

DEREITO INDIVIDUAL

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Prof. ^a Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela
yolanda.maneiro@usc.es

Palabras clave: contrata, despedimento, extinción, liquidación, indemnidade, indemnización, permanencia, prescripción

Keywords: subcontracting, dismissal, severance payment, indemnity, permanence, limitation

1. DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO E EXTINCIÓN POR CAUSAS OBXECTIVAS

Os procesos sobre despedimentos e extincións de contratos de traballo coparon a maior porcentaxe dos procesos sobre cuestións de Dereito individual tramitados pola Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no segundo semestre de 2016. No marco dos devanditos procesos abordáronse con frecuencia outras cuestións relacionadas coa cualificación do despedimento ou da extinción. É o caso, xa tradicional, da cualificación como laboral ou non da relación xurídica que une ás partes, cuxa previa cualificación como laboral resulta determinante para que a Sala do Social poida pronunciarse sobre a procedencia ou non da devandita extinción. Á súa vez, son aínda numerosas as extincións que teñen lugar no marco ou con ocasión de previos procesos concursais, o que fai xurdir de novo a dúbida respecto da orde xurisdiccional mercantil ou social competente para coñecer delas. Noutras ocasións, a cuestión principal foi determinar a extensión de determinadas garantías dos traballadores ante situacións de

despedimento ou de extinción. É o caso da garantía de permanencia dos representantes legais dos traballadores no concreto suposto de peche do centro de traballo ao que estaba adscrito o devandito representante. O tamén respecto da garantía de indemnidade, cuxa vulneración permite inverter a carga da proba e, chegado o caso, declarar a nulidade do despedimento ou a extinción. Non obstante, o contido do que ha de entenderse como indicios suficientes resulta ser unha cuestión casuística que ha de resolverse en cada caso concreto.

Tampouco foron infrecuentes neste segundo semestre de 2016 os asuntos sobre cesión ilegal de traballadores, sucesión de empresas ou sucesión de contratas abordados, tamén, ao fío de procesos sobre despedimentos ou extincións do contrato de traballo.

Ademais, tamén neste ámbito do despedimento e extinción do contrato de traballo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia tivo ocasión de tratar unha cuestión extremadamente polémica, como é a procedencia ou non da indemnización por finalización de contratos temporais. Respecto a ela, a Sala galega optou por separarse da interpretación seguida por parte dos tribunais superiores de xustiza doutras comunidades autónomas, e de aplicar a última xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, presente na súa recente sentenza *De Diego Porras*, para recoñecer a directa aplicación da xurisprudencia e da normativa comunitaria cando esta, como é o caso, entra en directa contradición coa norma nacional.

1.1. DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO

1.1.1. Existencia de relación laboral

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 31 de outubro de 2016 (n.º rec. 2378/2016)

A Sala do Social desestima o recurso de suplicación contra a Sentenza do Xulgado do Social n.º 2 de Ourense do 17 de marzo de 2016, que confirma a existencia de relación

laboral entre as partes e, con posterioridade, a improcedencia do despedimento.

O recurso, presentado pola empresa, fundamentouse na falta de competencia da xurisdición social, ao considerar que a relación que o unía coa traballadora non era laboral, senón mercantil. A Sala aborda como cuestión previa a cualificación xurídica da relación entre as partes, para concluír a súa natureza laboral e non mercantil. A tal fin, a Sala recorda a doutrina que ao respecto fixou a STS do 23 de novembro de 2009 (n.º rec. 170/2009) sobre a alleidade e a dependencia como notas características da relación laboral fronte ás características propias das relacións liberais. Neste suposto, de acordo coa devandita sentenza, a Sala considera indiscutible a existencia das notas de voluntariedade e retribución propias dunha relación laboral, así como tamén aprecia indicios de alleidade e de dependencia.

A alleidade apréciase nos servizos da demandante, contratada como oficial administrativa externa nunha empresa dedicada á corretoría de seguros, que "prestaba servizos no centro de traballo da demandada e atendía aos clientes que chegaban a este". Fronte a iso, a empresa non conseguiu acreditar "que esta tamén prestase servizos pola súa conta fóra do centro de traballo e fóra desas mañás nas que "se abre". Ademais, indica a Sala, "non consta por tanto que a parte actora realice tarefa ningunha en relación ás decisións empresariais de mercado como fixación de prezos, selección de clientela, etc.". Ao respecto recorda a Sala, conforme a anterior doutrina do Tribunal Supremo, que a percepción dunha retribución garantida a cargo da empresa contratante e non do cliente constitúe un indicio de laboralidade" en canto que "a atribución a un terceiro da obriga retributiva e a correlación da remuneración do traballo con criterios ou factores estandarizados de actividade profesional manifestan a existencia de traballo por conta allea".

Por outra parte, a Sala tamén aprecia de indicios de dependencia, que non conseguiron ser destruídos pola empresa. A suxeición da traballadora a un horario de

traballo constitúe un elemento esencial, indicando que: "a actora ten polo menos certa concreción horaria imposta pola demandada e vinculada coa atención máis ou menos continuada dese local aberta ao público". Tamén o feito de que o horario de traballo da actora coincida co de apertura e peche do local, teña nel á súa disposición medios de traballo propiedade da empresa e non conste a existencia doutros compañeiros de traballo: "se o local abre pola mañá e a única traballadora deste é a demandante, quere dicir que a actora ten un horario imposto pola empresa (...) onde prestaba servizos había mobiliario e un ordenador usado por esta".

As alegacións achegadas pola empresa non se consideraron suficientes para destruír as presuncións de laboralidade xerada pola traballadora. Con carácter principal, a empresa alegou que a actora se tivese dado de alta para efectos tributarios nunha actividade económica. Non obstante, a Sala non considera suficiente este dato, pois "iso non permitiría descartar, á vista dos indicios de laboralidade xa expostos, que a alta non fose unicamente coa finalidade de emitir facturas para dotar á relación laboral dunha mera aparencia mercantil. É máis (...) a actividade da actora é de auxiliar administrativo externo; sendo difícil e inusual que poida desenvolverse unha actividade de auxiliar administrativo por conta propia". Tampouco se entende como proba suficiente do carácter mercantil da relación unha factura emitida pola actora para o cobramento dos seus servizos, pois, razoa a Sala, "consta nesa suposta factura que polo menos unha parte da retribución sería por horas, é dicir, o propio dunha relación laboral, todo iso sen prexuízo da retribución variable que as partes así mesmo admiten".

Así pois, apreciados de xeito que non admite dúbida os catro indicios de laboralidade (voluntariedade, retribución, alleidade e dependencia), sen que fosen desvirtuados pola empresa, a Sala cualifica a relación como laboral, o que lle permitiu entrar a coñecer e declarar a improcedencia do despedimento.

1.2. EXTINCIÓN POR CAUSAS OBXECTIVAS

1.2.1. Límites do dereito de prioridade de permanencia dos representantes dos traballadores

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 19 de outubro de 2016 (n.º rec. 1924/2016)

A Sala desestimou o recurso de suplicación presentado polo traballador contra a Sentenza do 16 de febreiro de 2016 do Xulgado do Social n.º 2 de Lugo sobre despedimento disciplinario, contra FOGASA, Sindicato nacional de Comisións Obreiras de Galicia e Fundación Formación e Emprego de Galicia, que declarou procedente o despedimento da actora, validou a extinción xa producida e consolidou, o seu dereito á indemnización xa percibida.

Para resolver esta cuestión, a Sala, tal e como fixera no seu anterior STSX Galicia do 27 de maio de 2014 (rec. N.º 821/2014), aplica o criterio mantido pola STS do 30 de novembro de 2005 (n.º rec. 1439/2005). De acordo con ambas as dúas sentenzas, a garantía de preferencia dos representantes legais dos traballadores fronte á extinción dos contratos de traballo por causas tecnolóxicas ou económicas (art.º 68 b ET) non é absoluta, senón que se limita ao ámbito de afectación da causa extintiva, que neste caso é o centro de traballo de Lugo, en relación co ámbito de representación que exerce o representante afectado (tamén o centro de traballo de Lugo). Ademais, para que a devandita garantía produza plenos efectos, precísase que existan postos de traballo funcionalmente equivalentes na empresa.

Neste suposto, a desaparición do centro de traballo de Lugo, ao que se circunscribía o ámbito de representación da traballadora, impide que esta poida facer valer o seu dereito de preferencia fronte á decisión empresarial de extinguir o seu contrato por causas económicas.

1.2.2. Finalización do contrato temporal: indemnización equivalente a traballador fixo comparable

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 30 de novembro de 2016 (n.º rec. 3277/2016)

Un dos aspectos máis polémicos dos últimos meses no ámbito do Dereito do Traballo, e en concreto, da extinción do contrato, veu da man da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. A sentenza do Tribunal de Xustiza do 14 de setembro de 2016, De Diego Porras, pareceu abrir a porta á indemnización por finalización de todos os contratos temporais, incluíndo aqueles para os que a regulación nacional non previra indemnización ningunha. Aínda que a devandita sentenza resolveu o suposto dun contrato temporal no ámbito das administracións públicas, non tardou en ser aplicada tamén a empresas privadas por algúns Tribunais Superiores de Xustiza, como o do País Vasco ou, como sucede na sentenza que aquí se comenta, o de Galicia. Malia o alto número de reclamacións xudiciais derivada da publicación desta sentenza, a solución dos tribunais nacionais a esta cuestión non foi, nin moito menos, pacífica, dado que algúns tribunais se negaron a resolver esta cuestión aplicando a sentenza do Tribunal de Xustiza e se cinguiron estritamente ao disposto na norma nacional.

Nesta sentenza, a Sala estima parcialmente o recurso de suplicación presentado contra a sentenza do Xulgado do Social n.º 1 de Santiago de Compostela e condena á empresa a aboar ao traballador a indemnización correspondente por extinción do contrato temporal ás empresas ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL, ESA ULLA-SALNES SL, e NORTE FORESTAL SA, todas elas demandadas no proceso de instancia. O motivo do conflito veu determinado pola extinción do contrato do traballador, D. Gerónimo, contratado en 2009 para obra ou servizo determinado por ESA ULLA-SALNES SL ata fin de obra para realizar tarefas de cultivo e explotación de montes para a empresa NORFOR. A finais dese ano, subrogouse no servizo a ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL e en 2012 volveu ESA

ULLA –SALNES SL. Durante todo este tempo, o traballador continuou realizando a súa actividade para as diferentes empresas que ían subrogándose no servizo, se ben en 2013, ULLA-SALNES lle comunicou a extinción do seu contrato de traballo por finalización da obra ou servizo motivada pola extinción do contrato de arrendamento de servizos entre esta empresa e NORTE FORESTAL SA. O xulgado do social absolveu ás empresas da petición de nulidade do despedimento ou, subsidiariamente, a súa improcedencia, sendo recorrida en suplicación ante o TSX de Galicia, que resolveu a través da sentenza obxecto desta recensión.

É esta unha sentenza de enorme relevancia, en tanto que na liña xa anticipado pola STSX País Vasco do 18 de outubro de 2016 -no caso análogo dun traballador temporal nunha empresa privada-, decide a inaplicación da normativa nacional en tanto que non se axusta ao disposto á norma comunitaria, na interpretación que desta realizou a sentenza do Tribunal de Xustiza do 14 de setembro de 2016, *De Diego Porras*, Asunto C-596/14.

Resulta, ademais, particularmente importante que esta cuestión non fora formulada directamente polo recorrente, nin na demanda nin no recurso posterior. Pero para a Sala a aparición da sentenza *De Diego Porras* durante a tramitación deste proceso leva a súa aplicación de oficio ao caso concreto. Nega a Sala que iso poida dar lugar a incongruencia ningunha, conforme á doutrina sentada pola STS do 14 de outubro de 2013, nin constitúa un freo o feito de que a sentenza do Tribunal de Xustiza se refira ao caso dunha traballadora interina do Ministerio de Defensa e non a un traballador dunha empresa privada como sucede neste caso. Para a Sala galega, a sentenza debe ser aplicada "en virtude do principio de vinculación das sentenzas ditadas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea".

Así as cousas, en aplicación da doutrina *De Diego Porras*, o trato diferenciado entre traballadores temporais e indefinidos non pode xustificarse, indica a Sala, na soa existencia dunha norma nacional que así o estableza. É por iso que "o xuíz nacional, como xuíz comunitario non pode

descoñecer o contido da devandita sentenza cando interpreta a lexislación española", dado que o principio de indispoñibilidade sobre a normativa nacional "non se aplica naqueles casos nos que estea en xogo a aplicación dun principio xeral do Dereito da Unión, ao rexer aquí o efecto directo horizontal". No presente caso, continúa indicando a Sala, "parece evidente que a prohibición de discriminación entre as condicións contractuais dos traballadores temporais e os indefinidos que regula o Acordo Marco é suficientemente clara e evidente para que opere a prevalencia aplicativa polo xuíz nacional da normativa comunitaria ao non estar o seu contido condicionado, máxime cando existen pronunciamentos do TXUE previos que a interpretan". En respaldo desta afirmación, cítase a STC 232/2015, que permite inaplicar o dereito nacional cando, como é o caso, xa existe nun suposto similar un pronunciamento do TXUE.

En atención a todo o anterior, a Sala galega condena a empresa a aboar á traballadora unha indemnización pola extinción do seu contrato de traballo temporal.

1.3. EXTINCIÓN DE CONTRATO NO MARCO DUNHA SUCESIÓN DE CONTRATAS

1.3.1. Extinción de contrato e sucesión de empresas

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 31 de outubro de 2016 (n.º rec. 1614/2016)

Nesta sentenza, a Sala estima o recurso de suplicación interposto pola codemandada «Proman Servicios Generales, SL» contra a sentenza do Xulgado do Social n.º 2 de Ferrol, do 27 de novembro de 2015, e declara a improcedencia do despedimento por entender que a devandita empresa debeu subrogarse na relación laboral dos demandantes, ao ser a nova adxudicataria da contrata. Por outro lado, absolveuse a codemandada "Servicios de Aparcamientos Puertas y Control de Galicia SL (Servigalicia)".

O suposto de feito que deu lugar ao conflito resolto a través desta sentenza é o seguinte: por sentenza do Xulgado do Social de Ferrol do 31 de decembro de 2014 declarouse improcedente o despedimento de dous traballadores que prestaban servizo para a empresa Servigalicia, que, tras optar pola súa readmisión, a fixo efectiva o 15 de xuño de 2016. Non obstante, o 30 de xuño, isto é, quince días despois da devandita readmisión, Servigalicia extinguiu os seus contratos de traballo por causas produtivas, xa que dende o 1 de xullo dese mesmo ano, o servizo se lle adxudicou á empresa Proman, a cal manifestou que non procedía a subrogación na contrata e non asumiu ningún dos traballadores de Servigalicia.

Como consecuencia de todo iso, ambos os dous traballadores presentaron demanda ante o Xulgado do Social de Ferrol, que estimou a improcedencia do despedimento realizado por Proman ao entender que esta debeu subrogarse na relación laboral, ao ser a nova adxudicataria da contrata.

Nesta sentenza, a Sala galega resolve dúas cuestións principais. Por unha parte, a existencia ou non de obriga de subrogación por sucesión de equipos; e por outra, a cualificación da extinción do contrato dos traballadores como despedimento improcedente ou como válida extinción de contrato por causas obxectivas.

Respecto á primeira cuestión, a Sala recorda a diferenza entre sucesión de contratas e transmisión de empresa, centro de traballo ou unidade produtiva autónoma, empregando para iso a xurisprudencia do Tribunal Supremo, en especial a STS do 12 de decembro de 2002, 5 de marzo de 2013 e 7 de abril de 2016. De acordo con ela, a sucesión de contratas non está considerada no art.º 44 ET se, como aquí sucede, non se produce unha transmisión de activos patrimoniais ou unha sucesión de equipos. Por conseguinte, indica: "encontrándonos no caso de autos ante unha sucesión de contratas onde a actividade transmitida descansa fundamentalmente na man de obra, e sen producirse unha incorporación pola nova adxudicataria (Proman) de ningún traballador da empresa saínte para o

desenvolvemento desta actividade, non existiu unha sucesión de empresas e non existe obriga ningunha de subrogación por parte da empresa Proman nin ao abeiro do art.º 44 ET, nin sequera na modalidade de sucesión de equipos antes indicada". É por iso que, sen existir obriga de subrogación por parte de Proman, non considera que esta despedise improcedentemente aos devanditos traballadores.

En canto á segunda cuestión, relativa á cualificación da extinción por causas produtivas de ambos os dous contratos de traballo por parte de Servigalicia, a Sala recoñece que a finalización da contrata á que pertencían ambos os dous traballadores se aprecia tamén en canto os devanditos servizos comezan a ser prestados por unha nova adxudicataria. Ningún problema presenta para a Sala o feito de que Servigalicia tivese optado por readmitir os traballadores uns días antes de proceder á segunda extinción dos seus contratos, esta vez por causas obxectivas. En concreto, a Sala entende que: despois de optarse pola readmisión no primeiro e previo despedimento declarado improcedente por sentenza firme, (...) e sendo non controvertido que tal readmisión se produciu, o segundo despedimento agora axuizado ha de producir plenos efectos sen prexuízo da revisión xudicial deste.

1.3.2. Valor non liberatorio da liquidación que se subscribe coa principal dunha contrata.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) de 22 setembro 2016 (rec. n.º 1166/2016)

A Sala desestima o recurso de suplicación interposto por UTE Cerdedelo-Prado II contra a Sentenza do Xulgado do Social núm. 3 de Ourense, do 19 de xaneiro de 2016 e confirma a decisión do xulgador de instancia, respecto de ineficacia liberatoria do recibo de liquidación en relación coas horas extraordinarias realizadas polo traballador.

Tras un repaso pola doutrina xudicial desta mesma Sala, así como da xurisprudencia do Tribunal Supremo, conclúe a

ineficacia liberatoria da liquidación que foi subscrita, non coa empresa do traballador, senón coa principal da contrata. Por iso, aínda que a devandita liquidación inclúa como recibidos determinados conceptos e retribucións, resulta lóxico que a empresa ignore se realmente se deben ou se en efecto se realizaron. Dada a súa responsabilidade solidaria sobre obrigas da outra empresa, o carácter xenérico da liquidación "é excluínte do valor liberatorio dos conceptos que se declaran percibidos, tales como horas extras, cando a sentenza declara a súa realización e non aboamento, horas que no momento da firma a empresa non podía coñecer se se realizaran e polo tanto non as podía ter aboado".

1.4. GARANTÍA DE INDEMNIDADE E INDICIOS SUFICIENTES

A solicitude de declaración de nulidade do despedimento por vulneración de dereitos fundamentais dá lugar, dende un punto de vista procesual, a que o solicitante se beneficie da inversión da carga da proba. Deste modo, haberá de ser o empregador o que demostre que a decisión de extinguir o contrato respondeu a unha causa obxectiva, razoable e suficientemente probada. Non obstante, para que isto suceda, non é suficiente con que o traballador invokase lesión de dereitos fundamentais, senón que, ademais, haberá de ofrecer indicios razoables da vulneración do dereito fundamental. Este concepto xurídico indeterminado provoca que, en numerosas ocasións, a determinación de que indicios poden ser considerados razoables para estes efectos non constitúa unha tarefa sinxela e que por iso os tribunais ofrezan unha interpretación casuística. A importancia de entender cando concorren indicios suficientes é notable, dende o momento no que ocasiona dous efectos principais no proceso de despedimento. En primeiro lugar, a inversión da carga da proba, como xa se mencionou. En segundo lugar, que o órgano xudicial se vexa obrigado a analizar, dende un primeiro momento, a posible nulidade do despedimento e, só cando descarte esta posibilidade, poida suscitarse a súa improcedencia.

Un dos dereitos fundamentais cuxa vulneración ocasionaría a nulidade do despedimento é a garantía de indemnidade, da que trata a sentenza comentada, cando o devandito despedimento carece de causa xustificada e só é a resposta a unha previa reclamación xudicial por parte do traballador.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 28 de xullo de 2016 (n.º rec. 758/2016)

A Sala estima parcialmente o recurso de suplicación presentado polo traballador contra a sentenza do Xulgado do Social n.º 2 da Coruña, do 25 de xuño de 2015.

De acordo co preito formulado en instancia, o traballador, que prestaba servizos para SGS TECNOS SA e para Gas Natural Galicia SDG SA, presentara demanda sobre mobilidade xeográfica, parcialmente estimada por sentenza do Xulgado do Social n.º 2 de Santiago de Compostela do 31 de outubro de 2011. Ao fío da cuestión, esta mesma sentenza recoñeceu, nun dos seus fundamentos, a existencia dunha cesión ilegal de man de obra. Posteriormente, o traballador presentou nova demanda para solicitar a declaración xudicial expresa de cesión ilegal de traballadores entre ambas as dúas empresas, que foi recoñecida por sentenza do Xulgado do Social n.º 3 de Santiago de Compostela e posteriormente confirmada pola sentenza do TSX Galicia do 30 de decembro de 2014, pendente de recurso de suplicación. Fronte a esta declaración, o actor exercitou a súa opción de encadrarse na empresa Gas Natural Galicia.

Tras a readmisión do traballador, Gas Natural decidiu extinguir o seu contrato de traballo o 21 de febreiro de 2014. O traballador impugnou a extinción por vulneración da garantía de indemnidade, pero o Xulgado do Social n.º 2 da Coruña desestimou a súa pretensión por non considerar acreditados indicios suficientes, ao non existir conexión temporal entre a sentenza ditada en materia de cesión ilegal e o despedimento efectuado.

Non obstante, a Sala do Social discrepa desta valoración e entende "que os indicios de discriminación son sólidos e fortes". Os devanditos indicios son os seguintes:

1º. A proximidade temporal das demandas presentadas polo traballador contra as citadas empresas, que foron estimadas e, nun dos casos, a sentenza recoñeceu a existencia de cesión ilegal.

2º. A conexión temporal entre ambas as dúas demandas e o despedimento obxectivo. Para a Sala, aínda que a sentenza de cesión ilegal se ditou en 2012 e a extinción tivo lugar en 2014, "Tecnos SL era perfectamente consciente de que a situación litixiosa non finalizara, ao estar pendente de resolver no devandito momento un recurso de suplicación interposto por Gas Galicia SDG SA contra a sentenza ditada en materia de cesión ilegal de traballadores, con gran transcendencia, pois se a sentenza tivese sido firme e o actor tivese optado por entrar a formar parte do cadro de persoal (sic) de Gas Galicia SDG SA, como finalmente fixo e era previsible en todo momento que fixese, dadas as mellores condicións económicas e sociais que se derivan (...), non podería verse afectado pola concorrancia das circunstancias obxectivas que alegou esta última para xustificar o seu despedimento".

Fronte á suficiencia dos indicios presentados polo traballador, a empresa foi incapaz de acreditar a existencia de causas obxectivas que xustificasen a extinción do contrato. E a Sala fai notar expresamente dúas circunstancias que reforzan a posición do traballador. En primeiro lugar, o previo pronunciamento da cesión ilegal de man de obra, que "fai previsible", en palabras da Sala, "que o actor se integrara no equipo de Gas Galicia polas mellores condicións económicas e sociais que iso comporta". En segundo lugar, a ausencia de causa que motivase un cesamento lexítimo do traballador na citada empresa permite sustentar "a existencia dunha manobra fraudulenta entre ambas as dúas empresas para impedir ou limitar o exercicio lexítimo dos dereitos do traballador".

1.5. IMPUGNACIÓN DA EXTINCIÓN INDIVIDUAL NO MARCO DUN DESPEDIMENTO COLECTIVO

O número de asuntos relativos a despedimentos colectivos foi diminuindo dende que, nas épocas máis graves da crise económica, tivese alcanzado as súas maiores cotas. Non obstante, nestes tempos é habitual observar demandas individuais presentadas por traballadores afectados por un despedimento colectivo, nas que, como non pode ser doutro xeito, impugnan a súa extinción particular, solicitando a súa nulidade.

Non é esta unha cuestión menor, dende o momento no que o art.º 124 LRXS contempla a modalidade procesual de despedimento colectivo como un proceso colectivo, polo que, principalmente, son os representantes dos traballadores os que gozan de lexitimación activa para a súa impugnación, se concorren as causas indicadas pola norma. O traballador individual tan só pode impugnar a súa extinción concreta a través do proceso especial de extinción obxectiva (art.º 120-123 LRXS) que se centra, principalmente, nos defectos de forma da extinción individual na que se concreta o despedimento colectivo. Non obstante, a redacción do art.º 124 LRXS abriu unha porta para que o traballador individual poida chegar a impugnar cuestións propias do despedimento colectivo, como a validez das causas, aínda que estas non tivesen sido impugnadas con carácter xeral polos representantes legais dos traballadores. Como é obvio nestes casos, tal e como sucede na sentenza que aquí se comenta, os efectos limitáranse, de estimarse a pretensión, á nulidade da extinción concreta, carecendo da eficacia xeral que tería unha sentenza ditada na modalidade de despedimento colectivo.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 29 de novembro de 2016 (n.º rec. 3290/2016)

Nesta sentenza, a Sala estima o recurso de suplicación e revoga a sentenza do Xulgado do Social n.º 1 de Ourense do 14 de marzo de 2016, que declarou nulo o despedimento

da traballadora pola empresa Adolfo Domínguez SA. Os motivos de nulidade foron os seguintes: a) discriminación por razón de idade, pois excluír os traballadores maiores de 50 anos é contrario ao disposto no art.º 51.2 ET e art.º 14 CE, decisión que sustenta na aplicación; b) o número de despedimentos finamente realizados contradí o pactado no ERE acerca de reducir o número de traballadores afectados; e c) Por falta de xustificación da elección da actora fronte a outros traballadores, conforme aos criterios de selección aprobados polo ERE.

En relación co motivo de discriminación por razón de idade na selección dos traballadores afectados polo ERE, en concreto da exclusión dos traballadores maiores de cincuenta anos, a Sala discrepa dos argumentos empregados pola sentenza de instancia, tras analizar a xurisprudencia máis recente tanto do Tribunal de Xustiza (sentenzas *Dansk Industri (DI) contra Sucession Karsten Eigil Rasmussen*, do 19 de abril de 2016, Asunto C-441/14 e *Sindicatul Cadrelor Militare Disponibilizate în rezervă și în retragere (SCMD)* e outros contra *Ministerul Finanțelor Publice*, do 21 de maio de 2015, Asunto C-262/14), como do Tribunal Constitucional (STC 66/2015, do 13 de abril).

Para tal efecto, o TSX Galicia recorda que o despedimento pode considerarse nulo se a decisión extintiva é discriminatoria "o que supón neste concreto caso, que non ha de analizarse se a exclusión dos maiores de 50 anos é discriminatoria, senón se a consecuencia contraria, isto é, a inclusión como criterio de selección dos menores de 50 anos, é discriminatoria ou non". De acordo cos argumentos empregados pola STC 66/2015, a selección para a extinción dun colectivo con menor idade e con maiores posibilidades de acceso ao mundo laboral, fronte a un colectivo de maior idade e con moitas menos posibilidades, supón unha xustificación obxectiva e razoable, ata tal punto de que o propio lexislador o propón como un parámetro válido de selección "posto que como antes indicamos o art.º 51.5 ET establece como posible prioridade de permanencia os traballadores "maiores dunha determinada idade", como

tamén o establece o art. 13.2 do RD 1483/2012, criterio de permanencia que é o que se pactou no presente caso".

O segundo motivo centrouse na suposta contradición entre o número final de despedimentos e o acordado no ERE. A Sala recorda que é o contido do acordo final de despedimento colectivo o que vincula á empresa, e non a proposta inicial, que se utilizaba como punto de partida das negociacións. Entre os extremos que han de ser comunicados finalmente, recorda a Sala, "está o número e clasificación profesional dos traballadores afectados polo despedimento, debendo analizarse esta comunicación por centro de traballo, no caso de que afecte a máis dun, e, no seu caso, provincia e comunidade autónoma". Con todo, a Sala recorda a falta de lexitimación dos traballadores individuais para impugnar esta cuestión, que corresponde aos seus representantes legais. Así, o feito de que a determinación dos traballadores afectados deba de ser comunicada aos representantes dos traballadores constitúe, xunto ao disposto no art.º 124 LRXS, "un parámetro para entender que quen está lexitimado para discutir se a comunicación actualizada, sobre a base da cal se vai proceder á extinción dos contratos de traballo, se corresponde ou non co acordo final alcanzado son os representantes dos traballadores e non os traballadores no proceso de impugnación individual".

Finalmente, o terceiro dos motivos de impugnación, o máis relevante de todos eles, afecta á suficiencia dos criterios de selección nos que se apoia a empresa para proceder á designación dos traballadores afectados e, especificamente, á concreta aplicación deses criterios. A Sala recorda que, tradicionalmente, o Tribunal Supremo defendera a liberdade de empresario para seleccionar os traballadores aos cales afectaría a decisión extintiva, sempre e cando respectase a preferencia dos representantes legais e non incorrese en discriminación ningunha. Non obstante, este criterio foi modificado tras a STS do 15 de marzo de 2016, que admitiu a posibilidade de que o traballador individual puidese controlar a aplicación dos devanditos criterios de selección, mesmo por comparación con outros compañeiros. Agora

ben, como tamén recorda o Tribunal Supremo, para iso non abondará unha manifestación xenérica do traballador, carente de substrato fáctico. Noutras palabras, para determinar se existe arbitrariedade na aplicación dos criterios de selección será preciso que se concrete minimamente respecto de que outro traballador non despedido foi valorado de forma arbitraria.

Neste concreto suposto, a Sala considera que non se establece un axeitado xuízo comparativo por parte da traballadora. Non hai comparacións concretas con respecto aos traballadores non despedidos "ao obxecto de determinar se eran menos polivalentes, ou tiñan menos experiencia, ou eran menos idóneos e/ou capaces que a actora e que a pesar diso non se incluíron no ERE". As referencias realizadas pola traballadora son "xenéricas das traballadoras da sección de prancha, fronte ás de almacén, e aos traballadores maiores de 50 anos de idade," o cal, reitera a Sala, non constitúe un criterio de discriminación por razón de idade.

2. CUESTIÓNS PROCESUAIS

Diferentes sentenzas da Sala do Social abordaron diferentes cuestións de carácter procesual cuxa importancia resultaba clave para a resolución da cuestión de fondo no proceso laboral. Aquí quérense destacar as que destacan pola súa especial complexidade. Entre elas, as relacións entre a modalidade procesual individual e a colectiva seguen ocasionando interesantes dúbidas interpretativas, como sucede co cómputo do prazo de caducidade da acción individual de reclamación de cantidade no caso de que previamente se tivese iniciado un proceso de conflito colectivo; ou a elección da modalidade procesual adecuada cando se trata de reclamar diferenzas salariais recoñecidas nunha norma colectiva. Ademais, outra cuestión xa clásica pola súa tradición e pola súa gran dificultade, é a que afecta ao cálculo da contía da indemnización por danos morais. Esta vez non no caso de lesión de dereitos fundamentais,

senón como remedio subsidiario ante a imposibilidade de facer efectivo o dereito económico reclamado.

2.1. CONFLITO COLECTIVO E CONFLITO INDIVIDUAL

2.1.1. *Dies a quo* da prescrición da acción individual

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 14 de decembro de 2016 (rec. n.º 2749/2016)

Nesta sentenza, a Sala desestima o recurso de suplicación resolto por Sentenza do Xulgado do Social n.º 2 da Coruña, do 30 de marzo de 2016, en reclamación de cantidade.

As cantidades reclamadas que deron orixe a esta cuestión litixiosa remóntanse ao ano 2010, cando a sentenza do Xulgado do Social n.º 3 da Coruña, do 9 de xullo de 2010 recoñeceu o dereito dos traballadores a que se lles habilitase un comedor de empresa, que, non obstante, foi revogada pola posterior STSX Galicia do 18 de marzo de 2011. Non obstante, a STS do 26 de decembro de 2011 revogou, en unificación de doutrina, a sentenza anterior e confirmou a ditada inicialmente polo Xulgado do Social. Posteriormente, logo de solicitude de execución de sentenza, o 31 de xullo de 2012 concedéronse 60 días para o seu cumprimento, de modo que o servizo de comedor comezou a funcionar en marzo de 2013.

Ante esta situación, os traballadores presentaron o 24 de abril de 2013 papeleta de conciliación para reclamar as cantidades derivadas dos prexuízos económicos por non poder utilizar o servizo de comedor de empresa con anterioridade. O Xulgado do Social desestimou a demanda por transcorrer o prazo de prescrición, cuxo *dies a quo* non foi outro que o da firmeza da STS do 26 de decembro de 2011. Fronte a iso, o recorrente sostén no seu recurso de suplicación que o prazo de prescrición para a reclamación de tales cantidades se tería visto interrompido pola formulación dun proceso de conflito colectivo previo.

A Sala, tras recoñecer que a tramitación dun procedemento de conflito colectivo interrompe a prescrición das accións

individuais que se tivesen exercitado ou puidesen exercitarse co mesmo obxecto, recorda que, conforme ao art.º 59.2 ET, "dende que se dita sentenza firme no proceso de conflito colectivo, a acción de condena que procede exercitar non permanece indefinidamente imprescritible, senón que obviamente se inicia un novo prazo de prescrición dun ano". Así pois, o *dies a quo* da prescrición, indica, "coincide coa data a partir da cal a acción pode ser exercitada e esta non puido exercitarse, ata que a sentenza deveu firme, a data desta e non outra, é a que determina o «dies a quo» para os efectos de prescrición".

En consecuencia, conclúe a Sala, a aplicación desta doutrina ao caso axuizado leva consigo a prescrición das cantidades reclamadas, por canto o 26 de decembro de 2011 é o *dies a quo* a partir do cal se debe computar o prazo do ano para pedir as cantidades resarcitorias. A devandita data, indica a sentenza, "condiciona a eficacia executiva da sentenza de conflito colectivo, por canto é cando adquire firmeza a STS que declara o dereito dos actores ao comedor da empresa". Ao non ter presentado os actores a papeleta de conciliación ata o 24 de abril de 2014 -cando transcorrera un ano e case catro meses-, as devanditas cantidades áchanse prescritas de conformidade co disposto no art.º 59 do ET.

2.1.2. Elección da axeitada modalidade procesual

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 6 de xuño de 2016 (n.º rec. 165/2016)

A Sala desestima o recurso de suplicación fronte á sentenza do Xulgado do Social n.º 3 de Vigo do 14 de outubro de 2015, na que se resolveu a demanda presentada por unha traballadora da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, coa categoría profesional de coidadora/auxiliar, fronte á devandita Consellería. Na súa demanda, que foi desestimada pola sentenza de instancia, a traballadora pretendía que se recoñecese que, no caso dos comedores de xestión privada, como os xestionados polo ANPA, a coidadora do centro non tivese a obriga de asistir

aos menores no horario do comedor. Fronte á sentenza desestimatoria, a traballadora presentou recurso de suplicación, que foi novamente desestimado pola presente sentenza.

Para a Sala, existe unha clara inadecuación de procedemento na impugnación individual dunha cuestión que, pola súa natureza, debese ser obxecto dunha demanda de conflito colectivo. En consecuencia, como é claro, a actora carece de lexitimación activa para a presentación desta cuestión (arts. 17.2 e 154 LRXS). E esta decisión, de acordo coas reflexións da Sala, fundaméntase en dous motivos principais:

En primeiro lugar, porque non solicita de forma expresa, pero tampouco tacitamente un recoñecemento de dereito a nivel puramente individual. Así, en palabras da Sala, "o que tería que ter pedido é que se recoñeza que mentres está no colexio no que está destinada e se dean as circunstancias que considera que lle eximen (non que deixan de formar parte das súas obrigas) de realizar esa concreta función, non ten por que facelas.

E en segundo lugar a traballadora "tería que ter acreditado a concorrencia desas concretas circunstancias que lle eximen e non o fai", dado que a pretensión formulada non é individual, senón colectiva.

A Sala advirte expresamente que o recurso se desestima en atención a estes motivos expostos, "non polas razóns que dá a sentenza de instancia", segundo a cal as coidadoras /auxiliares teñen que atender aos menores con necesidades especiais no comedor escolar, "con independencia de a quen lle corresponda a xestión".

2.2. INDEMNIZACIÓN POR DANOS E PREXUÍZOS

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 29 de xullo de 2016 (n.º rec. 495/2016)

A Sala estima parcialmente o recurso de suplicación presentado contra a sentenza ditada polo Xulgado do Social n.º 2 de Ferrol, do 29 de setembro de 2015, fronte á Consellería de Traballo e Benestar por tres dos seus traballadores que, por realizar un número de horas de traballo solapadas coas de descanso, non puideron gozar dos descansos correspondentes. Por iso, a sentenza de instancia recoñeceu o dereito dos tres demandantes a gozar as horas de descanso por compensación do solapamento producido entre o descanso diario e o semanal, sendo esta a opción preferida polos demandantes, ou, subsidiariamente, a compensar economicamente o devandito solapamento.

De acordo co xa indicado na STS do 14 de abril de 2014 - aínda que en relación con outro colectivo de traballadores da empresa Alcampo- considerouse dereito á indemnización por danos morais en caso de solapamento entre o descanso entre xornadas e o descanso semanal, quedando acreditada a relación de causalidade entre o dano causado e a actuación empresarial. Esta sentenza é utilizada pola Sala de suplicación galega para recoñecer o dereito á indemnización neste suposto concreto, se ben, o segundo paso a tratar, consiste no máis complexo de determinar a contía indemnizatoria. Neste punto, como é habitual, empréganse distintos criterios de cálculo pola parte solicitante da indemnización e pola parte contraria. Así, os traballadores solicitantes calculan o importe das devanditas horas solapadas coma se se tratase de horas extraordinarias. A Sala recorda que xa a citada STS do 14 de abril de 2014 cualificou de "pouco afortunado" o emprego deste baremo, na medida na que esas horas non foron extraordinarias. Esta mesma cualificación estendeuna, tamén, á posibilidade de indemnizalas como horas ordinarias de traballo "xa que realizaron exactamente as horas que sinala o Convenio aplicable, unicamente non se respectaron os descansos".

Por iso, a Sala acepta o criterio indemnizatorio proposto pola Xunta de Galicia e empregado, previamente, noutras sentenzas do TSX Galicia de 14 e 23 de outubro de 2015 e 29 de febreiro de 2016. O devandito criterio consiste en establecer unha indemnización a prezo fixado "como unha porcentaxe sobre a hora ordinaria".

Neste caso concreto, decídese actualizar o importe indemnizatorio empregado con anterioridade, que deste modo pasa de ser 4 € a hora de descanso solapado, conforme ao valor do salario mínimo interprofesional de 2014, a 5 € a hora de descanso solapado, redondeando á alza o valor hora conforme ao salario mínimo interprofesional de 2016. Así, como claramente afirma a Sala, a indemnización debe fixarse "en atención á data da sentenza que a determina, que é xa do ano 2016" e non en función da data na que se dita a sentenza de instancia.