

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Grado en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela
lidiagiloter@gmail.com

Palabras chave: subrogación empresarial, contratación temporal, discriminación, despedimento, garantía de indemnidad, cuestión prexudicial.

Palabras clave: subrogación empresarial, contratación temporal, discriminación, despido, garantía de indemnidad, cuestión prejudicial.

Keywords: business subrogation, temporary contracting, discrimination, dismissal, indemnity bond, preliminary issue.

1. SOMOZA HERMO E ILUNION SEGURIDAD: TRASLADO DA DOCTRINA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA (Sentenza do 11 de xullo de 2018, caso *Somoza Hermo e Ilunion Seguridad* (asunto C-60/17) e Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 26 de xullo de 2018)

A sucesión ou transmisión de empresa erixiuse como un fenómeno dunha complexidade práctica notable, e así o están a demostrar os numerosos litixios que se xeran respecto diso non só ante os tribunais españois, senón tamén ante os tribunais dos Estados membros da Unión Europea, que en variadas ocasións tiveron o seu “desenlace” ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

O ordenamento xurídico español dedica, en concreto, o artigo 44 do Estatuto dos traballadores á sucesión de empresa, coa redacción actual outorgada pola Lei 12/2001, do 9 de xullo, que incorporou o contido ordenado pola Directiva 2001/23/CE, do 12 de marzo de 2001, do

Consello, sobre a aproximación das lexislacións dos Estados membros relativas ao mantemento dos dereitos dos traballadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividade ou de partes de empresas ou centros de actividade.

A intención desta regulación específica non é outra que a protección dos traballadores que se ven afectados por un cambio de empresario e que poden ver perigar así o mantemento dos seus dereitos e, independentemente dos reproches interpretativos que se poidan realizar respecto da exactitude dos preceptos ou da súa correcta incorporación e transposición, a cuestión tampouco foi esquecida polos convenios colectivos. Neste sentido, e tratándose do texto que deu lugar ao periplo xudicial que se examinará, destaca o Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridade que, no seu artigo 14, dispón previsións específicas referidas aos cesamentos de empresas de seguridade na adxudicación dos servizos contratados dun cliente pola rescisión do contrato de arrendamento e as obrigas relativas aos contratos de traballo respecto dos cales se subroga a nova empresa adxudicataria e que, a priori, se limitan a aquelas xeradas con posterioridade á data do correspondente cesamento (a diferenza do previsto no artigo 44 ET, que establece a responsabilidade solidaria por un período de 3 anos de cedente e cesionaria polas obrigas laborais anteriores ao cesamento).

É precisamente nesta dualidade na que se debuxa o caso do Sr. SOMOZA HERMO. Vixiante de seguridade para a empresa ESABE VIGILANCIA, adxudicataria do servizo de vixilancia do Museo das Peregrinacións de Santiago de Compostela ata outubro de 2012, tras a adxudicación do servizo á empresa VINSA (actual ILUNION SEGURIDAD) pasa a ser contratado por esta última en virtude da obriga disposta no precepto do convenio colectivo anteriormente mencionado e, dado que ESABE lle debía unha serie de diferenzas salariais e de prestacións sociais complementarias devindicadas durante os anos 2010 a 2012, decide reclamarllas, ante o cal obtén simplemente unha negativa precisamente con base no devandito artigo 14, que exoneraba presuntamente a VINSA das débedas

xeradas con anterioridade á transmisión, débedas que lle correspondían a ESABE, a cal tamén se negou. Por iso, o Sr. SOMOZA interpuxo demanda de reclamación de cantidade perante o Xulgado do Social de Santiago de Compostela, que considerou de aplicación o artigo 44 do Estatuto dos traballadores por producirse unha sucesión empresarial nos devanditos termos e condenou a ambas as empresas ao pagamento das cantidades correspondentes en réxime de responsabilidade solidaria.

A falta de acordo referida á aplicación do artigo 14 do Convenio Colectivo de empresas de seguridade ou, contrariamente, do artigo 44 do Estatuto dos traballadores, trae a súa causa no criterio xurisprudencial establecido polo Tribunal Supremo na súa sentenza do 7 de abril de 2016 segundo o cal, cando se produce unha sucesión de contratistas, como fora o caso, a subrogación non se produce en virtude do artigo 44 ET (se non hai unha transmisión de activos patrimoniais ou unha sucesión de cadros de persoal) senón en virtude do mandato que recolle o convenio colectivo, ao entender así que a sucesión do persoal non pode determinar a coñecida "transmisión dunha entidade económica" que determinaría a aplicación do artigo 44 ET na medida en que, precisamente esa transmisión, non é froito da autonomía individual da cesionaria, é consecuencia do cumprimento da obriga disposta no convenio colectivo.

Ante estes feitos e o recurso interposto por VINSAs ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, este decidiu suspender o procedemento e expor ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea a través do Auto de data 30 de decembro de 2016 dúas cuestións prexudiciais a efectos de determinar:

- 1) Se o suposto de feito no que a nova adxudicataria do servizo, como consecuencia do cesamento da anterior adxudicataria por rescisión do contrato de arrendamento, faise cargo dunha parte esencial do persoal na execución dun servizo e actividade fundado na man de obra (vixilancia das instalacións) entra dentro do ámbito de aplicación do artigo 1.1 da Directiva 2001/23 aínda cando esa

subrogación se fai en virtude do imperativo que dispón o convenio colectivo aplicable.

2) Se, no caso de que a resposta anterior fose afirmativa, resulta conforme ao artigo 3.1 da mesma Directiva unha interpretación da responsabilidade de cedente e cesionario que sosteña que dita solidariedade non se aplica respecto das obrigas anteriores á transmisión por vir esta imposta polas previsións do convenio colectivo.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea deu resposta a ambas as cuestións, dunha forma relativamente sinxela, na sentenza do 11 de xullo de 2018, caso *Somoza Hermo e Ilunion Seguridad* (asunto C-60/17). Respecto da primeira das cuestións, o TXUE detense especialmente en lembrar que o artigo 1.1 da Directiva 2001/23, tal e como xa determinara, non debe interpretarse dunha forma estritamente literal, de tal modo que o termo de cesión contractual recollido nel e que determina a transmisión correspondente non implica a necesidade dunha relación contractual directa entre cedente e cesionario, senón que pode producirse a cesión a través dun terceiro, tal e como sucede no suposto a tratar tras a rescisión do correspondente contrato de arrendamento. En consecuencia, a transmisión debe ter por obxecto “unha entidade económica que manteña a súa identidade, entendida como un conxunto de medios organizados a fin de levar a cabo unha actividade económica, xa fose esencial ou accesoria”. O TXUE entende que, cando se trata dunha actividade fundada esencialmente na man de obra como pode ser a vixilancia de seguridade das instalacións, que non require do uso de materiais específicos, “o conxunto de traballadores que exerce de forma duradeira unha actividade común pode constituír unha entidade económica” se mantén a súa identidade aínda despois da transmisión cando o novo empresario non só continua coa actividade, senón que se fai cargo dunha parte esencial daqueles en número e competencias. Así, o feito de que VINSa se fixo cargo dos traballadores que ESABE dedicaba á realización das actividades de vixilancia do Museo das Peregrinacións determina que a identidade económica se mantén despois de realizada a transmisión e, consecuentemente, si resulta

de aplicación o artigo 1.1 da Directiva 2001/23, primando por encima da obriga do convenio colectivo (que persegue a mesma finalidade que a propia Directiva) a efectiva transmisión da entidade económica.

En contraposición a esta resposta tan determinante para a primeira cuestión, o TXUE non pode pronunciarse correctamente respecto da segunda formulada na medida en que, aínda que o artigo 3.1 da Directiva 2001/23 enuncia o principio de transferencia dos dereitos e obrigas da relación laboral ao cesionario, reflicte tamén un mandato directo aos Estados membros para a súa regulación concreta. Así o realizou España no seu correspondente artigo 44.3 ET, pero a colisión deste precepto co correspondente artigo 14 do Convenio Colectivo das empresas de seguridade e o seu exame non entra dentro das competencias do TXUE, por tratarse simplemente de cuestións de xerarquía das normas no Dereito Interno.

O testemuño dado polo TXUE coa súa resolución debeu ser tomado, evidentemente, polo TSX, formulador das cuestións, e así se pronunciou na súa sentenza do 26 de xullo de 2018. O TSX mostra unha postura totalmente coordinada co TXUE respecto á aplicación do artigo 44 ET pola sucesión empresarial e contraria, consecuentemente, á mantida con anterioridade polo Tribunal Supremo, por entender canto menos "dubidoso" o feito de que se puidese eludir a aplicación do precepto por unha transmisión derivada da autonomía colectiva e non da autonomía individual. Así, entendendo plenamente probada a transmisión da unidade económica coa sucesión do persoal e sendo de aplicación os artigos 44 ET, 1.1 e 3.1 Directiva 2001/23, a xerarquía normativa como principio recollido no artigo 3 ET determina que o artigo 44 ET, no seu carácter de dereito necesario transpoñendo a correspondente Directiva e, no seu caso, reforzando o principio de responsabilidade solidaria nela recollida, prevalece sobre a norma convencional que outorga un menor grao de protección aos traballadores, condenando así ás dúas empresas implicadas.

En todo caso, a través desta sentenza, o TSX quere deixar aínda un interrogante aberto e é que o que principalmente

se buscaba a través da segunda cuestión prexudicial exposta era poder determinar a verdadeira operatividade da dispoñibilidade da Directiva para os interlocutores sociais. Os Estados membros, en virtude do artigo 3.1 da Directiva, "podían" establecer a responsabilidade solidaria das obrigas anteriores á transmisión, e non só se fixo así no artigo 44.3 ET, cunha maior esixencia que a comunitaria, senón tamén en diferentes convenios colectivos que regulan o fenómeno como "norma de transposición" e, como é o suposto a tratar, dunha maneira máis laxa. Opera a norma do Estatuto dos traballadores transposta polo Estado español de forma imperativa para a negociación colectiva ou o convenio colectivo pode verdadeiramente funcionar como norma de transposición? Trátase dunha cuestión aínda por resolver.

2. DISCRIMINACIÓN LABORAL E AS SÚAS VERTENTES

A discriminación como unha diferenza de trato arbitraria, sen xustificación obxectiva e razoable, é un fenómeno que, desgraciadamente, tamén se produce no ámbito das relacións laborais, impedindo o gozo e exercicio de determinados dereitos en condicións de igualdade. A Organización Internacional do Traballo sempre se preocupou pola igualdade e a non discriminación no emprego (Convenios núm. 100, sobre igualdade de remuneración, de 1951, e núm. 111, sobre a discriminación, de 1958), pero o certo é que seguen observándose nos tribunais numerosos procesos onde se busca, precisamente, a tutela do dereito fundamental á igualdade, tanto por discriminacións directas como indirectas.

En consecuencia, ao longo deste apartado observaranse diversas manifestacións da discriminación máis característica, que é aquela que se dá por razón do xénero e respecto da cal se posúen abundantes referencias normativas, pero tamén se estudará a plasmación real do principio de non discriminación de traballadores a tempo parcial, xa plasmado dende as instancias europeas na Cláusula Cuarta do Acordo marco europeo sobre traballo a tempo parcial (Directiva 97/81/CE, do Consello, do 15 de decembro de 1997) na medida en que o dominio

practicamente absoluto das mulleres nos contratos a tempo parcial provoca unha interrelación entre ambos os fenómenos discriminatorios que non merece ser obviada.

Auto do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 19 de decembro de 2018: formulación de cuestión prexudicial ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea

Ao fío da introdución mencionábase como a predominancia das mulleres nos contratos a tempo parcial determina a interrelación entre dous grandes principios de non discriminación: non discriminación por razón de xénero e non discriminación dos traballadores a tempo parcial. É precisamente nesta tesitura na que se atopou recentemente o Tribunal Superior de Xustiza ao fío do cómputo da antigüidade dunha traballadora fixa descontinua da Axencia Estatal da Administración Tributaria (AEAT).

Esta traballadora, dona Delia, viña prestando servizos para a AEAT dende o 9 de febreiro de 2009 a través dun contrato que as partes cualificaron como "contrato de traballo para a realización de traballos fixos descontinuos", de tal modo que a traballadora prestaba os seus servizos entre 1 e 5 meses ao ano durante a Campaña da Renda como auxiliar de administración e información. A AEAT expediu unha certificación o 26 de maio de 2015 recoñecéndolle como servizos prestados, a efectos de trienios, 1 ano 6 meses e 2 días, computando unicamente os períodos de tempo de prestación efectiva e non os que intermediaban entre os chamamentos. Por iso, dona Delia, esgotada a vía administrativa, interpuxo demanda perante o Xulgado do Social da Coruña, que estimou parcialmente a súa pretensión condenando á AEAT a tomar en conta a totalidade do tempo transcorrido dende a primeira campaña de inicio da relación descontinua a efectos do pagamento do complemento de antigüidade, pero non a efectos de promoción profesional.

Contra esa sentenza interpoñen ambas as partes recurso de suplicación, e é precisamente no exame dos datos estatísticos e da normativa aplicable cando ao Tribunal lle

xorden dúbidas en relación á súa coherencia co Dereito da Unión Europea.

Con carácter xeral, aínda que o artigo 12.4 d) do Estatuto dos traballadores enuncia a igualdade de dereitos entre traballadores a tempo parcial e a tempo completo de maneira proporcional, en función do tempo traballado, esta regra da proporcionalidade segue sendo enunciada polo Convenio Colectivo do persoal laboral da AEAT no seu artigo 30, onde se entende que os períodos de tempo traballados como fixos descontinuos computan a efectos de antigüidade para todos os efectos e as retribucións a percibir serán proporcionais ao devandito tempo, incluídos os complementos de antigüidade. A AEAT propón, a xuízo do tribunal, unha forma do cálculo que pode resultar nunha indebida aplicación da regra da pro rata na medida en que se proxectará só sobre a contía anual das percepcións (se un traballador traballa só 4 meses ao ano e só cobra o trienio durante eses 4 meses, cobraría a terceira parte da contía que cobraría un traballador a tempo completo), adquirindo así un dereito económico dunha maneira máis lenta que os traballadores a tempo completo, podendo ser contrario á Cláusula Cuarta do Acordo marco europeo sobre traballo a tempo parcial (Directiva 97/81/CE).

A "dobre discriminación" prodúcese cando, estatisticamente, existe na AEAT unha feminización do persoal fixo descontinuo ao seu servizo contratado para as campañas da renda, onde se fala dunha proporción de 78,09% de mulleres por 21,91% de homes. Por todos é coñecido que as circunstancias conxunturais de familia, sociedade e mercado de traballo condenan ás mulleres a acudir a esta modalidade contractual, especialmente polas dificultades de conciliar o traballo coa vida persoal e familiar e a escasa corresponsabilidade masculina. Se se manexan as cifras anteriores, a práctica da AEAT provocaría unha discriminación indirecta xa que, aínda que se trata dunha disposición neutra, se poñería ao colectivo das mulleres nunha posición de desvantaxe con respecto ao colectivo dos homes, nun símil ao sucedido no caso *Hill & Stapleton* (sentenza do TXUE do 17 de outubro de 1998, asunto C-

243/95), vulnerando así o artigo 2.1 b) e 14.1 da Directiva 2006/54/CE.

Esta serie de interrogantes provoca que o Tribunal Superior se vexa obrigado a suspender o procedemento e elevar ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea unha cuestión prejudicial nos seguintes termos: "Resulta contrario ao establecido na cláusula 4ª, apartados 1 e 2, do Acordo marco europeo sobre traballo a tempo parcial – Directiva 97/81/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997, e aos artigos 2.1 b) e 14.1 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (refundición), a disposición contida nun convenio colectivo e a práctica empresarial segundo as cales a efectos retributivos e para os efectos de promoción se debe calcular a antigüidade dunha traballadora a tempo parcial con distribución vertical da xornada en cómputo anual atendendo só ao tempo de prestación de servizos".

Sen lugar a dúbida, pese ao tempo que haxa que esperar para a súa resolución, trátase dun acertado punto de vista que traerá numerosas consecuencias en ambos os sentidos.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza núm. 2/2019, do 28 de decembro

A Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza, a través desta sentenza, vén desestimar o recurso de suplicación interposto polo SERVIZO GALEGO DE SAÚDE contra a sentenza de instancia ditada polo Xulgado do Social de Ourense, condenando á devandita entidade a pagar á demandante, dona Milagrosa, os complementos de atención continuada nunha media mensual que se lle denegaran por non ser prestadas efectivamente as gardas durante o seu permiso por estado de xestación e baixa por maternidade.

Dona Milagrosa viña prestando servizos para o SERGAS dende o 21 de maio de 2014 mediante un contrato para a formación de médico residente (regulado polo Real decreto 1146/2006); é dicir, un contrato cunha actividade eminentemente formativa do que formaban parte esencial a realización de gardas polas cales, ademais, se prevía unha

remuneración complementaria (complemento por atención continuada). Dona Milagrosa, dende outubro do 2016 a outubro de 2017 realizara gardas retribuídas que supoñían, nunha media mensual, un complemento de 1.649,56 euros. Con todo, estas gardas cesaron a partir de novembro de 2017 por adaptación do posto por maternidade, gozando dona Milagrosa dun permiso por estado de xestación do 3 ao 17 de decembro de 2017 e atopándose dende o 18 de decembro de 2017 en situación de incapacidade temporal por baixa maternal.

Dona Milagrosa solicitou o 9 de febreiro de 2018 que se lle pagase o complemento de atención continuada nesa correspondente media anteriormente mencionada durante os períodos nos que se atopaba de baixa por situación de embarazo e maternidade e, ao serlle denegado ese dereito o 26 de marzo, interpuxo demanda o 11 de abril de 2018, considerando o Xulgado do Social que se vulnerou o dereito da demandante á igualdade e á non discriminación por razón de sexo, debendo o SERGAS pagar a media que percibiu no ano anterior polo devandito complemento e mentres persistise a situación de baixa por maternidade.

O SERGAS interpuxo recurso de suplicación contra a sentenza entendendo, baixo unha lóxica xurídica reprochable segundo o Tribunal, que o complemento de atención continuada esixía para o seu pagamento a efectiva prestación de servizos, non podéndose producir incrementos retributivos por concorrer circunstancias económicas excepcionais e sen existir ningunha norma que permita retribuír ao persoal vinculado coa relación laboral de médico residente ese complemento, dereito que só se lle recoñece ao persoal estatutario en situación de incapacidade temporal dende o 1 de xaneiro 2018.

O Tribunal entende que a maternidade e a situación de risco durante o embarazo constitúen unha realidade biolóxica exclusiva da muller protexida polo artigo 39.2 da Constitución Española, atendendo precisamente á vulnerabilidade da traballadora embarazada e, con carácter habitual, a xurisprudencia veu afirmando que non é estritamente necesaria a vinculación do complemento de atención continuada coa efectiva prestación de servizos,

tendo en conta que o complemento integra a remuneración ordinaria dos residentes. En sentido similar pronunciouse o Tribunal Supremo na súa sentenza do 24 de xaneiro de 2017 ao fío dun suposto de adaptación do posto de traballo dunha residente por razón de risco durante o embarazo na medida en que a supresión das gardas provocaba unha minoración salarial discriminatoria por razón de sexo. Neste caso concreto axuizado polo Tribunal Supremo, o feito de que a adaptación do posto de traballo fose posible provocaba que a traballadora se atopase nunha situación de desvantaxe en comparación á situación que se produciría se non o fose na medida en que a suspensión por risco durante o embarazo obrigaba a outorgarlle unha prestación onde se inclúisen, na base reguladora, os complementos salariais de atención continuada.

En consecuencia, o Tribunal Superior de Xustiza, baseándose no artigo 2.2 da Directiva 2002/73/CE, considera que o criterio do SERGAS de vincular ao complemento a efectiva prestación do servizo provoca unha situación discriminatoria para a muller en comparación cos seus compañeiros homes xa que a imposibilidade de realización de gardas implicaría un detrimento salarial que estes non sufrirían por non poder atoparse en situación de baixa por risco durante o embarazo, lactación ou permiso de maternidade, de tal modo que se confirma a obriga da entidade recorrente a pagar o devandito complemento a dona Milagrosa.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA

A irregularidade na contratación e no encadeamento de contratos laborais provoca unha diminución considerable das garantías e dereitos dos traballadores condenados á inestabilidade pero que, en realidade, se atopan cubrindo postos de necesidade estrutural dentro das correspondentes empresas. Este fenómeno, con todo, non é exclusivo do sector privado, senón que, na actualidade, tamén está moi presente en sectores públicos como a educación e a sanidade, sendo, desgraciadamente, unha práctica bastante xeneralizada nas Administracións públicas ata o punto de chegar a ter que formularse por parte da xurisprudencia

social a famosa e estraña categoría do "indefinido non fixo". A continuación no tempo, sen apenas solución de continuidade, de diferentes contratos temporais para o mesmo empregador evidencia que este último non ten que cubrir unha necesidade temporal, e por iso é cada vez máis habitual que os traballadores afectados acudan aos tribunais para que esa relación sexa categorizada como indefinida.

Por iso, a continuación, explicaranse dúas recentes sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia que abordan concretamente os efectos que se desencadean da utilización abusiva de contratos de interinidade en entidades públicas, o paradigma máis típico das irregularidades contractuais existentes nese ámbito e que, en gran número de asuntos, terminan coa caracterización da relación laboral en indefinida non fixa.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia núm. 3712/2018, do 28 de setembro

A Sala do Social estimou nesta sentenza o recurso de suplicación interposto pola entidade demandada CORPORACIÓN RADIO E TELEVISIÓN DE GALICIA e o interposto pola demandante, declarando a relación laboral que unía ás partes como indefinida non fixa e fixando a antigüidade nunha data diferente á requirida pola demandante por non resultar de aplicación a doutrina da unidade esencial do vínculo.

A demandante, dona Berta, viña prestando os seus servizos dende o 1 de decembro de 2003 coa categoría de axudante de realización para a Compañía de Radio Televisión de Galicia (en diante CRTVG) a través dun total de 66 contratos de interinidade ata a data do seu primeiro cesamento, o 30 de xuño de 2012, cando CRTVG comunicoulle que, tras a cobertura definitiva da praza que ocupaba a raíz do proceso de selección no que ela mesma participara, se extinguía a relación laboral. Xa con anterioridade dona Berta interpuxera demanda de recoñecemento de dereito e cantidades perante o Xulgado do Social de Santiago, que declarou o carácter indefinido da relación pola ineficacia do contrato de interinidade. Así, ante o seu cesamento, interpuxo de novo demanda de

despedimento, que foi declarado nulo polo mesmo xulgado por vulneración da tutela xudicial efectiva e da garantía da indemnidade, debendo ser readmitida na súa mesmo posto de traballo; sentenza que foi confirmada polo TSX de Galicia (sentenza do 17 de xaneiro de 2014) e polo Tribunal Supremo (sentenza do 6 de xullo de 2015).

En xullo de 2012 dona Berta subscribiu de novo con CRTVG 45 contratos de interinidade por substitución, finalizando o último o 18 de setembro de 2014 (13 contratos por vacacións, 6 por enfermidade e 26 por asuntos propios). Dende o 11 de novembro de 2014 ao 10 de novembro de 2015 dona Berta estivo en suspensión temporal de chamamentos nas listas de contratación da entidade por traballo no estranxeiro e, tras solicitar de novo a súa alta, entre o 22 de abril de 2016 e o 5 de marzo de 2017 subscribiron as partes 24 contratos de interinidade por substitución.

Dona Berta interpuxo de novo demanda contra CRTVG e FOGASA solicitando a indemnización polo cesamento producido o 30 de xuño de 2012 e a declaración da relación laboral indefinida a partir de xullo de 2012.

En primeira instancia, o Xulgado do Social de Santiago de Compostela estimou parcialmente a demanda interposta por dona Berta, declarando unicamente o dereito a percibir a indemnización e desestimando o resto das pretensións, ante o cal se interpón recurso de suplicación tanto por CRTVG como pola traballadora demandante, instando esta última a que se recoñecese unha nova suma e unha nova relación laboral de carácter indefinido dende o 16 de xullo de 2012.

De entre os motivos alegados no recurso de suplicación por CRTVG destacan, dende o punto de vista procesual, a estimación por parte do TSX da excepción de cousa xulgada. Dona Berta xa solicitara a indemnización correspondente ao seu cesamento laboral producido o 30 de xuño de 2012, de tal modo que, aínda que en instancia non se apreciou o efecto negativo ou preclusivo da cousa xulgada por non existir a identidade de accións na medida en que a indemnización que se recoñeceu era no seo dun proceso de despedimento, o Tribunal entende que a acción exercitada, con independencia do seu nome, xa foi exposta

no proceso de despedimento onde recaeu sentenza firme, sendo así que o proceso de despedimento e a indemnización reclamada na actualidade se sustentaban esencialmente sobre a base dos mesmos feitos, o cesamento da traballadora, sendo as partes as mesmas que nese proceso anterior.

En canto ao tema primordial, a contratación abusiva e fraudulenta, o TSX toma como referencia unha sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 2 de maio de 2017 (caso Pérez López e Hospital Clinic de Barcelona) recoñecendo que, aínda que non se trate no presente litixio dun sector como o sanitario onde se acode á contratación temporal de maneira sumamente reiterada, as regras sentadas nela poden resultar de aplicación. Os artigos 15.3 do Estatuto dos traballadores e 9.3 do Real decreto 2720/1998 determinan que en supostos de utilización abusiva da contratación temporal se declare indefinidos aos traballadores, en liña coa Directiva 1999/70/CE, de tal modo que o TSX fundamenta a categoría de indefinida non fixa de dona Berta baseándose na concatenación contractual inusualmente longa (STXUE do 5 de xuño de 2018, *Montero Mateos*, C-677/2016) na medida en que, aínda que o contrato de interinidade por substitución non establece un máximo de duración temporal antes de que se considere a relación como indefinida, o resto de contratos temporais posúen ese parámetro situado ao redor dos 3 ou 4 anos, de tal modo que a existencia de 45 contratos de interinidade xunto con outros diferentes determinan que a necesidade da empresa non é temporal, senón estrutural e permanente.

Xunto coa declaración de indefinidade vén o exame da antigüidade da devandita relación e, neste punto, rexeita o Tribunal a aplicación da doutrina da unidade esencial do vínculo. Aínda que esta doutrina enunciada fundamentalmente polo Tribunal Supremo foi ampliando progresivamente o prazo de 20 días para determinar a interrupción significativa a períodos que carezan de relevancia en relación coa duración total dos servizos prestados, dona Berta solicitou a suspensión temporal de chamamentos por traballo no estranxeiro e mantívose nesa

posición durante 13 meses, período durante o cal a traballadora estivo a prestar servizos, de tal modo que o Tribunal fixa a antigüidade na data da primeira contratación posterior ao alta nas listas.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia núm. 8/2019, do 20 de decembro

A través desta sentenza, a Sala do Social do Tribunal desestima o recurso de suplicación interposto pola Xunta de Galicia fronte á sentenza de instancia, declarando a relación dunha traballadora interina por vacante como indefinida non fixa por superar o prazo máximo para a súa cobertura.

A demandante, dona Vicenta, viña prestando servizos para a Xunta de Galicia, nunha gardería infantil, dende o 10 de xullo de 2009 como axudante de cociña a través de 8 contratos temporais ata o 31 de maio de 2011, e sen solución de continuidade, cun contrato de interinidade por vacante dende o 1 de xuño de 2011 para substituír a traballadores con dereito a prestar servizos no mesmo centro de traballo, contrato que tivo unha duración superior a tres anos. Así as cousas, dona Vicenta presentou demanda de recoñecemento de dereito o 10 de novembro de 2017 para que fose declarada a súa relación laboral como indefinida, sendo así estimado pola sentenza do Xulgado do Social de Pontevedra e, contra esa sentenza, recorreu a entidade demandada.

En opinión da Xunta de Galicia, e con base nos artigos 15.1 ET e 4.1 RD 2720/1998, os contratos de interinidade por vacante convértense en indefinidos non fixos cando se demostre unha contratación irregular ou fraudulenta. A duración do contrato de interinidade por vacante abarca o proceso de selección ou promoción do posto para a súa cobertura indefinida nas Administracións públicas. Aínda que o Estatuto básico do empregado público dispón unha duración máxima de tres anos, o Tribunal Supremo (STS do 14 de outubro de 2014) sinalou que a relación laboral do interino por vacante se converte en indefinida cando se supere o límite temporal máximo de tres anos para a súa cobertura dende que a mesma quedou deserta. Aínda que durante o ano 2012 non se podía proceder á incorporación

de novo persoal en virtude do artigo 3 da Real decreto-lei 20/2011, a demandante pretendía que a declarasen fixa o 10 de novembro de 2017, non en 2012. As leis orzamentarias da Comunidade Autónoma de Galicia dende 2012 a 2017 limitaban, en certa medida, a incorporación de novo persoal, pero o Tribunal entende que a praza da demandante puido e debeu ser incluída nas ofertas públicas de 2011 ou 2012 se o seu contrato foi con posterioridade á convocatoria de 2011 na medida en que o artigo 70.2 EBEP dispón que a proba puidese realizarse en calquera dos anos seguintes. Superándose así ese prazo legal de 3 anos sen cobertura da praza, a demandante adquire a condición de non fixa ante o incumprimento da normativa legal por parte da propia Administración, aínda que debe superar as correspondentes probas obxectivas para acceder á condición de fixa.

4. DESPEDIMENTO E EXTINCIÓN CONTRACTUAL

A extinción da relación laboral e o despedimento constitúen, na súa categoría sumamente ampla, o maior número de procedementos que se sustentan ante os Xulgados do Social e que, con posterioridade, chegan ao coñecemento do Tribunal Superior de Xustiza. Dentro deste apartado examínanse dúas grandes cuestións, como son a improcedencia e a nulidade do despedimento.

En concreto, verase, en primeiro lugar, como os mecanismos fraudulentos que evitan a reincorporación dunha traballadora interina tras o gozo dunha excedencia voluntaria poden operar na realidade como un despedimento improcedente que obriga á entidade a pagar a correspondente indemnización, cunha mención especial aos salarios de tramitación.

A nulidade do despedimento supón de seu unha finalidade discriminatoria acompañada, na maior parte das situacións, dunha vulneración de dereitos fundamentais. Nesta liña, en primeiro lugar, observarase como a inexistencia de causa probada no despedimento, mesmo cando esta se pactou como unha cláusula rendemento mínimo no contrato, fai que este se converta en nulo cando un traballador, con carácter previo, solicita unha redución de xornada por

coidado de menor. Á súa vez, en segundo lugar, observárase conxuntamente a operatividade da garantía de indemnidade e a protección da enfermidade na extinción da relación laboral equiparada, por mor da xurisprudencia do TXUE, á discapacidade.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 13 de decembro de 2018

A Sala do Social do Tribunal a través desta sentenza vén estimar parcialmente o recurso interposto pola demandante contra a sentenza de instancia, declarando así a existencia dun despedimento improcedente pola denegación do reingreso tras o gozo dunha excedencia voluntaria e condenado á entidade demandada a pagar a correspondente indemnización.

Dona Joaquina viña prestando servizos para o Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar dende o 16 de decembro de 2009 en virtude de catro contratos de interinidade, dous por substitución e dous por vacante. O 31 de agosto de 2015 solicita excedencia voluntaria, séndolle esta recoñecida por Resolución da entidade do 22 de setembro de 2015, abarcando un período comprendido entre o 1 de setembro de 2015 ao 1 de xullo de 2017 conforme os artigos 92 EBEP e 15.6 e 46.2 e 5 ET. Un mes antes da expiración deste período, o 1 de xuño de 2017, dona Joaquina solicita unha ampliación da excedencia ata o 1 de agosto de 2020, e esta é denegada polo Consorcio a través de resolución do 28 de agosto de 2017 comunicada a través de correo electrónico á traballadora o 1 de setembro de 2017. Ante esta situación, tres días máis tarde solicita a traballadora a reincorporación ao posto de traballo, que á súa vez é denegada polo Consorcio o 12 de setembro por non solicitala con anterioridade á expiración do período de excedencia voluntaria (lémbrese que este era o 1 de xullo de 2017).

O debate central para poder saber se esta denegación da reincorporación de dona Joaquina opera como un despedimento improcedente radica en coñecer o verdadeiro motivo da denegación da prórroga solicitada con anterioridade e o período de tempo tan longo que se tomou

a entidade para resolvela. É evidente que a traballadora non puido solicitar a reincorporación con anterioridade á finalización do período de excedencia voluntaria na medida en que esta, o mes anterior á devandita data, solicitara a prórroga da excedencia, e a prórroga non se resolveu ata finais do mes de agosto, cando en principio a excedencia finalizaba o 1 de xullo. O Consorcio baseou a negativa da prórroga no artigo 24.3 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Xunta de Galicia, que unicamente permite recoñecer a situación de excedencia voluntaria ao persoal fixo, estando a traballadora contratada a través de contrato temporal, a pesar de que se lle recoñecera a excedencia con anterioridade a esa data.

O Tribunal Superior de Xustiza, con todo, entra a avaliar a verdadeira aplicación deste convenio. O persoal laboral do Consorcio, entidade demandada, integrouse no convenio a través dun acordo publicado no Diario Oficial de Galicia o 30 de xuño de 2017, de tal modo que cando dona Joaquina solicitou a prórroga este non resultaba de aplicación. Se o Consorcio contestase antes do 1 de xullo do 2017 á traballadora, non se produciría a situación actual, tendo en conta ademais que a aplicación estrita do artigo 24.3 do convenio colectivo como pretende a entidade traería consigo unha declaración de nulidade do acto administrativo de recoñecemento da excedencia voluntaria. En consecuencia, a tramitación tardía da denegación da prórroga da excedencia traía como causa a espera para que o convenio colectivo resultase de aplicación ao persoal do Consorcio, tendo así un fundamento legal que, á súa vez, impedise unha correcta reincorporación da traballadora, vulnerando así as regras da boa fe a xuízo da Sala (artigo 7 do Código civil).

Neste sentido, o Tribunal advirte que, aínda que non existe uniformidade na xurisprudencia acerca da existencia ou non do dereito dos traballadores temporais á excedencia voluntaria, na súa sentenza do 20 de marzo de 2018 plasmou que non existe ningunha causa para denegalo, de tal modo que o propio precepto alegado do convenio colectivo resultaría ilícito por referirse unicamente aos traballadores fixos e non aos temporais.

A traballadora realmente non solicitou a reincorporación ata finalizada a excedencia voluntaria a pesar de que non existe ningunha obriga taxativa para iso (fálase xeralmente dunha anticipación prudencial), é dicir, solicitouna o 4 de setembro finalizando esta o 1 de xullo, pero isto non implica para o Tribunal que precluse o seu dereito a reincorporarse na medida en que a traballadora non puido cumprir ese requisito por un indebido proceder do Consorcio. A vontade da traballadora de continuar vinculada resultaba clara na medida en que solicita o reingreso tan só tres días despois da comunicación da denegación da prórroga.

Baseándose nestas razóns, o Tribunal considera que a demandante solicitara oportunamente o seu reingreso, de tal modo que a súa denegación sen causa legal, lícita e válida opera como un despedimento que debe ser cualificado como improcedente baseándose artigo 55.4 ET. A partir desta premisa, para a determinación da indemnización a Sala realiza unha serie de puntualizacións. En primeiro lugar, tendo en conta que a traballadora estivo de excedencia dende o 1 de outubro de 2015 ata o 30 de xuño de 2017, só se computan como anos de servizo o tempo traballado na empresa (STS do 10 de xullo de 1989). En segundo lugar, en canto aos salarios de tramitación, aínda que con anterioridade o Tribunal Supremo viña entendendo que, ao producirse o despedimento cando un traballador se atopaba en excedencia voluntaria, non recibía ningún tipo de remuneración, de tal modo que non se podía condenar á empresa ao pagamento dos correspondentes salarios de tramitación (STS do 3 de maio de 2011), esta doutrina sofre unha serie de matizacións a partir da sentenza do Tribunal Supremo do 19 de decembro de 2011, onde se determina que se a empresa incumpre coa obriga de readmisión, o traballador, en realidade, dende a data en que aquela debería cumprirse atópase nunha situación análoga á do traballador inxustamente despedido a partir da data do despedimento, de tal modo que o empresario sería condenado ao pagamento dos salarios de tramitación dende a data que se fixe como a do despedimento baixo as regras xerais da improcedencia. En Con base niso, o Tribunal considera como data do

despedimento o 14 de setembro de 2017, onde a traballadora ten coñecemento da resolución pola que se lle denega o reingreso, de tal modo que se condena ao Consorcio a pagar á traballadora os salarios de tramitación dende esa data.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia núm. 4368/2018, do 21 de novembro

Nesta sentenza a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza confirma a sentenza de instancia que declara como nulo o despedimento dun traballador realizado con posterioridade á solicitude de redución de xornada por coidado de menor (art. 37.6 ET), alegando a empresa o incumprimento da cláusula de rendemento mínimo recollida no contrato.

Don Ovidio prestaba servizos para a empresa XILON SOLUTIONS, SL, dende o 16 de abril de 2015 como teleoperador, e no contrato de traballo inicialmente subscrito polas partes dispoñíase, na súa cláusula adicional terceira, que o traballador se obrigaba a conseguir un obxectivo de vendas mínimo cuxo incumprimento determinaría a extinción do contrato de traballo en virtude do artigo 49.1 ET: unha venda os 15 primeiros días, 4 vendas o primeiro mes, 6 vendas o segundo mes e 8 vendas o terceiro mes e sucesivos. Durante os meses de xaneiro e febreiro de 2017 subscibiu 8 vendas, aínda que dita cifra variou en marzo (1 venda), abril (4 vendas), maio (3 vendas) e xuño (4 vendas). Con todo, cabe sinalar que durante o 16 de marzo ao 12 de abril o traballador gozou do seu permiso de paternidade, solicitando redución de xornada por coidado de menor o 3 de xullo sen recibir contestación da empresa. Dous días máis tarde, o 5 de xullo, a empresa remítelle a Ovidio unha carta comunicándolle a extinción do seu contrato de traballo por incumprimento da cláusula mencionada con anterioridade.

A cláusula de rendemento mínimo e a correspondente extinción polo seu incumprimento, aínda que ten o seu encaixe no artigo 49.1 b) ET, convive coa causa de despedimento disciplinario por diminución continuada e voluntaria no rendemento do traballo normal o pactado (art.

54.2 e) ET). O tribunal considera que a cláusula resulta válida sempre que o rendemento pactado non se considere abusivo respectando os límites normais ou axustados aos principios da boa fe (art. 1124 do Código civil). Con todo, a extinción do contrato baseándose no incumprimento contractual require que se trate dunha causa imputable ao propio traballador, debendo existir elementos comparativos e probas exculpatorias ou xustificativas. O empresario non só ten que xustificar a diminución pactada, senón que esta se produciu de maneira continuada e voluntaria, debendo analizar, conforme a esa boa fe, "a incidencia dos distintos factores que puidesen conducir a ese incumprimento das obrigas, analizando en todo caso a súa relevancia".

O xulgador de instancia considerou no presente litixio que só se probou un mes de baixo rendemento (tendo en conta os períodos de descanso do traballador) e, con base niso, o Tribunal Superior de Xustiza considera que ese único mes non pode carrexar a extinción do correspondente contrato por tratarse dunha diminución esporádica e illada, especialmente cando a empresa puido extinguir o propio contrato dende o momento en que o traballador incumpriu o mínimo en marzo, abril ou maio. A empresa procede á extinción do contrato en xullo, momento no que o actor solicita a redución de xornada para coidado de menor e, aínda que considera que o traballador busca a través desta solicitude a blindaxe do seu contrato por saber que se están producindo outras extincións contractuais dos seus compañeiros baseándose mesma cláusula, o Tribunal efectivamente considera que o despedimento se constitúe como nulo con base no artigo 55.5 b) ET (considérase como nulo se non concorre a correspondente causa e/ou forma o despedimento das persoas traballadoras que solicitasen o permiso referido no artigo 37.6 ET), de tal modo que se confirma a sentenza de instancia, condenando á empresa á reincorporación inmediata do traballador e o pagamento dos salarios de tramitación correspondentes.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 10 de decembro de 2018

A nulidade da extinción laboral obedece a razóns de vulneración de dereitos e liberdades fundamentais, dentro dos cales se atopa a garantía de indemnidade e a discriminación por razón de discapacidade. A través desta sentenza, a Sala do Social vén confirmar a sentenza de instancia onde se considera que as continuas reclamacións de adaptación do posto de traballo por parte da traballadora á súa situación de incapacidade temporal e a consecuente extinción da relación laboral provocan que esa extinción sexa nula non só polo seu xénero discriminatorio en atención á discapacidade da traballadora, senón por actuar como unha represalia.

Virginia, dende 1982, prestaba os seus servizos por conta allea para a Consellería de Facenda coa categoría profesional de ordenanza, causando situación de incapacidade permanente total para a súa profesión habitual o 3 de outubro de 2012. Así, tres anos máis tarde, no 2015 a traballadora solicita, baseándose no artigo 7.4 do Convenio Colectivo único para o Persoal Laboral da Xunta de Galicia, a adxudicación dun posto de traballo que sexa compatible co seu estado de saúde, reclamación que é estimada e a partir da cal se lle adxudica o posto de vixiante fixa. En setembro de 2017 o INSS declara á traballadora, de novo, en situación de incapacidade permanente total para a profesión habitual de vixiante fixa cun prazo de revisión ata o 2020 (sen previsión de reincorporación no prazo de 2 anos), e aínda que a traballadora volve a solicitar días máis tarde a nova adaptación do posto, o 14 de setembro dese mesmo ano declárase extinguida a relación laboral por resolución da Dirección Xeral da Función Pública da Consellería de Facenda.

Virginia formula demanda de despedimento e esta é estimada polo Xulgado de Primeira Instancia de Lugo, declarando nulo o despedimento da traballadora por existir vulneración do dereito fundamental de garantía de indemnidade e discriminación por discapacidade con base nos indicios que mostraban que, aínda que foi atendida a primeira solicitude de cambio de posto de traballo da traballadora, o novo posto non resultaba compatible co seu

estado e, solicitando unha nova adaptación que foi denegada, interpuxo demanda coa devandita pretensión pendente de axuízamento. Tras a terceira solicitude da traballadora ante a resolución do INSS, a extinción da relación laboral prodúcese tan só tres días despois, funcionando así como unha represalia pola reclamación da traballadora dos seus dereitos sen adaptar con carácter previo o posto de traballo ao seu estado de saúde.

A xurisprudencia veu reiterando de maneira constante que a garantía de indemnidade se traduce en "a imposibilidade de adoptar medidas de represalia derivadas das actuacións do traballador encamiñadas á obter a tutela dos seus dereitos", estando excluída como causa válida do despedimento a resposta do empresario ante o exercicio por parte do traballador dos seus correspondentes dereitos (art. 5 c Convenio núm. 158 OIT). A garantía de indemnidade da traballadora debe poñerse en relación coa súa situación de enfermidade e a súa posible discapacidade. Para estes efectos, e servíndose da evolución da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea respecto de a Directiva 2000/78 (casos *Chacón Navas*, *Ring*, *Daouidi* e *Ruiz Conejero*), o Tribunal considera que a asimilación do concepto de discapacidade a toda "enfermidade, curable ou incurable, que carrexese unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras, pode impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores se esta limitación é de longa duración", implica que a situación da traballadora entra dentro de devandito concepto. Ante unha discapacidade con influencia na actividade laboral, en virtude do artigo 5 da Directiva 2000/78, o empresario debe realizar os axustes razoables no posto de traballo para que o traballador poida continuar coa prestación de servizos, sendo a extinción da relación laboral a última posibilidade á que acudir cando o axuste sexa de moi gravosa realización por circunstancias concretas. Esta mesma obriga dispónse no artigo 7.4 do convenio colectivo que resulta de aplicación, e con base nos feitos non resulta acreditado que a Consellería realizase

todos os esforzos necesarios para a adaptación do posto de traballo, acudindo á extinción aínda cando eses axustes non eran imposibles, gravosos ou desproporcionados, de tal modo que a negativa do empregador a todas as solicitudes de adaptación formuladas polos traballadores demostra non só que a extinción é unha resposta ao exercicio dese dereito, vulnerando así a garantía de indemnidade, senón tamén a unha limitación funcional para a empresa que se prevía de longa duración no tempo e que non determinaría, en todo caso, a correcta aplicación do artigo 49.1 do Estatuto dos traballadores de forma directa.

A Consellería, no recurso interposto, entra a discutir á súa vez a necesidade dunha indemnización por danos morais entendendo que estes non se acreditaron por parte da demandante, a quen presuntamente lle correspondía a carga da proba. Os danos morais, segundo xurisprudencia do Tribunal Supremo en interpretación dos artigos 182 e 183 da Lei reguladora da xurisdición social (sentenza do 5 de outubro de 2017), van indisolublemente unidos á vulneración do dereito fundamental e, cando a súa estimación detallada resulte complexa, débense flexibilizar as esixencias para a determinación da indemnización, debendo pronunciarse o xuíz na súa sentenza sobre a contía de indemnización que puidese corresponder pola lesión dos dereitos fundamentais e danos e prexuízos derivados. Para determinar eses danos, o Tribunal posúe a facultade de facelo “prudencialmente” e que non só constitúa unha reparación íntegra, senón que teña a finalidade de previr en situacións futuras o mesmo dano. Para fixar as indemnizacións vén acudindo, como criterio interpretativo, ás sancións pecuniarias previstas na Lei de infraccións e sancións da orde social (STS do 12 de decembro de 2007). En consecuencia, o Tribunal considera que a indemnización fixada na sentenza de instancia baseada na mínima sanción establecida na LISOS por infracción moi grave dos artigos 8.11, 8.12 e 40.1 resulta axustada a Dereito.