

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO
Profesora Axudante Doutora de Dereito do Traballo e da
Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras chave: conciliación; adaptación; 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.

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

Esta recompilación xurisprudencial recolle nove sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ditadas no segundo semestre de 2024, relativas ao dereito individual do traballo. Nelas preséntanse formulacións de interese doutrinal e xurisprudencial relativas á adaptación de xornada por conciliación da vida persoal e familiar, o dereito á igualdade e non discriminación por razón de xénero, enfermidade e discapacidade, a contratación fixa-discontinua e a figura doutrinal do indefinido non fixo.

1. DESPIDO E INDEMNIZACIÓN ADICIONAL FUNDAMENTADA NO CONVENIO 158 DA OIT E A CARTA SOCIAL EUROPEA: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 4 DE DECEMBRO DE 2024 (REC. 4833/2024)

Tan só quince días antes de que o Tribunal Supremo fixase a súa doutrina sobre a posibilidade de fixar unha indemnización adicional á establecida no Estatuto dos Traballadores nos supostos de despedimento improcedente (sentenza do 15 de decembro de 2024) o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia resolvía un asunto que lle obrigou a pronunciarse sobre esa mesma cuestión.

No asunto concreto resolto polo tribunal galego, este rexeitou a petición de indemnización adicional da traballadora despedida debido ás circunstancias concretas do caso. A empresa demandada despedirá á traballadora en novembro de 2023 alegando, na carta de despedimento, unha presunta infracción por parte desta do art. 54.2 e) do Estatuto dos Traballadores, recoñecendo a continuación a improcedencia do despedimento e a posta a disposición da indemnización fixada polo art. 56 do ET, é dicir, trinta e tres días de salario por ano de servizo. Debido á escasa antigüidade da traballadora, que entrara na empresa en abril dese mesmo ano, a indemnización non era cuantiosa: 843.33 euros.

Na demanda formulada pola traballadora contra a decisión extintiva, esta solicitaba unha indemnización complementaria e reparadora do perxuízo causado de 6.000 euros atendendo á duración do contrato e a súa idade. Fundamentaba tal petición nun precepto que, ao seu xuízo, se infrinxiran no seu caso. Tratábase do artigo 10 do Convenio 158 da Organización Internacional do Traballo, que esixe o pago dunha indemnización adecuada ou outra reparación apropiada cando os órganos xudiciais 1) cheguen á conclusión de que a terminación da relación de traballo é inxustificada; e 2) en virtude da lexislación ou práctica nacional, non estén facultados ou non consideren posible, dadas as circunstancias, anular a terminación e eventualmente ordear ou propoñer a readmisión do traballador ou da traballadora. Tras a desestimación da súa demanda en primeira instancia, o TSX de Galicia tivo que

examinar as cuestións prantexadas pola traballadora. De feito, a pesares de que a traballadora non citara como infrinxido o art. 24 da Carta Social Europea, o tribunal galego si trouxo a colación o precepto pola súa relación directa coa cuestión, pues dito artigo tamén recoñece o dereito dos traballadores despedidos sen unha razón válida a unha indemnización adecuada.

O pronunciamiento do tribunal galego xirou en torno a qué se debe considerar "indemnización adecuada" á luz dos dous preceptos anteriores, advertindo, con todo, a dificultade de dar esa resposta "a falta de doutrina ao respecto emanada do Tribunal Supremo". O TSX de Galicia acudiu á doutrina sentada por el noutras sentencias do mesmo año partindo de tres premisas. En primeiro lugar, que o sistema de indemnizacións tasado do art. 56 do Estatuto dos Traballadores foi considerado conforme ao Convenio 158 da Organización Internacional do Traballo por parte do Tribunal Constitucional (Auto 43/2014, de 12 de febreiro), pois o art. 10 do citado convenio insiste na indemnización adecuada como unha posibilidade máis, sendo o lexislador o que debe valorar especificamente as situacións nas que a decisión extintiva conleve un dano cualificado por ser discriminatorio ou implicar una violación de dereitos fundamentais e liberdades públicas. En segundo lugar, que a indemnización prevista polo art. 56 del ET cuantifica o valor do traballo perdido en atención a criterios obxectivos de antigüidade, salario e data de cese, cun módulo de 33 días que, "si ben historicamente foi superior, tampouco pódese considerar, en termos xerais, como un módulo insuficiente". En último lugar, que os órganos xudiciais deben integrar o control de convencionalidade á hora de enxuiciar e interpretar as normas internas tendo en conta os textos internacionais, pero elo non debe implicar que todos los casos nos que se aplique o art. 56.1 del ET conleven, directamente, a infracción do art. 24 da Carta Social Europea. A xuízo do tribunal, son dous os presupostos a tomar en consideración a efectos de posibilitar unha indemnización adicional: ou ben se aprecie unha indemnización dunha cuantía manifestamente insuficiente en relación cos perxuízos causados á persoa traballadora o cos dereitos fundamentais

vulnerados polo despedimento abusivo, ou ben a indemnización non resulte disuasoria en atención ás circunstancias por un exercicio fraudulento ou abusivo da decisión extintiva.

Trasladando tales parámetros ao caso concreto, o TSX de Galicia entendeu que non había motivos para estimar a procedencia da indemnización adicional porque a empresa actuara conforme ao previsto legalmente e “sen motivos espurios”, recoñecendo a improcedencia do despedimento e poñendo a disposición da traballadora a indemnización fixada pola ley, porque aquela non chegou a explicar cales eran os danos ou perxuízos concretos sufridos nin que a empresa vulnerase algún dos seus dereitos fundamentais. Esas dúas circunstancias e, en concreto, a falta de concreción da traballadora na súa demanda levaron á desestimación do recurso. O tribunal galego reafirmou a súa doutrina respecto á adecuación do Estatuto de los Trabajadores aos textos internacionais en materia indemnizatoria nunha línea similar á seguida polo Tribunal Supremo días despois, que declarou a validez da indemnización tasada segundo o Convenio 158 da Organización Internacional do Traballo. Será necesario esperar para saber cal é o criterio deste último tribunal respecto algo que xa adiantou o tribunal galego na sentenza comentada: a validez da indemnización respecto do art. 24 da Carta Social Europea, tendo en conta, ademáis, as Resolucións do Comité de Dereitos Sociais do Consello de Europa.

2. MEDIDAS EN CUMPRIMENTO DOS PROTOCOLOS ANTI-ACOSO: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 8 DE NOVEMBRO DE 2024 (REC. 4188/2024)

As situacións de acoso laboral e, en concreto, de acoso laboral por razón de xénero, foron evitadas e erradicadas nun número significativo de empresa grazas a instrumentos coma os protocolos anti-acoso. Estes últimos no só teñen como finalidade combatir os eventos de acoso, senon tamén previlos, para eliminar riscos psicosociais e asegurar un ambiente de traballo seguro. Ambas función, de prevención e protección das vítimas, son os eixes que deben guiar a

actuación da empresa á hora tanto de activar o protocolo como de cumprir o acordado tras a súa activación, pois, de existir incumprimentos neste último ámbito, córrese o risco de devaluar a eficacia do protocolo e, o que é máis importante, facer revivir á vítima a situación que lle levou a pedir auxilio.

A necesaria convivencia das dúas finalidades dos protocolos anti-acoso plásmase á perfección na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 8 de novembro de 2024 (rec. 4188/2024), na que o tribunal condenou á empresa demandada por non facer un cumprimento efectivo das medidas adoptadas tras a previa activación dun protocolo, destacando, ademáis, a responsabilidade de aquela no deseño e construción de sistemas automatizados que poidan interferir na estricta observancia do protocolo.

En decembro de 2021, tras uns escenarios de vexacións e intimidacións por parte dun compañeiro, a traballadora, vixiante de seguridade, solicitou a activación do protocolo anti-acoso da empresa. Días despois, o xefe do servizo de prevención atendeu a solicitude da traballadora e comunicou a activación ao comité de seguridade e saúde, no que se realizou unha investigación dos feitos e se adoptaron medidas cautelares que, tras a finalización do procedemento, se convertiron en definitivas. A medida máis destacada foi a non coincidencia da vítima e o outro traballador implicado nas quendas. Con todo, nos anos 2022 e 2023 a traballadora observou como en repetidas ocasións os cuadrantes non respetaban a medida acordada e as quendas dunha e outro eran coincidentes. Para evitar todo tipo de encontros, era a propia traballadora la que, tras recibir os cuadrantes, intentaba cambiar o turno con algún dos seus compañeiros. Porén, houbo ata dúas ocasións nas que traballador e traballadora compartiron quenda, Segundo a empresa, unha desas ocasións foi debida a unha ausencia de outro compañeiro da empresa, que tivo que ser cuberta polo traballador implicado no protocolo, por ser o único dispoñible. Nese suposto en concreto, o responsable do quenda ofreceulle á traballadora a posibilidade de ausentarse do seu posto, computando o tempo de ausencia como tempo de traballo, pero esta decidiu seguir prestando os seus servizos.

Tras os eventos anteriores, a traballadora foi diagnosticada cun trastorno de ansiedade xeneralizada e demandou á empresa por vulneración de dereitos fundamentais, solicitando que dese cumprimento efectivo ao acordado en execución do protocolo anti-acoso y que a indemnizase cun total de vinte mil euros.

Desestimada a pretensión da traballadora en primeira instancia, o TSX de Galicia mantivo unha postura contraria, dividindo a secuencia de feitos en dous momentos temporais. O primeiro momento temporal relevante, a xuízo do tribunal, foi a activación por parte da empresa do protocolo anti-acoso. Segundo o órgano xudicial, naquel primeiro momento a conducta da empresa foi irreprochable, pois o protocolo non só era accesible, senon que o procedemento levarase a cabo de maneira imparcial, profesional e seria, adoptando medidas satisfactorias para ambas partes nunha situación que, como no caso concreto, non era constitutiva dun delito. Segundo o tribunal, os feitos que deron lugar á activación xa prescribían, pero tal circunstancia non impedía que aqueles puidiesen ser examinados para valorar o segundo momento temporal relevante no caso: o non cumprimento das medidas adoptadas tras a activación do protocolo e, en concreto, a coincidencia da traballadora e o trabajador en diferentes quendas. O tribunal afirmou que, na medida en que as vexacións iniciais eran constitutivas de acoso, pois creaban un entorno degradante e humillante para a vítima, e estaban vinculados co protocolo activado, o incumprimento do pactado implicaba unha vulneración dos dereitos fundamentais da vítima, porque revictimizouna e obrigouna a revivir a situación pola que pasou. Ademais, segundo o tribunal, a conducta da empresa desvirtuou o carácter preventivo do protocolo fronte ao resto de trabajadores y trabajadoras, xa que estes non confiarían no protocolo se lles sucedese unha situación similar no futuro.

O tribunal reprochou á empresa que non incorporase instrucións que evitasen a coincidencia dos trabajadores implicados nas quendas. Dos feitos dedúxose que os cuadrantes eran elaborados, con toda probabilidade, a través dun sistema automatizado. Con todo, a xuízo do Tribunal, esa elaboración “automatizada” non era excusa suficiente. Un

responsable humano debía ter supervisado os resultados do algoritmo antes de enviar os cuadrantes aos traballadores, pois o simple feito de recibir os cuadrantes nos que figuraba a coincidencia entre o traballador e a traballadora colocaba a esta última nunha situación de dobre victimización, tendo que ser ela incluso a que soporte a carga de decidir cómo actuar para evitar encontrarse co outro traballador.

O tribunal sinalou como responsable único da vulneración dos dereitos fundamentais da traballadora á empresa e eximiu de responsabilidade ao traballador agresor, así como ao supervisor do servizo, pois no se considerou probado que algún deles tivese algo que ver no incumprimento da medida de non coincidencia. Aínda que as coincidencias podían ter sido detectadas e evitadas por parte do supervisor do servizo, o Tribunal destacou que non se lle podía esixir responsabilidade algunha debido a unha “evidente falta de formación en riscos psicosociais e de información acerca de como actuar nesas situacións, o que non é imputable máis que á propia empresa”.

Constatada a vulneración do Dereito á integridade moral da traballadora e a infracción por parte da empresa do art. 15 da Constitución Española, o tribunal condenou á empresa a abonar unha indemnización de vinte mil euros, valorando, para tal cuantificación, os dous efectos que produxo o incumprimento das medidas acordadas tras a activación do protocolo: a revictimización da traballadora e a devaluación da efectividade do protocolo anti-acoso fronte ao resto de traballadores y traballadoras.

3. ADAPTACIÓN E AXUSTES RAZOABLES NO POSTO DE TRABAJO DAS PERSOAS DISCAPACITADAS: SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 10 DE XULLO DE 2024 (REC. 2487/2024) E DE 4 DE DECEMBRO DE 2024 (REC. 5577/2024)

No noso ordeamento xurídico son abundantes os textos internacionais que procuran a inserción real das persoas discapacitadas e, en concreto, a súa protección na prestación de servizos. A Directiva 2000/78/CE obriga aos empresarios a realizar axustes razoables nos postos de traballo das persoas discapacitadas para garantir a observancia do

principio de igualdade e permitir que formen parte do emprego ou progresen profesionalmente (art. 5). De feito, o art. 6.1 a) da Lei 15/2022, de 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación califica como discriminación indirecta a denegación dos devanditos axustes, entendidos estes como toda modificación ou adaptación necesaria e adecuada do ambiente físico, social e atitudinal para facilitar a accesibilidade e a participación.

Con todo, consciente de que tal obriga pode implicar un coste excesivo para o empresario e, con elo, un desincentivo á contratación de persoas con discapacidade, os mesmos textos exceptúan a obriga cando se acredite que as medidas de adaptación supoñen unha carga excesiva, desproporcionada ou indebida para o empresario.

Como consecuencia dos dous intereses contrapostos, a doutrina xudicial dedicou páxinas e páxinas tanto a delimitar que se debe entender por axuste razoable como a clarificar en qué supostos unha medida de adaptación ou axuste pode implicar unha carga desproporcionada para o empresario. Bo exemplo de ambos extremos é a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 10 de xullo de 2024 (rec. 2487/2024).

No caso obxecto do litixio, a traballadora, profesora de educación secundaria, tiña recoñecido un 35% de discapacidade sensorial debido á miopía magna bilateral que padecía e lle provocaba mala visión nocturna e dificultades para calcular as distancias, entre outros aspectos. Tales padecementos impedíanlle conducir ou traballar en ambientes con pouca luz, segundo os diferentes informes médicos. De feito, o servizo de prevención declarou á traballadora apta con restricións laborais, recomendando un traballo en horario diurno, evitar xornadas partidas e impartir docencia en aulas con boa iluminación e próximas entre sí a través de ascensor.

Antes do comezo do curso, a traballadora solicitou ao equipo directivo do instituto que se adaptase o seu posto de traballo. En concreto, demandou realizar o seu traballo en horario diúrno, para non entrar nin saír do centro pola noite, evitando as primeiras e as últimas horas do día; que o horario fose continuado, para non desprazarse varias veces ao centro;

impartir docencia en aulas que tivesen boa comunicación e iluminación; e non realizar gardas de recreo. Días máis tarde, o centro entregou á traballadora uns horarios definitivos que non respectaban todas as peticións que realizara, salvo as de non realizar xornada partida e facilitar que as clases estivesen próximas entre si. En concreto, respecto dos horarios de entrada e saída, durante tres días á semana a traballadora tería que entrar ás 8:45h e os dous restantes saír ás 20:40h. A Inspección Educativa considerou que o centro de traballo levara a cabo en todo o posible a adaptación do posto da traballadora. Con todo, a Inspección de Traballo e Seguridade Social determinou que o empresario non garantira de maneira específica a protección da traballadora, debido a que elaborou un horario no que non tivo en conta a solicitude de adaptación da traballadora antes do inicio do curso académico. No devandito informe, a Inspección de Traballo indicou que, co curso xa iniciado, a adaptación dos horarios de entrada e saída da traballadora afectaría o horario dos demais profesores e profesoras, así como ao dos alumnos e alumnas. Así pois, o órgano inspector propuxo outra posibilidade: contratar a un novo profesor ou profesora para cubrir as horas de entrada ou de saída, implicando, iso si, dous efectos negativos. Por unha banda, a redución das horas lectivas da traballadora e a consecuente redución de xornada e salario. Por outra banda, o feito de que unha mesma materia fose impartida por dous docentes, sendo desaconsellable desde o punto de vista pedagóxico.

O último argumento apuntado pola Inspección, o relativo á carga que supoñería a adaptación do horario da traballadora, foi o que utilizou o centro para recorrer a sentenza de primeira instancia na que se lle obrigou a conceder á traballadora o horario diúrno e a indemnizala con 7.500 euros polos danos que lle causaba o incumprimento de Lei de Prevención de Riscos Laborais por parte da empresa.

A posición do centro educativo esixiu que o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia tivese que interpretar a razoabilidade das medidas ou axustes solicitados pola traballadora atendendo ás características do caso. O tribunal construíu a súa sentenza partindo dunha idea clave: de acordo coa xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea

(sentenza do 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asunto C-335/11 e do 11 de setembro de 2019, *DW Nobel Plastiques*, asunto C-397/18), as medidas relativas ao tempo de traballo poden constituír axustes razoables do posto de traballo para as persoas con discapacidade. A xuízo do tribunal, a petición da traballadora non era excesiva, pois só solicitaba, a grandes liñas, que houbera luz cando entrara e saíse do centro. Tendo en conta que os horarios do centro son extensos (entre as 8:45h e as 22:00h), segundo o tribunal era factible tal adaptación sen que iso supuxese unha carga excesiva para o centro. Ademais, o feito de que adoptar esas medidas fose máis complicado agora, xa iniciado o curso académico, era responsabilidade única e exclusiva do centro, pois este coñecía a petición da traballadora antes de comezarse o período lectivo. Afirmou o tribunal que foi “a falta de adopción deses axustes en tempo e forma o que provocou que as mesmas medidas de axuste sexan agora máis gravosas, pois de elaborar horarios a principio de curso poderían preverse estas circunstancias, tendo en conta ademais o elevado número de profesores existente no centro e a amplitude do horario do centro”. Seguindo o mandato do art. 14 da Constitución e o disposto na Convención da ONU sobre os dereitos das persoas con discapacidade do 13 de decembro de 2006, o tribunal concluíu que o centro discriminara á traballadora por razón da súa discapacidade ao non establecer as medidas de axuste ao principio de curso, sen necesidade de que tivese que concorrer a afectación de ningunha outra circunstancia persoal máis aló que a distinción, exclusión ou restrición dalgún dos seus dereitos. Así pois, o tribunal confirmou a sentenza de instancia, obrigando á empresa para conceder o horario solicitado pola traballadora e a abonar a indemnización por danos e prexuízos correspondente.

Sobre a extensión do deber de adaptación do posto de traballo tamén se pronuncia a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 4 de decembro de 2024 (rec. 5577/2024). No suposto de autos, o traballador demandante comezou a sufrir no ano 2022 unha lesión nas costas que levou á empresa para contactar co servizo de prevención para adaptar o seu posto de traballo. Tras un recoñecemento

médico, o servizo de prevención alleo declarou ao traballador apto con limitacións para a manipulación de cargas superiores a 15 kg, debendo evitar, ademais, posturas forzadas de columna lumbar. Ao traballador, condutor e operario de loxística, recolocóuselle en kitting tras un estudo ergonómico. Con todo, e tras pasar por diversos períodos de incapacidade temporal, foi declarado non apto en marzo de 2024 tras unha serie de recoñecementos médicos. Finalmente, o traballador foi despedido por ineptitude sobrevinda [art. 52 a) ET]. Non conforme coa decisión extintiva, o traballador demandou á empresa solicitando que o despedimento se declarase nulo ou subsidiariamente improcedente. Tras ser desestimada a súa pretensión en primeira instancia, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia deu resposta ao seu recurso de suplicación no que aquel alegaba, en síntese, que a empresa non cumprira as súas obrigacións de adaptación do posto de traballo, en virtude do art. 25.1 da Lei de Prevención de Riscos Laborais, e que o despedimento debía ser cualificado como nulo por entrañar unha discriminación por razón de enfermidade, en virtude dos arts. 2.1, 4.1 e 6.1 da Lei 15/2022.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia compartiu o criterio do xulgador de instancia e considerou o despedimento procedente. Para chegar a tal conclusión, o tribunal, en primeiro lugar, interpretou o concepto de ineptitude sobrevinda á luz do Dereito comunitario; en concreto, o art. 5 da Directiva 2000/78/CE e a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, como a sentenza do 14 de xaneiro de 2024, *Ca Na Negreta*, asunto C-631/22. Así pois, aínda que é certo que o empresario non pode adoptar unha medida extintiva da relación laboral sen realizar, con carácter previo, axustes razoables do posto de traballo, tamén é certo que o empresario non debe soportar cargas excesivas. A xuízo do Tribunal, o padecimento do traballador “era causa de incapacidade para o desempeño da súa profesión de operario de loxística, ao supoñer unha diminución das condicións físicas necesarias para o desenvolvemento do traballo en termos de normalidade, eficiencia e sen risco para a súa saúde”, sendo dita lesión “definitiva á data do despedimento tendo en conta a súa longa evolución e sen que conste

previsión de reversibilidade”. O tribunal destacou a intención da empresa de manter viva a relación laboral do traballador buscando un acomode razoable noutro posto de traballo, cumprindo así coa súa obrigaón de realizar axustes razoables, pois aquela tomou a decisión extintiva só cando, unha vez identificadas con precisión as súas limitacións concretas, non existiu posibilidade de recolocar ao traballador nun posto de traballo compatible coa súa patoloxía. Ao mesmo tempo, o tribunal considerou que non había indicios suficientes para considerar que o despedimento era discriminatorio por razón de enfermidade, confirmando así integramente a sentenza de instancia.

4. INDEFINIDO NON FIXO: INDEMNIZACIÓN TRAS TOMA DE POSESIÓN COMO PERSOAL FUNCIONARIO. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 11 DE NOVEMBRO DE 2024 (REC. 2741/2024)

A doutrina xudicial relativa á figura do indefinido non fixo non deixa de crecer, creándose un abundante corpus que analiza a orixe e as consecuencias do abuso e a contratación en fraude de lei por parte das Administracións Públicas. Co Tribunal de Xustiza da Unión Europea como novo protagonista, cada vez son máis as incógnitas que xorden respecto a a efectiva prevención e sanción do abuso, tal e como esixe a cláusula quinta do Acordo Marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE). En concreto, xorde a dúbida de se a indemnización pode considerarse unha medida adecuada mesmo nos supostos nos que o persoal indefinido non fixo acceda á mesma praza que viña ocupando, agora con condición de persoal funcionario, tras a superación do proceso selectivo.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia deu a súa opinión respecto diso na sentenza do 11 de novembro de 2024 (rec. 2741/2024). No suposto de autos, a traballadora, asistente social, levaba prestando servizos para a Consellería de Política Social da Xunta de Galicia desde xaneiro de 2007, sendo recoñecida a súa condición de indefinida non fixa a través de sentencia no 2016. Anos máis tarde, a traballadora

superou o proceso selectivo para o nomeamento como persoal funcionario de carreira do corpo facultativo de grao medio e, consecuentemente, cesou no posto de traballo que viña desempeñando para tomar posesión no devandito posto, elixido de novo destino, ao día seguinte, como funcionaria de carreira.

Como consecuencia do suposto cese, a traballadora demandou á Consellería por despedimento improcedente, aínda que, posteriormente, desistiu da acción de despedimento e só interesou a condena da Consellería ao abono de 32.011,79 euros en calidade de sanción pola fraude e abuso na contratación temporal. A traballadora sostíña, noutras palabras, que a perda da condición de persoal laboral indefinido non fixo, recoñecida xudicialmente por unha contratación temporal abusiva e fraudulenta, xeraba dereito a percibir unha indemnización equivalente a vinte días por ano de servizo. Ao seu xuízo, a transformación dun vínculo temporal noutro indefinido non fixo non constituía unha sanción para os efectos da cláusula 5ª do Acordo Marco, así como tampouco o era o mantemento dun contrato non indefinido ata a cobertura, nin a superación dun proceso selectivo. A súa pretensión foi desestimada en primeira instancia, entendendo o Xulgado do Social que o feito de que a traballadora seguise prestando servizos tras superar o proceso selectivo coa condición de funcionaria non permitía considerar que tivese dereito á indemnización reclamada.

Interposto recurso de suplicación, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia compartiu a mesma posición que a sentenza recorrida e desestimou a pretensión da traballadora. A lectura atenta da sentenza mostra unha argumentación secuenciada ou en cadea na que parece non caber ningunha marxe de dúbida ou de interpretación en sentido contrario. De feito, o fallo maioritario rexeita a petición de cuestión prexudicial exposta pola parte recorrente, indicando que non existen dúbidas sobre a validez ou a interpretación das normas do dereito comunitario que lle obrighen a iso. Con todo, a existencia dun voto particular na sentenza mostra, finalmente, que o resultado que brinda a sentenza non era o único posible.

O fallo maioritario da sentenza construíuse, como xa se indicou, sobre catro grandes argumentos.

En primeiro lugar, o TSX de Galicia considerou que a transformación da relación laboral en indefinida non fixa a través da sentenza xudicial previa si era unha medida válida para facer fronte ao abuso e á fraude na contratación temporal, a partir da xurisprudencia sentada tanto polo Tribunal Supremo [STS do 25 de novembro de 2021 (rec. 2337/2020)] como polo Tribunal de Xustiza (STJ do 14 de setembro de 2016, Martínez Andrés e Castrejana López, asuntos C-184/15 e C-197/15).

En segundo lugar, o tribunal examinou se á traballadora poderíalle corresponder unha indemnización pola extinción do vínculo indefinido non fixo, independentemente da natureza sancionadora daquela. Así pois, afirmou que o persoal traballador indefinido non fixo só ten dereito a unha indemnización como a solicitada, de vinte días por ano, en dous supostos: amortización de posto de traballo a través dos arts. 51 ou 53 do Estatuto dos Traballadores ou cesamento por cobertura regulamentaria da vacante ocupada [STS do 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015)]. O tribunal indicou que o caso concreto da traballadora non encaixaba en ningún dos supostos que orixinaban ese dereito a indemnización, pois non existía cesamento por cobertura regulamentaria da vacante ocupada se esta fose unha praza de persoal funcionario [STS do 12 de xaneiro de 2022 (rec. 579/2019)], dándose no caso, ademais, a particularidade de que a persoa que finalmente cubriu esa praza de persoal funcionario era a propia traballadora. A xuízo do tribunal, o sucedido non encaixaría na categoría de cesamento ou extinción, senón de conversión ou natureza xurídica da relación.

En terceiro lugar, e respecto da posible indemnización como medida para sancionar e previr o abuso e fraude na contratación temporal, o tribunal considerou que no caso concreto non procedía tal indemnización por catro motivos:

1) A inexistencia de prexuízo. A xuízo do tribunal, a perda de condición de persoal laboral indefinido non fixo non lle supuxo ningún prexuízo á traballadora, ao superar o proceso selectivo e ostentar agora a condición de funcionaria.

2) A voluntariedade na perda da condición de indefinida non fixa. O tribunal entendeu que foi a traballadora a que libremente decidiu presentarse ao proceso selectivo tomar posesión da praza como funcionaria.

3) A non obrigatoriedade da indemnización á luz da cláusula 5ª do Acordo Marco. Segundo o tribunal, da normativa comunitaria referida non se desprende a esixencia de que o persoal indefinido non fixo teña dereito a ser indemnizado simplemente por sufrir fraude na contratación, con independencia do prexuízo que supoña a extinción do contrato que, ademais, xa foi establecida neses 20 días de salario por ano de servizo. De feito, segundo o propio tribunal, tal conclusión tampouco se desprende da STJ do 22 de febreiro de 2024 (asunto C-59/22).

4) O non detrimento da Administración Pública. O tribunal parte da premisa de que a figura do indefinido non fixo é unha construción propia da doutrina xudicial para adaptar o ordenamento xurídico-laboral ás particularidades das Administracións Públicas, pero que esa mesma doutrina non pode ir en contra destas últimas cando se convocou un proceso selectivo para conceder “plena legalidade” á praza en cuestión.

En último lugar, o tribunal non considerou que a indemnización puidese ter lugar en virtude do disposto na disposición adicional décimo séptima do Estatuto Básico do Empregado Público, pois, na súa opinión, o dereito a unha compensación económica que se prevé nesta “nace no momento no que cesa a prestación de servizos, pois o prexuízo que se trata de indemnizar deriva do propio cesamento e da perda do posto de traballo, non da situación de fraude previamente existe. E no caso que nos ocupa non se produciu perda de traballo algún, dado que a traballadora, despois de superar un proceso selectivo, continúa prestando servizos na mesma praza”.

Os argumentos anteriores levaron á desestimación do recurso de suplicación e o non recoñecemento do dereito a indemnización da traballadora. Con todo, en opinión dos maxistrados asinantes do voto particular, a Sala non debeu soste-lo primeiro dos seus argumentos. Noutras palabras, os maxistrados discrepantes sostiveron que a mera

participación e superación dun proceso selectivo non debía ser considerada unha medida que dese cumprimento á cláusula quinta do Acordo Marco, nin sequera cando no devandito proceso tivésese en conta como mérito o tempo de servizos prestados previamente. Así o avalaba, segundo os maxistrados, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 22 de febreiro de 2024, ao dispoñer que a convocatoria de procesos selectivos “non exime aos Estados membros da obrigaón de establecer unha medida adecuada para sancionar debidamente a utilización abusiva dos sucesivos contratos e relacións laborais de duración determinada”. Segundo os maxistrados, había cinco argumentos que profundaban na insuficiencia do proceso selectivo como medida de prevención e sanción: 1) o tempo de prestación de servizos non era computado exclusivamente no suposto das persoas traballadoras indefinidas non fixas ou en situación de contratación temporal abusiva; 2) o cómputo do tempo de traballo estaría a normalizar a situación de abuso na contratación temporal, porque se lle outorga o mesmo tratamento que no caso de persoas traballadoras que prestasen servizos de forma regular e non se prevén medidas ad hoc; 3) o cómputo do tempo de traballo non é unha medida eficiente porque permitiría á empregadora dilatar no tempo a situación de abuso, “sen outra consideración que computar chegado o momento ese tempo nun posterior proceso selectivo”; e 4) a toma de posesión non debe ser considerada “óbice para o recoñecemento da indemnización solicitada”, na medida en que non existe conversión contractual, senón nacemento dunha nova relación xurídica, chegando así a unha solución similar á contida na STS do 25 de setembro de 2024 (rcud. 2719/2023). Segundo os maxistrados asinantes do voto, a única medida posible para dar cumprimento á esixencia do Acordo Marco era unha indemnización desvinculada da extinción da relación laboral que tomase en consideración o carácter abusivo da contratación temporal, en liña co disposto na STX de 22 de febreiro de 2024 e co xa resolto previamente na STSX de Galicia de 28 de xuño de 2024 (rec. 1309/2024).

5. ADAPTACIÓN DE XORNADA, TELETRABALLO E CAMBIO DE CENTRO DE TRABAJO: SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 12 DE XULLO DE 2024 (REC. 2558/2024) Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2024 (REC. 4123/2024)

A conciliación da vida laboral, persoal e familiar xa non descansa unicamente en dereitos que implican deixar de traballar total ou parcialmente para atender ás necesidades de coidados. As medidas introducidas no Estatuto dos Traballadores como consecuencia da Directiva (UE) 2019/1158 camiñan cara a dereitos de presenza, que permitan ás persoas traballadoras adaptar a prestación de servizos para traballar e, ao mesmo tempo, atender a súa esfera familiar ou persoal. Entre elas destaca o art. 34.8 do Estatuto dos Traballadores, que recoñece o dereito das persoas traballadoras a solicitar a adaptación da duración e distribución do tempo de traballo, da ordenación do tempo de traballo e mesmo da forma de prestación, incluíndo a prestación de traballo a distancia ou o teletraballo.

Tratándose dun dereito de solicitude, a concesión final adoita estar supeditada á consecución dun equilibrio entre os intereses da persoa traballadora e os intereses da empresa, sendo necesario, en todo caso, un procedemento no que ambos se vexan representados. A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 12 de xullo de 2024 (rec. 2558/2024) dá testemuño diso, reforzando a aplicación de tales garantías mesmo nas Administracións Públicas.

No caso de autos, a traballadora, técnica superior de innovación educativa dunha universidade pública, prestaba servizos presencialmente, nas dependencias daquela, en xornada partida, de 9:00 a 14:00h e de 15:00 a 17:00h. A finais de xullo de 2023 solicitou á universidade a concesión da modalidade de teletraballo ata que a súa filla, que por aquel entón tiña tres anos, cumprise os doce. En concreto, a traballadora solicitaba teletraballar os martes e os xoves no mesmo horario ou en horario flexible cando houbera formación. Tras o silencio da empresa, a traballadora reiterou a súa solicitude o 15 de setembro, sendo finalmente denegada pola universidade cinco días máis tarde. No seu escrito, a empresa aduciu que non estaba regulada a

modalidade de teletraballo na universidade e que aínda non se especificaran os requisitos que debía cumprir a persoa solicitante ou os postos de traballo que podían ser obxecto da medida. Tras a devandita denegación, a traballadora demandou á universidade a través da modalidade procesual prevista no art. 139 da Lei Reguladora da Xurisdición Social. A demanda da traballadora foi desestimada en primeira instancia aludíndose a inaplicación do art. 34.8 do Estatuto dos Traballadores ao persoal laboral das Administracións Públicas. A xuízo do xulgador de instancia, o precepto aplicable ao caso era o art. 47 do Estatuto Básico do Empregado Público, que regula a prestación de servizos en réxime de teletraballo nas Administracións Públicas. Esa conclusión do xulgado de instancia foi a primeira que corrixiu o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ao resolver o recurso de suplicación interposto pola traballadora. Segundo o Tribunal, o xulgador de instancia errara ao considerar que a petición da traballadora era unha solicitude de traballo a distancia, pois se trataba dunha solicitude de adaptación de xornada en virtude do art. 34.8 do Estatuto dos Traballadores, considerada “como unha especie dentro do xénero do teletraballo”.

No momento da solicitude da traballadora, o Estatuto Básico do Empregado Público non regulaba de forma expresa a adaptación da xornada, debendo cubrirse devandito silencio co réxime laboral común e, en concreto, o art. 34.8 do Estatuto dos Traballadores. Ademais, tendo en conta o marco temporal dos feitos, á traballadora xa lle resultaba de aplicación a nova redacción que deu a ese precepto a Real Decreto-Lei 5/2023, do 28 de xuño. Como ben é sabido, dita redacción puxo a énfase no procedemento para seguir fronte as solicitudes das persoas traballadoras e, en concreto, os efectos que despregaba a omisión daquel ou o silencio por parte da empresa. Ao non existir ningún desenvolvemento convencional do precepto, a empresa, tras a solicitude da traballadora, debeu abrir e desenvolver un procedemento de negociación coa máxima celeridade e, en todo caso, durante un período máximo de quince días. Segundo o tribunal, se a empresa non contesta á solicitude da traballadora, presúmese a súa concesión, tal e como dispón o art. 34.8 do

ET, pero para iso é necesario establecer un prazo máximo de resposta. A xuízo do órgano, fronte ao silencio da norma, e tendo en conta de que o ET menciona a “máxima celeridade”, devandito prazo “debe ser o de quince días, de tal maneira que, no prazo máximo dun mes, o traballador poida obter resposta á súa solicitude de adaptación”.

No caso concreto, a empresa non só non contestou á primeira solicitude da traballadora, senón que, tras a reiteración desta, non abriu ningún procedemento de negociación e denegou a petición. Para o tribunal, debíase presumir concedida a medida solicitada pola traballadora, de tal maneira que debía ser o empresario o que acreditase Enel xuízo necesidades organizativas ou produtivas que fixesen inasumible o dereito da traballadora. No proceso a empresa non acreditou a existencia de causas que prevalecesen sobre o dereito de dimensión constitucional da traballadora e non se admitiu como válida a inexistencia de previsións normativas relativas ao teletraballo na universidade. Consecuentemente, o tribunal recoñeceu o dereito da traballadora para teletraballar os días solicitados, dentro das funcións asignadas ao seu grupo profesional e sen que iso comporte a modificación do contido da prestación laboral.

Con todo, o tribunal rexeitou a petición da traballadora relativa á indemnización por danos morais. Partindo da doutrina sentada polo Tribunal Supremo na súa sentenza do 25 de maio de 2023, o tribunal entendeu que a soa denegación da medida non implicaba, por si mesma, que se estivese vulnerando o dereito de non discriminación por razón de sexo da traballadora, pois non se achegaron indicios respecto diso. Ademais, aínda entendendo que a indemnización solicitada fose unha indemnización por danos morais non unidos á vulneración dun dereito fundamental, non se proporcionaron elementos obxectivos dos que puidese extraerse o “sufrimento psíquico/espiritual” sufrido pola traballadora como consecuencia da denegación da adaptación.

Pola súa banda, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 22 de novembro de 2024 (rec. 4123/20245), tamén centrada parcialmente no art. 34.8 do ET, recalca a necesidade de seguir o procedemento de negociación e de

valorar preferentemente, e en sentido amplo, os dereitos das persoas traballadoras fronte aos intereses empresariais.

No suposto de autos, o traballador, bombeiro de profesión, viña prestando servizos no Aeroporto da Coruña, a pesar de manter o seu domicilio habitual en Asturias. Con carácter xeral, traballaba en réxime de quendas, de tal modo que prestaba servizos un día e libraba os tres ou catro seguintes. En xaneiro de 2023 o traballador divorciouse da súa muller e, na disolución do matrimonio, acordouse un réxime de garda e custodia compartida dos dous fillos menores en períodos semanais alternos, manténdose sempre estes en o domicilio familiar situado en Asturias.

Fronte o cambio sufrido na súa estrutura familiar, o traballador solicitou á empresa que o trasladasen ao aeroporto de Asturias, servíndose, para iso, do art. 42 do Convenio colectivo aplicable, no que se considera xustificado o traslado "cando por separación ou divorcio ou falecemento do cónxuxe o traballador con fillos a cargo necesite trasladarse a outra localidade a efectos de manter a unidade familiar". A empresa denegou a solicitude de traslado do traballador sen máis motivos que a inexistencia de vacante no aeroporto de Asturias.

O traballador presentou demanda contra a empresa, pola vía do art. 139 da Lei Reguladora da Xurisdición Social, alegando infracción do art. 34.8 do ET, así como do art. 42 do convenio indicado. O xulgador de instancia, ademais de considerar que o traballador utilizara un leito procesual incorrecto, rexeitou a petición de traslado argumentando que o traballador, desde o inicio da relación laboral, tivo o seu domicilio en Asturias e non o modificou, de tal modo que nunca chegou a residir nunha localidade próxima ao centro de traballo. Ademais, a xuízo do xulgador de instancia, o réxime de quendas do traballador facía viable que este se desprazase para atender as necesidades familiares.

Interposto recurso de suplicación contra a sentenza de instancia, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia mantivo un criterio frontalmente oposto. O TSX non só recalcou que o traballador utilizara o procedemento correcto, pois o discutido era unha medida de conciliación da vida persoal e familiar, senón que tamén entendeu como xustificada a súa

petición. Ao seu xuízo, o divorcio do traballador afectara de forma significativa á súa situación familiar, porque tiña que asumir de forma directa os coidados unha de cada dúas semanas, e os desprazamentos entre o centro de traballo e o domicilio familiar supoñían un obstáculo. Apunta o tribunal que, aínda que os días de libranza do traballador poderían facilitar a conciliación, os días de traballo dificultaríana gravemente, pois non se trata só da duración da xornada, senón da necesidade de facer un traxecto de seis horas en total, ida e volta, dúas ou tres veces por semana. O TSX non compartiu as apreciacións do xulgador de instancia relativas a que o traballador non cambiase de domicilio. Na súa opinión, ese feito simplemente significaba que non necesitara prescindir ata o de agora do domicilio prol o sistema de quendas e a estrutura familiar de coidados, pero esta última cambiou. Segundo o Tribunal, o traslado debe entenderse en sentido amplo, e non só referido ao domicilio formal, e a nova situación familiar precisaba que o domicilio e o centro de traballo estivesen próximos para atender a todas as necesidades.

Para dar a súa resposta final, o TSX de Galicia trouxo a colación a súa doutrina respecto á ponderación dos intereses en conflito [sentenza do 18 de xaneiro de 2024 (rec. 4378/2024)], recalcando que o dereito da persoa traballadora debía ter unha consideración superior fronte aos intereses empresariais pola dimensión constitucional do dereito á conciliación. En consecuencia, a negativa da empresa á petición xustificada do traballador supuxera unha vulneración dos arts. 14, 19 e 39 da Constitución Española, máxime cando o convenio entendía xustificado o traslado na situación do traballador aínda sen existir prazas no centro de destino. Unida á vulneración dos dereitos fundamentais do traballador, o tribunal recoñeceu ao traballador unha indemnización de 7.501 euros polos danos morais producidos. Tratábase, con todo, dunha cifra moi afastada da petición inicial do traballador. Neste sentido o tribunal entendeu que, aínda que é necesario “matizar a esixencia de que no proceso achéguese indicios ou puntos de apoio da existencia do dano moral, dada a dificultade que polo xeral conleva en función da súa natureza”, non quedaron

acreditado danos morais de entidade superior que permitisen establecer unha contía superior.

6. DOBLE ESCALA SALARIAL: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZAA DE GALICIA DE 17 DE DECEMBRO DE 2024 (REC. 4706/2024)

Na eliminación da discriminación tivo un especial impacto a doutrina xudicial relativa á existencia de dobres escalas salariais. A existencia dunha retribución diferenciada para as persoas traballadoras, baseada na data de ingreso na empresa, non se pode considerar válida salvo que exista unha xustificación obxectiva e razoable, máxime cando dita diferenciación pode ter un impacto significativo se se incentiva, ao mesmo tempo, a contratación e incorporación á empresa de persoas traballadoras de colectivos desfavorecidos estruturalmente (mulleres, novas, inmigrantes etc.)/ etc.).

Sobre a xustificación da dobre escala salarial en situacións de crise empresarial pronúnciase a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 17 de decembro de 2024 (rec. 4706/2024). No caso de autos, tras 76 días de folga, o comité de empresa e a empresa afectada subscribiron un acordo, con efectos de 2021 a 2024, no que se prevíaN unhas táboas salariais tipo e, ademais, un réxime salarial específico para as “novas incorporacións”. En concreto, en virtude do devandito acordo, os salarios do persoal de nova incorporación configuraríanse, de forma temporal, dacordo coAs táboas previstas no convenio colectivo estatal de vidro e cerámica, incrementándose progresivamente nun 20% anual do diferencial entre o salario do convenio e as táboas do pacto para todos os conceptos ata conseguir o salario do persoal contratado con anterioridade ao 2018, sempre que a marxe bruta empresarial fose superior ao 18%, se o volume de facturación non superase os 5 millóns de euros. Se a marxe bruta non alcanzase tales cifras, o incremento sería do 10%.

Un dos sindicatos asinantes do acordo solicitou a declaración de nulidade dEste alegando non só a existencia dunha dobre escala salarial entre traballadores de maior e menor antigüidade, senón tamén unha posible discriminación por

razón de xénero, xa que o plan de igualdade que se pretendía negociar (e, que nese momento, estaba sometido ao AGA) pretendía potenciar a contratación de mulleres, sendo estas últimas as que, entón, percibirían ese salario inferior por “nova incorporación”.

A sentenza de instancia desestimou a demanda do sindicato asinante amparándose, fundamentalmente, en tres argumentos. En primeiro lugar, traendo a colación o principio xeral de “non volver sobre os actos propios”, o xulgador reprochou que o sindicato asumise o pacto inicialmente sen tacha de dobre escala salarial, concluíndo que, tras esa previa aceptación, só cabía a impugnación do acordo por dolo, violencia ou intimidación. En segundo lugar, concluíu que a dobre escala salarial estaba xustificada non só polo contexto de crise económica empresarial, senón polo de crise de paz social, tras o número de días de folga que precederon ao pacto. En terceiro lugar, o xulgador de instancia sinalou que as diferentes condicións salariais dos traballadores de ingreso non se establecían por razón de sexo e que a demanda era preventiva, na medida en que se baseaba nun escenario que se podía xerar cando o plan de igualdade, aínda non existente, vise a luz.

O recurso de suplicación do sindicato asinante centrouse fundamentalmente en solicitar a nulidade do acordo por non existir unha xustificación obxectiva e razoable da dobre escala salarial máis aló dunha serie de condicionantes económicos. Ademais, en resposta ao reproche do xulgador de instancia, o sindicato sinalou a importancia de analizar o contexto no cal se asinou o acordó no sentido contrario, pois víronse obrigados a asinalo tras un total de 76 días de folga que dobregou a paciencia dos traballadores.

Para resolver as diferentes pretensións, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia trouxo a colación a doutrina da Audiencia Nacional [sentenza do 18 de febreiro de 2022 (rec. 350/2021)] e do Tribunal Constitucional (sentenzas 119/2002 e 27/2004) relativa á aceptación dunha posible dobre escala salarial sempre que medien causas complementarias ou adicionais, “pois se considerou que a diferenciación exclusivamente baseada na data de ingreso, non conleva sempre a realización de tarefas de menor

entidade ou peor calidade, nin esa suposta diferenza material impide no seu caso a equivalencia de valor ou de importancia dunhas e outras prestacións". O tribunal considerou que, no caso concreto, non se cumpriron os requisitos que se impoñen xurisprudencialmente para a existencia dunha dobre escala salarial, por non acreditarse no caso de autos outras circunstancias que xustificasen a diferenza máis aló da mera data de ingreso na empresa ou unha situación de crise na empresa.

Segundo o TSX, o feito de que non estivese aprobado aínda o plan de igualdade non xustifica que non se deba ter en conta o principio da igualdade de trato e non discriminación por razón de sexo. Na medida en que a empresa debe cumprir a vontade das normas reguladoras, "que impoñen o obxectivo prioritario de facer efectiva a igualdade de xénero", a contratación de mulleres para buscar o equilibrio respecto dos homes é unha das medidas ás que a empresa debe dar preferencia. Con todo, de manterse o pacto salarial acordado, as contratacións novas de mulleres serían en condicións retributivas inferiores ás dos actuais homes, maioritarios no tipo de traballo da empresa, o que evidenciaría un atentado contra o principio de igualdade de trato e non discriminación por razón de sexo. Os motivos anteriores conduciron ao tribunal para declarar nulo o acordo pactado polo comité de empresa e a empresa, por vulnerador do art. 14 da Constitución Española, debendo deixalo sen efecto.

7. CONTRATACIÓN FIXA-DISCONTINUA EN EMPRESAS DE TRABALLO TEMPORAL E NON CHAMAMENTO PARA POSTA A DISPOSICIÓN: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 3 DE OUTUBRO DE 2024 (REC. 3518/2024)

A Real Decreto-lei 32/2021, do 28 de decembro, de medidas urxentes para a reforma laboral, a garantía da estabilidade en emprego e a transformación do mercado de traballo deu un novo impulso á contratación fixa-descontinua, non só ampliando os supostos nos que esta podía ter lugar, senón tamén permitindo que tal contratación tivese lugar en empresas de traballo temporal para a cobertura de necesidades temporais de traballo das empresas usuarias.

Tras a acollida inicial da norma, a súa aplicación no día a día suscita interrogantes que non foron resolto por aquela, como, por exemplo, o prazo máximo dentro do cal se pode considerar como despido o non chamamento dun traballador fixo discontinuo dunha empresa de traballo temporal para a súa posta ao dispor da empresa usuaria.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia deu resposta a esta cuestión na súa sentenza do 3 de outubro de 2024 (rec. 3518/2024) á hora de valorar se a acción de despedimento presentada por un traballador fixo discontinuo dunha empresa de traballo temporal estaba caducada ou non. No caso concreto, o traballador prestou servizos para a mesma empresa usuaria durante diferentes períodos a través de dous tipos de contratos subscritos coa empresa de traballo temporal. En primeiro lugar, prestou servizos a través de contratos temporais por circunstancias da produción do 01/12/2021 a 21/01/2022, do 01/02/2022 ao 27/03/2022, do 28/03/2022 ao 31/05/2022, do 01/06/2022 ao 03/07/2022 e do 04/07/2022 ao 30/09/2022. En segundo lugar, prestou servizos a través dun contrato fixo discontinuo coa empresa de traballo temporal, que posibilitou a súa posta ao dispor do 01/10/2022 ao 30/11/2022 e do 01/12/2022 ao 31/03/2023, sen que a partir desa data fose chamado novamente.

Case seis meses despois da data da última posta ao dispor, o 18 de setembro de 2023 o traballador interpón acción de despedimento contra a empresa de traballo temporal e a empresa usuaria solicitando que se declaren os contratos realizados en fraude de lei, desde o inicio da relación, así como a improcedencia do despedimento. A xuízo do traballador, as causas invocadas para os contratos de posta ao dispor ea súa reiteración, sen solución de continuidade, conectaban con actividades empresariais permanentes. O xulgador de instancia desestimou a demanda do traballador amparándose na caducidade da acción, recorrendo este en suplicación ao considerar que fora obxecto dun despedimento tácito e descoñecía o día a quo para o inicio do cómputo do prazo.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia apuntou con acerto que o art. 10.3 da Lei de Empresas de Traballo Temporal non

prevé un prazo máximo “dentro do cal o non chamamento para una posta ao dispor considérase despedimento, senón que simplemente remítese á negociación colectiva”. No caso de autos non existía previsión que regulase tal aspecto no convenio colectivo aplicable, de tal modo que o tribunal cubriu a lagoa aplicando analoxicamente a regra establecida para a contratación fixa descontinua no marco de contratas do art. 16.4 do Estatuto dos Traballadores. Así, o tribunal apuntou que debe estarse a un prazo de tres meses desde a finalización da última posta ao dispor. Así pois, tendo en conta que o último chamamento terminou o 31/03/2023, o dies a quo do prazo de vinte días para a acción de despedimento comezaría a computar o 30/06/2023, estando a acción, por tanto, caducada.

O tribunal sinala que a solución dada non variaría se considerase existencia de fraude na contratación temporal ou fixa descontinua, pois, de existir tal fraude, “o contrato debería ser cualificado como fixo descontinuo e, nese caso, o traballador debería ser requirido para prestar servizos inmediatamente desde a última prestación de servizos, ben para a mesma empresa usuaria, ben para outra, pois a súa empregadora é a empresa de traballo temporal, de maneira que, se non fose chamado desde o 30/03/2023 nunha data próxima, o despedimento sería tácito, co cal, e aínda con máis marxe, tamén a acción caducaría”.