DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

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

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

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

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

1. SOMOZA HERMO E ILUNION SEGURIDAD: TRASLADO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sentencia de 11 de julio de 2018, caso *Somoza Hermo y Ilunion Seguridad* (asunto C-60/17) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de julio de 2018)

La sucesión o transmisión de empresa se ha erigido como un fenómeno de una complejidad práctica notable, y así lo están demostrando los numerosos litigios que se generan al respecto no sólo ante los tribunales españoles, sino también ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, que en variadas ocasiones han tenido su “desenlace” ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El ordenamiento jurídico español dedica, en concreto, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a la sucesión de empresa, con la redacción actual otorgada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que incorporó el contenido ordenado por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, del

Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad.

La intención de esta regulación específica no es otra que la protección de los trabajadores que se ven afectados por un cambio de empresario y que pueden ver peligrar así el mantenimiento de sus derechos e, independientemente de los reproches interpretativos que se puedan realizar respecto de la exactitud de los preceptos o de su correcta incorporación y transposición, la cuestión tampoco ha sido olvidada por los convenios colectivos. En este sentido, y tratándose del texto que ha dado lugar al periplo judicial que se examinará, destaca el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad que, en su artículo 14, dispone previsiones específicas referidas a los ceses de empresas de seguridad en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por la rescisión del contrato de arrendamiento y las obligaciones relativas a los contratos de trabajo respecto de los cuales se subroga nueva empresa adjudicataria y que, a priori, se limitan a aquellas generadas con posterioridad a la fecha del correspondiente cese (a diferencia de lo previsto en el artículo 44 ET, que establece la responsabilidad solidaria por un periodo de 3 años de cedente y cesionaria por las obligaciones laborales anteriores al cese).

Es precisamente en esta dualidad en la que se dibuja el caso del Sr. SOMOZA HERMO. Vigilante de seguridad para la empresa ESABE VIGILANCIA, adjudicataria del servicio de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela hasta octubre de 2012, tras la adjudicación del servicio a la empresa VINSA (actual ILUNION SEGURIDAD) pasa a ser contratado por esta última en virtud de la obligación dispuesta en el precepto del convenio colectivo anteriormente mencionado y, dado que ESABE le adeudaba una serie de diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias devengadas durante los años 2010 a 2012, decide reclamárselas, ante lo cual obtiene simplemente una negativa precisamente en base a dicho

artículo 14, que exoneraba presuntamente a VINSa de las deudas generadas con anterioridad a la transmisión, deudas que le correspondían a ESABE, la cual también se negó. Por ello, el Sr. SOMOZA interpuso demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela, que consideró de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores por haberse producido una sucesión empresarial en dichos términos y condenó a ambas empresas al abono de las cantidades correspondientes en régimen de responsabilidad solidaria.

La falta de acuerdo referida a la aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad o, contrariamente, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, trae su causa en el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 2016 según el cual, cuando se produce una sucesión de contratistas, como había sido el caso, la subrogación no se produce en virtud del artículo 44 ET (si no hay una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas) sino en virtud del mandato que recoge el convenio colectivo, al entender así que la sucesión de la plantilla no puede determinar la conocida "transmisión de una entidad económica" que determinaría la aplicación del artículo 44 ET en la medida en que, precisamente esa transmisión, no es fruto de la autonomía individual de la cesionaria, es consecuencia del cumplimiento de la obligación dispuesta en el convenio colectivo.

Ante estos hechos y el recurso interpuesto por VINSa ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, éste decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de Auto de fecha 30 de diciembre de 2016 dos cuestiones prejudiciales a efectos de determinar:

- 1) Si el supuesto de hecho en el que la nueva adjudicataria del servicio, como consecuencia del cese de la anterior adjudicataria por rescisión del contrato de arrendamiento, se hace cargo de una parte esencial de la plantilla en la ejecución de un servicio y actividad fundado en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones) entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23 aún

cuando esa subrogación se hace en virtud del imperativo que dispone el convenio colectivo aplicable.

2) Si, en caso de que la respuesta anterior fuese afirmativa, resulta conforme al artículo 3.1 de la misma Directiva una interpretación de la responsabilidad de cedente y cesionario que sostenga que dicha solidaridad no se aplica respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión por venir ésta impuesta por las previsiones del convenio colectivo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio respuesta a ambas cuestiones, de una forma relativamente sencilla, en la Sentencia de 11 de julio de 2018, caso *Somoza Hermo y Ilunion Seguridad* (asunto C-60/17). Respecto de la primera de las cuestiones, el TJUE se detiene especialmente en recordar que el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, tal y como ya había determinado, no debe interpretarse de una forma estrictamente literal, de tal modo que el término de cesión contractual recogido en el mismo y que determina la transmisión correspondiente no implica la necesidad de una relación contractual directa entre cedente y cesionario, sino que puede producirse la cesión a través de un tercero, tal y como sucede en el supuesto a tratar tras la rescisión del correspondiente contrato de arrendamiento. En consecuencia, la transmisión debe tener por objeto “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesoria”. El TJUE entiende que, cuando se trata de una actividad fundada esencialmente en la mano de obra como puede ser la vigilancia de seguridad de las instalaciones, que no requiere del uso de materiales específicos, “el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica” si mantiene su identidad aún después de la transmisión cuando el nuevo empresario no sólo continua con la actividad, sino que se hace cargo de una parte esencial de los mismos en número y competencias. Así, el hecho de que Vinsa se hubiese hecho cargo de los trabajadores que ESABE dedicaba a la realización de las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones determina que la identidad económica se mantiene después de realizada la

transmisión y, consecuentemente, sí resulta de aplicación el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, primando por encima de la obligación del convenio colectivo (que persigue la misma finalidad que la propia Directiva) la efectiva transmisión de la entidad económica.

En contraposición a esta respuesta tan determinante para la primera cuestión, el TJUE no puede pronunciarse correctamente respecto de la segunda formulada en la medida en que, si bien el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 enuncia el principio de transferencia de los derechos y obligaciones de la relación laboral al cesionario, refleja también un mandato directo a los Estados miembros para su regulación concreta. Así lo ha realizado España en su correspondiente artículo 44.3 ET, pero la colisión de este precepto con el correspondiente artículo 14 del Convenio Colectivo de las empresas de seguridad y su examen no entra dentro de las competencias del TJUE, por tratarse simplemente de cuestiones de jerarquía de las normas en el Derecho Interno.

El testigo dado por el TJUE con su resolución debió ser cogido, evidentemente, por el TSJ, formulador de las cuestiones, y así se pronunció en su Sentencia de 26 de julio de 2018. El TSJ muestra una postura totalmente coordinada con el TJUE respecto a la aplicación del artículo 44 ET por la sucesión empresarial y contraria, consecuentemente, a la mantenida con anterioridad por el Tribunal Supremo, por entender cuanto menos “dudoso” el hecho de que se pudiera eludir la aplicación del precepto por una transmisión derivada de la autonomía colectiva y no de la autonomía individual. Así, entendiéndose plenamente probada la transmisión de la unidad económica con la sucesión de la plantilla y siendo de aplicación los artículos 44 ET, 1.1 y 3.1 Directiva 2001/23, la jerarquía normativa como principio recogido en el artículo 3 ET determina que el artículo 44 ET, en su carácter de derecho necesario transponiendo la correspondiente Directiva y, en su caso, reforzando el principio de responsabilidad solidaria en ella recogida, prevalece sobre la norma convencional que otorga un menor grado de protección a los trabajadores, condenando así a las dos empresas implicadas.

En todo caso, a través de esta sentencia, el TSJ quiere dejar todavía un interrogante abierto y es que, lo que principalmente se buscaba a través de la segunda cuestión prejudicial planteada, era poder determinar la verdadera operatividad de la disponibilidad de la Directiva para los interlocutores sociales. Los Estados miembros, en virtud del artículo 3.1 de la Directiva, "podían" establecer la responsabilidad solidaria de las obligaciones anteriores a la transmisión, y no sólo así se ha hecho en el artículo 44.3 ET, con una mayor exigencia que la comunitaria, sino también en diferentes convenios colectivos que regulan el fenómeno como "norma de transposición" y, como es el supuesto a tratar, de una manera más laxa. ¿Opera la norma del Estatuto de los Trabajadores transpuesta por el Estado español de forma imperativa para la negociación colectiva o el convenio colectivo puede verdaderamente funcionar como norma de transposición? Se trata de una cuestión todavía por resolver.

2. DISCRIMINACIÓN LABORAL Y SUS VERTIENTES

La discriminación como una diferencia de trato arbitraria, sin justificación objetiva y razonable, es un fenómeno que, desgraciadamente, también se produce en el ámbito de las relaciones laborales, impidiendo el goce y ejercicio de determinados derechos en condiciones de igualdad. La Organización Internacional del Trabajo siempre se ha preocupado por la igualdad y la no discriminación en el empleo (Convenios núm. 100, sobre igualdad de remuneración, de 1951, y núm. 111, sobre la discriminación, de 1958), pero lo cierto es que siguen observándose en los tribunales numerosos procesos donde se busca, precisamente, la tutela del derecho fundamental a la igualdad, tanto por discriminaciones directas como indirectas.

En consecuencia, a lo largo de este apartado se observarán diversas manifestaciones de la discriminación más característica, que es aquella que se da por razón del género y respecto de la cual se poseen abundantes referencias normativas, pero también se estudiará la plasmación real del principio de no discriminación de

trabajadores a tiempo parcial, ya plasmado desde las instancias europeas en la Cláusula Cuarta del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997) en la medida en que el dominio prácticamente absoluto de las mujeres en los contratos a tiempo parcial provoca una interrelación entre ambos fenómenos discriminatorios que no merece ser obviada.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 2018: planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Al hilo de la introducción se mencionaba cómo la predominancia de las mujeres en los contratos a tiempo parcial determina la interrelación entre dos grandes principios de no discriminación: no discriminación por razón de género y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial. Es precisamente en esta tesitura en la que se ha encontrado recientemente el Tribunal Superior de Justicia al hilo del cómputo de la antigüedad de una trabajadora fija discontinua de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).

Esta trabajadora, Doña Delia, venía prestando servicios para la AEAT desde 9 de febrero de 2009 a través de un contrato que las partes calificaron como "contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos", de tal modo que la trabajadora prestaba sus servicios entre 1 y 5 meses al año durante la Campaña de la Renta como auxiliar de administración e información. La AEAT expidió una certificación el 26 de mayo de 2015 reconociéndole como servicios prestados, a efectos de trienios, 1 año 6 meses y 2 días, computando únicamente los periodos de tiempo de prestación efectiva y no los que intermediaban entre los llamamientos. Por ello, Doña Delia, agotada la vía administrativa, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social de A Coruña, que estimó parcialmente la pretensión de Doña Delia condenando a la AEAT a tomar en cuenta la totalidad del tiempo transcurrido desde la primera campaña de inicio de la relación discontinua a efectos del devengo del

complemento de antigüedad, pero no a efectos de promoción profesional.

Contra dicha sentencia interponen ambas partes recurso de suplicación, y es precisamente al examen de los datos estadísticos y de la normativa aplicable cuando al Tribunal le surgen dudas en relación a la coherencia de los mismos con el Derecho de la Unión Europea.

Con carácter general, si bien el artículo 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores enuncia la igualdad de derechos entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, esta regla de la proporcionalidad sigue siendo enunciada por el Convenio Colectivo del personal laboral de la AEAT en su artículo 30, donde se entiende que los periodos de tiempo trabajados como fijos discontinuos computan a efectos de antigüedad a todos los efectos y las retribuciones a percibir serán proporcionales a dicho tiempo, incluidos los complementos de antigüedad. La AEAT propone, a juicio del tribunal, una forma del cálculo que puede resultar en una indebida aplicación de la regla de la pro rata en la medida en que se proyectará solo sobre la cuantía anual de las percepciones (si un trabajador trabaja sólo 4 meses al año y sólo cobra el trienio durante esos 4 meses, cobraría la tercer parte de la cuantía que cobraría un trabajador a tiempo completo), adquiriendo así un derecho económico de una manera más lenta que los trabajadores a tiempo completo, pudiendo ser contrario a la Cláusula Cuarta del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE).

La "doble discriminación" viene se produce cuando, estadísticamente, existe en la AEAT una feminización del personal fijo discontinuo a su servicio contratado para las campañas de la renta, donde se habla de una proporción de 78.09% de mujeres por 21.91% de hombres. Por todos es conocido que las circunstancias coyunturales de familia, sociedad y mercado de trabajo condenan a las mujeres a acudir a esta modalidad contractual, especialmente por las dificultades de conciliar el trabajo con la vida personal y familiar y la escasa corresponsabilidad masculina. Si se manejan las cifras anteriores, la práctica de la AEAT

provocaría una discriminación indirecta ya que, si bien se trata de una disposición neutra, se pondría al colectivo de las mujeres en una posición de desventaja con respecto al colectivo de los hombres, en un símil a lo sucedido en el caso *Hill & Stapleton* (Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1998, asunto C-243/95), vulnerando así el artículo 2.1 b) y 14.1 de la Directiva 2006/54/CE.

Esta serie de interrogantes provoca que el Tribunal Superior se vea obligado a suspender el procedimiento y elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en los siguientes términos: “¿Resulta contrario a lo establecido en la cláusula 4ª, apartados 1 y 2, del Acuerdo marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial – Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y a los artículos 2.1 b) y 14.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la disposición contenida en un convenio colectivo y la práctica empresarial según las cuales a efectos retributivos y a los efectos de promoción se debe calcular la antigüedad de una trabajadora a tiempo parcial con distribución vertical de la jornada en cómputo anual atendiendo solo al tiempo de prestación de servicios”. Sin lugar a duda, pese al tiempo que haya que esperar de cara a su resolución, se trata de un acertado punto de vista que traerá numerosas consecuencias en ambos sentidos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 2/2019, de 28 de diciembre

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, a través de esta sentencia, viene a desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social de Ourense, condenando a dicha entidad a abonar a la actora, Doña Milagrosa, los complementos de atención continuada en un promedio mensual que se le habían denegado por no haber sido prestadas efectivamente las guardias durante su permiso por estado de gestación y baja por maternidad.

Doña Milagrosa venía prestando servicios para el SERGAS desde el 21 de mayo de 2014 mediante un contrato para la formación de médico residente (regulado por el Real Decreto 1146/2006); es decir, un contrato con una actividad eminentemente formativa del que formaban parte esencial la realización de guardias por las cuales, además, se preveía una remuneración complementaria (complemento por atención continuada). Doña Milagrosa, desde octubre de 2016 a octubre de 2017 había realizado guardias retribuidas que suponían, en un promedio mensual, un complemento de 1.649,56 euros. Sin embargo, estas guardias cesaron a partir de noviembre de 2017 por adaptación del puesto por maternidad, disfrutando doña Milagrosa de un permiso por estado de gestación del 3 al 17 de diciembre de 2017 y encontrándose desde el 18 de diciembre de 2017 en situación de incapacidad temporal por baja maternal.

Doña Milagrosa solicitó el 9 de febrero de 2018 que se le abonase el complemento de atención continuada en ese correspondiente promedio anteriormente mencionado durante los periodos en los que se encontraba de baja por situación de embarazo y maternidad y, siéndole denegado dicho derecho el 26 de marzo, interpuso demanda el 11 de abril de 2018, considerando el Juzgado de lo Social que se había vulnerado el derecho de la actora a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, debiendo el SERGAS abonar el promedio que percibió en el año anterior por dicho complemento y mientras persistiese la situación de baja por maternidad.

El SERGAS interpuso recurso de suplicación contra dicha sentencia entendiendo, bajo una lógica jurídica reprochable según el Tribunal, que dicho complemento de atención continuada exigía para su devengo la efectiva prestación de servicios, no pudiéndose producirse incrementos retributivos por concurrir circunstancias económicas excepcionales y sin existir ninguna norma que permita retribuir al personal vinculado con la relación laboral de médico residente dicho complemento promedio, derecho que sólo se le reconoce al personal estatutario en situación de incapacidad temporal desde el 1 de enero 2018.

El Tribunal entiende que la maternidad y la situación de riesgo durante el embarazo constituyen una realidad biológica exclusiva de la mujer protegida por el artículo 39.2 de la Constitución Española, atendiendo precisamente a la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada y, con carácter habitual, la jurisprudencia ha venido afirmando que no es estrictamente necesaria la vinculación del complemento de atención continuada con la efectiva prestación de servicios, teniendo en cuenta que dicho complemento integra la remuneración ordinaria de los residentes. En sentido similar se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2017 al hilo de un supuesto de adaptación del puesto de trabajo de una residente por razón de riesgo durante el embarazo en la medida en que la supresión de las guardias provocaba una minoración salarial discriminatoria por razón de sexo. En este caso concreto enjuiciado por el Tribunal Supremo, el hecho de que la adaptación del puesto de trabajo fuese posible provocaba que la trabajadora se encontrase en una situación de desventaja en comparación a la situación que se produciría si no lo fuese en la medida en que la suspensión por riesgo durante el embarazo obligaba a otorgarle una prestación donde se incluyese, en la base reguladora, los complementos salariales de atención continuada.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia, en base al artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE considera que el criterio del SERGAS de vincular al complemento la efectiva prestación del servicio provoca una situación discriminatoria para la mujer en comparación con sus compañeros varones ya que la imposibilidad de realización de guardias implicaría un detrimento salarial que éstos no sufrirían por no poder encontrarse ellos en situación de baja por riesgo durante el embarazo, lactancia o permiso de maternidad, de tal modo que se confirma la obligación de la entidad recurrente a abonar dicho complemento a Doña Milagrosa.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA

La irregularidad en la contratación y en el encadenamiento de contratos laborales provocan una merma considerable de las garantías y derechos de los trabajadores condenados a

la inestabilidad pero que, en realidad, se encuentran cubriendo puestos de necesidad estructural dentro de las correspondientes empresas. Este fenómeno, sin embargo, no es exclusivo del sector privado, sino que, en la actualidad, también está muy presente en los sectores públicos como la educación y la sanidad, siendo, desgraciadamente, una práctica bastante generalizada en las Administraciones Públicas hasta el punto de llegar a tener que formularse por parte de la jurisprudencia social la famosa y extraña categoría del "indefinido no fijo". La continuación en el tiempo, sin apenas solución de continuidad, de diferentes contratos temporales para el mismo empleador evidencia que este último no tiene que cubrir una necesidad temporal, y por ello es cada vez más habitual que los trabajadores afectados acudan a los tribunales para que dicha relación sea categorizada como indefinida.

Por ello, a continuación, se explicarán dos recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia abordando concretamente los efectos que se desencadenan de la utilización abusiva de contratos de interinidad en entidades públicas, el paradigma más típico de las irregularidades contractuales existentes en dicho ámbito y que, en gran número de asuntos, terminan con la caracterización de la relación laboral en indefinida no fija.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 3712/2018, de 28 de septiembre

La Sala de lo Social estimó en esta sentencia el recurso de suplicación interpuesto por la entidad demandada CORPORACIÓN RADIO E TELEVISIÓN DE GALICIA y el interpuesto por la actora, declarando la relación laboral que unía a las partes como indefinida no fija y fijando la antigüedad en una fecha diferente a la requerida por la actora por no resultar de aplicación la doctrina de la unidad esencial del vínculo.

La actora, Doña Berta, venía prestando sus servicios desde el 1 de diciembre de 2003 con la categoría de ayudante de realización para la Compañía de Radio Televisión de Galicia (en adelante CRTVG) a través de un total de 66 contratos

de interinidad hasta la fecha de su primer cese, el 30 de junio de 2012, cuando CRTVG le comunicó que, tras la cobertura definitiva de la plaza que ocupaba a raíz del proceso de selección en el que ella misma había participado, se extinguía la relación laboral. Ya con anterioridad Doña Berta había interpuesto demanda de reconocimiento de derecho y cantidades ante el Juzgado de lo Social de Santiago, que declaró el carácter indefinido de la relación por la ineficacia del contrato de interinidad. Así, ante su cese, interpuso de nuevo demanda de despido, que fue declarado nulo por el mismo Juzgado por vulneración de la tutela judicial efectiva y de la garantía de la indemnidad, debiendo ser readmitida en su mismo puesto de trabajo; sentencia que fue confirmada por el TSJ de Galicia (Sentencia de 17 de enero de 2014) y por el Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de julio de 2015).

En julio de 2012 Doña Berta suscribió de nuevo con CRTVG 45 contratos de interinidad por sustitución, finalizando el último el 18 de septiembre de 2014 (13 contratos por vacaciones, 6 por enfermedad y 26 por asuntos propios). Desde el 11 de noviembre de 2014 al 10 de noviembre de 2015 Doña Berta estuvo en suspensión temporal de llamamientos en las listas de contratación de la entidad por trabajo en el extranjero y, tras solicitar de nuevo su alta, entre el 22 de abril de 2016 y el 5 de marzo de 2017 suscribieron las partes 24 contratos de interinidad por sustitución.

Doña Berta interpuso de nuevo demanda contra CRTVG y FOGASA solicitando la indemnización por el cese producido el 30 de junio de 2012 y la declaración de la relación laboral indefinida a partir de julio de 2012.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela estimó parcialmente la demanda interpuesta por doña Berta, declarando únicamente el derecho a percibir la indemnización y desestimando el resto de las pretensiones, ante lo cual se interpone recurso de suplicación tanto por CRTVG como por la trabajadora demandante, instando esta última a que se reconociese una nueva suma y una nueva relación laboral de carácter indefinido desde el 16 de julio de 2012.

De entre los motivos alegados en el recurso de suplicación por CRTVG destacan, desde el punto de vista procesal, la estimación parte del TSJ de la excepción de cosa juzgada. Doña Berta ya había solicitado la indemnización correspondiente a su cese laboral producido el 30 de junio de 2012, de tal modo que, aunque en instancia no se había apreciado el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada por no existir la identidad de acciones en la medida en que la indemnización que se había reconocido era en el seno de un proceso de despido, el Tribunal entiende que la acción ejercitada, con independencia de su nombre, ya fue planteada en dicho proceso de despido donde recayó sentencia firme, siendo así que el proceso de despido y la indemnización reclamada en la actualidad se sustentaban esencialmente sobre la base de los mismos hechos, el cese de la trabajadora, siendo las partes las mismas que en ese proceso anterior.

En cuanto al tema primordial, la contratación abusiva y fraudulenta, el TSJ toma como referencia una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de mayo de 2017 (caso Pérez López y Hospital Clinic de Barcelona) reconociendo que, aunque no se trate en la presente litis de un sector como el sanitario donde se acude a la contratación temporal de manera sumamente reiterada, las reglas sentadas en ella pueden resultar de aplicación. Los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.3 del Real Decreto 2720/1998 determinan que en supuestos de utilización abusiva de la contratación temporal se declare indefinido a los trabajadores, en línea con la Directiva 1999/70/CE, de tal modo que el TSJ fundamenta la categoría de indefinida no fija de Doña Berta en base a la concatenación contractual inusualmente larga (STJUE de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, C-677/2016) en la medida en que, si bien el contrato de interinidad por sustitución no establece un máximo de duración temporal antes de que se considere la relación como indefinida, el resto de contratos temporales poseen ese parámetro situado en torno a los 3 o 4 años, de tal modo que la existencia de 45 contratos de interinidad junto con otros diferentes determinan que la

necesidad de la empresa no es temporal, sino estructural y permanente.

Junto con la declaración de indefinición viene consigo el examen de la antigüedad de dicha relación y, en este punto, rechaza el Tribunal la aplicación de la doctrina de la unidad esencial del vínculo. Si bien esta doctrina enunciada fundamentalmente por el Tribunal Supremo fue ampliando progresivamente el plazo de 20 días para determinar la interrupción significativa a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, Doña Berta solicitó la suspensión temporal de llamamientos por trabajo en el extranjero y se mantuvo en esa posición durante 13 meses, periodo durante el cual la trabajadora estuvo prestando servicios, de tal modo que el Tribunal fija la antigüedad en la fecha de la primera contratación posterior al alta en las listas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 8/2019, de 20 de diciembre

A través de esta sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia frente a la sentencia de instancia, declarando la relación de una trabajadora interina por vacante como indefinida no fija por superar el plazo máximo para su cobertura.

La actora, Doña Vicenta, venía prestando servicios para la Xunta de Galicia, en una Guardería Infantil, desde 10 de julio de 2009 como ayudante de cocina a través de 8 contratos temporales hasta el 31 de mayo de 2011, y sin solución de continuidad, con un contrato de interinidad por vacante desde el 1 de junio de 2011 para sustituir a trabajadores con derecho para prestar servicios en el mismo centro de trabajo, contrato que tuvo una duración superior a tres años. Así las cosas, Doña Vicenta presentó demanda de reconocimiento de derecho el 10 de noviembre de 2017 para que fuese declarada su relación laboral como indefinida, siendo así estimado por la Sentencia del Juzgado de lo Social de Pontevedra y, contra dicha sentencia, recurrió la entidad demandada.

En opinión de la Xunta de Galicia, y en base a los artículos 15.1 ET y 4.1 RD 2720/1998, los contratos de interinidad por vacante se convierten en indefinidos no fijos cuando se demuestre una contratación irregular o fraudulenta. La duración del contrato de interinidad por vacante abarca el proceso de selección o promoción del puesto para su cobertura indefinida en las Administraciones Públicas. Si bien el Estatuto Básico del Empleado Público dispone una duración máxima de tres años, el Tribunal Supremo (STS de 14 de octubre de 2014) ha señalado que la relación laboral del interino por vacante se convierte en indefinida cuando se supere el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta. Si bien durante el año 2012 no se podía proceder a la incorporación de nuevo personal en virtud del artículo 3 del Real Decreto-Ley 20/2011, la actora pretendía que se le declarase fija el 10 de noviembre de 2017, no en 2012. Las leyes presupuestarias de la Comunidad Autónoma de Galicia desde 2012 a 2017 limitaban, en cierta medida, la incorporación de nuevo personal, pero el Tribunal entiende que la plaza de la actora pudo y debió haber sido incluida en las ofertas públicas de 2011 o 2012 si su contrato fue con posterioridad a la convocatoria de 2011 en la medida en que el artículo 70.2 EBEP dispone que la prueba pudiese realizarse en cualquiera de los años siguientes. Habiéndose superado así ese plazo legal de 3 años sin cobertura de la plaza, la actora adquiere la condición de no fija ante el incumplimiento de la normativa legal por parte de la propia Administración, si bien debe ésta superar las correspondientes pruebas objetivas para acceder a la condición de fija.

4. DESPIDO Y EXTINCIÓN CONTRACTUAL

La extinción de la relación laboral y el despido constituyen, en su categoría sumamente amplia, el mayor número de procedimientos que se sustentan ante los Juzgados de lo Social y que, con posterioridad, llegan al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia. Dentro de este apartado se

examinarán dos grandes cuestiones, como son la improcedencia y la nulidad del despido.

En concreto, se verá, en primer lugar, cómo los mecanismos fraudulentos que evitan la reincorporación de una trabajadora interina tras el disfrute de una excedencia voluntaria pueden operar en la realidad como un despido improcedente que obliga a la entidad a abonar la correspondiente indemnización, con una mención especial a los salarios de tramitación.

La nulidad del despido supone de por sí una finalidad discriminatoria acompañada, en la mayor parte de las situaciones, de una vulneración de derechos fundamentales. En esta línea, en primer lugar, se observará cómo la inexistencia de causa probada en el despido, incluso cuando ésta se ha pactado como una cláusula rendimiento mínimo en el contrato, hace que éste se convierta en nulo cuando un trabajador, con carácter previo, solicita una reducción de jornada por cuidado de menor. A su vez, en segundo lugar, se observará conjuntamente la operatividad de la garantía de indemnidad y la protección de la enfermedad en la extinción de la relación laboral equiparada, a raíz de la jurisprudencia del TJUE, a la discapacidad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de diciembre de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal a través de esta sentencia viene a estimar parcialmente el recurso interpuesto por la actora contra la Sentencia de instancia, declarando así la existencia de un despido improcedente por la denegación del reingreso de la misma tras el disfrute de una excedencia voluntaria y condenado a la entidad demandada a abonar la correspondiente indemnización.

Doña Joaquina venía prestando servicios para el Consorcio Galego de Servizos de Igualdade e Benestar desde el 16 de diciembre de 2009 en virtud de cuatro contratos de interinidad, dos por sustitución y dos por vacante. El 31 de agosto de 2015 solicita excedencia voluntaria, siéndole ésta reconocida por Resolución de la entidad de 22 de septiembre de 2015, abarcando un periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2015 al 1 de julio de 2017 con

arreglo a los artículos 92 EBEP y 15.6 y 46.2 y 5 ET. Un mes antes de la expiración de este periodo, el 1 de junio de 2017, Doña Joaquina solicita una ampliación de la excedencia hasta el 1 de agosto de 2020, y ésta es denegada por el Consorcio a través de resolución de 28 de agosto de 2017 comunicada a través de correo electrónico a la trabajadora el 1 de septiembre de 2017. Ante esta situación, tres días más tarde solicita la trabajadora la reincorporación al puesto de trabajo, que a su vez es denegada por el Consorcio el 12 de septiembre por no haberla solicitado con anterioridad a la expiración del periodo de excedencia voluntaria (recuérdese que éste era el 1 de julio de 2017).

El debate central para poder saber si esta denegación de la reincorporación de Doña Joaquina opera como un despido improcedente radica en conocer el verdadero motivo de la denegación de la prórroga solicitada con anterioridad y el periodo de tiempo tan largo que se ha tomado la entidad para resolverla. Es evidente que la trabajadora no pudo solicitar la reincorporación con anterioridad a la finalización del periodo de excedencia voluntaria en la medida en que ésta, el mes anterior a dicha fecha, había solicitado la prórroga de la excedencia, y dicha prórroga no se resolvió hasta finales del mes de agosto, cuando en principio la excedencia finalizaba el 1 de julio. El Consorcio basó la negativa de la prórroga en el artículo 24.3 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, que únicamente permite reconocer la situación de excedencia voluntaria al personal fijo, estando la trabajadora contratada a través de contrato temporal, a pesar de habersele reconocido con anterioridad a dicha fecha la excedencia.

El Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, entra a evaluar la verdadera aplicación de este Convenio. El personal laboral del Consorcio, entidad demandada, se integró en dicho convenio a través de un acuerdo publicado en el Diario Oficial de Galicia el 30 de junio de 2017, de tal modo que cuando Doña Joaquina solicitó la prórroga éste no resultaba de aplicación. Si el Consorcio hubiese contestado antes del 1 de julio del 2017 a la trabajadora, no se habría

producido la situación actual, teniendo en cuenta además que la aplicación estricta del artículo 24.3 del Convenio Colectivo como pretende la entidad traería consigo una declaración de nulidad del acto administrativo de reconocimiento de la excedencia voluntaria. En consecuencia, la tramitación tardía de la denegación de la prórroga de la excedencia traía como causa la espera para que dicho Convenio Colectivo resultase de aplicación al personal del Consorcio, teniendo así un fundamento legal que, a su vez, impidiese una correcta reincorporación de la trabajadora, vulnerando así las reglas de la buena fe a juicio de la Sala (artículo 7 del Código Civil).

En este sentido, el Tribunal advierte que, si bien no existe uniformidad en la jurisprudencia acerca de la existencia o no del derecho de los trabajadores temporales de la excedencia voluntaria, éste en su sentencia de 20 de marzo de 2018 plasmó que no existe ninguna causa para denegarlo, de tal modo que el propio precepto alegado del Convenio Colectivo resultaría ilícito por referirse únicamente a los trabajadores fijos y no a los temporales.

La trabajadora realmente no solicitó la reincorporación hasta finalizada la excedencia voluntaria a pesar de que no existe ninguna obligación taxativa para ello (se habla generalmente de una anticipación prudencial), es decir, la solicitó el 4 de septiembre finalizando ésta el 1 de julio, pero esto no implica para el Tribunal que hubiese precluido su derecho a reincorporarse en la medida en que la trabajadora no pudo cumplir dicho requisito por un indebido proceder del Consorcio. La voluntad de la trabajadora de continuar vinculada resultaba clara en la medida en que solicita el reingreso tan sólo tres días después de la comunicación de la denegación de la prórroga.

En base a estas razones, el Tribunal considera que la actora había solicitado tempestivamente su reingreso, de tal modo que la denegación del mismo sin causa legal, lícita y válida opera como un despido que debe ser calificado como improcedente en base al artículo 55.4 ET. A partir de esta premisa, para la determinación de la indemnización la Sala realiza una serie de puntualizaciones. En primer lugar, teniendo en cuenta que la trabajadora ha estado de

excedencia desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 30 de junio de 2017, sólo se computan como años de servicio el tiempo trabajado en la empresa (STS de 10 de julio de 1989). En segundo lugar, en cuanto a los salarios de tramitación, si bien con anterioridad el Tribunal Supremo venía entendiendo que, produciéndose el despido cuando un trabajador se encontraba en excedencia voluntaria, no recibía ningún tipo de remuneración, de tal modo que no se podía condenar a la empresa al abono de los correspondientes salarios de tramitación (STS de 3 de mayo de 2011), esta doctrina sufre una serie de matizaciones a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, donde se determina que si la empresa incumple con la obligación de readmisión, el trabajador, en realidad, desde la fecha en que debería haberse cumplido con la misma se encuentra en una situación análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, de tal modo que el empresario sería condenado al abono de los salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido bajo las reglas generales de la improcedencia. En base a ello, el Tribunal considera como fecha del despido el 14 de septiembre de 2017, donde tiene conocimiento la trabajadora de la resolución por la que se le deniega el reingreso, de tal modo que se condena al Consorcio a abonar a la trabajadora los salarios de tramitación desde dicha fecha.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 4368/2018, de 21 de noviembre

En esta sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia que declara como nulo el despido de un trabajador realizado con posterioridad a la solicitud por el mismo de reducción de jornada por cuidado de menor (art. 37.6 ET), alegando la empresa el incumplimiento de la cláusula de rendimiento mínimo recogida en el contrato.

Don Ovidio prestaba servicios para la empresa XILON SOLUTIONS SL desde el 16 de abril de 2015 como teleoperador, y en el contrato de trabajo inicialmente suscrito por las partes se disponía, en su cláusula adicional

tercera, que el trabajador se obligaba a conseguir un objetivo de ventas mínimo cuyo incumplimiento determinaría la extinción del contrato de trabajo en virtud del artículo 49.1 ET: una venta los 15 primeros días, 4 ventas el primer mes, 6 ventas el segundo mes y 8 ventas el tercer mes y sucesivos. Durante los meses de enero y febrero de 2017 suscribió 8 ventas, si bien dicha cifra varió en marzo (1 venta), abril (4 ventas), mayo (3 ventas) y junio (4 ventas). No obstante, cabe señalar que durante el 16 de marzo al 12 de abril el trabajador disfrutó de su permiso de paternidad, solicitando reducción de jornada por cuidado de menor el 3 de julio sin recibir contestación de la empresa. Dos días más tarde, el 5 de julio, la empresa le remite a Ovidio una carta comunicándole la extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento de dicha cláusula mencionada con anterioridad.

La cláusula de rendimiento mínimo y la correspondiente extinción por su incumplimiento, si bien tiene su encaje en el artículo 49.1 b) ET, convive con la causa de despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo norma lo pactado (art. 54.2 e) ET). El tribunal que dicha cláusula resulta válida siempre que el rendimiento pactado no se considere abusivo respetando los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe (art. 1124 del Código Civil). Sin embargo, la extinción del contrato en base a dicho incumplimiento contractual requiere que se trate de una causa imputable al propio trabajador, debiendo existir elementos comparativos y pruebas exculpatorias o justificativas. El empresario no sólo tiene que justificar la disminución pactada, sino que ésta se ha producido de manera continuada y voluntaria, debiendo analizar, con arraigo a esa buena fe, "la incidencia de los distintos factores que hayan podido conducir a ese incumplimiento de las obligaciones, analizando en todo caso su relevancia".

El juzgador de instancia ha considerado en la presente litis que sólo se ha probado un mes de bajo rendimiento (teniendo en cuenta los periodos de descanso del trabajador) y, en base a ello, el Tribunal Superior de Justicia considera que ese único mes no puede acarrear la extinción

del correspondiente contrato por tratarse de una disminución esporádica y aislada, especialmente cuando la empresa pudo haber extinguido el propio contrato desde el momento en que el trabajador incumplió el mínimo en marzo, abril o mayo. La empresa procede a la extinción del contrato en julio, momento en el que el actor solicita la reducción de jornada para cuidado de menor y, si bien ésta considera que el trabajador busca a través de esta solicitud el blindaje de su contrato por saber que se están produciendo otras extinciones contractuales de sus compañeros en base a la misma cláusula, el Tribunal efectivamente considera que el despido se constituye como nulo en base al artículo 55.5 b) ET (se considera como nulo si no concurre la correspondiente causa y/o forma el despido de las personas trabajadoras que hayan solicitado el permiso referido en el artículo 37.6 ET), de tal modo que se considera confirma la sentencia de instancia, condenando a la empresa a la reincorporación inmediata del trabajador y el abono de los salarios de tramitación correspondientes.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de diciembre de 2018

La nulidad de la extinción laboral obedece a razones de vulneración de derechos y libertades fundamentales, dentro de los cuales se encuentra la garantía de indemnidad y la discriminación por razón de discapacidad. A través de esta sentencia, la Sala de lo Social viene a confirmar la sentencia de instancia donde se considera que las continuas reclamaciones de adaptación del puesto de trabajo por parte de la trabajadora a su situación de incapacidad temporal y la consecuente extinción de la relación laboral provocan que dicha extinción sea nula no sólo por su género discriminatorio en atención a la discapacidad de la trabajadora, sino por actuar como una represalia.

Virginia, desde 1982, prestaba sus servicios por cuenta ajena para la Consellería de Facenda con la categoría profesional de ordenanza, causando situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual el 3 de octubre de 2012. Así, tres años más tarde, en el 2015 la trabajadora solicita, en base al artículo 7.4 del Convenio

Colectivo único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, la adjudicación de un puesto de trabajo que sea compatible con su estado de salud, reclamación que es estimada y a partir de la cual se le adjudica el puesto de vigilante fija. En septiembre de 2017 el INSS declara a la trabajadora, de nuevo, en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de vigilante fija con un plazo de revisión hasta el 2020 (sin previsión de reincorporación en el plazo de 2 años), y aunque se vuelva a solicitar por la trabajadora días más tarde la nueva adaptación del puesto, el 14 de septiembre de ese mismo año se declara extinguida la relación laboral por resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Consellería de Facenda.

Habiendo formulado demanda de despido Virginia, ésta es estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Lugo, declarando nulo el despido de la trabajadora por existir vulneración del derecho fundamental de garantía de indemnidad y discriminación por discapacidad en base a los indicios que mostraban que, si bien fue atendida la primera solicitud de cambio de puesto de trabajo de la trabajadora, el nuevo puesto no resultaba compatible con su estado y, habiendo solicitado una nueva adaptación que fue denegada, interpuso demanda con dicha pretensión pendiente de enjuiciamiento. Tras la tercera solicitud de la trabajadora ante la resolución del INSS, la extinción de la relación laboral se produce tan sólo tres días después, funcionando así como una represalia por la reclamación de la trabajadora de sus derechos sin adaptar con carácter previo el puesto de trabajo a su estado de salud.

La jurisprudencia ha venido reiterando de manera constante que la garantía de indemnidad se traduce en “la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a la obtener la tutela de sus derechos”, estando excluida como causa válida del despido la respuesta del empresario ante el ejercicio por parte del trabajador de sus correspondientes derechos (art. 5 c Convenio núm. 158 OIT). La garantía de indemnidad de la trabajadora debe ponerse en relación con la situación de enfermedad de la trabajadora y su posible discapacidad. A

estos efectos, y sirviéndose de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la Directiva 2000/78 (casos *Chacón Navas*, *Ring*, *Daouidi* y *Ruiz Conejero*), el Tribunal considera que la asimilación del concepto de discapacidad a toda "enfermedad, curable o incurable, que acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores si esta limitación es de larga duración", implica que la situación de la trabajadora entra dentro de dicho concepto. Ante una discapacidad con influencia en la actividad laboral, en virtud del artículo 5 de la Directiva 2000/78, el empresario debe realizar los ajustes razonables en el puesto de trabajo para que dicho trabajador pueda continuar con la prestación de servicios, siendo la extinción de la relación laboral la última posibilidad a la que acudir cuando el ajuste sea de muy gravosa realización por circunstancias concretas. Esta misma obligación se dispone en el artículo 7.4 del Convenio Colectivo que resulta de aplicación, y en base a los hechos no resulta acreditado que la Consellería hubiese realizado todos los esfuerzos necesarios para la adaptación del puesto de trabajo, acudiendo a la extinción aún cuando dichos ajustes no eran imposibles, gravosos o desproporcionados, de tal modo que la negativa del empleador a todas las solicitudes de adaptación formuladas por los trabajadores demuestra no sólo que la extinción es una respuesta al ejercicio de dicho derecho, vulnerando así la garantía de indemnidad, sino también a una limitación funcional para la empresa que se preveía de larga duración en el tiempo y que no determinaría, en todo caso, la correcta aplicación del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores de forma directa.

La Consellería, en el recurso interpuesto, entra a discutir a su vez la necesidad de una indemnización por daños morales entendiendo que éstos no se han acreditado por parte de la demandante, a quien presuntamente le correspondía la carga de la prueba. Los daños morales,

según jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de los artículos 182 y 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Sentencia de 5 de octubre de 2017), van indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y, cuando su estimación detallada resulte compleja, se deben flexibilizar las exigencias para la determinación de la indemnización, debiendo pronunciarse el juez en su sentencia sobre la cuantía de indemnización que pudiere corresponder por la lesión de los derechos fundamentales y daños y perjuicios derivados. Para determinar dichos daños, el Tribunal posee la facultad de hacerlo "prudencialmente" y que éste no sólo constituya una reparación íntegra, sino que tenga la finalidad de prevenir en situaciones futuras el mismo daño. Para fijar las indemnizaciones se viene acudiendo, como criterio interpretativo, a las sanciones pecuniarias previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (STS de 12 de diciembre de 2007).

En consecuencia, el Tribunal considera que la indemnización fijada en la sentencia de instancia basada en la mínima sanción establecida en la LISOS por infracción muy grave de los artículos 8.11, 8.12 y 40.1 resulta ajustada a Derecho.