

DEREITO INDIVIDUAL

Yolanda Maneiro Vázquez

Prof.^a Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela

Palabras chave: Salarios de tramitación, indemnización, bolsas, traballo autónomo, precontrato, tratos preliminares.

Keywords: “procedural wages”, indemnity, grants, independent work, pre-contract, preliminary deals.

1. ABOAMENTO DE SALARIOS DE INDEMNIZACIÓN EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE CON IMPOSIBILIDADE DE READMISIÓN

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 6 de mayo de 2016 (nº rec 700/2016)

A pesar de que a regulación dos salarios de tramitación se modificou en 2011, a súa procedencia e cálculo continúan sendo materia litixiosa e de coñecemento da práctica xudicial. O art.º 110.1.b) LRXS restrinxe a súa procedencia aos despedimentos declarados nulos, ou ben aos declarados improcedentes cando se optase pola readmisión do traballador. Con este precepto, a LRXS veu a dar cobertura legal a unha frecuente práctica xudicial, non recoñecida expresamente pola anterior LPL, pero moi estendida nos Xulgados do Social. A devandita práctica consistía en extinguir a relación laboral na mesma sentenza que declarara a improcedencia do despedimento, cando así o solicitasen os traballadores demandantes e constase a imposibilidade da readmisión na empresa, normalmente por estar desaparecida. Esta práctica trataba de aliviar a tramitación do proceso xudicial, de facilitar a xestión de prestacións de desemprego e garantía salarial polos

traballadores afectados, e de reducir os custos empresariais ao paralizar os salarios de tramitación sen que fose necesario esperar á resolución do contrato na fase de execución de sentenza.

O suposto de feito que dá lugar a este caso orixínase coa demanda presentada polo traballador en solicitude da extinción do seu contrato de traballo por non pagamento reiterado de salarios. Tras a presentación da demanda de extinción e antes da celebración do acto de conciliación, a empresa entregou ao traballador carta de despedimento por causas obxectivas o día 3 de novembro de 2014, con efectos dende o 17 de novembro de 2015. Non obstante, dende o día 4 do devandito mes, a empresa impediu ao traballador o acceso ao seu posto de traballo, comunicándolle que o despedimento se facía efectivo dende ese momento.

A sentenza do Xulgado do Social n.º 3 da Coruña, do 10 de setembro de 2015, estimou a demanda presentada polo traballador por extinción do contrato de traballo por causa do art.º 50 ET, así como a procedencia dos salarios de tramitación computados dende a data do despedimento ata a da sentenza. Fronte a ela, presentou recurso de suplicación o FOGASA, sobre o que resolve o TSX de Galicia nesta sentenza que aquí se comenta.

No seu recurso, o FOGASA invoca a doutrina da STS do 15 de marzo de 2015.

A Sala remarca a redacción do art.º 110.1.b) LRXS, segundo a que: "por solicitude da parte demandante, se constar non ser realizable a readmisión, poderá acordarse, en caso de improcedencia do despedimento, ter por feita a opción pola indemnización na sentenza, declarando extinguida a relación na propia sentenza e condenando ao empresario a aboar a indemnización por despedimento, calculada ata a data da sentenza". Ao respecto, a Sala recorda a súa doutrina reiterada nas sentenzas do 22 de outubro, 28 de novembro e 18 de decembro de 2014, conforme á cal este precepto vén a legalizar a práctica forense anterior "de acordar, na sentenza declarativa da improcedencia do despedimento, a extinción da relación laboral cando así o solicitasen os traballadores demandantes

e constase a imposibilidade da readmisión na empresa, normalmente por estar desaparecida". Malia a súa frecuente utilización, esta práctica non se encontrou exenta de problemas. Un deles foi, precisamente, determinar se a sentenza onde se declarase a improcedencia do despedimento e a extinción da relación laboral debía calcular a indemnización tomando como tempo de servizos o comprendido entre a data de inicio da relación laboral e a data do despedimento, aplicando literalmente o artigo 56.1 do ET, ou ata a data da propia sentenza, aplicando analoxicamente os artigos 279 e 284 LPL.

O principal punto de controversia procede da modificación do art.º 56 ET pola Lei 3/2012 -para eliminar os salarios de tramitación no caso de que se opte pola indemnización unha vez declarada a improcedencia do despedimento, que non se viu trasladada ao correspondente art.º 110.1.b) LRXS. Esta cuestión, afirma a Sala, resulta "decisiva á hora de analizar a denuncia xurídica" debido á seguinte cuestión: a sentenza de instancia parte da premisa de que, tras a derogación dos salarios de tramitación en caso de opción pola indemnización dos despedimentos declarados improcedentes, se impide a condena aos devanditos salarios.

Non obstante, para a Sala, a solución é diferente, debido a dúas razóns principais. En primeiro lugar, porque a interpretación literal do artigo 110.1.b) LRXS non xustifica paralizar os salarios de tramitación á data do despedimento, pois a ficción da que parte -que a opción se ten por feita a favor da indemnización- ten uns efectos propios que non son os mesmos que ofrece o cálculo da indemnización segundo o artigo 56 ET. De acordo con este último artigo, a indemnización calcúlase atendendo á data do despedimento, non á data da sentenza que declara a súa improcedencia. Afirma a Sala que: "se ben é certo que o tan citado artigo 110.1.b) non contén precisión semellante sobre os salarios de tramitación, non é menos certo que, á data da LRXS, iso non implicaba especial problema porque os salarios de tramitación se percibían tamén no caso de opción pola indemnización. Por iso -de xeito expreso ou de xeito implícito- a data da sentenza de improcedencia eríxese -

tanto antes como despois da desaparición legislativa dos salarios de tramitación- no momento temporal decisivo para a aplicación do artigo 110.1.b) da Lei reguladora da Xurisdición Social, e iso tanto para os efectos do cálculo da indemnización -como expresamente se prevé na norma- como para os efectos da paralización dos salarios de tramitación".

En segundo lugar, a Sala xustifica o seu argumento a través da interpretación sistemática do art.º 110.1.b) LRXS e da orde normativa na que se insire. O devandito artigo non se ocupa tanto de regular os efectos substantivos do despedimento disciplinario declarado improcedente, senón os seus efectos procesuais. Así pois, no caso no que non procedese o referido art.º 110.1.b) LRXS por non ser posible a readmisión do traballador, aplicaríanse os arts. 279 e 284 LRXS, que condenan ao pagamento dos salarios percibidos ata a data na que se dite o auto extintivo da relación laboral, así como ao cálculo da indemnización ata o devandito momento. Así as cousas, afirma a Sala: "Baixo esta perspectiva, o artigo 110.1.b) establece unha precisión á aplicación dos artigos 279 e 284 que permite adiantar o referente temporal ao momento do ditado da sentenza de improcedencia, e iso -debemos entender- tanto para os efectos do cálculo da indemnización coma para os efectos da remuneración dos salarios de tramitación, sen que se poida ir máis alá do que expresamente se establece ou tacitamente se deriva do citado artigo 110.1.b) ".

En terceiro lugar, a Sala ofrece un argumento pragmático para soste a devandita interpretación. Se o art.º 110.1.b) LRXS veu a legalizar a devandita práctica forense debido á súa maior economía e practicidade, "esas finalidades quedarían totalmente desvirtuadas se se interpretase que, coa súa aplicación, se perderían os salarios de tramitación percibidos entre a data do despedimento e a notificación da sentenza de improcedencia, que, non obstante, non se perderían se non se solicita a súa aplicación, pois, ao estar desaparecida a empresa non podería optar pola indemnización, aplicándose entón os artigos 279 e 284 da Lei reguladora da Xurisdición Social, que consolidarían os devanditos salarios". Noutras palabras, penalizaríase a

aplicación do art.º 110.1.b) LRXS coa perda dos salarios de tramitación percibidos.

Por ditos tres argumentos, a Sala desestima o recurso de suplicación presentado polo FOGASA e confirma o fallo da sentenza recorrida, que condena ás empresas demandadas a aboar ao traballador a indemnización por despedimento improcedente e os salarios de tramitación comprendidos entre a data do despedimento e a sentenza de instancia que declarou a súa improcedencia.

2. ERRO NO CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN POSTA A DISPOSICIÓN DO TRABALLADOR POR CAUSA DE EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1º) do 25 de febreiro de 2016 (rec. nº. 4336/2015).

Nesta sentenza, a Sala galega trata dúas cuestións principais en relación coa extinción dun contrato de traballo por causas obxectivas: a primeira delas, referida ao encadeamento de contratos, e a segunda ao erro, escusable ou non, no cálculo da indemnización posta a disposición da actora.

Dona Elsa prestou sucesivos servizos para a empresa SERVIZO SECURITAS, SA dende o seu ingreso o 31 de marzo de 2004, mediante contrato de interinidade por substitución, con duración ata o 11 de abril do mesmo ano. Logo foi contratada dende o 9 de xuño ata o 13 de xullo de 2004 e dende o 14 de xullo ata o 31 de agosto de 2004, mediante contratos de interinidade por substitución. Foi contratada de novo o día 1 de setembro de 2004 a través dun contrato eventual por circunstancias da produción, con duración inicial ata o 30 de novembro de 2004, que se prorrogou ata o 28 de febreiro de 2005. Finalmente, o 1 de marzo de 2005 asinou un contrato indefinido, que se extinguiu por causas obxectivas o 17 de decembro de 2014, con efectos do 31 de decembro, ao terse extinguido a contrata principal na que prestaba servizos na portaría de entrada da empresa TRW DALPHI METAL de Vigo, ao contratar esta servizos con vixilantes de seguridade, que

tiñan unha titulación da que carecía a demandante.

A sentenza de instancia ditada polo Xulgado do Social n.º 2 de Vigo declarou a improcedencia da extinción. Fronte a ela, a empresa presentou recurso de suplicación, que resolve o TSX Galicia na sentenza que aquí se comenta.

A primeira cuestión, relativa ao encadeamento de contratos, devén importante para determinar a adecuación da contía indemnizatoria posta a disposición pola empresa. Esta fixou a antigüidade da actora o 1 de marzo de 2005, por celebrarse nesta data o último dos contratos subscritos e estar acreditada a ruptura do vínculo contractual cos anteriores, ao non se ter invocado que os devanditos contratos fosen fraudulentos. Fronte a este argumento, a Sala aplica a xurisprudencia do Tribunal Supremo sobre encadeamento de contratos, en especial a STS do 15 de maio de 2015, que nega a ruptura da unidade esencial do vínculo por unha interrupción na prestación de servizos de 45 días. Ademais, aclara a Sala, para aplicar a teoría da unidade esencial do vínculo non se require que as contratacións temporais ou algunha delas se tivesen celebrado en fraude de lei, aínda cando sexa un elemento que concorre con relativa frecuencia.

Respecto da segunda cuestión, relativa ao cálculo da indemnización posta a disposición do traballador, a empresa recorrente afirma a existencia dun erro escusable no cálculo da indemnización. O devandito erro derivaríase dos propios datos persoais da demandante, que inicialmente constaba cuns apelidos diferentes, o que tería levado a empresa a ignorar a súa antigüidade anterior e, polo tanto, a calcular erroneamente a indemnización debida. Ao respecto, a Sala galega analiza a posible concorrencia de erro escusable, distinguindo entre a consignación insuficiente por erro escusable e por erro inescusable ou negligencia.

En primeiro lugar, a Sala descarta unha interpretación excesivamente rigorista e pechada do precepto que requirise unha equivalencia total entre o importe consignado e o debido, o cal ocasionaría "a inaplicación da norma na maioría das ocasións". Pola contra, precísase unha interpretación baseada no criterio da boa fe que entenda cumprido o deber empresarial de consignación aínda que o

empresario cometa un erro de cálculo que poida cualificarse como escusable. Neste sentido, a Sala cita a xurisprudencia derivada das sentenzas do TS 24 de abril de 2000 e 19 de xuño de 2003. O mesmo Tribunal Supremo, para os efectos de determinar a concorrencia de erro escusable, esixe ponderar as circunstancias que tivesen concurrido e considerou indicios de erro escusable a escasa contía da diferenza e a coincidencia no cálculo por parte da empresa e o Xulgado na sentenza de instancia, así como a dificultade xurídica do cálculo das indemnizacións en supostos en que os conceptos ou elementos computables poidan dar lugar a unha "discrepancia razoable" (entre outras, SSTS de 11 de novembro de 1998, 19 de xuño de 2003 e 25 de maio de 2006).

Non obstante, a Sala tamén recorda que o erro inexcusable se produce cando "o que o padece puido e debeu, empregando unha dilixencia normal, esvaecelo. Por iso, neste caso, o erro considérase inexcusable e debido a "non" aplicar correctamente a empresa a antigüidade da actora na prestación de servizos e, en consecuencia, non lle recoñecer un segundo quinquenio". En concreto, a empresa puxo a disposición da traballadora unha cantidade de 4854,22 €, que resulta inferior en máis do 20% da cantidade debida, de 6134,64 €. Esta diferenza considérase pola Sala "respectable e suficientemente elevada como para considerar que non concorre erro escusable". A iso engádese, especialmente, a pretensión da recorrente de que o erro derivou do cambio dos apelidos da actora, o cal se considera "unha cuestión nova, non posta de manifesto no acto do xuízo". Pero aínda que así fose, afirma a Sala, non tería servido para xustificar o erro "xa que a empresa sabe e ten coñecemento en todo momento do cambio dos apelidos da traballadora, ou, polo menos, debería telo sabido, pois non tivo dificultade ningunha en localizar e achegar a xuízo os contratos subscritos coa actora cando tiña diferente segundo apelido e no informe da vida laboral expedido pola Tesouraría Xeral da Seguridade Social consta o nome e actuais apelidos da actora, o historial de altas e baixas na seguridade social cando tiña un segundo apelido diferente".

3. EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO DE BOLSEIRO QUE RESULTA SER FALSO TRABALLADOR

En diversas ocasións durante este primeiro semestre, a Sala do Social do TSX Galicia tivo que diferenciar a relación laboral doutros supostos similares. No caso que aquí se comenta, o afectado pola finalización dunha bolsa resultou, en realidade afectado por unha extinción de contrato de traballo por causas obxectivas, dado que a devandita bolsa encubría unha verdadeira relación laboral entre as partes. Tamén se fixo necesario distinguir entre o traballador autónomo e o traballador por conta allea, en atención ás circunstancias específicas que presentaba a relación xurídica entre as partes. Finalmente, a Sala do Social ocupouse tamén doutra distinción clásica, como a que diferencia ao precontrato dos tratos preliminares, especialmente en orde ás consecuencias xurídicas derivadas do incumprimento dun e outro.

3.1. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE TRABALLO E BOLSA

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 31 de marzo de 2016 (nº rec. 5005/2015)

O TSX Galicia estima en parte o recurso de suplicación presentado polo traballador contra a Sentenza do Xulgado do Social n.º 3 de Lugo, do 30 de setembro de 2015. Nela declarouse improcedente o despedimento acordado pola Universidade de Santiago de Compostela, por causas presupostarias, ao terse omitido o procedemento legal previsto para os despedimentos por causas obxectivas. Con todo, a situación complicábase ao tratarse dun falso bolseiro.

En concreto, a situación de feito foi a seguinte: D. Óscar, estudante da Universidade de Santiago de Compostela, dende o curso 2012-2013 ao 2014-2015, presentouse en 2012 ao a convocatoria xeneral de creación de listas para a cobertura de bolsas de apoio para as aulas de informática dos centros da USC para o curso académico 2012-2013. Cumpría os requisitos fixados para a concesión das devanditas bolsas, isto é: ser estudante da USC e posuír

determinados coñecementos informáticos. O obxecto non era outro que colaborar no funcionamento da Aula de informática do respectivo centro, con unha dedicación de 15 horas semanais, entre o 1 de setembro e o 31 de maio de 2012, tempo durante o cal gozaría das vacacións de Nadal, carnaval e Semana Santa, segundo o calendario escolar. Ademais, a distribución de horarios dependería das necesidades da Aula de informática e do programa de estudos do bolseiro. A cambio, a contía da bolsa consistía en 2268 € brutos por curso académico, pagados en 9 mensualidades de 252 € cada unha. Nestas condicións, D. Óscar gozou das devanditas bolsas durante o período comprendido entre os meses de setembro e maio dos anos 2012- 2013, 2013-2014 e de setembro a decembro de 2014 para atender a Aula de informática da Facultade de Veterinaria do Campus de Lugo. Foi dado de alta na Seguridade Social pola USC durante o período traballado e dela recibiu formación sobre seguridade e saúde no traballo. Dende o 19 de decembro de 2014 non se convocaron máis bolsas de apoio informático. O 21 de xaneiro de 2015, D. Óscar presentou unha reclamación previa, que foi desestimada por resolución do 16 de febreiro de 2015, ao igual que tamén se desestimou posteriormente a demanda de despedimento que presentou ante o Xulgado do Social nº3 de Lugo. Fronte a esta sentenza, D. Óscar presentou recurso de suplicación ante o TSX Galicia, solicitando que se declare o despedimento nulo e, subsidiariamente, improcedente, petición que se estimou a través da sentenza aquí comentada.

Para a resolución desta sentenza, a Sala céntrase na resolución de tres cuestións: 1º. A diferenza existente entre unha bolsa e unha relación laboral; 2º. A posible nulidade do cesamento no caso de que este forme parte dun despedimento colectivo; y 3º. A posible improcedencia do devandito cesamento, por incumprimento dos requisitos esixidos polo art.º 52.c) ET.

1º. A Sala do Social do TSX Galicia cualifica como laboral a relación existente entre as partes. Iso débese ao tipo de actividades realizadas polo actor, que non gardaban relación ningunha coa súa actividade formativa. A devandita

relación, indica a Sala, devén un elemento esencial para que poida apreciarse a existencia dunha bolsa "sendo irrelevante para estes efectos que o horario do actor coincidira co calendario escolar e non co calendario laboral e que a actividade non se proxectara sobre todos os días laborables, nin tampouco que o seu horario se compaxinase co horario do actor".

A Sala insiste na súa sentenza na diferenza "absolutamente difusa" existente entre as bolsas e as relacións laborais, debido fundamentalmente á falta de definición normativa das bolsas. Por este motivo, tivo que ser a doutrina xudicial quen se pronunciara sobre a devandita distinción. Recordamos a Sala a STS do 13 de xuño de 1998, que cualificou as bolsas como "en xeral retribucións monetarias ou en especie orientadas a posibilitar o estudo e formación do bolseiro", sen prexuízo de que o devandito estudo e formación poida rematar, noutras ocasións, na realización dunha obra e así non son escasas as bolsas que se outorgan para á produción de determinados estudos ou para o avance en concretos campos da investigación científica, pero sempre sen esquecer que estas producións ou a formación conseguida, nos bolseiros, nunca se incorpora á ordenación produtiva da institución que outorga a bolsa". É neste punto onde se produce a diferenza esencial entre a bolsa e o contrato de traballo.

Por esta razón, conclúe a citada sentenza, "non haberá bolsa cando os servizos do bolseiro cobren ou satisfán necesidades que, de non se levar a cabo por aquel, terían que encomendarse a un terceiro, ou cando o suposto bolseiro se limita a realizar os contidos propios da esfera de actividade da entidade".

Nesta liña, a Sala galega cita xurisprudencia unificada do TS, en concreto as sentenzas do 22 de novembro de 2005, 4 de abril de 2006 e 29 de marzo de 2007, que se pronuncian, en termos moi similares á anterior. Todas elas sinalan como principal elemento definidor da bolsa o feito de que os labores encomendados ao bolseiro estean en consonancia coa finalidade da bolsa. De non ser así, as tarefas que se lle ordenen formarían parte dunha relación laboral.

Aplicando esta doutrina ao suposto que se formula ante a Sala galega, esta sinala a "desconexión total da finalidade formativa" das tarefas encomendadas ao actor, "xa que os estudos que cursa son os de Grao en Administración e Dirección de Empresas", e as funcións que realiza "non teñen que ver nada coa devandita formación e si cunha prestación de servizos encamiñada a atender e apoiar aos usuarios da aula de informática, así como colaborar no axeitado funcionamento e mantemento de equipos e programas e a súa configuración para usos docentes, prácticas e traballos dos alumnos, detectando avarías e incidencias e velando polo cumprimento das normas do uso da aula, así como participando nas tarefas de xestión da mesma, como o mantemento do inventario, con outro compañeiro, igualmente bolseiro, co que se poñía de acordo para a distribución das tarefas, recibindo por iso unha retribución e estando sometido ás instrucións e ordes que se lle puidesen dar polos correspondentes responsables para a realización das súas tarefas, sendo evidente que a súa actividade se incorporaba á actividade propia da aula de informática".

Sendo estas as tarefas obxecto da actividade, a Sala descarta que exista calquera indicio de actividade formativa concreta, polo que todas as funcións que se lle encomendaron ao actor son propias dunha relación laboral. Ademais, a Sala pon en conexión este feito cos méritos esixidos para acceder á bolsa, que resultan ser os necesarios para o desempeño das tarefas que logo se lle encomendan, así como coa retribución recibida e coa inutilidade das tarefas desempeñadas respecto dos estudos do actor "pois nin no curriculum escolar aparece estudos informáticos nin se constata que se trata de formación práctica ou que o traballo permitise configurar algún tipo de crédito escolar variable".

Por todo o anterior, a Sala galega cualifica a relación como laboral, en contra do resolto na sentenza de instancia polo Xulgado do Social de Lugo. En consecuencia, o cesamento da relación considérase como un despedimento.

2º. Neste punto, o actor solicitou que o cesamento se configurase como un despedimento colectivo, tendo en

conta que foron 50 os bolseiros cesados o 19 de decembro de 2014 e que as causas do seu cesamento foron presupostarias. Por iso, o actor considerou que deberían terse seguido os trámites do despedimento colectivo regulados polo art.º 51 ET.

Para tal efecto, a Sala galega dá conta dunha única impugnación por outro cesamento, que foi resolta en suplicación pola STSX Galicia do 25 de xaneiro de 2016 (rec. nº. 4491/2015). Así pois, indica, só consta que catro traballadores impugnaron os seus despedimentos, sendo este número insuficiente para os efectos do esixido polo art.º 51 ET para que poida considerarse a existencia dun despedimento colectivo.

Aclara a Sala que "aínda cando se admitise que foron cesados 50 bolseiros, tampouco consta, malia fundarse as contratacións nas mesmas bases, se nos supostos concretos de prestación de servizos do resto de bolseiros houbo ou non formación, máis ou menos intervención do coordinador de cada aula, ou se a bolsa en cada caso podía formar parte do seu "currículum" escolar ou integrar nalgunha medida algún crédito escolar". En consecuencia, rexéitase o cómputo destes cesamentos para os efectos dun despedimento colectivo mentres non sexa declarada a fraude ou inadecuación da fórmula contractual empregada. Así pois, non se trataría de relacións laborais constatadas como tales, senón de "vínculos que carecerían, en principio, de natureza de contrato de traballo e que non foron oportunamente impugnados, nin cabe agora nesta alzada impoñer á demandada unha carga probatoria sobre a validez dos vínculos/ bolsa do resto de contratados cando a outra parte contratante non o puxo en dúbida".

3º. Dado que o recorrente solicitaba subsidiariamente a cualificación do despedimento como improcedente, por infracción do art.º 52.c) ET, afirmando que se trataba dun cesamento por causas presupostarias, a Sala entra a valorar se o devandito argumento debe prosperar, no caso de que se acorde que non existe causa legal ningunha que xustificase o cesamento do actor o 19 de decembro de 2014, xa que iso implicaría o incumprimento dos requisitos formais esixidos para a devandita extinción.

Efectivamente, a Sala estima parcialmente este motivo de recurso e revoga a sentenza recorrida para considerar improcedente o despedimento por incumprimento dos requisitos formais esixidos polo art.º 52.c) ET.

3.2. DISTINCIÓN ENTRE TRABALLO AUTÓNOMO E TRABALLO POR CONTA ALLEA

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) do 23 de febreiro de 2016 (nº. rec. 1395/2015)

Resolve o recurso de suplicación presentado contra a sentenza do Xulgado do Social nº. 4 de Vigo do 30 de decembro de 2014 (stcia. nº. 767/2014), que declarou a procedencia da extinción do contrato de traballo impugnada. D. Sixto realizaba tarefas de reparación de maquinaria para a empresa GODOY MACIRA, S.L., dende o ano 2006. En concreto, os anos 2006, de abril a decembro de 2008 e dende 2009 ata a extinción do seu contrato. Logo de presentación de presuposto á empresa e posterior facturación dos seus servizos, a decisión final sobre que máquinas debían ser reparadas tomábase polos encargados do taller da empresa, mentres que o actor organizaba libremente o seu tempo de traballo, sen someterse a un horario fixo, incluíndo para iso os fins de semana ou os festivos, tamén contaba con ferramentas propias así como o seu propio vehículo. Así mesmo, tamén compatibilizaba a súa actividade con outros traballos para diferentes empresas e estaba dado de alta no RETA dende o ano 2005 ata 2013.

Fronte á desestimación da demanda de extinción de contrato de traballo polo Xulgado do Social nº. 4 de Vigo, D. Sixto presentou recurso de suplicación ante o TSX Galicia. Este, a través da sentenza aquí comentada, analiza fundamentalmente a cualificación como laboral ou non da relación xurídica existente entre as partes.

Recorda ao respecto a Sala que a cualificación da relación laboral "ha de facerse en cada caso atendendo aos indicios existentes, valorando principalmente a marxe de autonomía da que goza quen presta o servizo". Así pois, neste caso,

acudindo a reiterada e constante xurisprudencia anterior, a Sala valora a alleidade e a dependencia presentes nesta relación xurídica e conclúe que non existe relación laboral polas seguintes razóns:

- O actor presentaba presupostos e facturaba polos seus servizos, polos materiais utilizados e pola quilometraxe. Así pois, a retribución realizábase por servizo prestado, sen existir unha retribución garantida a cargo da empresa nin prezo fixo nela.
- Non existía poder sancionador ou disciplinario efectivo, pois non quedou acreditada a existencia de sanción ningunha en caso de posible incumprimento dos deberes do actor.
- Ausencia de control efectivo sobre a tarefa da reparación das máquinas, ademais da liberdade de horario, así como das ferramentas e vehículo propio.

Para a Sala resulta evidente a ausencia nesta relación da nota de dependencia laboral, aínda entendida esta en sentido laxo e flexible, pois os servizos se levaban a cabo con plena autonomía e independencia.

3.3. DISTINCIÓN ENTRE PRECONTRATO DE TRABAJO E TRATOS PRELIMINARES

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) do 16 de febreiro de 2016 (nº. rec. 906/2015)

Nesta sentenza resólvese o recurso de suplicación presentado por un traballador, contra a sentenza do Xulgado do Social nº. 3 de Vigo, do 30 de setembro de 2014 (stcia. nº. 500/2014).

D. Aquilino traballou como xerente da empresa Tecnoloxía Viguesa S.A., dedicada á actividade de concesionario da marca Peugeot, dende o 1 de xaneiro de 2007 ata o 31 de maio de 2012, data na que solicitou a extinción do seu contrato. O 13 de xuño de 2012 foi contratado polo Grupo de Automoción Palausa S.L. como director, ata o 12 de setembro de 2012, na que foi cesado por non superar o

período de proba. Dende o 15 de xaneiro de 2013, D. Aquilino prestou os seus servizos como director xerente para a empresa Hércules Móvil Coruña S.A. dedicada á venda e reparación de vehículos a motor e concesionario da marca Peugeot na Coruña.

O Grupo de Automoción Palausa S.L. inicia tratos con D. Aquilino para que este ocupe un posto de Director Xeral na empresa Mourente Motor Automoción S.L., para os seus concesionarios de Pontevedra e Vigo. Cruzáronse entre as partes distintas comunicacións por email e enviouse a D. Aquilino un borrador de contrato de alta dirección, o cal deixou pendente o seu consentimento de que unha terceira persoa, encargada de examinar estes documentos, se puxese en contacto coa empresa remitente.

Mediante unha carta datada enviada o 22 de maio de 2012, Ford España S.L. comunicou a Mourente Motor Automoción S.L. a resolución dos contratos de concesión, taller autorizado e distribuidor autorizado de recambios, con preaviso de dous anos. Posteriormente, o día 31 dese mesmo mes, o actor reuniuse cos representantes das empresas demandadas para asinar o correspondente contrato laboral, que non chegou a ter lugar.

A sentenza de instancia cualificou a situación de ruptura dun precontrato pola parte demandada. Non obstante, o recorrente oponse á cualificación dos devanditos tratos como precontrato de traballo, ao non existir algún dos elementos esenciais para a súa validez. Por este motivo, a inexistencia de precontrato por falta da conformidade do traballador tamén impediría a indemnización aumentada en 180.000 € pola retribución deixada de percibir durante 3 anos, de 32.702,80 € pola retribución deixada de percibir da empresa TECNOLOXÍA VIGUESA, S.A., e a indemnización de 20.000 € por dano moral.

Para resolver esta cuestión, a Sala galega comeza por analizar a figura do precontrato de traballo e os seus caracteres esenciais no ámbito laboral. Tras remontarse ás súas orixes en Dereito Romano, a Sala recorda que na actualidade, se cualifica como precontrato de traballo "un acordo consensual entre as partes que especifica xa a totalidade dos elementos necesarios dun contrato, o seu

contido, e cuxa efectividade se pospón a un momento futuro determinado ou determinable". Unha vez chegado este momento, o promitente está obrigado a dar traballo e o traballador a poñerse á súa disposición. É dicir, "as partes co precontrato obríganse a dar efectividade (a consumir) o contrato, non a celebrar outro novo".

Polo tanto, insiste a Sala, "o precontrato defínese por unha serie de elementos configuradores, a saber: 1º) unha oferta de traballo seria, firme, clara e con ánimo de obrigarse, realizada ben polo traballador, ben polo empresario, ou mesmo por un terceiro alleo á posterior relación laboral, sen necesidade de suxeitarse a forma ningunha, revogable sempre e cando non exista aceptación polo seu destinatario; 2º) unha oferta que debe contar cun contido mínimo, a posible condición ou termo ao que se somete a súa perfección e o obxecto do contrato, isto é, o traballo a realizar e o salario debido, ou o que é igual, as bases mínimas precisas para coñecer o obxecto e contido da futura prestación de servizos; e 3º) a aceptación da oferta polo destinatario".

E sobre este punto céntrase o razoamento da Sala, ao negar o recorrente que exista a devandita aceptación neste caso concreto. O precontrato debe ser aceptado e a devandita aceptación concrétase nunha declaración de vontade de carácter recepticio, que debe chegar a coñecemento do oferente. Polo tanto, a aceptación debe constar de forma clara e indubidable, mesmo a través de feitos concluíntes, tal e como recoñece a Sala do Social do Tribunal Supremo na súa sentenza do 2 de maio de 1984. Esta falta de aceptación expresa é o que, a xuízo da Sala galega, impediu que tivese nacido o precontrato.

En consecuencia, argumenta a Sala "se o precontrato non naceu ao dereito, dificilmente se pode esixir ao empresario que proporcione ao traballador o posto de traballo prometido (ou unha indemnización de danos e prexuízos), por canto que aquí o traballador non deu a súa conformidade á oferta do empregador". Así pois, a Sala nega a existencia neste caso dun precontrato, e cualifica a situación como tratos preliminares destinados á firma dun

contrato, que finalmente frutificaron no asinado o 13 de xuño de 2012 co Grupo de Automoción Palausa 2001, S.L.

A Sala admite que as partes litigantes mantiveron tratos preliminares por correo electrónico que, a Sala, empregando a terminoloxía do *common law* "pactos ou cartas de intencións [letter of intent]" que reflicten as negociacións destinadas á firma dun contrato de traballo. Estes tratos non chegaron a frutificar ata a firma do contrato, o 13 de xuño de 2012. Non obstante, a Sala considera que a demanda non debía ter prosperado "porque o que nela se solicita resulta ser unha indemnización por incumprimento de promesa de contrato de traballo, a cal, insistimos, non chegou a producirse por ausencia dun dos elementos esenciais da devandita figura xurídica, que é a aceptación por parte do traballador da promesa emitida".

Neste punto, diferénciase o precontrato de traballo dos tratos preliminares, que si concorreron neste suposto, en opinión da Sala. Por iso esta recorda que os tratos preliminares non xeran obrigas para as partes, nin teñen por que concluír no nacemento dunha relación laboral. Neste suposto, en concreto, existiron "o que se pode denominar como tratos preliminares negociales ou "sobrevidos", isto é, cando o empresario realiza unha oferta seria, firme e con ánimo de obrigarse, coa finalidade de concluír un contrato ou un precontrato, pero concorre algunha circunstancia que impide o seu nacemento, como pode ser a falta de aceptación polo destinatario".

A liberdade contractual de que gozan as partes exímeos da obriga de concluír un contrato de traballo ou un precontrato, aínda cando houberse tratos preliminares. Así pois, recorda a Sala, calquera das partes pode desistir sen ter que facer fronte a responsabilidade contractual ningunha e sen que a negativa das partes a contratar poida ser por si mesma causa do deber de indemnizar. Ademais de abundante doutrina xudicial ao respecto, a Sala remítese á súa anterior sentenza do 20 de xaneiro de 2015 (rec. núm. 968/2013), na que xa se tratou a distinción entre ambas as dúas figuras.

Dada, pois, a inexistencia dun precontrato, senón de tratos preliminares entre ambas as dúas partes, cuxo

incumprimento non xera por si mesmo obriga de indemnizar, a Sala galega revoga a sentenza de instancia e absolve as empresas de toda obriga indemnizatoria.