

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO
Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)
lidia.gil.oter@usc.es

Palabras clave: conciliación; adaptación; fijo discontinuo; igualdad; no discriminación; enfermedad; discapacidad; indefinido no fijo.

Palavras chave: conciliação; adaptação; fixo discontinuo; igualdade; non discriminación; enfermidade; discapacidade; indefinido non fixo.

Keywords: work-life balance; adaptation; permanent seasonal contract; equality; non discrimination; disease; disability; working having contract of indefinite duration but non permanent.

Esta recopilación jurisprudencial recoge nueve sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictadas en el segundo semestre de 2024, relativas al derecho individual del trabajo. En ellas se presentan formulaciones de interés doctrinal y jurisprudencial relativas a la adaptación de jornada por conciliación de la vida personal y familiar, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género, enfermedad o discapacidad, la contratación fija discontinua y la figura doctrinal del indefinido no fijo.

1. DESPIDO E INDEMNIZACIÓN ADICIONAL FUNDAMENTADA EN EL CONVENIO 158 DE LA OIT Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA: SENTENCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2024 (REC. 4833/2024)

Tan solo quince días antes de que el Tribunal Supremo fijase su doctrina sobre la posibilidad de fijar una indemnización adicional a la establecida en el Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de despido improcedente (sentencia de 15 de diciembre de 2024), el Tribunal Superior de Justicia de Galicia resolvía un asunto que le obligó a pronunciarse sobre esa misma cuestión.

En el asunto concreto resuelto por el tribunal gallego, este rechazó la petición de indemnización adicional de la trabajadora despedida debido a las circunstancias concretas del caso. La empresa demandada había despedido a la trabajadora en noviembre de 2023 alegando, en la carta de despido, una presunta infracción por parte de esta del art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo a renglón seguido la improcedencia del despido y la puesta a disposición de la indemnización fijada por el art. 56 del ET, es decir, treinta y tres días de salario por año de servicio. Debido a la escasa antigüedad de la trabajadora, que había entrado en la empresa en abril de ese mismo año, la indemnización no era cuantiosa: 843.33 euros.

En la demanda formulada por la trabajadora contra la decisión extintiva, esta solicitaba una indemnización complementaria y reparadora del perjuicio causado de 6.000 euros atendiendo a la duración del contrato y a su edad. Fundamentaba tal petición en un precepto que, a su juicio, se había infringido en su caso. Se trataba del artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, que exige el pago de una indemnización adecuada u otra reparación apropiada cuando los órganos judiciales llegasen a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y, en virtud de la legislación o práctica nacional, no están facultados o no consideran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente

ordenar o proponer la readmisión del trabajador o de la trabajadora. Tras la desestimación de su demanda en primera instancia, el TSJ de Galicia tuvo que examinar las cuestiones planteadas por la trabajadora. De hecho, a pesar de que la trabajadora no había citado como infringido el art. 24 de la Carta Social Europea, el tribunal gallego sí lo trajo a colación por su relación directa con la cuestión planteada, pues aquel precepto también reconoce el derecho de los trabajadores despedidos sin una razón válida a una indemnización adecuada.

El pronunciamiento del tribunal gallego giró en torno a qué se debe considerar “indemnización adecuada” a la luz de los dos preceptos anteriores, advirtiendo, no obstante, la dificultad de dar esa respuesta “a falta de doctrina al respecto emanada del Tribunal Supremo”. El TSJ de Galicia acudió a la doctrina sentada por él mismo en otras sentencias del mismo año y extrajo tres conclusiones. En primer lugar, que el sistema de indemnizaciones tasado del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores ha sido considerado conforme al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo por parte del Tribunal Constitucional (Auto 43/2014, de 12 de febrero), pues el art. 10 del citado convenio insiste en la indemnización adecuada como una posibilidad más, siendo el legislador el que debe valorar específicamente las situaciones en las que la decisión extintiva conlleve un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas. En segundo lugar, que la indemnización prevista por el art. 56 del ET cuantifica el valor del trabajo perdido en atención a criterios objetivos de antigüedad, salario y fecha de cese, con un módulo de 33 días que, “si bien históricamente fue superior, tampoco se puede considerar, en términos generales, como un módulo insuficiente”. En último lugar, que los órganos judiciales deben integrar el control de convencionalidad a la hora de enjuiciar e interpretar las normas internas teniendo en cuenta los textos internacionales, pero ello no debe implicar que todos los casos en los que se aplique el art. 56.1 del ET conlleven, directamente, la infracción del art. 24 de la

Carta Social Europea. A juicio del tribunal, son dos los presupuestos a tomar en consideración a efectos de posibilitar una indemnización adicional: o bien que se aprecie una indemnización de una cuantía manifiestamente insuficiente en relación con los perjuicios causados a la persona trabajadora o con los derechos fundamentales vulnerados por el despido abusivo, o bien que la indemnización no resulte disuasoria en atención a las circunstancias por un ejercicio fraudulento o abusivo de la decisión extintiva.

Trasladando tales parámetros al caso concreto a enjuiciar, el TSJ de Galicia entendió que no había motivos para estimar la procedencia de la indemnización adicional porque la empresa había actuado conforme a lo previsto legalmente y “sin motivos espurios”, reconociendo la improcedencia del despido y poniendo a disposición de la trabajadora la indemnización fijada por la ley. Además, la trabajadora no llegó a explicar cuáles eran los daños o perjuicios concretos que se le habían causado o si la empresa había vulnerado alguno de sus derechos fundamentales. Esas dos circunstancias y, en concreto, la falta de concreción de la trabajadora en su demanda, llevaron a la desestimación del recurso. El tribunal gallego reafirmó su doctrina respecto a la adecuación del Estatuto de los Trabajadores a los textos internacionales en materia indemnizatoria, en línea parcialmente con lo dispuesto días después por el Tribunal Supremo, que declaró la validez de la indemnización tasada a la luz del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Será necesario esperar para saber cuál es el criterio de este último tribunal respecto algo que ya adelantó el tribunal gallego en la sentencia comentada: la validez de la indemnización respecto del art. 24 de la Carta Social Europea, teniendo en cuenta, además, las Resoluciones del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

2. MEDIDAS EN CUMPLIMIENTO DE LOS PROTOCOLOS ANTI-ACOSO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR

**DE JUSTICIA DE GALICIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2024
(REC. 4188/2024)**

Las situaciones de acoso laboral y, en concreto, de acoso laboral por razón de género, han sido evitadas y erradicadas en un número significativo de empresa gracias a instrumentos como los protocolos anti-acoso. Estos últimos no solo tienen como finalidad combatir los eventos de acoso, sino también prevenirlos, para evitar riesgos psicosociales y asegurar un ambiente de trabajo seguro. Ambas funciones, de prevención y protección de las víctimas, son los ejes que deben guiar la actuación de la empresa a la hora tanto de activar el protocolo como de cumplir lo acordado tras su activación, pues, de existir incumplimientos en este último ámbito, se corre el riesgo de devaluar la eficacia del protocolo y, lo que es más importante, hacer revivir a la víctima la situación que le llevó a pedir auxilio.

La necesaria convivencia de las dos finalidades de los protocolos anti-acoso se plasma a la perfección en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de noviembre de 2024 (rec. 4188/2024), en la que el tribunal condenó a la empresa demandada por no hacer un cumplimiento efectivo de las medidas adoptadas tras la previa activación de un protocolo, destacando, además, la responsabilidad de aquella en el diseño y construcción de sistemas automatizados que puedan interferir en la estricta observancia del protocolo.

En diciembre de 2021, tras unos escenarios de vejaciones e intimidaciones por parte de un compañero, la trabajadora, vigilante de seguridad, solicitó la activación del protocolo anti-acoso de la empresa. Días después, el jefe del servicio de prevención atendió la solicitud de la trabajadora y comunicó la activación al comité de seguridad y salud, en el que se realizó una investigación de los hechos y se adoptaron medidas cautelares que, tras la finalización del procedimiento, se convirtieron en definitivas. La medida más destacada fue la no coincidencia de la víctima y el otro trabajador implicado en los diferentes turnos. Pese a lo anterior, en los años 2022 y 2023 la trabajadora observó

cómo en repetidas ocasiones los cuadrantes no respetaban la medida acordada y los turnos de uno y otro eran coincidentes. Para evitar todo tipo de encuentro, era la propia trabajadora la que, tras recibir los cuadrantes, intentaba cambiar el turno con alguno de sus compañeros. Sin embargo, hubo hasta dos ocasiones en los que trabajador y trabajadora compartieron turno. Según la empresa, una de esas ocasiones fue debida a la ausencia de otro compañero de la empresa que tuvo que ser cubierta por el trabajador implicado en el protocolo, por ser el único disponible. En ese supuesto en concreto, el responsable del turno le ofreció a la trabajadora la posibilidad de ausentarse de su puesto, computándosele como puesto de trabajo, pero esta decidió seguir prestando sus servicios.

Tras los eventos anteriores, la trabajadora fue diagnosticada con un trastorno de ansiedad generalizada y demandó a la empresa por vulneración de derechos fundamentales, solicitando que diese cumplimiento efectivo a lo acordado en ejecución del protocolo anti-acoso y que la indemnizase con un total de veinte mil euros.

Desestimada la pretensión de la trabajadora en primera instancia, el TSJ de Galicia mantuvo una postura contraria dividiendo la secuencia de hechos en dos momentos temporales. El primer momento temporal relevante, a juicio del tribunal, fue la activación por parte de la empresa del protocolo anti-acoso. Según el órgano jurisdiccional, en aquel primer momento la conducta de la empresa fue irreprochable, pues el protocolo no solo era accesible, sino que el procedimiento se había llevado a cabo de manera imparcial, profesional y seria, adoptando medidas satisfactorias para ambas partes en una situación que, como el caso concreto, no era constitutiva de un delito. Según el tribunal, los hechos que dieron lugar a la activación habían prescrito, pero tal circunstancia no impedía que pudiesen ser examinados para valorar el segundo momento temporal relevante en el caso: el no cumplimiento de las medidas adoptadas tras la activación del protocolo y, en concreto, la coincidencia de la trabajadora y el trabajador en diferentes

turnos. Según el tribunal, en la medida en que las vejaciones iniciales eran constitutivas de acoso, puesto que creaban un entorno degradante y humillante para la víctima, y estaban vinculados con el protocolo activado, el incumplimiento de lo pactado implicaba una vulneración de los derechos fundamentales de la víctima, porque la revictimizó y la obligó a revivir la situación por la que pasó. Además, según el tribunal, la conducta de la empresa desvirtuó el carácter preventivo del protocolo frente al resto de la plantilla de trabajadores y trabajadoras, que ya no confiarían en este último si les sucediese una situación similar en el futuro.

El Tribunal reprochó a la empresa que no hubiese introducido instrucciones que evitasen la coincidencia de los trabajadores implicados en los turnos. De los hechos se dedujo que los cuadrantes eran elaborados, con toda probabilidad, a través de un sistema automatizado. Sin embargo, a juicio del Tribunal, esa elaboración “automatizada” no era excusa suficiente. Un responsable humano debía haber supervisado los resultados del algoritmo antes de enviar los cuadrantes a los trabajadores, pues el simple hecho de recibir los cuadrantes en los que figuraba la coincidencia entre el trabajador y la trabajadora colocaba a esta última en una situación de doble victimización, teniendo que ser ella incluso la que soportase la carga de decidir cómo actuar para evitar encontrarse con el otro trabajador.

El Tribunal señaló como responsable único de la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora a la empresa y eximió de responsabilidad al trabajador agresor, así como al supervisor del servicio, pues no se consideró probado que alguno de ellos tuviese algo que ver en el incumplimiento de la medida de no coincidencia. Aunque las coincidencias podían haber sido detectadas y evitadas por parte del supervisor del servicio, el Tribunal destacó que no se le podía exigir responsabilidad alguna debido a una “evidente falta de formación en riesgos psicosociales y de información acerca de cómo actuar en esas situaciones, lo que no es imputable más que a la propia empresa”.

Constatada la vulneración del derecho a la integridad moral de la trabajadora y la infracción por parte de la empresa del art. 15 de la Constitución Española, el tribunal condenó a la empresa a abonar una indemnización de veinte mil euros, valorando, para tal cuantificación, los dos efectos que produjo el incumplimiento de las medidas acordadas tras la activación del protocolo: la revictimización de la trabajadora y la devaluación de la efectividad del protocolo anti-acoso frente al resto de trabajadores y trabajadoras.

3. ADAPTACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES EN EL PUESTO DE TRABAJO DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 10 DE JULIO DE 2024 (REC. 2487/2024) Y DE 4 DE DICIEMBRE DE 2024 (REC. 5577/2024)

En nuestro ordenamiento jurídico son abundantes los textos internacionales que buscan la inserción real de las personas discapacitadas y, en concreto, su protección en la prestación de servicios. La Directiva 2000/78/CE obliga a los empresarios a realizar ajustes razonables en los puestos de trabajo de las personas discapacitadas para garantizar la observancia del principio de igualdad y permitir que formen parte del empleo o progresen profesionalmente (art. 5). De hecho, el art. 6.1 a) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación califica como discriminación indirecta la denegación de dichos ajustes, entendidos estos como toda modificación o adaptación necesaria y adecuada del ambiente físico, social y actitudinal para facilitar la accesibilidad y la participación.

No obstante, consciente de que tal obligación puede implicar un coste excesivo para el empresario y, con ello, un desincentivo a la contratación de personas con discapacidad, los mismos textos exceptúan tal obligación cuando se acredite que las medidas de adaptación suponen una carga excesiva, desproporcionada o indebida para el empresario.

Como consecuencia de los dos intereses contrapuestos, la doctrina judicial ha dedicado páginas y páginas de sentencias

tanto a delimitar qué se debe entender por ajuste razonable como a clarificar en qué supuestos una medida de adaptación o ajuste puede implicar una carga desproporcionada para el empresario. Buen ejemplo de ambos extremos es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de julio de 2024 (rec. 2487/2024).

En el caso objeto del litigio, la trabajadora, profesora de educación secundaria, tenía reconocido un 35% de discapacidad sensorial debido a la miopía magna bilateral que padecía y le provocaba mala visión nocturna y dificultades para calcular las distancias, entre otros aspectos. Tales padecimientos le impedían conducir o trabajar en ambientes con poca luz, según los diferentes informes médicos. De hecho, la trabajadora fue declarada apta con restricciones laborales por parte del servicio de prevención, recomendando un trabajo en horario diurno, evitar jornadas partidas e impartir docencia en aulas con buena iluminación y próximas entre sí a través de ascensor.

Antes del comienzo del curso, la trabajadora solicitó al equipo directivo del instituto que se adaptase su puesto de trabajo. En concreto, demandó realizar su trabajo en horario diurno, para no entrar ni salir del centro por la noche, evitando las primeras y las últimas horas del día; que el horario fuese continuado, para no desplazarse varias veces al centro; impartir docencia en aulas que tuviesen buena comunicación; y no realizar guardias de recreo. Días más tarde, el centro entregó a la trabajadora unos horarios definitivos que no respetaban todas las peticiones que había realizado, salvo las de no realizar jornada partida y facilitar que las clases estuviesen próximas entre sí. En concreto, respecto de los horarios de entrada y salida, durante tres días a la semana la trabajadora tendría que entrar a las 8:45h y los dos restantes salir a las 20:40h. La Inspección Educativa consideró que el centro de trabajo había llevado a cabo en todo lo posible la adaptación del puesto de la trabajadora. Sin embargo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social determinó que el empresario no había garantizado de manera específica la protección de la trabajadora, puesto que elaboró un horario

en el que no tuvo en cuenta la solicitud de adaptación de la trabajadora antes del inicio del curso académico. En dicho informe, la Inspección de Trabajo indicó que, con el curso ya iniciado, la adaptación de los horarios de entrada y salida de la trabajadora afectaría al horario de los demás profesores y profesoras, así como al de los alumnos y alumnas. Así pues, el órgano inspector propuso otra posibilidad: contratar a un nuevo profesor o profesora para cubrir las horas de entrada o de salida, implicando, eso sí, dos efectos negativos. Por una parte, la reducción de las horas lectivas de la trabajadora y la consiguiente reducción de jornada y salario. Por otra parte, el hecho de que una misma asignatura fuese impartida por dos docentes, siendo desaconsejable desde el punto de vista pedagógico.

El último argumento apuntado por la Inspección, el relativo a la carga que supondría la adaptación del horario de la trabajadora, fue el que utilizó el centro para recurrir la sentencia de primera instancia en la que se le obligó a conceder a la trabajadora el horario diurno y a indemnizarla con 7.500 euros por los daños que le había causado el incumplimiento de Ley de Prevención de Riesgos Laborales por parte de la empresa.

La posición del centro educativo obligó al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a interpretar la razonabilidad de las medidas o ajustes solicitados por la trabajadora atendiendo a las características del caso. El tribunal construyó su sentencia partiendo de una idea clave: de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asunto C-335/11 y de 11 de septiembre de 2019, *DW Nobel Plastiques*, asunto C-397/18), las medidas relativas al tiempo de trabajo pueden constituir ajustes razonables del puesto de trabajo para las personas con discapacidad. A juicio del tribunal, la petición de la trabajadora no era excesiva, pues solo solicitaba, a grandes rasgos, que hubiese luz cuando entrase y saliese del centro. Teniendo en cuenta que los horarios del centro eran extensos (entre las 8:45h y las 22:00h), según el tribunal era factible tal adaptación sin que ello supusiese una carga excesiva para

la empresa. Además, el hecho de que adoptar esas medidas fuese más complicado ahora, ya iniciado el curso académico, era responsabilidad única y exclusiva del centro, pues este conocía la petición de la trabajadora antes de comenzarse el periodo lectivo. Afirmó el tribunal que fue “la falta de adopción de esos ajustes en tiempo y forma lo que ha provocado que las mismas medidas de ajuste sean ahora más gravosas, pues de haber elaborado horarios a principio de curso podrían haberse previsto estas circunstancias, teniendo en cuenta además el elevado número de profesores existente en el centro y la amplitud del horario del centro”.

Teniendo en cuenta el mandato del art. 14 de la Constitución y lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, el tribunal concluyó que el centro había discriminado a la trabajadora por razón de su discapacidad al no establecer las medidas de ajuste al principio de curso, sin necesidad de que tuviese que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal más allá de la distinción, exclusión o restricción de alguno de los derechos. Así pues, el tribunal confirmó la sentencia de instancia, obligando a la empresa a conceder el horario solicitado por la trabajadora y a abonar la indemnización por daños y perjuicios correspondiente.

Sobre la extensión del deber de adaptación del puesto de trabajo también se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de diciembre de 2024 (rec. 5577/2024). En el supuesto de autos, el trabajador demandante comenzó a sufrir en el año 2022 una lesión en la espalda que llevó a la empresa a contactar con el servicio de prevención para adaptar su puesto de trabajo. Tras un reconocimiento médico, el servicio de prevención ajeno declaró al trabajador apto con limitaciones para la manipulación de cargas superiores a 15 kg, debiendo evitar, además, posturas forzadas de columna lumbar. Al trabajador, conductor y operario de logística, se le recolocó en kitting tras un estudio ergonómico. Sin embargo, y tras pasar por diversos periodos de incapacidad temporal, finalmente fue declarado no apto en marzo de 2024 tras una

serie de reconocimientos médicos. Finalmente, el trabajador fue despedido por ineptitud sobrevenida [art. 52 a) ET].

No conforme con la decisión extintiva, el trabajador demandó a la empresa solicitando que el despido se declarase nulo o subsidiariamente improcedente. Tras ser desestimada su pretensión en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dio respuesta al recurso de suplicación en el que se alegaba, en síntesis, que la empresa no cumplió sus obligaciones de adaptación del puesto de trabajo, en virtud del art. 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y que el despido debía ser calificado como nulo por entrañar una discriminación por razón de enfermedad, en virtud de los arts. 2.1, 4.1 y 6.1 de la Ley 15/2022.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia compartió el criterio del juzgador de instancia y consideró el despido procedente. Para llegar a tal conclusión, el tribunal, en primer lugar, interpretó el concepto de ineptitud sobrevenida a la luz del Derecho comunitario; en concreto, el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la sentencia de 14 de enero de 2024, *Ca Na Negreta*, asunto C-631/22. Así pues, si bien es cierto que el empresario no puede adoptar una medida extintiva de la relación laboral sin realizar, con carácter previo, ajustes razonables del puesto de trabajo, también es cierto que el empresario no debe soportar cargas excesivas.

A juicio del Tribunal, el padecimiento del trabajador "era causa de incapacidad para el desempeño de su profesión de operario de logística, al suponer una disminución de las condiciones físicas necesarias para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad, eficiencia y sin riesgo para su salud", siendo dicha lesión "definitiva a la fecha del despido habida cuenta su larga evolución y sin que conste previsión de reversibilidad". El tribunal destacó la intención de la empresa de mantener viva la relación laboral del trabajador al buscar un acomodo razonable en otro puesto de trabajo, cumpliendo así con su obligación de realizar ajustes razonables, pues aquella tomó la decisión extintiva solo cuando, una vez identificadas con precisión sus limitaciones

concretas, no existió posibilidad de reubicar al trabajador en un puesto de trabajo compatible con su patología. Al mismo tiempo, el tribunal consideró que no había indicios suficientes para considerar que el despido era discriminatorio por razón de enfermedad, confirmando así íntegramente la sentencia de instancia.

4. INDEFINIDO NO FIJO: INDEMNIZACIÓN TRAS TOMA DE POSESIÓN COMO PERSONAL FUNCIONARIO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2024 (REC. 2741/2024)

La doctrina judicial relativa a la figura del indefinido no fijo no deja de crecer, creándose un abundante *corpus* que analiza el origen y las consecuencias del abuso y la contratación en fraude de ley por parte de las Administraciones Públicas. Con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nuevo protagonista, cada vez son más las incógnitas que surgen respecto a la efectiva prevención y sanción del abuso, tal y como exige la cláusula quinta del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE). En concreto, surge la duda de si la indemnización puede considerarse una medida adecuada incluso en los supuestos en los que el personal indefinido no fijo acceda a la misma plaza que venía ocupando, ahora con condición de personal funcionario, tras la superación del proceso selectivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dado su opinión al respecto en la sentencia de 11 de noviembre de 2024 (rec. 2741/2024). En el supuesto de autos, la trabajadora, asistenta social, llevaba prestando servicios para la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia desde enero de 2007, siendo reconocida su condición de indefinida no fija a través de sentencia en el 2016. Años más tarde, la trabajadora superó el proceso selectivo para el nombramiento como personal funcionario de carrera del cuerpo facultativo de grado medio y, consecuentemente, cesó en el puesto de trabajo que venía desempeñando para

tomar posesión en dicho puesto, elegido de nuevo destino, al día siguiente, como funcionaria de carrera.

Como consecuencia del supuesto cese, la trabajadora demandó a la Consellería por despido improcedente, si bien, posteriormente, desistió de la acción de despido y solo interesó la condena de la Consellería al abono de 32.011,79 euros en calidad de sanción por el fraude y abuso en la contratación temporal. La trabajadora sostenía, en otras palabras, que la pérdida de la condición de personal laboral indefinido no fijo, reconocida judicialmente por una contratación temporal abusiva y fraudulenta, generaba derecho a percibir una indemnización equivalente a veinte días por año de servicio. A su juicio, la transformación de un vínculo temporal en otro indefinido no fijo no constituía una sanción a los efectos de la cláusula 5^a del Acuerdo Marco, así como tampoco lo era el mantenimiento de un contrato no indefinido hasta la cobertura, ni la superación de un proceso selectivo.

Su pretensión fue desestimada en primera instancia, entendiendo el Juzgado de lo Social que el hecho de que la trabajadora siguiese prestando servicios tras haber superado el proceso selectivo con la condición de funcionaria no permitía considerar que tuviese derecho a la indemnización reclamada.

Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia compartió la misma posición que la sentencia recurrida y desestimó la pretensión de la trabajadora. La lectura atenta de la sentencia muestra una argumentación secuenciada o en cadena en la que pareciera no caber ningún margen de duda o de interpretación en sentido contrario. De hecho, el fallo mayoritario rechaza la petición de cuestión prejudicial planteada por la parte recurrente, indicando que no existen dudas sobre la validez o la interpretación de las normas del derecho comunitario que le obliguen a ello. Sin embargo, la existencia de un voto particular en la sentencia muestra, finalmente, que el resultado que brinda la sentencia no era el único posible.

El fallo mayoritario de la sentencia se construyó, como ya se indicó, sobre cuatro grandes argumentos.

En primer lugar, el TSJ de Galicia consideró que la transformación de la relación laboral en indefinida no fija a través de la sentencia judicial previa sí era una medida válida para hacer frente al abuso y al fraude en la contratación temporal, a partir de la jurisprudencia sentada tanto por el Tribunal Supremo [STS de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2337/2020)] como por el Tribunal de Justicia (STJ de 14 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López*, asuntos C-184/15 y C-197/15).

En segundo lugar, el tribunal examinó si a la trabajadora le podría corresponder una indemnización por la extinción del vínculo indefinido no fijo, independientemente de la naturaleza sancionadora de aquella. Así pues, afirmó que el personal trabajador indefinido no fijo solo tiene derecho a una indemnización como la solicitada, de veinte días por año, en dos supuestos: amortización de puesto de trabajo a través de los arts. 51 o 53 del Estatuto de los Trabajadores o cese por cobertura reglamentaria de la vacante ocupada [STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015)]. El tribunal indicó que el caso concreto de la trabajadora no encajaba en ninguno de los supuestos que originaban ese derecho a indemnización, en la medida en que no existía cese por cobertura reglamentaria de la vacante ocupada cuando esta fuese una plaza de personal funcionario [STS de 12 de enero de 2022 (rec. 579/2019)], dándose en el caso, además, la particularidad de que la persona que finalmente cubrió esa plaza de personal funcionario era la propia trabajadora. A juicio del tribunal, lo sucedido no encajaría en la categoría de cese o extinción, sino de conversión o naturaleza jurídica de la relación.

En tercer lugar, y respecto de la posible indemnización como medida para sancionar y prevenir el abuso y fraude en la contratación temporal, el tribunal consideró que en el caso concreto no procedía tal indemnización por cuatro motivos:

- 1) La inexistencia de perjuicio. A juicio del tribunal, la pérdida de condición de personal laboral indefinido no fijo no le

supuso ningún perjuicio a la trabajadora, al haber superado el proceso selectivo y ostentar ahora la condición de funcionaria.

2) La voluntariedad en la pérdida de la condición de indefinida no fija. El tribunal entendió que fue la trabajadora la que libremente decidió presentarse al proceso selectivo tomar posesión de la plaza como funcionaria.

3) La no obligatoriedad de la indemnización a la luz de la cláusula 5^a del Acuerdo Marco. Según el tribunal, de la normativa comunitaria referida no se desprende la exigencia de que el personal indefinido no fijo tenga derecho a ser indemnizado simplemente por haber sufrido fraude en la contratación, con independencia del perjuicio que suponga la extinción del contrato que, además, ya ha sido establecida en esos 20 días de salario por año de servicio. De hecho, según el propio tribunal, tal conclusión tampoco se desprende de la STJ de 22 de febrero de 2024 (asunto C-59/22).

4) El no detrimiento de la Administración Pública. El tribunal parte de la premisa de que la figura del indefinido no fijo es una construcción propia de la doctrina judicial para adaptar el ordenamiento jurídico-laboral a las particularidades de las Administraciones Públicas, pero que esa misma doctrina no puede ir en contra de estas últimas cuando se ha convocado un proceso selectivo para conceder “plena legalidad” a la plaza en cuestión.

En último lugar, el tribunal no consideró que la indemnización pudiese tener lugar en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimoséptima del Estatuto Básico del Empleado Público, pues, en su opinión, el derecho a una compensación económica que se prevé en esta “nace en el momento en el que cesa la prestación de servicios, pues el perjuicio que se trata de indemnizar deriva del propio cese y de la pérdida del puesto de trabajo, no de la situación de fraude previamente existe. Y en el caso que nos ocupa no se ha producido pérdida de trabajo alguno, dado que la trabajadora, después de haber superado un proceso selectivo, continúa prestando servicios en la misma plaza”.

Los argumentos anteriores llevaron a la desestimación del recurso de suplicación y el no reconocimiento del derecho a indemnización de la trabajadora. Sin embargo, en opinión de los magistrados firmantes del voto particular, la Sala no debió sostener el primero de sus argumentos. En otras palabras, aquellos sostuvieron que la mera participación y superación de un proceso selectivo no debía ser considerada una medida que diese cumplimiento a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, ni siquiera cuando en dicho proceso se tuviese en cuenta como mérito el tiempo de servicios prestados previamente. Así lo avalaba, según los magistrados, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024, al disponer que la convocatoria de procesos selectivos "no exime a los Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de los sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada". Según los magistrados, había cinco argumentos que ahondaban en la insuficiencia del proceso selectivo como medida de prevención y sanción: 1) el tiempo de prestación de servicios no era computado exclusivamente en el supuesto de las personas trabajadoras indefinidas no fijas o en situación de contratación temporal abusiva; 2) el cómputo del tiempo de trabajo estaría normalizando la situación de abuso en la contratación temporal, porque se le otorga el mismo tratamiento que en el caso de personas trabajadoras que hayan prestado servicios de forma regular y no se prevén medidas *ad hoc*; 3) el cómputo del tiempo de trabajo no es una medida eficiente porque permitiría a la empleadora dilatar en el tiempo la situación de abuso, "sin otra consideración que computar llegado el momento ese tiempo en un posterior proceso selectivo"; y 4) la toma de posesión no debe ser considerada "óbice para el reconocimiento de la indemnización solicitada", en la medida en que no existe conversión contractual, sino nacimiento de una nueva relación jurídica, llegando así a una solución similar a la contenida en la STS de 25 de septiembre de 2024 (rcud. 2719/2023).

Según los magistrados firmantes, la única medida posible para dar cumplimiento a la exigencia del Acuerdo Marco era una indemnización desvinculada de la extinción de la relación laboral que tomase en consideración el carácter abusivo de la contratación temporal, en línea con lo dispuesto en la STJ de 22 de febrero de 2024 y con ya lo resuelto previamente en la STSJ de 28 de junio de 2024 (rec. 1309/2024).

5. ADAPTACIÓN DE JORNADA, TELETRABAJO Y CAMBIO DE CENTRO DE TRABAJO: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 12 DE JULIO DE 2024 (REC. 2558/2024) Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2024 (REC. 4123/2024)

La conciliación de la vida laboral, personal y familiar ya no descansa únicamente en derechos que implican dejar de trabajar total o parcialmente para atender a las necesidades de cuidados. Las medidas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores como consecuencia de la Directiva (UE) 2019/1158 caminan hacia derechos de presencia, que permitan a las personas trabajadoras adaptar la prestación de servicios para trabajar y, al mismo tiempo, atender su esfera familiar o personal. Entre ellas destaca el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce el derecho de las personas trabajadoras a solicitar la adaptación de la duración y distribución del tiempo de trabajo, de la ordenación del tiempo de trabajo e incluso de la forma de prestación, incluyendo la prestación de trabajo a distancia o el teletrabajo.

Tratándose de un derecho de solicitud, la concesión final suele estar supeditada a la consecución de un equilibrio entre los intereses de la persona trabajadora y los intereses de la empresa, siendo necesario, en todo caso, un procedimiento en el que ambos se vean representados. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de julio de 2024 (rec. 2558/2024) da testimonio de ello, reforzando la aplicación de tales garantías incluso en las Administraciones Públicas.

En el caso de autos, la trabajadora, técnica superior de innovación educativa de una universidad pública, prestaba servicios presencialmente, en las dependencias de aquella, en jornada partida, de 9:00 a 14:00h y de 15:00 a 17:00h. A finales de julio de 2023 solicitó a la universidad la concesión de la modalidad de teletrabajo hasta que su hija, que por aquel entonces tenía tres años, cumpliese los doce. En concreto, la trabajadora solicitaba teletrabajar los martes y los jueves en el mismo horario o en horario flexible cuando hubiese formación. Tras el silencio de la empresa, la trabajadora reiteró su solicitud el 15 de septiembre, siendo finalmente denegada por la universidad cinco días más tarde. En su escrito, la empresa adujo que no estaba regulada la modalidad de teletrabajo en la universidad y que todavía no se habían especificado los requisitos que debía cumplir la persona solicitante o los puestos de trabajo que podían ser objeto de la medida. Tras dicha denegación, la trabajadora demandó a la universidad a través de la modalidad procesal prevista en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La demanda de la trabajadora fue desestimada en primera instancia aludiéndose la inaplicación del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores al personal laboral de las Administraciones Públicas. A juicio del juzgador de instancia, el precepto aplicable al caso era el art. 47 del Estatuto Básico del Empleado Público, que regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo en las Administraciones Públicas. Esa conclusión del juzgado de instancia fue la primera que corrigió el Tribunal Superior de Justicia de Galicia al resolver el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora. Según el Tribunal, el juzgador de instancia había errado al considerar que la petición de la trabajadora era una solicitud de trabajo a distancia, pues se trataba de una solicitud de adaptación de jornada en virtud del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, considerada “como una especie dentro del género del teletrabajo”.

En el momento de la solicitud de la trabajadora, el Estatuto Básico del Empleado Público no regulaba de forma expresa la

adaptación de la jornada, debiendo cubrirse dicho silencio con el régimen laboral común y, en concreto, el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Además, teniendo en cuenta el marco temporal de los hechos, a la trabajadora ya le resultaba de aplicación la nueva redacción que dio a ese precepto el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. Como bien es sabido, dicha redacción puso el énfasis en el procedimiento a seguir ante las solicitudes de las personas trabajadoras y, en concreto, los efectos que desplegaba la omisión de aquel o el silencio por parte de la empresa. Al no existir ningún desarrollo convencional del precepto, la empresa, ante la solicitud de la trabajadora, debió abrir y desarrollar un procedimiento de negociación con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días. Según el tribunal, cuando la empresa no contesta a la solicitud de las personas trabajadoras, se presume su concesión, tal y como dispone el art. 34.8 del ET, pero para ello es necesario establecer un plazo máximo de respuesta. A juicio del órgano, ante el silencio de la norma, y habida cuenta de que el ET menciona la "máxima celeridad", dicho plazo "debe ser el de quince días, de tal manera que, en el plazo máximo de un mes, el trabajador pueda obtener respuesta a su solicitud de adaptación.

En el caso concreto, la empresa no solo no contestó a la primera solicitud de la trabajadora, sino que, tras la reiteración de esta, no abrió ningún procedimiento de negociación y denegó la petición. Para el tribunal, se debía presumir concedida la medida solicitada por la trabajadora, de tal manera que debía ser el empresario el que acreditase en el juicio necesidades organizativas o productivas que hiciesen inasumible el derecho de la trabajadora. En el proceso la empresa no acreditó la existencia de causas que prevaleciesen sobre el derecho de dimensión constitucional de la trabajadora y no se admitió como válida la inexistencia de previsiones normativas relativas al teletrabajo en la universidad. Consecuentemente, el tribunal reconoció el derecho de la trabajadora a teletrabajar los días solicitados, dentro de las funciones asignadas a su grupo profesional y

sin que ello comporte la modificación del contenido de la prestación laboral.

No obstante, el tribunal rechazó la petición de la trabajadora relativa a la indemnización por daños morales. Partiendo de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de mayo de 2023, el tribunal concluyó que la sola denegación de la medida no implicaba, por sí misma, que se estuviese vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, pues no se habían aportado indicios al respecto. Además, aun entendiendo que la indemnización solicitada fuese una indemnización por daños morales no unidos a la vulneración de un derecho fundamental, no se proporcionaron elementos objetivos de los que pudiera extraerse el "sufrimiento psíquico/espiritual" sufrido por la trabajadora como consecuencia de la denegación de la adaptación.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de noviembre de 2024 (rec. 4123/20245), también centrada parcialmente en el art. 34.8 del ET, recalca la necesidad de seguir el procedimiento de negociación y de valorar preferentemente, y en sentido amplio, los derechos de las personas trabajadoras frente a los intereses empresariales.

En el supuesto de autos, el trabajador, bombero de profesión, venía prestando servicios en el Aeropuerto de A Coruña, a pesar de mantener su domicilio habitual en Asturias. Con carácter general, trabajaba en régimen de turnos, de tal modo que prestaba servicios un día y libraba los tres o cuatro siguientes. En enero de 2023 el trabajador se divorció de su mujer y, en la disolución del matrimonio, se acordó un régimen de guardia y custodia compartida de los dos hijos menores en períodos semanales alternos, manteniéndose siempre estos en el domicilio familiar situado en Asturias.

Ante el cambio sufrido en su estructura familiar, el trabajador solicitó a la empresa que lo trasladasen al aeropuerto de Asturias, sirviéndose, para ello, del art. 42 del Convenio colectivo aplicable, en el que se considera justificado el traslado "cuando por separación o divorcio o fallecimiento del

cónyuge el trabajador con hijos a cargo necesite trasladarse a otra localidad a efectos de mantener la unidad familiar". La empresa denegó la solicitud de traslado del trabajador sin más motivos que la inexistencia de vacante en el aeropuerto de Asturias.

El trabajador presentó demanda contra la empresa, por la vía del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, alegando infracción del art. 34.8 del ET, así como del art. 42 del convenio indicado. El juzgador de instancia, además de considerar que el trabajador había utilizado un cauce procesal incorrecto, rechazó la petición de traslado argumentando que el trabajador, desde el inicio de la relación laboral, tuvo su domicilio en Asturias y no lo modificó, de tal modo que nunca llegó a residir en una localidad próxima al centro de trabajo. Además, a juicio del juzgador de instancia, el régimen de turnos del trabajador hacía viable que este se desplazase para atender las necesidades familiares.

Interpuesto recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia mantuvo un criterio frontalmente opuesto. El TSJ no solo recalcó que el trabajador había utilizado el procedimiento correcto, pues lo discutido era una medida de conciliación de la vida personal y familiar, sino que también entendió como justificada su petición. A su juicio, el divorcio del trabajador había afectado de forma significativa a su situación familiar, porque tenía que asumir de forma directa los cuidados una de cada dos semanas, y los desplazamientos entre el centro de trabajo y el domicilio familiar suponían un obstáculo. Apunta el tribunal que, si bien los días de libranza del trabajador podrían facilitar la conciliación, los días de trabajo la dificultarían gravemente, pues no se trata solo de la duración de la jornada, sino de la necesidad de hacer un trayecto de seis horas en total, ida y vuelta, dos o tres veces por semana. El TSJ no comparte las apreciaciones del juzgador de instancia relativas a que el trabajador no hubiese cambiado de domicilio. En su opinión, ese hecho simplemente significaba que no había necesitado prescindir hasta ahora del domicilio pro el sistema de turnos y la estructura familiar de cuidados,

pero esta última ha cambiado. Según el Tribunal, el traslado debe entenderse en sentido amplio, y no solo referido al domicilio formal, y la nueva situación familiar precisaba que el domicilio y el centro de trabajo estuviesen próximos para atender a todas las necesidades.

Para dar su respuesta final, el TSJ de Galicia trajo a colación su doctrina respecto a la ponderación de los intereses en conflicto [sentencia de 18 de enero de 2024 (rec. 4378/2024)], recalando que el derecho de la persona trabajadora debía tener una consideración superior frente a los intereses empresariales por la dimensión constitucional del derecho a la conciliación. En consecuencia, la negativa de la empresa a la petición justificada del trabajador había supuesto una vulneración de los arts. 14, 19 y 39 de la Constitución Española, máxime cuando el convenio entendía justificado el traslado en la situación del trabajador aun sin existir plazas en el centro de destino. Unida a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, el tribunal reconoció al trabajador una indemnización de 7.501 euros por los daños morales producidos. Se trataba, no obstante, de una cifra muy alejada de la petición inicial del trabajador. En este sentido el tribunal entendió que, aunque es necesario "matizar la exigencia de que en el proceso se aporten indicios o puntos de apoyo de la existencia del daño moral, dada la dificultad que por lo general conlleva en función de su naturaleza", no quedaron acreditados daños morales de entidad superior que permitiesen establecer una cuantía superior.

6. DOBLE ESCALA SALARIAL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2024 (REC. 4706/2024)

En la eliminación de la discriminación ha tenido un especial impacto la doctrina judicial relativa a la existencia de dobles escalas salariales. Una retribución diferenciada para las personas trabajadoras, basada en la fecha de ingreso en la empresa, no se puede considerar válida salvo que exista una justificación objetiva y razonable, máxime cuando dicha

diferenciación puede tener un impacto significativo en materia de discriminación si se incentiva, al mismo tiempo, la contratación e incorporación a la empresa de personas trabajadoras de colectivos desfavorecidos estructuralmente (mujeres, jóvenes, inmigrantes, etc.).

Sobre la justificación de la doble escala salarial en situaciones de crisis empresarial se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de diciembre de 2024 (rec. 4706/2024). En el caso de autos, tras 76 días de huelga, el comité de empresa y la empresa afectada suscribieron un acuerdo, con efectos de 2021 a 2024, en el que se preveía unas tablas salariales tipo y, además, un régimen salarial específico para las “nuevas incorporaciones”. En concreto, en virtud de dicho acuerdo, los salarios del personal de nueva incorporación se configurarían, de forma temporal, de acuerdo con las tablas previstas en el convenio colectivo estatal de vidrio y cerámica, incrementándose progresivamente en un 20% anual del diferencial entre el salario del convenio y las tablas del pacto para todos los conceptos hasta conseguir el salario del personal contratado con anterioridad al 2018, siempre que el margen bruto empresarial fuese superior al 18%, si el volumen de facturación no superase los 5 millones de euros. Si el margen bruto no alcanzase tales cifras, el incremento sería del 10%. Uno de los sindicatos firmantes del acuerdo solicitó la declaración de nulidad de este alegando no solo la existencia de una doble escala salarial entre trabajadores de mayor y menor antigüedad, sino también una posible discriminación por razón de género, ya que el plan de igualdad que se pretendía negociar (y, que en ese momento, estaba sometido al AGA) pretendía potenciar la contratación de mujeres, siendo estas últimas las que, entonces, percibirían ese salario inferior por “nueva incorporación”.

La sentencia de instancia desestimó la demanda del sindicato firmante amparándose, fundamentalmente, en tres argumentos. En primer lugar, trayendo a colación el principio general de “no volver sobre los actos propios”, el juzgador reprochó que el sindicato asumiese el pacto inicialmente sin

tacha de doble escala salarial, concluyendo que, tras esa previa aceptación, solo cabía la impugnación del acuerdo por dolo, violencia o intimidación. En segundo lugar, concluyó que la doble escala salarial estaba justificada no solo por el contexto de crisis económica empresarial, sino por el de crisis de paz social, tras el número de días de huelga que precedieron al pacto. En tercer lugar, el juzgador de instancia señaló que las diferentes condiciones salariales de los trabajadores de ingreso no se establecían por razón de sexo y que la demanda era preventiva, en la medida en que se basaba en un escenario que se podía generar cuando el plan de igualdad, todavía no existente, viese la luz.

El recurso de suplicación del sindicato firmante se centró fundamentalmente en solicitar la nulidad del acuerdo por no existir una justificación objetiva y razonable de la doble escala salarial más allá de una serie de condicionantes económicos. Además, en respuesta al reproche del juzgador de instancia, el sindicato señaló la importancia de analizar el contexto en el cual se firmó el acuerdo en sentido contrario, al verse obligados tras un total de 76 días de huelga que doblegó la paciencia de los trabajadores.

Para resolver las diferentes pretensiones, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia trajo a colación la doctrina de la Audiencia Nacional [sentencia de 18 de febrero de 2022 (rec. 350/2021)] y del Tribunal Constitucional (sentencias 119/2002 y 27/2004) relativa a la aceptación de una posible doble escala salarial siempre que medien causas complementarias o adicionales, “pues se ha considerado que la diferenciación exclusivamente basada en la fecha de ingreso, no conlleva siempre la realización de tareas de menor entidad o peor calidad, ni esa supuesta diferencia material impide en su caso la equivalencia de valor o de importancia de unas y otras prestaciones”. El tribunal consideró que, en el caso concreto, no se cumplieron los requisitos que se imponen jurisprudencialmente para la existencia de una doble escala salarial, por no haberse acreditado en el caso de autos otras circunstancias que

justificasen la diferencia más allá de la mera fecha de ingreso en la empresa o una situación de crisis en la empresa.

Según el TSJ, el hecho de que no estuviese aprobado todavía el plan de igualdad no justifica que no tenga en cuenta el principio de la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. En la medida en que la empresa debe cumplir la voluntad de las normas reguladoras, “que imponen el objetivo prioritario de hacer efectiva la igualdad de género”, la contratación de mujeres para buscar el equilibrio respecto de los hombres es una de las medidas a las que la empresa debe dar preferencia. Sin embargo, de mantenerse el pacto salarial acordado, las contrataciones nuevas de mujeres serían en condiciones retributivas inferiores a las de los actuales hombres, mayoritarios en el tipo de trabajo de la empresa, lo que evidenciaría un atentado contra el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. Los motivos anteriores condujeron al tribunal a declarar nulo el acuerdo pactado por el comité de empresa y la empresa, por vulnerador del art. 14 de la Constitución Española, condenando a la empresa a dejarlo sin efecto.

7. CONTRATACIÓN FIJA-DISCONTINUA EN EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y NO LLAMAMIENTO PARA PUESTA A DISPOSICIÓN: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 3 DE OCTUBRE DE 2024 (REC. 3518/2024)

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en empleo y la transformación del mercado de trabajo dio un nuevo impulso a la contratación fija-discontinua, no solo ampliando los supuestos en los que esta podía tener lugar, sino también permitiendo que tal contratación tuviese lugar en empresas de trabajo temporal para la cobertura de necesidades temporales de trabajo de las empresas usuarias. Tras la acogida inicial de la norma, su aplicación en el día a día suscita interrogantes que no fueron resueltos por aquella, como, por ejemplo, el plazo máximo dentro del cual se puede considerar como despido el no llamamiento de un trabajador

fijo discontinuo de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de la empresa usuaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dado respuesta a esta cuestión en su sentencia de 3 de octubre de 2024 (rec. 3518/2024) a la hora de valorar si la acción de despido presentada por un trabajador fijo discontinuo de una empresa de trabajo temporal estaba caducada o no. En el caso concreto, el trabajador prestó servicios para la misma empresa usuaria durante diferentes períodos a través de dos tipos de contratos suscritos con la empresa de trabajo temporal. En primer lugar, prestó servicios a través de contratos temporales por circunstancias de la producción del 01/12/2021 a 21/01/2022, del 01/02/2022 al 27/03/2022, del 28/03/2022 al 31/05/2022, del 01/06/2022 al 03/07/2022 y del 04/07/2022 al 30/09/2022. En segundo lugar, prestó servicios a través de un contrato fijo discontinuo con la empresa de trabajo temporal, que posibilitó su puesta a disposición del 01/10/2022 al 30/11/2022 y del 01/12/2022 al 31/03/2023, sin que a partir de esa fecha fuese llamado nuevamente.

Casi seis meses después de la fecha de la última puesta a disposición, el 18 de septiembre de 2023 el trabajador interpone acción de despido contra la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria solicitando que se declaren los contratos realizados en fraude de ley, desde el inicio de la relación, así como la improcedencia del despido. A juicio del trabajador, las causas invocadas para los contratos de puesta a disposición y su misma reiteración, sin solución de continuidad, conectaban con actividades empresariales permanentes. El juzgador de instancia desestimó la demanda del trabajador amparándose en la caducidad de la acción, recurriendo este en suplicación al considerar que había sido objeto de un despido tácito y desconocía el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia apuntó con acierto que el art. 10.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal no prevé un plazo máximo "dentro del cual el no llamamiento para una puesta a disposición se considera despido, sino que

simplemente se remite a la negociación colectiva". En el caso de autos no existía previsión que regulase tal aspecto en el convenio colectivo aplicable, de tal modo que el tribunal cubrió la laguna aplicando analógicamente la regla establecida para la contratación fija discontinua en el marco de contratas del art. 16.4 del Estatuto de los Trabajadores. Así, el tribunal apuntó que debe estarse a un plazo de tres meses desde la finalización de la última puesta a disposición. Así pues, teniendo en cuenta que el último llamamiento terminó el 31/03/2023, el *dies a quo* del plazo de veinte días para la acción de despido comenzaría a computar el 30/06/2023, estando la acción, por lo tanto, caducada.

El tribunal señala que la solución dada no variaría si considerase existencia de fraude en la contratación temporal o fija discontinua, pues, de existir tal fraude, "el contrato debería ser calificado como fijo discontinuo y, en ese caso, el trabajador debería haber sido requerido para prestar servicios inmediatamente desde la última prestación de servicios, bien para la misma empresa usuaria, bien para otra, pues su empleadora es la empresa de trabajo temporal, de manera que, si no hubiera sido llamado desde el 30/03/2023 en una fecha cercana, el despido sería tácito, con lo cual, y aún con más margen, también la acción habría caducado".