

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)
Universidade de Santiago de Compostela
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras clave: conciliación; reducción de jornada; adaptación de jornada; indefinido no fijo; despido colectivo; buena fe negocial; modificación sustancial de condiciones de trabajo; COVID-19.

Palabras chave: conciliación; redución de xornada; adaptación de xornada; indefinido non fixo; despedimento colectivo; boa fe negocial; modificación sustancial de condicións de traballo; COVID-19.

Keywords: work-life balance; reduction of working hours; adaptation of working time; worker having contract of indefinite duration but not permanente; bona fides; substantial change in working conditions; COVID-19.

En el número anterior de la revista, en esta misma sección, se ponía de manifiesto la escasa actividad judicial en Galicia durante el primer semestre de 2020. Las razones no podían ser más obvias: la paralización derivada de la crisis sanitaria por la COVID-19. No obstante, el escenario se muestra un tanto diferente durante el segundo semestre de 2020. Analizando las sentencias dictadas por el TSJ de Galicia en ese periodo, pueden destacarse *a priori* dos tipos de procesos.

En primer lugar, se encontrarían aquellos procesos nacidos de conflictos anteriores a la crisis sanitaria, cuya tramitación se habría paralizado durante las etapas más duras del confinamiento y que en este momento retoman su discurrir. Así, se analizarán en esta crónica, por ejemplo, el fraude en la contratación temporal de las Administraciones Públicas y las figuras del personal laboral fijo e indefinido no fijo. En

todo caso, debe destacarse que en esta reactivación procesal han destacado especialmente los procesos relativos a derechos fundamentales, por su carácter preferente. Por ello, también se incluirán en esta crónica procesos relativos a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En segundo lugar, se encontrarían los procesos derivados de conflictos laborales nacidos ya directamente dentro de la «epidemia». No debe olvidarse que gran parte de las relaciones laborales se han mantenido vivas durante ese periodo de tiempo o, en todo caso, hibernadas en un ERTE. Por esta razón, también han estado expuestas a todas las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria.

Debe pensarse, por ejemplo, en las situaciones de crisis económica empresarial. En este escenario encaja lo que podría considerarse como uno de los casos más importantes y mediáticos enjuiciados por el TSJ de Galicia: el caso Alcoa. Una parte importante de esta crónica jurisprudencial se dedicará a examinar el surgimiento de este conflicto colectivo y las resoluciones judiciales del tribunal que pusieron, al menos, un punto y seguido. En todo caso, se advierte que este examen se realizará desde la perspectiva del Derecho del Trabajo individual, es decir, centrándose en el análisis de la figura jurídica del despido colectivo.

El retorno a la actividad presencial productiva también ha obligado a las empresas, por otra parte, a remodelar los sistemas y la organización de las prestaciones laborales. Este tipo de asuntos también han llegado al TSJ de Galicia. Tal y como se analizará en esta crónica, el TSJ ha tenido que determinar hasta qué punto estos cambios incorporados por el empresario gozan cobertura legal o, por el contrario, pueden suponer una modificación sustancial realizada al margen de la normativa.

1. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTE EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: DECLARACIÓN DE FIJEZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2020 (NÚM. REC. 1476/2020)

Mediante esta sentencia del TSJ de Galicia vuelve a incidir en su jurisprudencia relativa a la declaración de fijeza de los empleados de entes públicos como sanción al fraude en la contratación temporal. Esta es una línea jurisprudencia que arrancó mediante la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2018 (núm. rec. 1102/2018). En ella se encuadró como personal laboral fijo (no indefinido no fijo) a un grupo de empleados contratados temporalmente de forma fraudulenta que, además, habían superado un proceso de selección en forma de concurso-oposición para obtener dicho puesto en la administración. En esta sentencia se consideró que la condición de personal indefinido no fijo no debía aplicarse a aquellos trabajadores que, a diferencia de los que sí merecen esa calificación, habían superado un proceso de selección.

El protagonista de la STSJ Galicia de 27/11/2020 fue un trabajador que comenzó prestando servicios como auxiliar de laboratorio para la Fundación para el Fomento de Calidad Industrial y Desarrollo Tecnológico de Galicia. Lo hizo mediante un contrato en prácticas, desde el 15/11/2006 hasta el 14/11/2007 (prorrogado posteriormente hasta el 14/11/2008). Tras la superación de un proceso de concurso, prestó servicios desde 14/04/2010 hasta la actualidad como auxiliar técnico para esa misma Fundación. Se suscribió entre las partes un contrato de obra o servicio, destinado a que el trabajador cubriese "servicios de calibración de equipos de medida a la empresa".

Mediante Orden de 26/12/2013, se traspasaron a la Agencia Gallega de Innovación y a la Dirección General de Energía y Minas el personal, bienes, derechos y obligaciones de la citada Fundación. Así, el 15/01/2014 se le comunicó al trabajador que pasaba a prestar servicios en el Laboratorio Oficial de Meteorología de Galicia, dependiente de la Dirección General de Energía y Minas.

El 05/02/2016 fue publicada la Orden de 01/02/2016 por la que se iniciaba el procedimiento de integración como personal laboral de la Xunta de Galicia del personal laboral fijo procedente de la Fundación. El trabajador, entendiendo que su contratación temporal era fraudulenta, solicitó la integración. Esta petición fue desestimada por la comisión técnica *ad hoc*, por considerar que el trabajador no había acreditado su condición de personal fijo ordinario. Por ello, el trabajador interpuso demanda contra la Consellería de Economía, Emprego e Industria, reclamando su condición de personal fijo o, subsidiariamente, de personal indefinido no fijo.

En primera instancia se le reconoció esa última condición. Sin embargo, el TSJ de Galicia corrigió esa posición, entendiendo que la categoría que le correspondía era la de personal fijo. El magistrado de instancia entendió que el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad quedaba desvirtuado o eliminado al contratar a personal no fijo. Entendía así que un previo concurso para la ocupación de un puesto temporal no podía servir de base para fundamentar una contratación fija en una Administración pública, porque ese concurso no cumplía con los requisitos del art. 61.7 del EBEP. Este último precepto regula el desarrollo de los procesos de selección del personal laboral fijo, de tal modo que no lo consideraba aplicable al caso concreto. El TSJ matizó, en este sentido, que los entes instrumentales como la Fundación del caso debían respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo, aunque no estuviesen sujetos a las reglas concretas del EBEP o de la Ley del empleo público de Galicia. Por ello, entendió que la posición del magistrado de instancia atendía a una convicción subjetiva, y consideró que ese proceso de selección podía ser igualmente válido para la declaración de fijeza, con independencia de que la Fundación no se rigiese por las normas anteriores de las administraciones públicas.

Consiguientemente, el TSJ de Galicia reconoció la condición de fijo al trabajador, al margen de la subrogación que se produjo en la posición de empleador de la Fundación. Era evidente, a su juicio, que el contrato temporal que había

suscrito con la Fundación inicialmente tenía carácter fraudulento, en la medida en que la obra carecía de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Ese fraude, unido a la existencia del proceso de selección, llevaron al TSJ de Galicia a ratificar su jurisprudencia. Terminó así la sentencia recriminando a la Consellería que hubiese perpetuado la práctica de mantener como empleo coyuntural el que ya tenía por sí mismo naturaleza estructural, "renovando un contrato de realización de obra o servicio cuando correspondía el contrato de duración indefinida".

2. CONCILIACIÓN, REDUCCIÓN Y ADAPTACIÓN DE JORNADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2020 (NÚM. REC. 2415/2020)

En esta sentencia el TSJ de Galicia aborda la obligación del empresario de valorar las necesidades de conciliación de los trabajadores a la hora de implantar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que pueda afectarle sensiblemente en ese sentido.

Inocencio, operario de la empresa X, venía prestando sus servicios en un astillero de lunes a viernes, en horario ordinario de 06:00 a 13:45. Es importante destacar que, tras un divorcio, el trabajador contaba con la guarda y custodia exclusiva de su hijo de 5 años.

A mediados de 2019, la empresa barajó la posibilidad de que parte del personal fuese desplazado a otro centro de trabajo, es decir, a otro astillero. Cuando el trabajador tuvo conocimiento de la medida, presentó a la empresa un escrito manifestando su oposición, por necesidades de conciliación familiar y cuidado de su hijo menor de 12 años que le impedirían ausentarse del domicilio. Esta medida, finalmente, careció de efectividad y no se seleccionó a ningún trabajador para el desplazamiento. Sin embargo, en octubre de 2019, la empresa le remitió un escrito al trabajador de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En concreto, se producía la modificación de su horario, de tal forma que trabajaría de lunes a viernes, pero

de 14:00 a 21:45 horas. La empresa fundamentó esta medida en razones organizativas y reasignación de los trabajadores a otros servicios o tareas. Se trataba de atender a las necesidades de la empresa cliente, que demandaba jornadas de mañana y de tarde. Así, esos cambios afectaban también a otros trabajadores, elegidos de forma rotativa y en función de criterios de categoría y especialidad. En todo caso, se advertía que, finalizadas esas necesidades organizativas, el trabajador pasaría a prestar servicios en su horario habitual.

El trabajador interpuso demanda solicitando la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. A su juicio, consideraba que la medida era injustificada, que atentaba contra sus necesidades de conciliación en virtud art. 34.8 del ET y que, además, suponía una vulneración de la garantía de indemnidad en atención a la oposición formulada contra el desplazamiento propuesto anteriormente por la empresa. La demanda fue desestimada en primera instancia, por entender el juzgado que concurría una causa organizativa que justificaba la decisión modificativa.

Tras el recurso interpuesto por el trabajador, el TSJ de Galicia entró a valorar de nuevo el escenario, dando una importancia fundamental a la perspectiva de la conciliación y los cuidados como guía de orientación empresarial.

Para llegar a esta conclusión, el TSJ partió, en primer lugar, de que la conducta del empresario y la decisión modificativa del horario sí se puede considerar una represalia que vulnera la garantía de indemnidad, aun con determinados matices. La Sala consideró que la carta presentada por el trabajador oponiéndose al desplazamiento no constituía un acto preparatorio o previo a la acción judicial, pero sí constituía un indicio.

En virtud de la carta, la empresa era conocedora de una situación de necesidad de conciliación que presumiblemente no iba a solventarse con el paso del tiempo. El trabajador conciliaba su vida laboral y familiar con la jornada de turno de mañana, por coincidir con el horario de escolarización del hijo, de tal forma que cuidaba de él personal y directamente por las tardes. La Sala consideró que la empresa, al no

haber tenido en cuenta esta circunstancia de la que ya era conocedora, vulneró el derecho fundamental a la conciliación del trabajador¹. Uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es que el TSJ consideró que la medida modificativa no estaba justificada, en la medida en que la empresa había seleccionado a los trabajadores afectados de forma rotativa y en función de criterios ajenos a unas necesidades de conciliación que debían haber guiado la medida.

Finalmente, la Sala apreció que la empresa en el proceso no había probado suficientemente que la causa de la medida era suficiente, real y seria, al margen de todo móvil discriminatorio. Por ello, finalmente, declaró la medida modificativa nula, obligando al empresario a indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios ocasionados por cada día de vigencia de la medida.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2020 (NÚM. REC. 2173/2020)

Esta sentencia del TSJ de Galicia tiene un fuerte componente pedagógico. En ella, por una parte, la Sala explica de forma muy acertada y detallada el nacimiento de las figuras de reducción y adaptación de jornada por guarda legal, así como las diferencias entre ellas. En concreto, clarifica los escenarios en los que los trabajadores pueden solicitar una u otra con mayores posibilidades de éxito y estimación. Por otra parte, también aborda en concreto la figura de la adaptación de jornada. En este sentido, otorga pautas que ayudan a entender qué requisitos debe cumplir la situación individual de cada trabajador para poder acogerse a esta medida de conciliación.

¹ Puesta encima de la mesa esa necesidad de conciliación, el TSJ consideró que tenía la obligación de enjuiciar en ese mismo proceso la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 de la CE) en conexión con el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 de la CE), sin obligar al trabajador a acudir al proceso especial del art. 139 de la LRJS.

La trabajadora del caso concreto venía prestando servicios como dependienta con una jornada de 21 horas semanales, con la siguiente distribución horaria: lunes de 10:00 a 15:00 horas, martes libre, miércoles de 10:00 a 15:00 horas, jueves de 15:30 a 22:30 horas, viernes libre y sábado de 10:00 a 14:00 horas. A su vez, la trabajadora también tenía abierta una página web en la que ofertaba sus servicios para officiar bodas civiles y bautizos.

La trabajadora y su marido tenían un hijo nacido en el 2013, que acudía al colegio en horario de 08:45 a 15:30 horas. El marido era socio autónomo de una empresa que tenía un horario de atención al público de lunes a viernes de 09:30 a 14:00 horas y de 16:30 a 19:30 horas.

En noviembre de 2019 la trabajadora solicitó a la empresa una concreción de su jornada por razones de guarda legal, al tener un hijo menor de 12 años. En concreto, realizó una propuesta a la empresa que se basaba en una jornada de 20 horas semanales, de lunes a viernes, en horario de 10:00 a 14:30 horas y con los sábados libres. Tras recibir esa propuesta, al día siguiente la empresa le solicitó a la trabajadora que expresase los motivos de su petición. La trabajadora, en situación de incapacidad temporal, le remitió a la empresa la información por Whatsapp pasados unos días.

Recibida esa información, la empresa le comunicó a la trabajadora que sólo aceptaba la reducción de la jornada a 20 horas semanales, pero no las demás modificaciones. Estas incidían en los días y franjas de más afluencia de clientes en la tienda (jueves, viernes y sábado por las tardes). Ante esta negativa parcial, la trabajadora presentó una demanda que fue desestimada en primera instancia. En el recurso ante el TSJ de Galicia, la trabajadora alegó la vulneración de los arts. 37.6 y 34.8 del ET, en conexión con los artículos 14, 24.2 y 39 de la CE. La trabajadora estimaba en esencia que tenía derecho a la adaptación de la jornada que había solicitado a la empresa y posteriormente en la demanda.

Dibujado este marco inicial, el TSJ de Galicia comenzó su fundamentación jurídica realizando la labor de incardinar la petición y pretensión de la trabajadora en las disposiciones

legales correctas. A la vista de los hechos, la trabajadora había propuesto a la empresa varios aspectos bajo la necesidad de conciliación: una reducción de su jornada diaria (pasar de 21 horas semanales a 20), un cambio de turno (trabajar los jueves de mañana y no de tarde) y la sustitución de sus dos días de descanso (martes y viernes) por la libranza de un único día (el sábado). Consecuentemente, a pesar de que así lo formulase en la demanda, el TSJ entendió que la petición de la trabajadora no podía incardinarse dentro del art. 37.6 del ET. Este es un precepto que únicamente reconoce el derecho a la reducción de la jornada diaria de trabajo. La Sala consideró que aquello que solicitaba la trabajadora realmente era una adaptación del tiempo de trabajo, prevista en el art. 34.8 del ET. Este precepto recoge el derecho de los trabajadores a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada (incluyendo ordenación del tiempo y forma de prestación) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. La solicitud de la trabajadora respondía a ese precepto y, además, tenía un componente subjetivo (su hijo menor de 12 años).

En todo caso, todavía debía valorarse si se cumplían los requisitos que ese precepto exige para conceder la adaptación. El TSJ expuso que el art. 34.8 del ET configura un sistema de adaptación en el que se da preferencia a una solución paccionada entre las partes, si bien no anuda ninguna consecuencia jurídica a esa sugerencia de negociación. Analizando los hechos, consideró que en el caso concreto no se había producido un verdadero proceso de negociación entre la empresa y la trabajadora (aunque la juzgadora de instancia entendiese que ese proceso no había existido debido a la situación de incapacidad temporal de la trabajadora).

A falta de acuerdo, el TSJ se vio obligado a resolver la discrepancia como último recurso de las partes. No obstante, antes de entrar en el fondo, sí quiso poner de manifiesto la asincronía entre la norma sustantiva y la norma procesal, en la medida en que esta última no ha sido adaptada a la nueva redacción y configuración del art. 34.8 del ET.

La Sala expuso que el art. 34.8 del ET no concede a los trabajadores un derecho cerrado. Por el contrario, se trata de un derecho que posibilita diferentes tipos de adaptaciones (como la propuesta de la trabajadora), siempre que se cumpla un triple presupuesto:

- Que el trabajador acredite las necesidades de adaptación
- Que las necesidades de adaptación sean razonables y proporcionadas
- Que la solicitud de adaptación sea razonable y proporcionada en relación con las necesidades organizativas y productivas de la empresa

Se trata de que el trabajador justifique una necesidad derivada de sus circunstancias familiares y laborales, debiendo justificarlas en atención al por qué y a las circunstancias que lo exigen. Según el TSJ de Galicia, todo ello debe ser recogido en la solicitud de adaptación, que debe incluir evidentemente el tipo de adaptación oportuna y la forma de adaptación.

En atención al caso concreto, el TSJ puso especial énfasis en explicar el propio concepto de necesidades de adaptación. Bajo su opinión, el art. 34.8 del ET no implica que toda persona que tenga un hijo menor de 12 años tenga necesidades de adaptación o conciliación. Como se expuso con anterioridad, y a diferencia del art. 37.6 del ET, el art. 34.8 del ET no otorga un derecho de adaptación incondicionado por el mero hecho de tener un hijo de 12 años. A juicio de la Sala, no existe ninguna vía para entender que el art. 34.8 del ET otorga el derecho en términos absolutos ya que, si fuese así, el trabajador se decantaría siempre por la aplicación de este precepto y evitaría el art. 37.6 del ET, en la medida en que el art. 34.8 del ET le permitiría ir más allá de la simple reducción de jornada.

En el caso concreto, el TSJ de Galicia entendió que en la trabajadora no concurría la necesidad de adaptación que exige el art. 34.8 del ET o que, al menos, esta no se había demostrado. La trabajadora sólo había alegado el horario del colegio de su hijo. Podía deducirse que la finalidad perseguida por la trabajadora con esa adaptación era la de

coincidir plenamente con su hijo tras finalizar la jornada escolar, es decir, durante las tardes y los sábados, pretendiendo que su trabajo no le impidiese estar en compañía de su hijo. A juicio de la Sala, la trabajadora sólo había manifestado la necesidad o el deseo de todo progenitor de pasar mayor tiempo con su hijo. Entendió el tribunal que ese deseo, evidentemente, era "loable". Sin embargo, también llegó a la conclusión de que, si todas las empresas debiesen atender a ese deseo, estarían obligadas a adaptar su jornada al horario escolar de cada uno de los hijos de sus trabajadores sin excepción. Para el tribunal las necesidades de conciliación no eran ese deseo manifestado por la trabajadora, sino "la acción y el efecto de hacer compatibles la familia y el trabajo".

Esa falta de necesidad de adaptación constituyó para el tribunal motivo suficiente para considerar injustificada la solicitud de la trabajadora y denegarla. En todo caso, también enunció de forma muy sucinta los perjuicios que podría suponer para la empresa la intención de la trabajadora de no trabajar los jueves por la tarde y los sábados. Por todo lo anterior, finalmente el TSJ desestimó el recurso de la trabajadora.

3. CASO ALCOA: LA BUENA FE NEGOCIAL EN EL DESPIDO COLECTIVO AUTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 4 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2020 (NÚM. 44/2020) Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020 (NÚM. REC. 48/2020)

Es de sobra conocido el desenlace que ha tenido el conflicto colectivo del caso Alcoa, gracias en gran parte al seguimiento que ha tenido por los medios de comunicación. No obstante, resulta imprescindible analizar desde el punto de vista jurídico las resoluciones del TSJ de Galicia que han dado lugar a ese resultado. Concretamente, han sido dos los procesos que han conducido a la no paralización de las cubas y a la nulidad del despido colectivo. Por una parte, el procedimiento de medidas cautelares (núm. 44/2020), del que surgieron los autos de 4 y 30 de noviembre de 2020.

Por otra parte, el procedimiento de despido colectivo (núm. 48/2020), del que surgió la sentencia de 17 de diciembre de 2020.

El conflicto colectivo sobre el que giraron ambos procesos nació el 28 de mayo de 2020, fecha en la que Grupo Alcoa Inespal presentó ante los representantes legales de los trabajadores una propuesta de despido colectivo de 524 trabajadores del centro de San Cibrao, de un total de 623. La decisión empresarial, a grandes rasgos, buscaba concluir la actividad de la planta gallega a finales de marzo de 2021. Tras el despido colectivo se encontraban, según la empresa, razones de índole estructural que hacían inviable su continuidad, destacando fundamentalmente la ausencia de un marco energético competitivo en España, la sobrecapacidad mundial en la producción de aluminio y la caída del precio del aluminio.

Siguiendo lo dispuesto en la normativa reguladora del despido colectivo², a esta propuesta le sucedió un extenso y complejo periodo de consultas entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, que finalizó el 28 de septiembre sin acuerdo. Este proceso fue fruto de ampliaciones progresivas y en él se celebraron hasta un total de 11 reuniones cuyo contenido fue evolucionando a la par del escenario que rodeaba el conflicto colectivo. Así, durante ese transcurso aparecieron encima de la mesa un grupo empresarial (Liberty House) interesado en la adquisición de la fábrica y una oferta de compra realizada por la Sociedad Española de Participaciones Industriales (SEPI), rechazando la empresa ambas propuestas.

Este escenario además se vio completado por las intervenciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y de la Consellería de Emprego e Igualdade de la Xunta de Galicia. Finalmente, la falta de consenso entre las

² Principalmente: art. 51 del ET; RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada y Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

partes determinó que el 9 de octubre de 2020 la empresa comunicase a los representantes legales de los trabajadores su decisión de aplicar el despido colectivo en los términos inicialmente previstos.

A lo largo del proceso de negociación se dejó entrever uno de los puntos cruciales del conflicto colectivo: la paralización inmediata por la empresa de las cubas electrolíticas, con independencia del resultado del proceso y de la posible judicialización del conflicto. La posición de la empresa caminaba en ese sentido, alegando un escenario de pérdidas dinerarias cuantiosas. Teniendo en cuenta esto y la notificación del despido colectivo, la representación legal de los trabajadores (CCOO, UGT y CIG) instó la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la interposición de la demanda de despido colectivo contra el grupo empresarial. En concreto, formularon las siguientes peticiones:

- La intervención o administración judiciales de los bienes productivos por la SEPI durante el proceso de impugnación de despido colectivo y hasta la firmeza de la sentencia.
- Subsidiariamente, una orden judicial de abstención provisional de una conducta hasta la firmeza de la sentencia, obligando a la empresa a abstenerse de dos aspectos fundamentales:
 - o de ejecutar los despidos individuales de los trabajadores afectados
 - o de parar la producción de la fábrica y de llevar a cabo cualquier actuación dirigida a hacer efectiva esa parada de la fábrica y de las cubas en contrato.

A juicio de la representación legal de los trabajadores, la parada de las cubas determinaba una situación total y absolutamente irreversible, porque su reenganche supondría un proceso largo y costoso que dificultaría o imposibilitaría la readmisión de los trabajadores si existiese una sentencia declarando la nulidad del despido colectivo.

El TSJ de Galicia dio respuesta a las peticiones de medidas cautelares en el auto de 4 de noviembre de 2020. En él desestimó, en primer lugar, la petición de intervención o administración judicial de los bienes productivos. El tribunal

consideró, como punto de partida, que estas medidas habían sido solicitadas de manera incorrecta al presentarlas como alternativas y no subsidiarias, porque eran medidas diferentes e incompatibles entre sí³. A su juicio, la solicitud de administración de la planta de la empresa resultaba desproporcionada, porque "siempre sería susceptible de sustitución por la intervención como medida alternativa igualmente eficaz a los efectos de aseguramiento del fallo". En cuanto a la solicitud de intervención, el tribunal entendió que esta debía estar referida no a la empresa en general, sino a la planta y, en concreto, a las actividades desarrolladas en ella para mantener las cubas en situación de reiniciar de inmediato su actividad tras la eventual readmisión de los trabajadores. No obstante, esa petición de intervención debía ser desestimada en la medida en que no concordaba con la posición mantenida por el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Industria. La Abogacía del Estado había dejado por sentado que el Ministerio de Industria (al que se adscribe la SEPI) no apoyaba esa propuesta de administración o intervención. Teniendo en cuenta que la SEPI no asumía la intervención forzosa solicitada por los sindicatos y que las partes no habían concretado el alcance de esa colaboración, el principio dispositivo del proceso laboral determinó que esa petición fuese desestimada.

También fue desestimada, en segundo lugar, la petición de paralización de los despidos individuales de los trabajadores afectados. El TSJ entendió que la prohibición de despedir trastocaría los trámites a cumplir por la empresa, alterando plazos procedimentales y procesales recogidos en normas de orden público como derecho necesario e indisponible.

En tercer lugar, el TSJ centró su atención únicamente en la petición de abstención de cualquier actuación dirigida a hacer efectiva la parada de las cubas en concreto, es decir,

³ La administración judicial supone "la sustitución de la administración de la empresa por otra nombrada judicialmente". La intervención judicial "no sustituye la administración de la empresa, pero sí la somete a una fiscalización o control externo a los efectos de garantizar el cumplimiento de una determinada finalidad" (FJ 5º.2).

la obligación de mantener las cubas en situación de retomar la producción inmediatamente. El tribunal entendió que esta petición tenía un componente principalmente anticipatorio. El apagado de las cubas electrolíticas no sería un proceso irreversible, pero sí complejo, costoso y dilatado en el tiempo que podría acarrear graves perjuicios a los trabajadores. El TSJ entendió que la actividad de mantenimiento de las cubas suponía “una ruptura del statu quo que depende del ejercicio extraprocesal de una facultad de autotutela activa de la parte demandada”. Tenía encaje en el art. 727.7º de la LEC, que recoge como medidas cautelares específicas la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la orden judicial de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo. Así, finalmente estimó esta pretensión de medida cautelar, ordenando a la empresa a no cerrar las cubas.

Como era de esperar, este auto fue recibido con diferentes pareceres por las partes. Mientras que para las organizaciones sindicales fue satisfactorio, la empresa decidió interponer un recurso de reposición contra él. En todo caso, ese recurso fue desestimado por el TSJ en auto de 30 de noviembre de 2020.

Dos días después del primer auto, el 6 de noviembre de 2020 las tres organizaciones sindicales interpusieron demanda de despido colectivo frente a las empresas Alumnio Español S.L., el Grupo Alcoa Inespal S.L.U, Alcoa Nederland Holding B.V. y Alcoa Corporation, incluyendo como partes interesadas a la Consellería de Emprego e Igualdade de la Xunta de Galicia y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. A través de esta demanda, las organizaciones sindicales reclamaban que el despido colectivo fuese considerado nulo en atención a los siguientes motivos:

- No haberse celebrado el periodo de consultas y no haberse entregado la documentación obligatoria necesaria.
- Existencia de mala fe en la negociación llevada a cabo por parte de la empresa, de fraude de ley y abuso de derecho.

- No concurrencia de las causas económicas, organizativas y productivas analizadas en un contexto supranacional.

Estas alegaciones sustantivas, referidas al fondo del despido colectivo, fueron rebatidas por la parte empresarial. En todo caso, y antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto, el TSJ se vio obligado a resolver determinadas alegaciones y excepciones procesales formuladas por la parte demandada. Por una parte, las empresas codemandadas Alcoa Nederland Holding y Alcoa Corporation interpusieron una excepción procesal por falta de legitimación pasiva, al entender que no conformaban un grupo de empresa a efectos laborales. Esta excepción procesal fue admitida por el tribunal, trayendo a colación la jurisprudencia consolidada a este respecto (STS de 20/10/2015; STS 27/06/2017). Así, el TSJ consideró que el hecho de que las decisiones estratégicas de un grupo de empresas fuesen adoptadas por la empresa matriz estadounidense no implicaba que todo el grupo sea responsable laboralmente. En el caso concreto no existía un funcionamiento unitario sino que, por el contrario, las empresas cumplían las decisiones con autonomía en sus ámbitos de competencia. Además, tampoco se consideró probada la confusión de patrimonios, unidad de caja, utilización fraudulenta de la personalidad ni uso abusivo de la dirección unitaria.

Por otra parte, las partes demandadas también interpusieron excepción procesal por falta de legitimación activa del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y de la Xunta de Galicia. La intervención de estas administraciones públicas fue solicitada por los demandantes atendiendo a las circunstancias tan particulares del litigio. El TSJ afirmó que la normativa vigente no contemplaba la legitimación activa de este tipo de autoridades públicas más allá de los casos expresamente previstos en la legislación, es decir, si la Xunta de Galicia o el Ministerio fueran empleadores o si la Consellería impugnase el acuerdo alcanzado. El tribunal no les reconoció a las autoridades la condición de parte procesal. Sin embargo, acudiendo a una interpretación muy flexible del art. 24 de la CE, entendió que las administraciones

tenían un interés público legítimo para intervenir en el proceso. Consecuentemente, consideró adecuada su intervención en el proceso como sujetos interesados, al modo de intervinientes adhesivos, coadyuvantes o en la calidad de *amicus curiae*, aun sin contar con todas las prerrogativas atribuidas a las partes.

Apuntado lo anterior, a partir del fundamento de derecho sexto el TSJ examinó ya la pretensión de nulidad del despido colectivo, con su marco normativo y jurisprudencial. Tras realizar una recopilación de los hechos probados más relevantes, en puridad de términos el pronunciamiento del TSJ descansó sobre la existencia de un auténtico proceso negociador y la concurrencia en él de la buena fe por parte de la empresa. A juicio del tribunal, para que un despido colectivo se pueda considerar ajustado a derecho es necesario que se hayan cumplimentado los requisitos formales, destacando entre ellos un proceso negocial que incluya la presentación de información y documentación necesaria para su desarrollo en tiempo y forma útil, con propuestas y contrapropuestas para un acuerdo que evite la vía judicial.

Tal y como expuso el TSJ, la buena fe en el proceso negociador se presume. No obstante, determinados indicios pueden determinar su ausencia (art. 386.1.1 de la LEC), sin necesidad de que exista una prueba directa de la mala fe, que generalmente suele ocultarse. A partir de esta posición, la Sala analizó los acontecimientos del relato fáctico para comprobar si de ellos se podía extraer algún indicio de mala fe, tal y como apuntaba la parte demandante. Ello lo hizo bajo la premisa fundamental de los hechos son los que son y no los que parecen ser.

De este examen de los hechos probados, el TSJ detectó en total cinco indicios que le llevaron a afirmar que esa mala fe por parte de la empresa sí estuvo presente en la negociación del despido colectivo.

En primer lugar, el TSJ comprobó que la empresa no varió ni un ápice de su posición o actitud durante el proceso negociador. A consecuencia de una decisión comercial estratégica, su único objetivo era la paralización de las cubas electrolíticas, que conduciría al cierre de la planta,

independientemente de cual fuese el escenario y de cual fuese la propuesta de los representantes de los trabajadores. En honor a la verdad, era cierto que la empresa, en un momento determinado del proceso negociador, modificó ligeramente su postura. Así, a falta de escasos días para el cierre de la negociación, ofreció a los representantes de los trabajadores un ERTE. No obstante, el tribunal consideró que esta propuesta realmente disfrazaba la posición inicial, porque con ella la empresa conseguía el mismo efecto: apagar las cubas, cerrar la fábrica y ganar la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo una vez finalizada su vigencia.

En segundo lugar, quedó demostrado que esas modificaciones aparentes de la postura de la empresa eran realizadas siempre en el último momento y no como consecuencia de un verdadero proceso negociador, sino como consecuencia de las advertencias de la autoridad laboral autonómica. La autoridad laboral remitió a la empresa hasta un total de 11 advertencias en las que le ponía de manifiesto que la inamovilidad era constitutiva de nulidad del despido colectivo. Además, todos los acuerdos de ampliación del periodo de consultas eran logrados tras un cambio repentino de la empresa a escasos días del cierre. Ampliaciones que, en todo caso, no llegaban a tener siempre la finalidad de discutir sobre el despido colectivo, sino de dejar tiempo para negociar la venta con un tercero. Por ello, el tribunal entendió que esas presuntas alternativas solo tenían la finalidad de evitar dicha nulidad, único escenario que le impediría el cierre de la fábrica (la declaración del despido como no ajustado a derecho conllevaría sólo la correspondiente indemnización).

En tercer lugar, el TSJ destacó la "pobreza de las negociaciones" durante el periodo de consultas. La posición empresarial en las reuniones se limitó a dos cuestiones concretas: la posibilidad real de venta de la planta de aluminio a un tercero y los efectos de la parada y rearranque de las cubas. No existió una actitud abierta y propositiva, dirigida a intentar llegar a un acuerdo. Especialmente cuando el tema de la venta de la planta era

un aspecto que nunca estuvo sujeto a negociación directa con los representantes de los trabajadores.

En cuarto lugar, el TSJ examinó los informes y pruebas periciales aportados por las partes demandantes. Estos ponían de manifiesto que la situación de la fábrica no solo obedecía a razones estructurales, sino también a razones coyunturales. Pese a ello, la empresa hizo descansar su posición relativa a las cubas únicamente en las razones estructurales. A ello debe sumársele, además, que la empresa vinculó la oferta de venta de la planta a esa frenada, como requisito *sine qua non*. Durante el proceso de negociación de venta, la empresa se mostró contraria a la oferta planteada alegando aspectos que únicamente le incumbirían al comprador, como por ejemplo las pérdidas que le supondría a éste la adquisición de la fábrica sin el frenado de las cubas. El tribunal, de forma acertada, consideró que no podía cuestionar si la empresa procedía a la venta o no. Sin embargo, constató que su actuación durante este proceso de venta coincidía con su actuación durante el proceso de negociación del despido colectivo. A juicio de la Sala, esto ratificaba la posible existencia de una predeterminada decisión estratégica en torno al despido colectivo.

En quinto lugar, la Sala reparó también en el porcentaje de despidos propuestos por la empresa en relación con el total de la plantilla. En concreto, la empresa decidió despedir al 84.36% de la plantilla, una cifra extrañamente próxima a la marcada por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 20/2018 para el mantenimiento de las ayudas públicas. A grandes rasgos, este precepto vincula la concesión de ayudas públicas a determinadas empresas como la del caso al mantenimiento de la actividad productiva. En concreto, dispone que se entiende incumplida esa obligación de actividad cuando la empresa reduzca de manera efectiva su capacidad de producción en más de un 85% o comunique una decisión de despido colectivo que suponga una reducción de más del 85% de su plantilla total. En la medida en que Alcoa no alcanzaba esa cifra, no se veía en la obligación de devolver las ayudas públicas recibidas. Sin embargo, esa proximidad entre los porcentajes determinaba, a juicio de la sala, que la

configuración del despido colectivo pudiese obedecer a un plan destinado a evitar la aplicación de dicha disposición. En definitiva, las argumentaciones de la empresa conducían a un resultado concreto. Era cierto que el periodo de consultas negociado de buena fe sí se había cumplido formalmente, porque incluso éste fue inusualmente largo, con sucesivas prórrogas. No obstante, desde el punto de vista material, el TSJ de Galicia consideró que la empresa había actuado con mala fe comercial durante éste. Por ello, la Sala declaró la nulidad del despido colectivo, no sin antes advertir que “el fin único y primordial que guiaba a la empresa era apagar las cubas y cerrar la fábrica de la manera más rentable posible”.

Esta victoria de las organizaciones sindicales parte así de una sentencia que combinó muy acertadamente la reflexión jurídica con el análisis y las valoraciones pormenorizadas de los hechos probados. Se arrojaron en ella fundamentaciones que, a buen seguro, serán de especial relevancia a efectos de su recurso ante las instancias superiores.

4. MODIFICACIONES DE CONDICIONES DE TRABAJO A RAÍZ DEL COVID-19 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 2020 (NÚM. REC. 22/2020)

A pesar de que esta sentencia viene a resolver un conflicto colectivo, su fondo posee especial importancia desde el punto de vista del derecho individual. A través de este pronunciamiento el TSJ de Galicia se suma a otros órganos jurisdiccionales españoles en la labor de delimitar el alcance y la calificación jurídica de las medidas modificativas de la prestación laboral adoptadas por el empresario ante las medidas de prevención impuestas por el COVID-19.

El grupo Stradivarius, al igual que otras empresas, se vio obligado a cerrar sus establecimientos textiles el 31 de marzo de 2020, tras la declaración del estado de alarma. Durante el periodo de confinamiento domiciliario, los trabajadores afectados de la provincia de A Coruña estuvieron en situación de permiso retribuido no recuperable, percibiendo íntegramente su salario (incluidas

las comisiones de venta) y sin afectar ello a sus días de vacaciones. En el momento en el que se produjo la "desescalada" y la comunidad autónoma de Galicia entró en la Fase 1, estos establecimientos pudieron abrir de nuevo al público, si bien contando con determinadas restricciones de aforo. Además, la normativa del gobierno en este sentido obligaba a adoptar medidas sanitarias específicas y de prevención de riesgos laborales.

En este sentido, el grupo Inditex (al que pertenece el grupo Stradivarius), elaboró un protocolo de medidas de seguridad y salud en los centros de trabajo abiertos al público. Tras las recomendaciones del servicio de prevención, en este protocolo se introdujo una modificación de los horarios y de los turnos de los trabajadores. Hasta el momento en el que se desencadenó toda esta situación, los trabajadores de los centros de la provincia de A Coruña disfrutaban de un horario por turnos y rotativo. En concreto, la empresa comunicaba con antelación los horarios a 4 o 6 semanas vista. En ellos se recogía para todos los trabajadores un sábado libre por cada tres semanas y un máximo de tres tardes de trabajo por semana. Examinando las medidas de prevención y seguridad, la empresa consideró que este sistema de horarios implicaba que los trabajadores estableciesen numerosos contactos entre sí en días diferentes. Por ello, en el protocolo se implantó la creación de equipos de trabajo fijos, que prestarían los servicios en turnos estancos. La intención era limitar el número máximo de personas por turno para facilitar la correcta trazabilidad de los contactos en caso de detección de un positivo.

En las comunicaciones remitidas por la empresa a los trabajadores notificando estas medidas siempre se hizo constar que eran horarios provisionales y revisables cada 15 días. Se indicaba que esos horarios estaban vinculados a las medidas de desescalada dictadas por el gobierno, atendiendo a las razones preventivas en concreto, y que en cuanto fuese posible se retomarían los horarios ordinarios previstos para ese año.

En todo caso, como consecuencia de los nuevos turnos estancos, efectivamente se vieron afectadas situaciones de modificación de jornada de algunos trabajadores, así como

el descanso entre jornadas y la libranza de los sábados y otras horas en concreto.

En este panorama, CIG interpuso ante el TSJ de Galicia demanda contra la empresa por la vía de conflicto colectivo (en el ámbito de la provincia de A Coruña). Accionaron contra lo que ellos consideraban una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva realizada de forma injustificada y al margen del procedimiento oportuno. Sin embargo, el TSJ discrepó por completo de la posición de la organización sindical, porque no consideró esas medidas encuadrables dentro de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET.

Para llegar a esta conclusión, la Sala realizó un breve repaso de las obligaciones que le correspondían al empresario en materia de prevención de riesgos laborales. En virtud del art. 16 de la LPRL, el empresario está obligado a efectuar una evaluación de riesgos laborales de la que deriva, además, la obligación de llevar a cabo las actividades preventivas necesarias respecto de los riesgos que se detecten en ella. El tribunal consideró que Stradivarius estaba dando cumplimiento a esta obligación al implantar las medidas de los turnos estancos, que devenían imperativas para la empresa ante la existencia de un riesgo de contagio y transmisión entre los trabajadores. A esta causa de la medida se debe sumar, además, su temporalidad, tal y como recalcó la empresa. Estos dos factores determinaron que para el tribunal estuviese ausente el rasgo esencial de sustancialidad exigido por el art. 41 del ET.

La sala consideró que los cambios de turno no podían considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, también reconoció que esos cambios no podían estar amparados simplemente por el *ius variandi* del empresario. Su fundamento y razón de ser no descansaban en el simple poder de dirección del empresario. Aludiendo a la STSJ de Madrid de 25/06/2020, estas medidas intentaban conjugar la obligación de adaptar las medidas impuestas por la normativa del estado de alarma con la normativa de prevención de riesgos laborales y la normativa laboral. Eran

medidas organizativas y de ordenación del tiempo de trabajo temporales cuya cobertura legal se encuadraba dentro de las órdenes y obligaciones del propio estado de alarma.

A través de esta sentencia el TSJ ofreció dos pautas para entender cuándo determinadas modificaciones adoptadas en el marco de la COVID-19 no cuentan con la entidad suficiente para ser calificadas como sustanciales en virtud del art. 41 del ET: la finalidad preventiva y la temporalidad. El tribunal no negó con todo lo anterior que estas medidas no hubiesen supuesto algún tipo de perjuicio para los trabajadores. De hecho, reconoció que fueron adoptadas, en ocasiones, a costa de otros derechos. Sin embargo, sí recalcó que nos encontramos ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural.