfechos con este criterio judicial, aquellas empresas, bastantes, que venían aplicando un criterio favorable a la regla de pago proporcional, reduciendo el coste de este concepto –a menor jornada laboral, menor coste del plus–, naturalmente, han podido sentirse perjudicadas, experimentando la sensación de un nuevo «tropiezo» con los jueces de lo social.

La solvencia jurídica de este planteamiento es máxima. No solo se ajusta a la expresa previsión legislativa, que autoriza la regla de proporcionalidad tan solo para los casos en los que la «naturaleza del derecho» así lo consienta, sino que es conforme a la jurisprudencia. La referencia a la [STS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2012](#), rec. núm. 281/2011, es muy oportuna –si bien relativa a la interpretación del art. 26 del [Convenio de instalaciones deportivas y gimnasios de Galicia](#) (DOG de 27 de noviembre de 2013) y a su prohibición de aplicar la distribución irregular de la jornada a quienes tienen una jornada inferior a 30 horas semanales–.

Aunque no hay un significativo número de «precedentes» judiciales en la materia, el criterio de la Audiencia Nacional es el seguido por la mayor parte de las doctrinas de suplicación. De especial interés la [STSJ del País Vasco, núm. 2145/2005 de 20 de septiembre](#) –rec. núm. 1167/2005–, según la cual, de nuevo invocando la finalidad del derecho en cuestión (un plus extra-salarial), concluye que la función indemnizatoria de los gastos de transporte –o de cualquier otro de esta misma naturaleza–, derivados de la prestación de servicios, no permite pagos proporcionales a la duración de la jornada diaria, por la sencilla razón de que sería el mismo para el empleado que trabaja a jornada completa que el que, como la actora, lo hace a media jornada. Esta doctrina ju-

dicial –fijada en relación con el art. 22 del [Convenio Colectivo de Limpieza de Centros del Gobierno vasco de Álava](#) (BOPV de 14 de mayo de 2013)– sería conforme con la fijada por la [STS, Sala 4.ª, de 22 de junio de 2004](#), rec. núm. 157/2003, que, atendiendo a la finalidad del complemento de convenio en juego –uno personal de vinculación a la empresa y no de cantidad o calidad de trabajo– y a la voluntad de las partes convencionales, que no han diferenciado el pago de ese complemento según el carácter parcial o no, concluye en el pago íntegro de tal complemento –por pacto de empresa, firmado en desarrollo del art. 4 del [Convenio Colectivo de Grandes Almacenes 2001/2005](#) (BOE de 10 de agosto de 2001 y corrección de errores de 30 de noviembre) que estableció el «Complemento Personal Makro»–.

Ahora bien, ha sido la propia Audiencia Nacional la que, reivindicando para sí la plena libertad de producción del Derecho, sin vincularse estrictamente al razonamiento-pretensión de las partes, ha considerado necesario fijar una regla teórica y práctica mucho más refinada, en términos técnicos, y equilibrada o transaccional, en términos de política –jurisdiccional– del Derecho. Por eso, tampoco ha asumido como propio el criterio esgrimido y pretendido por el sindicato reclamante y que coincide con el fijado por la comisión paritaria del convenio de referencia. Si la intervención previa de la comisión en el conflicto colectivo de interpretación de una norma convencional es obligada –[STS, Sala 4.ª, 17 de julio de 2014, rec. núm. 133/2013](#), que asume la [STC 217/1991](#)–, en modo alguno condiciona o vincula a los tribunales su lectura de las normas convencionales, labor hermenéutica que corresponde finalmente a los jueces. Pues bien, atendiendo a las cláusulas de extrema flexibilidad contenidas, para organizar el trabajo a tiempo parcial, en el artículo 12.1 del [ET](#), legitimando parámetros de cómputo temporal de la menor jornada respecto del trabajo a tiempo completo comparable no solo diario, sino semanal, mensual o anual, la Audiencia Nacional prevé la posibilidad –por la que ninguna parte le ha preguntado en el caso concreto– de que el empleador pueda organizar el trabajo a tiempo parcial no por horas de reducción al día, sino por días de reducción a la semana, o al mes, o al año. Por lo tanto, si a raíz de ese modo particular o singular –no necesariamente excepcional– de organización o de gestión de la cláusula de parcialidad del contrato de trabajo resultan menos días de asistencia al trabajo que los de los trabajadores a tiempo completo, entonces sí cabe recurrir a un sistema de retribución del plus de transporte basado en la proporcionalidad, sin que sea discriminatorio.

Esta doctrina judicial, en principio igualmente sólida teóricamente, y razonable, no deja de suscitar alguna duda. No en el plano procesal, pues no hay formalmente problema de incongruencia procesal de la Audiencia Nacional. Se trata de una solución que, amparada en la ley, responde a un uso pragmático y abierto o flexible de la solución legal, conforme al fin del derecho y a los intereses de gestión eficiente de los empresarios. Por tanto, deja en manos de la libertad empresarial de organización de la cláusula de parcialidad de los contratos de trabajo esa (economía de) opción, por lo que al empresario incumbiría la regla de la proporcionalidad o la regla del pago íntegro a resultas del previo acuerdo en torno al reparto de la parcialidad de la jornada. No obstante, pasa por alto la doctrina judicial que, a menudo, esos pluses, fijados por convenio colectivo, fijan las cantidades al margen de los gastos concretos de transporte que se produzcan, tratándose de una finalidad indemnizatoria general y no concreta, pues no precisa justificación del gasto. En tales casos, ¿no debería primar la voluntad negociadora y la finalidad de pago extrasalarial como se desprende de la [STS de 22 de junio de 2004](#)?