

DERECHO INDIVIDUAL

NORA M^a MARTÍNEZ YÁÑEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social
Universidad de Vigo
nora@uvigo.es

Palabras clave: despido, extinción, alta dirección, empleo público, incapacidad permanente, incapacidad temporal

Keywords: dismissal, termination, senior management contract, public employment, permanent disability, temporary disability

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 abril de 2017 (n.º rec. 406/2017)

El nudo gordiano del litigio resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en esta sentencia reside en la calificación de una relación laboral como común o especial de alta dirección. Como es bien conocido, el propio Estatuto de los Trabajadores abre la puerta a la existencia de relaciones laborales que, a causa de sus especialidades, no han de regirse por la norma estatutaria, sino por otras normas creadas *ad hoc* para regularlas. De esta manera surgen las relaciones laborales especiales, entre las que se encuentra la del personal de alta dirección. En este caso, el acusado grado de autonomía del que dispone el alto directivo y la característica relación de confianza entre empleado y empleador son las notas que justifican la aplicación de un régimen propio, contenido en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

La dependencia organizativa que exige toda relación laboral subsiste, pero en su mínima expresión, porque el alto directivo solo está sometido a las órdenes -quizás siquiera indicaciones-, del empresario, constituyendo su *alter ego* o su brazo ejecutor en el gobierno y dirección de la empresa. Por estas razones los principios rectores de esta relación laboral son muy diferentes a los que se aplican en el resto de las relaciones laborales. La autonomía individual en la determinación de las condiciones de trabajo adquiere un papel preponderante y la norma laboral aplicable resulta menos tuitiva, entre otras cosas, porque se presupone que el desequilibrio secular en la negociación del contrato de trabajo no existe en este contexto, en el que la oferta se ajusta en mayor medida a la demanda de empleo.

Uno de los ámbitos donde se aprecia de manera más clara la especialidad de esta relación laboral es el de su extinción. Aunque el Real Decreto 1382/1985 se refiere al despido disciplinario -que adquiere una relevancia especial a la vista de las responsabilidades asumidas por el alto directivo y de sus redoblados deberes de buena fe contractual-, así como al resto de las causas extintivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, las vías de extinción que adquieren mayor relieve en esta relación son la dimisión del trabajador y el desistimiento del empresario, que confirman una vez más la importancia de la autonomía individual también en el último momento de la relación laboral. De hecho, es particularmente significativo que el ordenamiento admita en esta relación laboral especial una modalidad de despido *ad nutum*, sin razones explícitas ni previstas legalmente, que es el desistimiento empresarial. En efecto, el empresario puede decidir libremente la extinción de la relación laboral en cualquier momento, sin necesidad de cumplir ningún tipo de requisito causal, aunque sí ciertos requisitos formales, como son la forma escrita y el preaviso. En tal caso, deberá pagar la indemnización que se haya pactado en el contrato o, en su defecto, la que figura en el artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985, que asciende a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

Precisamente la sentencia que se comenta ahora se centra en la calificación y en los efectos de la extinción de la relación laboral cuestionada. Y es que, si se concluye que se trataba de una relación laboral especial de alta dirección, la extinción sería un desistimiento empresarial legítimo, en cuanto expresamente contemplado en la ley. Pero, si por el contrario se considera que se trataba de una relación laboral común, la extinción por voluntad unilateral del empresario sin expresión de causa alguna equivaldría a un despido improcedente, al ser el despido libre o despido *ad nutum* una figura proscrita en el ordenamiento laboral común. Para examinar el razonamiento que lleva a cabo la Sala gallega en la resolución de este asunto es preciso realizar una breve descripción de los hechos litigiosos.

El punto de partida es la contratación de la demandante como gerente de Información e Comunicación Local, S.A. – INCOLSA-, una sociedad mercantil participada por el ayuntamiento de Santiago de Compostela, cuyo objeto social es la explotación y gestión de los intereses y derechos municipales en materia de comunicación y proyección pública, la gestión de los medios de comunicación del ayuntamiento, así como la prestación de servicios de información y comunicación en general. El contrato laboral suscrito por ambas partes establecía expresamente que se trataba de una relación laboral especial de alta dirección, aspecto que ninguna de las partes discutió mientras duró la prestación de servicios.

Es preciso hacer un inciso en esta descripción de los hechos para destacar una particularidad de este supuesto que proviene de la naturaleza del empleador, que no es ni un empresario privado ni una Administración Pública en sentido estricto, sino una sociedad mercantil participada por una Administración Pública. En este sentido, hay que recordar que el artículo 13.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, permite que se celebren contratos de trabajo de alta dirección en el ámbito del sector público. Aunque la norma que ha de regir esta relación laboral es también el Real Decreto 1382/1985, el régimen jurídico de la alta dirección

en la Administración Pública se adapta a este particular contexto mediante la aplicación de normas propias de este sector, como el Real Decreto 451/2012, de 5 marzo, que regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. Ahora bien, el caso que se está examinando no queda bajo el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, pues la contratación no la realiza directamente la Administración Local, como exige el artículo 2 de dicha norma legal. Por consiguiente, solo son aplicables algunos principios del empleo público relativos a los deberes y código de conducta de los empleados públicos, así como al acceso al empleo, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público.

Concluyendo este inciso y volviendo al relato fáctico del litigio, solo cabe añadir que, transcurridos más de seis años desde el inicio de la relación laboral, INCOLSA notificó por escrito a la demandante la extinción de la misma, con efectos a los tres meses de la comunicación.

Esta decisión fue impugnada por la demandante, que obtuvo en la instancia una sentencia favorable a sus intereses, pues declaraba la improcedencia del despido realizado. La sentencia sustentaba su conclusión en que la relación laboral existente entre ambas partes no era una relación especial de alta dirección, por lo que no cabía el desistimiento realizado por la empleadora, de modo que la abrupta ruptura de la relación laboral solo podía ser calificada como despido improcedente. Frente a dicho pronunciamiento se alzó la demandada interponiendo recurso de suplicación en el que solicitaba el reconocimiento de la relación laboral como especial de alta dirección y la consiguiente calificación de la extinción como desistimiento empresarial.

El aspecto material del litigio, es decir, si la relación laboral es común o especial y, en consecuencia, cómo haya de calificarse la extinción, se aborda en el fundamento jurídico tercero. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia doctrina dictada en suplicación, la Sala describe los

requisitos que debe reunir una relación laboral para poder ser considerada especial de alta dirección. En primer lugar, es preciso que concurra un elemento funcional manifestado en que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que por lo general implican el reconocimiento de la capacidad para llevar a cabo actos jurídicos en su nombre y obligarla frente a terceros. En segundo lugar, debe estar presente un elemento objetivo, relativo a la amplitud y extensión de tales poderes, atinentes a los objetivos generales de la empresa, y no solo a los de un área en particular. Y, por último, un elemento jerárquico, que ha de implicar que el alto directivo dispone de autonomía para llevar a cabo sus funciones y plena responsabilidad, solo limitadas por las instrucciones directas de quienes detenten originariamente la titularidad de la organización. La Sala aprovecha además para rebatir uno de los argumentos del recurrente, que invocaba la doctrina de los actos propios para sostener que las partes del contrato de trabajo habían acordado pacíficamente que la relación laboral era de alta dirección. Frente a ello, la Sala recuerda que el criterio formal no es en absoluto determinante, pues el contrato de trabajo no es lo que las partes dicen, sino lo que realmente es; dicho en otras palabras, es irrelevante el nombre jurídico que las partes hayan querido dar a la relación laboral, debiendo de estarse a su naturaleza y contenido.

Pues bien, una vez identificados los elementos distintivos de la relación laboral especial de alta dirección, solo resta observar si están presentes en el supuesto litigioso. Y el análisis llevado a cabo por la Sala muestra que faltan completamente los tres elementos. Para empezar, las funciones realizadas por la demandante son instrumentales o ejecutivas, es decir, en ningún modo son funciones estratégicas o directivas, de manera que su realización no compromete la buena marcha de la empresa y no se puede considerar que la trabajadora haya ejercitado poderes inherentes a la titularidad de la empresa. De hecho, las facultades directivas han sido ejercitadas directamente por la Presidencia del Consejo de Administración, tanto de forma exclusiva, como conjuntamente con la trabajadora.

Ello implica, además, que la trabajadora tampoco llevaba a cabo sus funciones y facultades con autonomía, ceñida exclusivamente a las directrices del empresario, sino que lo hacía de forma conjunta con el Consejo de Administración o con la persona que ostentaba la Presidencia del mismo. En conclusión, las actividades de la demandante se limitaron a la jefatura de servicios técnicos y administrativos, lo cual, si bien implica un alto grado de responsabilidad, no es suficiente como para apreciar la concurrencia de los requisitos que conforman la relación laboral especial de alta dirección. Tal y como advierte acertadamente el Tribunal, "no cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas con el ejercicio de Alta Dirección".

A la observación de estas circunstancias la Sala añade otros elementos que apoyan su conclusión, y que son en definitiva el ejercicio por parte de la demandante de derechos laborales que tienen difícil encaje en la relación laboral de alta dirección, debido al alto grado de compromiso que la caracteriza. Así, se menciona la sustitución de la trabajadora durante una baja por incapacidad temporal por distintos trabajadores técnicos o una concejal, el disfrute de una reducción de jornada por cuidado de hijo o la solicitud de días libres, vacaciones y la asistencia a actividades de formación.

Por último, resulta particularmente interesante una reflexión que hace el Tribunal en torno a la incidencia del contrato de alta dirección en el sector público, aunque, como ya se ha dicho, el supuesto examinado no entra en sentido estricto en esta categoría. Y es que, puesto que el concepto de relación laboral especial de alta dirección es único y debe aplicarse también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas o Entes Públicos, si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden delegar poderes inherentes a la esfera de competencia propia de los Órganos administrativos superiores, entonces habrá que concluir que el contrato de alta dirección no tiene cabida en esos supuestos. Y ello porque las especialidades del sector público en ningún caso pueden dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la

alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias fijadas por la ley y que la jurisprudencia se ha ocupado de delimitar.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 6 marzo de 2017 (n.º rec. 4443/2016)

La sentencia que se va a examinar aborda uno de tantos problemas que se derivan de la instauración en España de un régimen de empleo público dual, en el que el personal que presta servicios para la Administración Pública puede hacerlo bien en régimen administrativo –funcionario- o estatutario-, bien en régimen laboral. La aplicación de dos ramas del ordenamiento jurídico con principios y objetivos bien diferentes, aunque unificadas bajo el paraguas común del Estatuto Básico del Empleado Público, no deja de generar fricciones y paradojas que los órganos judiciales se ven obligados a sortear de la manera más coherente posible.

Los hechos que fundamentan el litigio se resumen de la siguiente manera. La demandante comenzó a prestar servicios para la Xunta de Galicia en 1990, con la condición de personal laboral fijo, desempeñando desde entonces las funciones de psicóloga en el Juzgado de Menores de Lugo. El 4 de noviembre de 2015 fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual. Nueve días después recibió una comunicación de la Xunta de Galicia que le notificaba la extinción de su relación laboral, dado que no se preveía que la situación de incapacidad permanente fuera a ser objeto de revisión por mejoría. La trabajadora interpuso demanda por despido improcedente que fue estimada en la instancia, siendo condenada la Xunta de Galicia a revocar la resolución extintiva y acordar en su lugar la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo durante dos años, a contar desde la fecha de la resolución que declaró la incapacidad permanente. La sentencia es recurrida en suplicación por la Consellería de Facenda.

Para la correcta comprensión del supuesto, hay que recordar que si bien la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, con la correspondiente reserva del puesto de trabajo (art. 45.1.c) ET), la incapacidad permanente en sus grados de total o absoluta es causa de extinción de la relación laboral (art. 49.1.e) ET). El fundamento de esta causa extintiva reside en la pérdida de la capacidad física o intelectual necesaria para la realización del trabajo, que por lo tanto impide la continuidad de la relación laboral (art. 193 LGSS). No obstante, es preciso no confundir esta causa de extinción con otras situaciones similares, como la ineptitud en el trabajo, que puede dar lugar a un despido objetivo, o la disminución voluntaria del rendimiento, con base en la que cabe proceder al despido disciplinario. En el caso de la incapacidad permanente, la resolución administrativa que reconoce esta situación, así como el derecho del trabajador a cobrar la correspondiente pensión del sistema público de Seguridad Social, es la que opera como causa extintiva, de modo que técnicamente no se produce un despido, sino una extinción de la relación laboral por una causa objetiva.

Aunque, como su propio nombre indica, la incapacidad permanente se configura como una situación definitiva, el ordenamiento jurídico no excluye la posibilidad de mejoría que permita al trabajador volver a la actividad laboral. De hecho, la propia resolución administrativa que declare la incapacidad permanente puede excluir el efecto extintivo y reemplazarlo por la suspensión del contrato de trabajo (art. 48.2 ET, art. 200.2 LGSS y art. 7 RD 1300/1995). Ahora bien, para que esto suceda, es preciso que la resolución administrativa lo contemple expresamente a la vista de una previsible mejoría del afectado que haga posible su reincorporación al puesto de trabajo. Además, la reserva del puesto de trabajo no es indefinida, sino que queda acotada temporalmente a los dos años siguientes a la fecha de la resolución que declara la incapacidad permanente.

La situación es muy distinta para quienes prestan servicios para la Administración pública ostentando la condición de funcionario. En términos generales, en el ámbito de la

función pública la incapacidad permanente nunca ha sido causa de pérdida de la condición funcionarial, aunque sí se extingue la relación del servicio, pasando el funcionario a la situación de jubilación (artículo 28.2.c del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas).

En el litigio que resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Galicia la demandante invoca la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia para ilustrar las diferencias que existen entre el régimen laboral y el funcionarial, y solicitar la aplicación de algunos aspectos de este último que resultan más favorables. El artículo 68.1.c) de este texto legal reconoce que los funcionarios accederán a la jubilación por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Pero resulta de mayor interés el artículo 69, que contempla la automática rehabilitación de la condición de personal funcionario cuando el afectado acredite documentalmente la desaparición de la causa que motivó la incapacidad permanente. Además, si tal solicitud se presenta antes de que transcurran dos años desde la jubilación por incapacidad permanente, el funcionario se reincorporará al último puesto de trabajo que haya ocupado con carácter definitivo, el cual le quedará reservado durante ese período de tiempo, por si se produjese tal eventualidad.

La Sala gallega estima el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia, revocando la sentencia de la instancia, que calificaba la extinción como un despido improcedente.

El fallo se basa en dos bloques de consideraciones. En primer lugar, se analiza la resolución que reconoce la incapacidad permanente de la demandante, constatándose, tal y como sostenía la Xunta, que se trata de una declaración "ordinaria", en la que simplemente se indica la fecha a partir de la cual podrá tener lugar la revisión por

agravación o mejoría del estado. No se trata, por tanto, de lo que el Tribunal Supremo ha denominado declaración "especial", refiriéndose a aquellas que, dictadas al amparo del artículo 48.2 ET, comportan la suspensión de la relación laboral y la reserva del mismo puesto de trabajo durante dos años, haciéndose constar expresamente que la situación del trabajador previsiblemente sea objeto de una revisión por mejoría que permitirá su reincorporación al puesto de trabajo. En consecuencia, se admite el carácter extintivo de la resolución que reconoce la incapacidad de la demandante.

En segundo lugar, el Tribunal examina la pretensión de la demandante de que se declare su derecho a la rehabilitación de la relación laboral en cualquier momento si hubiera revisión por mejoría, con reserva del puesto durante dos años. Es decir, lo que solicita la demandante es que se le aplique el artículo 69 de la Ley 2/2015, de 29 de abril de Empleo Público de Galicia, que, como se ha visto, se refiere únicamente al personal funcionario y no al laboral. En apoyo de su pretensión argumenta que para el acceso a su puesto de trabajo ha cumplido los mismos requisitos que se exigen a los funcionarios, añadiendo además que la diferencia de trato no está justificada y que, por lo tanto, entraña una discriminación.

La Sala rechaza esta pretensión argumentando que aunque los principios que rigen el acceso al empleo público son los mismos tanto para el personal funcionario, como para el personal laboral estable, la naturaleza del vínculo que conforma ambas relaciones de servicio es distinta y de ella se derivan distintos derechos y deberes. Además, combate la tacha de discriminación con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que subraya que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador que tenga relevancia jurídica, de modo que no toda desigualdad de trato normativo supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE. Esta consideración queda acotada a aquellas disposiciones que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse

iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Concretamente, por lo que se refiere al empleo público, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el *status* del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas, y que la distinta naturaleza del vínculo puede justificar el distinto tratamiento de situaciones similares pero no idénticas.

Por otra parte, la Sala gallega concluye con una referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si bien ha fallado recientemente en varias ocasiones a favor de la unificación del régimen aplicable a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos, no se ha opuesto a las diferencias que provienen de la naturaleza administrativa o laboral de la relación de servicio, considerando que en términos generales no se oponen al principio de igualdad y no discriminación.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 17 febrero de 2017 (n.º rec. 4341/2016)

En este pronunciamiento la Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en materia de despido interpuesta contra la entidad Atento Teleservicios España, S.A.

Los hechos que dieron lugar a este litigio pueden describirse de forma sucinta de la siguiente manera. La trabajadora, que prestaba servicios para la empresa indicada desde el año 2004, recibió el 1 de abril de 2016 carta de despido, basado en causas objetivas. Concretamente, la causa del despido era el absentismo, si bien justificado, al que hace referencia el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Cabe recordar, pues, que el artículo 52.d) ET contempla tradicionalmente como causa extintiva las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que causan al empresario una excesiva onerosidad,

repercutiendo de forma negativa en el normal funcionamiento de la empresa. La reforma laboral de 2012 incidió en esta materia eliminando la referencia al índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, que con la normativa anterior debía superar el 2,5% en los mismos períodos de tiempo en que se computaba el absentismo del trabajador. Eliminado este criterio, en la actualidad la aplicación de esta causa de despido depende en su totalidad de las faltas de asistencia del trabajador. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todas las ausencias computan a efectos de desencadenar esta causa de despido, manteniéndose las exclusiones anteriores a la reforma laboral de 2012, de modo que el cómputo queda prácticamente restringido a las faltas por incapacidad temporal de duración inferior a veinte días consecutivos.

En concreto, el Estatuto de los Trabajadores establece dos reglas para realizar el cómputo de las faltas de asistencia que permiten operar esta causa de despido. Según la primera regla, sería posible el despido objetivo cuando las faltas alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, y además el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles. Y según la segunda regla, también puede procederse al despido objetivo cuando las faltas alcancen el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

En el litigio que se está examinando, la empresa se valió de la primera regla, pues a su juicio la trabajadora había alcanzado un porcentaje del 22,86 % de ausencias en las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, y el 7,39 % en los últimos doce meses. Ahora bien, el objeto del desacuerdo entre la demandada y la demandante gira en torno a la delimitación de los periodos dentro de los que han de computarse las faltas de asistencia para saber si se alcanzan los porcentajes indicados por la ley.

No es esta una cuestión clara, ya que el artículo 52.d) ET menciona el término "meses", pero no da ninguna indicación acerca de cómo han de computarse, sin que en el resto de la legislación laboral se ofrezca una solución, ya que no se

trata de un plazo procesal. Las alternativas son al menos dos: de fecha a fecha o bien por meses naturales. Esta cuestión fue ya resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 2010 (n.º rec. 842/10), a la que se refiere el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la resolución que se está analizando. En dicha sentencia, el Alto Tribunal optó por aplicar el art. 5 del Código Civil, que establece el cómputo de fecha a fecha, rechazando hacer el cómputo por meses naturales, pues en tal caso algunos días de ausencia al trabajo quedarían fuera del cómputo, concretamente aquellos que se producen cuando la falta de asistencia al trabajo se extiende entre los días finales de un mes y los primeros del siguiente.

Ahora bien, la sentencia del Supremo no solucionaba el problema planteado en el litigio, ya que en realidad la cuestión debatida se ceñía a determinar cuáles son las dos fechas que delimitan el periodo de dos meses al que se refiere el artículo 52.d) ET. La demandante propone que el cómputo bimensual se lleve a cabo o bien desde la fecha de la última baja hacia atrás, o bien desde la fecha de la primera baja hacia adelante. En ninguno de estos dos supuestos el número de bajas comprendido en esos dos meses sería suficiente como para generar la causa de despido objetivo por absentismo. En cambio, si se toma cualquier periodo de dos meses consecutivos dentro de los doce meses anteriores al despido, que es la operación que lleva a cabo la empresa, sí se alcanzan los porcentajes de absentismo necesarios para proceder al despido objetivo.

La Sala gallega da la razón a la empresa al haber elegido esta forma de cómputo. Se basa en la doctrina aplicada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que determina como *dies ad quem* del periodo anual la fecha de despido, y no las fechas que dan inicio y fin al periodo de dos meses dentro del que se computan las faltas. Por el contrario, a tenor de esta doctrina, tal periodo de dos meses puede elegirse aleatoriamente dentro del periodo de referencia de doce (SSTSJ Madrid de 1 de febrero de 2016, n.º rec. 797/2015, de 10 de junio de 2016, n.º rec. 252/2016, de 22 de abril de 2016, n.º rec. núm. 167/2016).

En todo caso, hay que dejar constancia de que esta solución no es pacífica entre los Tribunales Superiores de Justicia, al menos por lo que se refiere a las fechas que delimitan el periodo de dos meses dentro del que debe darse un absentismo de un 20%. Así, tanto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como el de Andalucía han optado por computar este periodo hacia delante, tomando como fecha inicial la de la primera ausencia, lo cual haría posible proceder al despido incluso antes de que hayan transcurrido por completo los dos meses si antes ya se han alcanzado los porcentajes exigidos por el artículo 52.d) ET. La Sala andaluza argumenta que esta solución resguarda mejor la seguridad jurídica, y además, dado que los procesos de incapacidad temporal son ajenos a la voluntad del trabajador, esta modalidad de cómputo permitiría que éste pudiese representarse el posible alcance de sus ausencias en orden a la estabilidad de su relación laboral, lo que, a la postre, ofrece una lectura de la norma acorde con el principio *in dubio pro operario* (Véanse las sentencias del TSJ de Andalucía –Málaga- de 22 mayo, n.º rec. 550/2014, y del TSJ de Cataluña de 7 marzo, n.º rec. 6945/2015).

En fin, el asunto abordado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en esta sentencia es un excelente ejemplo de la relevancia práctica que tiene la delimitación de los periodos de absentismo a efectos del despido objetivo por esta causa. Pero, además, muestra que la norma jurídica no ofrece soluciones claras a las diversas preguntas que se plantean, por lo que las opciones elegidas por los Tribunales Superiores de Justicia no siempre son coincidentes. Así pues, a corto o a medio plazo podría tener que pronunciarse el Tribunal Supremo en unificación de doctrina sobre alguna de las cuestiones planteadas.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 27 febrero de 2017 (n.º rec. 4541/2016)

Esta sentencia versa sobre un supuesto que lamentablemente se ha repetido con cierta frecuencia en los

últimos años como consecuencia de la crisis económica que ha sacudido el tejido productivo y el empleo. Se trata de la concurrencia de una petición de extinción del contrato de trabajo por retrasos continuados en el pago del salario o impagos (artículo 50 ET) y la impugnación de un despido por causas económicas. El patrón que suele darse en estos supuestos, y que se cumple en la sentencia que se va a examinar, pasa por la interposición por parte del trabajador de demanda articulada sobre la base del artículo 50.1.b) ET a la que sigue la extinción de la relación laboral por despido objetivo o colectivo fundado en causas económicas. Como el despido se produce antes de que se haya dictado sentencia en el proceso judicial iniciado por el trabajador, técnicamente resulta ya imposible la extinción judicial de la relación laboral por la vía del artículo 50 ET, pues esta ya no existe. Por esta razón, el trabajador que ha intentado la resolución causal del contrato suele impugnar la decisión empresarial de despido.

Hay que decir que en muchos de estos casos es la mala situación económica que atraviesa la empresa la que provoca los retrasos en el pago de los salarios o el impago de los mismos, pero, como ha señalado la jurisprudencia, ello no impide el ejercicio del derecho que el artículo 50.1.b) ET concede al trabajador, ya que el ordenamiento laboral pone a disposición del empresario en apuros económicos otras herramientas para adaptarse a su situación, como las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, los descuelgues del convenio colectivo, las reducciones de jornada o las suspensiones del contrato de trabajo por causas económicas, y finalmente el despido por causas económicas. Por consiguiente, la mala situación económica que pueda atravesar la empresa no atenúa la gravedad de los retrasos continuados en el pago del salario ni justifica la conducta incumplidora del empresario.

El relato fáctico de la sentencia que ahora se analiza puede resumirse de la siguiente manera. La trabajadora prestaba servicios para la empresa Senla Punto, S. L., desde el año 2008. A partir de agosto de 2013 comienza a sufrir retrasos graves y continuados en el pago de sus nóminas. La

gravedad se infiere no solo del retraso en el pago, que suele rondar dos meses, sino del hecho de que desde esa fecha hasta su despido no cobra puntualmente ni una sola nómina. El 22 de febrero de 2016 se celebró acto conciliatorio respecto de demanda de resolución de contrato terminando sin avenencia. El 25 de febrero de 2016 la trabajadora presentó demanda de resolución de contrato contra la empresa. Y, finalmente, el 29 de febrero de 2016 se entrega a la actora carta de despido fundado en causas económicas, con efectos el 15 de marzo de 2016. La trabajadora impugna el despido, de manera que el proceso por despido se acumula al pendiente proceso por resolución causal del contrato de trabajo, en virtud del artículo 32 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Conviene recordar que el párrafo segundo de este precepto dispone que "cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio". Según ha aclarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 1996 (n.º rec. 2205/96), esta disposición pretende evitar actuaciones que persigan, bien por parte del trabajador eludir a través del ejercicio de la acción resolutoria las consecuencias de un despido que se prevé inminente, o bien por parte de la empresa buscar la enervación de la posible acción resolutoria mediante una rápida decisión de despido. Así pues, el órgano judicial deberá debatir las dos demandas y resolverlas en la misma sentencia.

Como resultado de esas operaciones, en el supuesto que ahora se está analizando el juzgado de lo social competente desestimó la demanda presentada por la actora, absolviendo a la empresa de todas las pretensiones contenidas en las demandas acumuladas. La trabajadora

interpone contra este pronunciamiento recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Este procede a examinar separadamente las dos acciones planteadas por la trabajadora. Respecto de la reclamación de extinción causal del contrato de trabajo, la Sala reconoce que se cumplen todos los presupuestos legales para poder extinguir el contrato de trabajo por esta causa. Recuerda que la gravedad de los incumplimientos contractuales de la empresa no queda atenuada ni por las probadas dificultades económicas de la empresa, ni por el hecho de que algunas de las cantidades adeudadas se hayan abonado posteriormente, pues como señala la doctrina unificada, dicho extremo es irrelevante ya que debe valorarse la situación de impago en el momento de presentación de la demanda.

Por lo que se refiere a la calificación del despido, la Sala gallega rechaza la petición de nulidad por quebrantamiento de la garantía de indemnidad planteada por la demandante, para quien el despido se produjo como revancha frente a la interposición de la demanda de resolución causal de su contrato de trabajo. Pero el Tribunal no encuentra indicios de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que puedan alterar la distribución de la carga de la prueba. En este sentido, no se tiene en cuenta que el despido se produjese solo tres días después de la interposición de la demanda de resolución del contrato de trabajo, cuando las dificultades económicas de la empresa se remontaban al menos a dos años y medio antes. Por el contrario, el Tribunal se centra en el hecho de que el mismo día en que se despidió a la trabajadora fueron despedidas dos trabajadoras que también habían interpuesto demandas de resolución de contrato y otras tres que no habían ejercitado acción alguna en tal sentido, así como la existencia probada de una situación económica negativa grave. A su parecer, estas circunstancias descartan el quebrantamiento de la garantía de indemnidad.

También desestima la Sala la pretensión de que el despido sea declarado improcedente, pues se han acreditado causas económicas sobradamente suficientes para fundar esta

decisión empresarial, sin que se hayan detectado defectos de forma que pudieran acarrear dicha calificación jurídica.

Así pues, a juicio del Tribunal, tanto la trabajadora como el empresario ejercitaron correctamente los derechos que les confiere la legislación laboral para solicitar la extinción del contrato de trabajo, por un lado, y para proceder a un despido por causas económicas, por otro. Ahora bien, puesto que desde el punto de vista fáctico, el contrato solo se puede extinguir por una de las citadas razones, el Tribunal acude al artículo 32 LJS para poder determinar el fallo de la sentencia. A tenor de dicho precepto, "cuando las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan", mientras que "si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción". En consecuencia, para determinar cuál de estas dos reglas se aplica, la Sala ha de dilucidar si las causas que están en la base de la situación de conflicto son las mismas en las dos acciones -o si es la misma la propia situación de conflicto-, o, por el contrario, si las causas de una u otra acción son independientes. Al realizar esta operación, el Tribunal Superior de Justicia se guía por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en sentencias como la de 21 septiembre de 2016 (n.º rec. 221/2015), y conforme a ella, opta por la segunda alternativa, al considerar que la falta de pago o retrasos continuados en el pago del salario a los que se refiere el artículo 50 ET son situaciones objetivas que por sí mismas bastan para dar derecho a solicitar la extinción judicial del contrato, sin entrar en mayores consideraciones acerca de cuál es la razón por la que el empresario incumple su obligación de pago puntual. Por tanto, aunque en el caso de autos, desde el punto de vista de una "causalidad

natural" pudiera pensarse que ambas acciones tienen la misma base, esto es, la situación económica negativa de la empresa, atendiendo a una "causalidad jurídica", las dos acciones son independientes. En conclusión, siendo la acción que ha nacido antes la relativa a la extinción de la relación laboral ex artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, es esta la que ha de tener éxito, y de conformidad con ello el Tribunal declara extinguida la relación laboral entre las partes en la fecha en que se produjo el despido y condena a la empresa demandada al abono a la demandante de la indemnización equivalente a la de despido improcedente.

