

LA CARGA DE LA PRUEBA DEL SEGUNDO EMPLEO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2007,
rec. núm. 372/2007) *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Extracto:

DESPIDO improcedente. Salarios obtenidos en segundo empleo. Dedución de los salarios de tramitación. La asignación de la carga de la prueba a la parte que tenga el medio probatorio, según disponibilidad y facilidad del artículo 217.6 de la LEC, no exime al empresario de buscar por todos los medios de prueba a su alcance el importe real de la retribución obtenida en el segundo empleo. Al no haberlo hecho, no se puede exigir del propio trabajador, debiendo estarse al importe del SMI vigente.

Palabras clave: despido improcedente, salarios de tramitación, deducción por nuevo empleo, carga de la prueba y SMI.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 298, enero 2008 o en *Normacef Social*.

Sumario

1. El tema del segundo empleo y el beneficiado en caso de despido improcedente en el primer empleo.
2. Una primera forma de solucionar el problema: el acceso directo del empresario a los archivos administrativos.
3. Una segunda forma de solución para el problema: la petición al juzgado para que requiera los datos al órgano administrativo.
4. La solución razonable: la captación de los datos por el propio empresario, desde los medios de prueba legales y, subsidiariamente, del segundo empresario o del trabajador.

1. EL TEMA DEL SEGUNDO EMPLEO Y EL BENEFICIADO EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE EN EL PRIMER EMPLEO

Se presenta en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 10 de octubre de 2007 uno de los temas relativos a la existencia de un segundo empleo, tras el despido improcedente en el primero, consistente en la identificación del importe de los salarios que se pueden deducir de los de tramitación, adeudados por el empresario del primer empleo, según el artículo 56.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

Si se prueban en juicio los salarios reales de ese segundo empleo, se pueden deducir del importe de los salarios de tramitación derivados del despido improcedente del primero.

No se va a entrar aquí en la pertinencia o no de aplicar la norma dictada al despido improcedente también para el nulo, ni se va a plantear la problemática relativa a la expansión del mecanismo previsto para la cognición a la fase de ejecución. Sencillamente, se va a partir de ello según quiere la jurisprudencia.

Solo se pretende hablar de un elemento configurador e introductorio de la figura legal. Esto es, si el primer empresario demuestra la existencia de ese segundo empleo y prueba que percibe un cierto salario, el importe de este se va a descontar de lo adeudado como salarios de tramitación [art. 56.1 b) LET]. Pero **¿qué pasa si no lo sabe y quiere que el juzgado reclame esa información de quien la tenga?**

Véase ya que el interés del trabajador radica en que no se detecte ese segundo empleo porque si ese conocimiento no se obtiene, vendrá a percibir el salario del segundo empleo y el salario propio de los de tramitación.

Véase también que el trabajador está interesado en que no se detecte, caso de conocerse ese segundo empleo, cual es el salario del segundo empleo, para el supuesto de que sea superior al Salario Mínimo Interprofesional (SMI), porque, en tal caso, la jurisprudencia tiene afirmado que se deducirá el importe del SMI, que se presume percibido por el trabajador.

Se ha de añadir que **no es claro el fundamento de esta figura de la deducción de salarios obtenidos de los salarios de tramitación**, porque se beneficia del esfuerzo del trabajador la persona –de entre los tres, empresario primero, trabajador y empresario segundo– que ha actuado ilegalmente, sin que sea muy razonable hablar de que en otro caso existiría un enriquecimiento sin causa, porque la causa está en el segundo contrato de trabajo, en la posibilidad de pluriempleo, en la posibilidad de que ambos empleos fueran en horarios distintos, en la diversidad de trato que se viene a dar al trabajador diligente respecto del que espera pasivo a que llegue la sentencia firme, en la discutible, muy discutible, naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, por los que se cotiza como salarios y se corresponden –legalmente– con tiempo efectivamente trabajado, «tiempo de ocupación» (art. 209.6 de la LGSS).

Pero, además del dudoso fundamento jurídico del último inciso del artículo 56.1 b) de la LET, y relacionado con ello, se ha captado solo una idea y es que el trabajador tiene interés en que no se conozca ese segundo empleo o, en su caso, lo que ha ganado en el mismo.

2. UNA PRIMERA FORMA DE SOLUCIONAR EL PROBLEMA: EL ACCESO DIRECTO DEL EMPRESARIO A LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS

Una primera manera de solucionar el problema del empresario puede ser que este reclame de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la información sobre la situación del trabajo en los últimos 12 ó 24 meses, por ejemplo.

Para ello se puede apoyar en la obligación que tiene la Administración de atender y satisfacer su interés de obtener, de sus archivos, la información que le haga falta aportar en el proceso laboral, pues esos archivos son públicos, según el artículo 37.1 y 8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP y PAC).

Ahora bien, se dice por los órganos administrativos que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos veda este intento, porque protege los datos de **carácter personal, que son los que integran cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables** [art. 3 a)]. Y el tratamiento de los datos de carácter personal –que incluye las cesiones de datos– **requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa** (art. 6.1), a lo que se une que **los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero con el previo consentimiento del interesado** (art. 11.1).

Los ciudadanos (los trabajadores) **tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad** (art. 13.1), y en caso de infracción de estos derechos, aparte de la sanción pertinente, los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el responsable o el encargado del tratamiento sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, **tendrán derecho a ser indemnizados** (art. 19.1).

Esto es lo que viene sirviendo al personal al servicio de la TGSS para negar a los empresarios la información que les piden respecto de quienes fueron sus trabajadores. Y se dice: «pídanlo a través del juzgado».

3. UNA SEGUNDA FORMA DE SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA: LA PETICIÓN AL JUZGADO PARA QUE REQUIERA LOS DATOS AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Otra solución o, para algunos, la más conforme a Derecho consiste en **pedir del juzgado que se requiera a la TGSS la información sobre el segundo empleo y sobre el salario satisfecho al trabajador**.

La opción de pedir del juzgado que reclame de la TGSS la información que interesa al primer empresario desde luego se apoya en el texto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en cuanto que el consentimiento del interesado, exigido en el artículo 11.1, **no será preciso cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario a los jueces o tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas** [art. 11.2 d) de la LO 15/1999].

Ese puede ser el sentido que ofrece el artículo **332 de la LEC**, cuando afirma que las **entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios** que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada como de carácter reservado o secreto.

Pero, en cambio, no puede servir de apoyo el artículo **330 de la LEC**, que se refiere a la facultad de **requerir a terceros no litigantes** para que exhiban un documento de su propiedad, porque las certificaciones que viene a interesar la demandada sobre la situación laboral y salarial del trabajador no preexisten como documentos, sino que se han de elaborar, actualizadas, en cada momento.

Ahora bien, la opción de reclamar certificaciones administrativas **puede venir a constituir una trampa para el órgano jurisdiccional, pues no es a él sino al empresario al que el artículo 217.3 de la LEC, asigna la carga de esa prueba**, sin que se pueda olvidar que la igualdad de partes no es posible que se venza o exceptúe a favor del sujeto más fuerte en la relación laboral. Con más especificidad en la LET [art. 56.1 b)] se dice que esa prueba corresponde al empresario. El **proceso laboral no es un proceso inquisitivo**, en el que rige el principio de aportación de parte, incluso viene a inspirar la práctica de la adopción de las diligencias para mejor proveer, mediante las que no puede el juzgador sustituir la falta de diligencia de una de las partes.

Podría estimarse que es un fraude de ley que el empresario pretenda obtener de la TGSS, a través del juzgador, lo que legalmente no puede obtener por sí mismo. Y es que, efectivamente, la Ley Orgánica 15/1999 viene a considerar y, desde luego, a rechazar dicha práctica cuando afirma que **se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos** (art. 4.7).

A ello se ha de añadir que el trabajador, en cuanto ciudadano, tiene **derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos, sobre él o que le afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos [que, según el art. 3 c), incluye las cesiones de datos] destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad (art. 13.1 de la LO 15/1999).**

Pues bien, si el **tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 6.1) y la LET no dispone otra cosa, ya que asigna la carga de la prueba no al juzgado sino al empresario, no parece vía legítima pretender conseguir a través del juzgado algo a lo que el primer empresario no tiene derecho por sí.**

Pero, si se llegase a conclusión distinta, ha de tenerse en cuenta que **el interesado tiene derecho a solicitar y obtener gratuitamente información no solo del origen de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, sino de las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos (art. 15.1).**

En definitiva, parece que el juzgado puede rechazar la pretensión del empresario, al partir de que son fuentes accesibles al público **las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, e indicación de su pertenencia al grupo [art. 3 j) de la LO 15/1999]. Y se ha de añadir que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado (art. 6.2).**

Por todo ello, lo procedente es que el órgano judicial desestime la pretensión de requerir a la TGSS y remita a la empleadora a la comunicación directa con la propia TGSS.

4. LA SOLUCIÓN RAZONABLE: LA CAPTACIÓN DE LOS DATOS POR EL PROPIO EMPRESARIO, DESDE LOS MEDIOS DE PRUEBA LEGALES Y, SUBSIDIARIAMENTE, DEL SEGUNDO EMPRESARIO O DEL TRABAJADOR

Pero, resulta que los órganos administrativos son reacios a expedir este tipo de certificaciones con base en datos que tienen, por el temor a lesionar el derecho a la privacidad y resultar responsables directos.

Por ello, puede pensarse que lo adecuado es que **el empresario pretenda del órgano judicial que requiera a uno o algunos empresarios concretos datos sobre el segundo contrato o sobre**

los salarios, o que reclame de una concreta entidad bancaria datos sobre ingresos del demandante provenientes de un empleador concreto, y relativos a concretas fechas.

En tal caso, parece razonable que entre en las facultades del juzgador, sin lesión de ningún principio que, de conformidad con el artículo 217.6 de la LEC, se encuentra la de **reclamar los contratos concretos de trabajo o las nóminas de un segundo empresario, con base en el artículo 330.1 de la LEC, o su incorporación por certificación al proceso, según el artículo 331 de la LEC**, pero téngase en cuenta que **se ha de dirigir el requerimiento a personas concretas**. Del mismo modo, **certificados de ingresos en entidades bancarias concretas**, si es que de ellos pudiese derivarse la percepción de salarios en un segundo empleo.

Esta prueba no parece estar ajena a la participación del propio empresario que se reclama en el artículo 56.1 b) de la LET, y al mismo tiempo se beneficia de la «disponibilidad y facilidad probatoria» de cada parte del proceso, a que se refiere el artículo 217.6 de la LEC, pues aunque se pide de un tercero, ello tiene lugar partiendo de esa disponibilidad y facilidad de prueba del concreto segundo empresario, **como colaboración imprescindible**, a favor de la parte demandada.

Es ahora cuando se ha de tener en cuenta la observación de la Sentencia de TS de 10 de octubre de 2007 expresiva de que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. Se trata, en definitiva, de permitir que **el juez atempere el rigor probatorio en supuestos en que las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, siendo imposible a la otra –sobre la que recae la carga probatoria– el ejercicio de los medios probatorios pertinentes.**

Pero no se trata de eso cuando el primer empresario no designe segundo empresario concreto, dador del segundo empleo al trabajador, o de concreta entidad bancaria, sabiendo que esta última información ha de concretarse a un vínculo concreto de un determinado segundo empresario, pues **si no es así, la mera información genérica quedaría protegida por el derecho a la privacidad.**

Pero todo eso se ha de valorar dentro de la **viabilidad de la captación por el primer empresario de esa información mediante otros medios de prueba, tales como testifical del segundo empresario, interrogatorio del trabajador, testifical de detective privado, etc.**, y **acreditar que se ha intentado o que no es posible**, pues si no ocurre así, si se trata de la primera medida del primer empresario, se estaría viniendo a desplazar sobre otro la obligación del empresario de cargar con su propia prueba, en un proceso que se rige por el principio de aportación de parte, con mención específica al respecto en el artículo 56.1 b) de la LET.

Por eso tiene manifiesta razón la Sentencia del TS de 10 de octubre de 2007 cuando niega al empresario el beneficio que pretende ya que «nada de eso ocurre en el presente caso pues **el empresario, ahora recurrente, bien pudo acudir a distintos medios de prueba a fin de tratar de acreditar el montante del salario percibido por el trabajador ejecutante en la nueva empresa**».

En todo caso, **no parece que sea atendible la pretensión de que el empresario reclame que el trabajador aporte nóminas genéricas del tiempo posterior al segundo empleo, porque ello**

equivale a declarar contra sí mismo, frente a la prohibición de imponer tal obligación que formula el artículo 24.2 de la Constitución Española y porque lesiona el artículo 56.1 b) de la LET, que impone la probanza por el empresario en proceso en el que el principio de igualdad de trato judicial no puede romperse a favor de quien no es contratante más débil.

Los referidos medios de prueba que el empresario puede interesar tienen, por tanto, que acreditar el defecto de su disponibilidad probatoria, y solo entonces es cuando no atender la pretensión constituiría al juzgador en rígido y riguroso intérprete legislativo.