

## DERECHO INDIVIDUAL

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Prof.<sup>a</sup> Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela  
[yolanda.maneiro@usc.es](mailto:yolanda.maneiro@usc.es)

**Palabras clave:** contrata, despido, extinción, finiquito, indemnidad, indemnización, permanencia, prescripción

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

### 1. DESPIDO DISCIPLINARIO Y EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS

Los procesos sobre despidos y extinciones de contratos de trabajo coparon el mayor porcentaje de los procesos sobre cuestiones de Derecho individual tramitados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el segundo semestre de 2016. En el marco de dichos procesos se abordaron con frecuencia otras cuestiones relacionadas con la calificación del despido o de la extinción. Es el caso, ya tradicional, de la calificación como laboral o no de la relación jurídica que une a las partes, cuya previa calificación como laboral resulta determinante para que la Sala de lo Social pueda pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha extinción. A su vez, son todavía numerosas las extinciones que tienen lugar en el marco o con ocasión de previos procesos concursales, lo que hace surgir de nuevo la duda respecto del orden jurisdiccional mercantil o social competente para conocer de ellas. En otras ocasiones, la cuestión principal ha sido determinar la extensión de determinadas garantías de los trabajadores ante situaciones de despido o de extinción. Es el caso de la garantía de

permanencia de los representantes legales de los trabajadores en el concreto supuesto de cierre del centro de trabajo al que estaba adscrito dicho representante. O también respecto de la garantía de indemnidad, cuya vulneración permite invertir la carga de la prueba y, llegado el caso, declarar la nulidad del despido o la extinción. Sin embargo, el contenido de lo que ha de entenderse como indicios suficientes resulta ser una cuestión casuística que ha de resolverse en cada caso concreto.

Tampoco fueron infrecuentes en este segundo semestre de 2016 los asuntos sobre cesión ilegal de trabajadores, sucesión de empresas o sucesión de contratas abordados, también, al hilo de procesos sobre despidos o extinciones del contrato de trabajo.

Además, también en este ámbito del despido y extinción del contrato de trabajo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha tenido ocasión de tratar una cuestión extremadamente polémica, como es la procedencia o no de la indemnización por finalización de contratos temporales. Respecto a ella, la Sala gallega ha optado por separarse de la interpretación seguida por parte de los tribunales superiores de justicia de otras comunidades autónomas, y de aplicar la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia, presente en su reciente sentencia *De Diego Porras*, para reconocer la directa aplicación de la jurisprudencia y de la normativa comunitaria cuando esta, como es el caso, entra en directa contradicción con la norma nacional.

## 1.1. DESPIDO DISCIPLINARIO

### 1.1.1. Existencia de relación laboral

#### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 31 de octubre de 2016 (nº. rec. 2378/2016)**

La Sala de lo Social desestima el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Ourense de 17 de marzo de 2016, que confirma la

existencia de relación laboral entre las partes y, con posterioridad, la improcedencia del despido.

El recurso, presentado por la empresa, se fundamentó en la falta de competencia de la jurisdicción social, al considerar que la relación que le unía con la trabajadora no era laboral, sino mercantil. La Sala aborda como cuestión previa la calificación jurídica de la relación entre las partes, para concluir su naturaleza laboral y no mercantil. A tal fin, la Sala recuerda la doctrina que al respecto fijó la STS de 23 de noviembre de 2009 (nº. rec. 170/2009) sobre la ajenidad y la dependencia como notas características de la relación laboral frente a las características propias de las relaciones liberales. En este supuesto, de acuerdo con dicha sentencia, la Sala considera indiscutible la existencia de las notas de voluntariedad y retribución propias de una relación laboral, así como también aprecia indicios de ajenidad y de dependencia.

La ajenidad se aprecia en los servicios de la demandante, contratada como oficial administrativa externa en una empresa dedicada a la correduría de seguros, que “prestaba servicios en el centro de trabajo de la demandada y atendía a los clientes que llegaban al mismo”. Frente a ello, la empresa no consiguió acreditar “que la misma también prestara servicios por su cuenta fuera del centro de trabajo y fuera de esas mañanas en las que “se abre”. Además, indica la Sala, “no consta por tanto que la parte actora realice tarea alguna en relación a las decisiones empresariales de mercado como fijación de precios, selección de clientela, etc.”. Al respecto recuerda la Sala, conforme a anterior doctrina del Tribunal Supremo, que la percepción de una retribución garantizada a cargo de la empresa contratante y no del cliente constituye un indicio de laboralidad” en cuanto que “la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena”.

Por otra parte, la Sala también aprecia de indicios de dependencia, que no consiguieron ser destruidos por la

empresa. La sujeción de la trabajadora a un horario de trabajo constituye un elemento esencial, indicando que: "la actora tiene al menos una cierta concreción horaria impuesta por la demandada y vinculada con la atención más o menos continuada de ese local abierta al público". También el hecho de que el horario de trabajo de la actora coincida con el de apertura y cierre del local, tenga en él a su disposición medios de trabajo propiedad de la empresa y no conste la existencia de otros compañeros de trabajo: "si el local abre por la mañana y la única trabajadora del mismo es la demandante, quiere decir que la actora tiene un horario impuesto por la empresa (...) donde prestaba servicios había mobiliario y un ordenador usado por la misma".

Las alegaciones aportadas por la empresa no se consideraron suficientes para destruir las presunciones de laboralidad generada por la trabajadora. Con carácter principal, la empresa alegó que la actora se hubiera dado de alta a efectos tributarios en una actividad económica. Sin embargo, la Sala no considera suficiente este dato, pues "ello no permitiría descartar, a la vista de los indicios de laboralidad ya expuestos, que el alta no fuera únicamente con la finalidad de emitir facturas para dotar a la relación laboral de una mera apariencia mercantil. Es más (...) la actividad de la actora es de auxiliar administrativo externo; siendo difícil e inusual que pueda desarrollarse una actividad de auxiliar administrativo por cuenta propia". Tampoco se entiende como prueba suficiente del carácter mercantil de la relación una factura emitida por la actora para el cobro de sus servicios, pues, razona la Sala, "consta en esa supuesta factura que al menos una parte de la retribución sería por horas, es decir, lo propio de una relación laboral, todo ello sin perjuicio de la retribución variable que las partes asimismo admiten".

Así pues, apreciados indubitadamente los cuatro indicios de laboralidad (voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia), sin que hubieran sido desvirtuados por la empresa, la Sala califica la relación como laboral, lo que le

permitió entrar a conocer y declarar la improcedencia del despido.

## 1.2. EXTINCIÓN POR CAUSAS OBJETIVAS

1.2.1. Límites del derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores

### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 de octubre de 2016 (nº. rec. 1924/2016)**

La Sala desestimó el recurso de suplicación presentado por el trabajador contra la Sentencia de 16 de febrero de 2016 del Juzgado de lo Social nº. 2 de Lugo sobre despido disciplinario, contra FOGASA, Sindicato nacional de Comisiones Obreras de Galicia y Fundación Formación y Empleo de Galicia, que declaró procedente el despido de la actora, convalidó la extinción ya producida y consolidó su derecho a la indemnización ya percibida.

Para resolver esta cuestión, la Sala, tal y como había hecho en su anterior STSJ Galicia de 27 de mayo de 2014 (nº. rec. 821/2014), aplica el criterio mantenido por la STS de 30 de noviembre de 2005 (nº. rec. 1439/2005). De acuerdo con ambas sentencias, la garantía de preferencia de los representantes legales de los trabajadores frente a la extinción de los contratos de trabajo por causas tecnológicas o económicas (art. 68 b ET) no es absoluta, sino que se limita al ámbito de afectación de la causa extintiva, que en este caso es el centro de trabajo de Lugo, en relación con el ámbito de representación que ostenta el representante afectado (también el centro de trabajo de Lugo). Además, para que dicha garantía surta plenos efectos, se precisa que existan puestos de trabajo funcionalmente equivalentes en la empresa.

En este supuesto, la desaparición del centro de trabajo de Lugo, al que se circunscribía el ámbito de representación de la trabajadora, impide que esta pueda hacer valer su derecho de preferencia frente a la decisión empresarial de extinguir su contrato por causas económicas.

1.2.2. Finalización del contrato temporal: indemnización equivalente a trabajador fijo comparable

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 de noviembre de 2016 (nº. rec. 3277/2016)**

Uno de los aspectos más polémicos de los últimos meses en el ámbito del Derecho del Trabajo, y en concreto, de la extinción del contrato, ha venido de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, pareció abrir la puerta a la indemnización por finalización de todos los contratos temporales, incluyendo aquellos para los que la regulación nacional no había previsto indemnización alguna. Aunque dicha sentencia resolvió el supuesto de un contrato temporal en el ámbito de las administraciones públicas, no tardó en ser aplicada también a empresas privadas por algunos Tribunales Superiores de Justicia, como el del País Vasco o, como sucede en la sentencia que aquí se comenta, el de Galicia. Pese al alto número de reclamaciones judiciales derivado de la publicación de esta sentencia, la solución de los tribunales nacionales a esta cuestión no ha sido, ni mucho menos, pacífica, dado que algunos tribunales se negaron a resolver esta cuestión aplicando la sentencia del Tribunal de Justicia y se ciñeron estrictamente a lo dispuesto en la norma nacional.

En esta sentencia, la Sala estima parcialmente el recurso de suplicación presentado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 1 de Santiago de Compostela y condena a la empresa a abonar al trabajador la indemnización correspondiente por extinción del contrato temporal a las empresas ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL, ESA ULLA-SALNES SL y NORTE FORESTAL SA, todas ellas demandadas en el proceso de instancia. El motivo del conflicto vino determinado por la extinción del contrato del trabajador, D. Gerónimo, contratado en 2009 para obra o servicio determinado por ESA ULLA –SALNES SL hasta fin de obra para realizar tareas de cultivo y explotación de montes para la empresa NORFOR. A finales de ese año, se subrogó en el

servicio la ESA BETANZOS-FERROLTERRA SL y en 2012 volvió ESA ULLA –SALNES SL. Durante todo este tiempo, el trabajador continuó realizando su actividad para las diferentes empresas que iban subrogándose en el servicio, si bien en 2013, ULLA-SALNES le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por finalización de la obra o servicio motivada por la extinción del contrato de arrendamiento de servicios entre esta empresa y NORTE FORESTAL SA. El juzgado de lo social absolvió a las empresas de la petición de nulidad del despido o, subsidiariamente, su improcedencia, siendo recurrida en suplicación ante el TSJ de Galicia, que resolvió a través de la sentencia objeto de esta reseña.

Es esta una sentencia de enorme relevancia, en tanto que en la línea ya anticipada por la STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 -en el caso análogo de un trabajador temporal en una empresa privada-, decide la inaplicación de la normativa nacional en tanto que no se ajusta a lo dispuesto a la norma comunitaria, en la interpretación que de esta realizó la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, Asunto C-596/14.

Resulta, además, particularmente importante que esta cuestión no había sido planteada directamente por el recurrente, ni en la demanda ni en el recurso posterior. Pero, para la Sala, la aparición de la sentencia *De Diego Porras* durante la tramitación de este proceso determinó su aplicación de oficio al caso concreto. Niega la Sala que ello pueda dar lugar a incongruencia alguna, conforme a la doctrina sentada por la STS de 14 de octubre de 2013, ni constituya un freno el hecho de que la sentencia del Tribunal de Justicia se refiera al caso de una trabajadora interina del Ministerio de Defensa y no a un trabajador de una empresa privada como sucede en este caso. Para la Sala gallega, la sentencia debe ser aplicada “en virtud del principio de vinculación de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Así las cosas, en aplicación de la doctrina *De Diego Porras*, el trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos no puede justificarse, indica la Sala, en la sola

existencia de una norma nacional que así lo establezca. Es por ello que “el juez nacional, como juez comunitario no puede desconocer el contenido de dicha sentencia cuando interpreta la legislación española”, dado que el principio de indisponibilidad sobre la normativa nacional “no se aplica en aquellos casos en los que esté en juego la aplicación de un principio general del Derecho de la Unión, al regir aquí el efecto directo horizontal”. En el presente caso, continúa indicando la Sala, “parece evidente que la prohibición de discriminación entre las condiciones contractuales de los trabajadores temporales y los indefinidos que regula el Acuerdo Marco es suficientemente clara y evidente para que opere la prevalencia aplicativa por el juez nacional de la normativa comunitaria al no estar su contenido condicionado, máxime cuando existen pronunciamientos del TJUE previos que la interpretan”. En respaldo de esta afirmación, se cita la STC 232/2015, que permite inaplicar el derecho nacional cuando, como es el caso, ya existe en un supuesto similar un pronunciamiento del TJUE.

En atención a todo lo anterior, la Sala gallega condena a la empresa a abonar a la trabajadora una indemnización por la extinción de su contrato de trabajo temporal.

### 1.3. EXTINCIÓN DE CONTRATO EN EL MARCO DE UNA SUCESIÓN DE CONTRATAS

#### 1.3.1. Extinción de contrato y sucesión de empresas

#### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 31 de octubre de 2016 (nº. rec. 1614/2016)**

En esta sentencia, la Sala estima el recurso de suplicación interpuesto por la codemandada «Proman Servicios Generales, SL» contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Ferrol, de 27 de noviembre de 2015, y declara la improcedencia del despido por entender que dicha empresa debió subrogarse en la relación laboral de los demandantes, al ser la nueva adjudicataria de la contrata. Por otro lado, se absolvió a la codemandada “Servicios de Aparcamientos Puertas y Control de Galicia SL (Servigalicia)”.



El supuesto de hecho que dio lugar al conflicto resuelto a través de esta sentencia es el siguiente: por sentencia del Juzgado de lo Social de Ferrol de 31 de diciembre de 2014 se declaró improcedente el despido de dos trabajadores que prestaban servicio para la empresa Servigalicia, que, tras optar por su readmisión, la hizo efectiva el 15 de junio de 2016. Sin embargo, el 30 de junio, esto es, quince días después de dicha readmisión, Servigalicia extinguió sus contratos de trabajo por causas productivas, ya que desde el 1 de julio de ese mismo año, el servicio se le adjudicó a la empresa Proman, la cual manifestó que no procedía la subrogación en la contrata y no asumió ninguno de los trabajadores de Servigalicia.

Como consecuencia de todo ello, ambos trabajadores presentaron demanda ante el Juzgado de lo Social de Ferrol, que estimó la improcedencia del despido realizado por Proman al entender que esta debió haberse subrogado en la relación laboral, al ser la nueva adjudicataria de la contrata.

En esta sentencia, la Sala gallega resuelve dos cuestiones principales. Por una parte, la existencia o no de obligación de subrogación por sucesión de plantillas; y por otra, la calificación de la extinción del contrato de los trabajadores como despido improcedente o como válida extinción de contrato por causas objetivas.

Respecto a la primera cuestión, la Sala recuerda la diferencia entre sucesión de contratas y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, empleando para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial la STS de 12 de diciembre de 2002, 5 de marzo de 2013 y 7 de abril de 2016. De acuerdo con ella, la sucesión de contratas no está contemplada en el art. 44 ET si, como aquí sucede, no se produce una transmisión de activos patrimoniales o una sucesión de plantillas. Por consiguiente, indica: "encontrándonos en el caso de autos ante una sucesión de contratas en donde la actividad transmitida descansa fundamentalmente en la mano de obra, y no habiéndose producido una incorporación por la nueva adjudicataria (Proman) de ningún trabajador de la empresa saliente para el desarrollo de esta actividad, no ha

existido una sucesión de empresas y no existe obligación alguna de subrogación por parte de la empresa Proman ni al amparo del art. 44 ET, ni siquiera en la modalidad de sucesión de plantillas antes indicada". Es por ello que, no habiendo existido obligación de subrogación por parte de Proman, no considera que esta hubiera despedido improcedentemente a dichos trabajadores.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la calificación de la extinción por causas productivas de ambos contratos de trabajo por parte de Servigalicia, la Sala reconoce que la finalización de la contrata a la que pertenecían ambos trabajadores se aprecia también en cuanto dichos servicios comienzan a ser prestados por una nueva adjudicataria. Ningún problema presenta para la Sala el hecho de que Servigalicia hubiera optado por readmitir a los trabajadores unos días antes de proceder a la segunda extinción de sus contratos, esta vez por causas objetivas. En concreto, la Sala entiende que: "habiéndose optado por la readmisión en el primer y previo despido declarado improcedente por sentencia firme, (...) y siendo no controvertido que tal readmisión se produjo, el segundo despido ahora enjuiciado ha de producir plenos efectos sin perjuicio de la revisión judicial del mismo".

1.3.2. Valor no liberatorio del finiquito que se suscribe con la principal de una contrata.

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 septiembre 2016 (nº. rec. 1166/2016)**

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por UTE Cerdedelo-Prado II contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense, de 19 de enero de 2016 y confirma la decisión del juzgador de instancia, respecto de ineficacia liberatoria del recibo de finiquito en relación con las horas extraordinarias realizadas por el trabajador.

Tras un repaso por la doctrina judicial de esta misma Sala, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

concluye la ineficacia liberatoria del finiquito que ha sido suscrito, no con la empresa del trabajador, sino con la principal de la contrata. Por ello, aunque dicho finiquito incluya como recibidos determinados conceptos y retribuciones, resulta lógico que la empresa ignore si realmente se adeudan o si en efecto se realizaron. Dada su responsabilidad solidaria sobre obligaciones de la otra empresa, el carácter genérico del finiquito "es excluyente del valor liberatorio de los conceptos que se declaran percibidos, tales como horas extras, cuando la sentencia declara su realización y no abono, horas que en el momento de la firma la empresa no podía conocer si se habían realizado y por lo tanto no las podía haber abonado".

#### 1.4. GARANTÍA DE INDEMNIDAD E INDICIOS SUFICIENTES

La solicitud de declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales da lugar, desde un punto de vista procesal, a que el solicitante se beneficie de la inversión de la carga de la prueba. De este modo, habrá de ser el empleador el que demuestre que la decisión de extinguir el contrato respondió a una causa objetiva, razonable y suficientemente probada. No obstante, para que esto suceda, no es suficiente con que el trabajador haya invocado lesión de derechos fundamentales, sino que, además, habrá de ofrecer indicios razonables de la vulneración del derecho fundamental. Este concepto jurídico indeterminado provoca que, en numerosas ocasiones, la determinación de qué indicios pueden ser considerados razonables a estos efectos no constituya una tarea sencilla y que por ello los tribunales ofrezcan una interpretación casuística. La importancia de entender cuándo concurren indicios suficientes es notable, desde el momento en el que ocasiona dos efectos principales en el proceso de despido. En primer lugar, la inversión de la carga de la prueba, como ya se ha mencionado. En segundo lugar, que el órgano judicial se vea obligado a analizar, desde un primer momento, la posible nulidad del despido y, sólo cuando haya descartado esta posibilidad, pueda plantearse su improcedencia.

Uno de los derechos fundamentales cuya vulneración ocasionaría la nulidad del despido es la garantía de indemnidad, de la que trata la sentencia comentada, cuando dicho despido carece de causa justificada y sólo es la respuesta a una previa reclamación judicial por parte del trabajador.

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 28 de julio de 2016 (nº. rec. 758/2016)**

La Sala estima parcialmente el recurso de suplicación presentado por el trabajador contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de A Coruña, de 25 de junio de 2015.

De acuerdo con el pleito planteado en instancia, el trabajador, que prestaba servicios para SGS TECNOS SA y para Gas Natural Galicia SDG SA, había presentado demanda sobre movilidad geográfica, parcialmente estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Santiago de Compostela de 31 de octubre de 2011. Al hilo de la cuestión, esta misma sentencia reconoció, en uno de sus fundamentos, la existencia de una cesión ilegal de mano de obra. Posteriormente, el trabajador presentó nueva demanda para solicitar la declaración judicial expresa de cesión ilegal de trabajadores entre ambas empresas, que fue reconocida por sentencia del Juzgado de lo Social nº. 3 de Santiago de Compostela y posteriormente confirmada por la sentencia del TSJ Galicia de 30 de diciembre de 2014, pendiente de recurso de suplicación. Frente a esta declaración, el actor ejercitó su opción de encuadrarse en la empresa Gas Natural Galicia.

Tras la readmisión del trabajador, Gas Natural decidió extinguir su contrato de trabajo el 21 de febrero de 2014. El trabajador impugnó la extinción por vulneración de la garantía de indemnidad, pero el Juzgado de lo Social nº. 2 de A Coruña desestimó su pretensión por no considerar acreditados indicios suficientes, al no existir conexión temporal entre la sentencia dictada en materia de cesión ilegal y el despido efectuado.

Sin embargo, la Sala de lo Social discrepa de esta valoración y entiende "que los indicios de discriminación son sólidos y fuertes". Dichos indicios son los siguientes:

- 1º. La proximidad temporal de las demandas presentadas por el trabajador contra las citadas empresas, que fueron estimadas y, en uno de los casos, la sentencia reconoció la existencia de cesión ilegal.
- 2º. La conexión temporal entre ambas demandas y el despido objetivo. Para la Sala, aunque la sentencia de cesión ilegal se dictó en 2012 y la extinción tuvo lugar en 2014, "Tecnos SL era perfectamente consciente de que la situación litigiosa no había finalizado, al estar pendiente de resolver en dicho momento un recurso de suplicación interpuesto por Gas Galicia SDG SA contra la sentencia dictada en materia de cesión ilegal de trabajadores, con gran trascendencia, pues si la sentencia hubiera sido firme y el actor hubiera optado por entrar a formar parte de la plantilla (sic) de Gas Galicia SDG SA, como finalmente ha hecho y era previsible en todo momento que hiciera, dadas las mejores condiciones económicas y sociales que se derivan (...), no podría verse afectado por la concurrencia de las circunstancias objetivas que ha alegado esta última para justificar su despido".

Frente a la suficiencia de los indicios presentados por el trabajador, la empresa fue incapaz de acreditar la existencia de causas objetivas que justificasen la extinción del contrato. Y la Sala hace notar expresamente dos circunstancias que refuerzan la posición del trabajador. En primer lugar, el previo pronunciamiento de la cesión ilegal de mano de obra, que "hace previsible", en palabras de la Sala, "que el actor se integrara en la plantilla de Gas Galicia por las mejores condiciones económicas y sociales que ello comporta". En segundo lugar, la ausencia de causa que motivara un cese legítimo del trabajador en la citada empresa permite sustentar "la existencia de una maniobra fraudulenta entre ambas empresas para impedir o limitar el ejercicio legítimo de los derechos del trabajador".

### 1.5. IMPUGNACIÓN DE LA EXTINCIÓN INDIVIDUAL EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO

El número de asuntos relativos a despidos colectivos ha ido disminuyendo desde que, en las épocas más graves de la crisis económica, hubiera alcanzado sus mayores cotas. No obstante, en estos tiempos es habitual observar demandas individuales presentadas por trabajadores afectados por un despido colectivo, en las que, como no puede ser de otra manera, impugnan su extinción particular, solicitando su nulidad.

No es esta una cuestión menor, desde el momento en el que el art. 124 LRJS contempla la modalidad procesal de despido colectivo como un proceso colectivo, por lo que, principalmente, son los representantes de los trabajadores quienes disfrutan de legitimación activa para su impugnación, si concurren las causas indicadas por la norma. El trabajador individual tan sólo puede impugnar su extinción concreta a través del proceso especial de extinción objetiva (art. 120-123 LRJS) que se centra, principalmente, en los defectos de forma de la extinción individual en la que se concreta el despido colectivo. Sin embargo, la redacción del art. 124 LRJS ha abierto una puerta para que el trabajador individual pueda llegar a impugnar cuestiones propias del despido colectivo, como la validez de las causas, aunque estas no hubieran sido impugnadas con carácter general por los representantes legales de los trabajadores. Como es obvio en estos casos, tal y como sucede en la sentencia que aquí se comenta, los efectos se limitarán, de estimarse la pretensión, a la nulidad de la extinción concreta, careciendo de la eficacia general que tendría una sentencia dictada en la modalidad de despido colectivo.

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 de noviembre de 2016 (nº. rec. 3290/2016)**

En esta sentencia, la Sala estima el recurso de suplicación y revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 1 de Ourense de 14 de marzo de 2016, que declaró nulo el despido de la trabajadora por la empresa Adolfo Domínguez

S.A. Los motivos de nulidad fueron los siguientes: a) discriminación por razón de edad, pues excluir a los trabajadores mayores de 50 años es contrario a lo dispuesto en el art. 51.2 ET y art. 14 CE, decisión que sustenta en la aplicación; b) el número de despidos finamente realizados contradice lo pactado en el ERE acerca de reducir el número de trabajadores afectados; y c) Por falta de justificación de la elección de la actora frente a otros trabajadores, conforme a los criterios de selección aprobados por el ERE.

En relación con el motivo de discriminación por razón de edad en la selección de los trabajadores afectados por el ERE, en concreto de la exclusión de los trabajadores mayores de cincuenta años, la Sala discrepa de los argumentos empleados por la sentencia de instancia, tras analizar la jurisprudencia más reciente tanto del Tribunal de Justicia (sentencias *Dansk Industri (DI) contra Sucesion Karsten Eigil Rasmussen*, de 19 de abril de 2016, Asunto C-441/14 y *Sindicatul Cadrelor Militare Disponibilizate în rezervă și în retragere (SCMD)* y otros contra *Ministerul Finanțelor Publice*, de 21 de mayo de 2015, Asunto C-262/14), como del Tribunal Constitucional (STC 66/2015, de 13 de abril).

A tal efecto, el TSJ Galicia recuerda que el despido puede considerarse nulo si la decisión extintiva es discriminatoria "lo que supone en este concreto caso, que no ha de analizarse si la exclusión de los mayores de 50 años es discriminatoria, sino si la consecuencia contraria, esto es, la inclusión como criterio de selección de los menores de 50 años, es discriminatoria o no". De acuerdo con los argumentos empleados por la STC 66/2015, la selección para la extinción de un colectivo con menor edad y con mayores posibilidades de acceso al mundo laboral, frente a un colectivo de mayor edad y con muchas menos posibilidades, supone una justificación objetiva y razonable, hasta tal punto de que el propio legislador lo propone como un parámetro válido de selección "puesto que como antes indicamos el art. 51.5 ET establece como posible prioridad de permanencia los trabajadores "mayores de una determinada edad", como también lo establece el art 13.2

del RD 1483/2012, criterio de permanencia que es el que se ha pactado en el presente caso”.

El segundo motivo se centró en la supuesta contradicción entre el número final de despidos y el acordado en el ERE. La Sala recuerda que es el contenido del acuerdo final de despido colectivo el que vincula a la empresa, y no la propuesta inicial, que se utilizaba como punto de partida de las negociaciones. Entre los extremos que han de ser comunicados finalmente, recuerda la Sala, “está el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, debiendo desglosarse esta comunicación por centro de trabajo, en el caso de que afecte a más de uno, y, en su caso, provincia y comunidad autónoma”. Con todo, la Sala recuerda la falta de legitimación de los trabajadores individuales para impugnar esta cuestión, que corresponde a sus representantes legales. Así, el hecho de que la determinación de los trabajadores afectados deba de ser comunicada a los representantes de los trabajadores constituye, junto a lo dispuesto en el art. 124 LRJS, “un parámetro para entender que quien está legitimado para discutir si la comunicación actualizada, en base a la cual se va a proceder a la extinción de los contratos de trabajo, se corresponde o no con el acuerdo final alcanzado son los representantes de los trabajadores y no los trabajadores en el proceso de impugnación individual”.

Finalmente, el tercero de los motivos de impugnación, el más relevante de todos ellos, afecta a la suficiencia de los criterios de selección en los que se apoya la empresa para proceder a la designación de los trabajadores afectados y, específicamente, a la concreta aplicación de esos criterios. La Sala recuerda que, tradicionalmente, el Tribunal Supremo había defendido la libertad de empresario para seleccionar a los trabajadores a quienes afectaría la decisión extintiva, siempre y cuando respetase la preferencia de los representantes legales y no incurriese en discriminación alguna. Sin embargo, este criterio fue modificado tras la STS de 15 de marzo de 2016, que admitió la posibilidad de que el trabajador individual pudiera controlar la aplicación de dichos criterios de selección, incluso por comparación



con otros compañeros. Ahora bien, como también recuerda el Tribunal Supremo, para ello no bastará una manifestación genérica del trabajador, carente de sustrato fáctico. En otras palabras, para determinar si existe arbitrariedad en la aplicación de los criterios de selección será preciso que se concrete mínimamente respecto de qué otro trabajador no despedido fue valorado de forma arbitraria.

En este concreto supuesto, la Sala considera que no se establece un adecuado juicio comparativo por parte de la trabajadora. No hay comparaciones concretas con respecto a los trabajadores no despedidos "al objeto de determinar si eran menos polivalentes, o tenían menos experiencia, o eran menos idóneos y/o capaces que la actora y que a pesar de ello no se han incluido en el ERE". Las referencias realizadas por la trabajadora son "genéricas de las trabajadoras de la sección de plancha, frente a las de almacén, y a los trabajadores mayores de 50 años de edad", lo cual, reitera la Sala, no constituye un criterio de discriminación por razón de edad.

## **2. CUESTIONES PROCESALES**

Diferentes sentencias de la Sala de lo Social han abordado diferentes cuestiones de carácter procesal cuya importancia resultaba clave para la resolución de la cuestión de fondo en el proceso laboral. Aquí se quieren destacar las que destacan por su especial complejidad. Entre ellas, las relaciones entre la modalidad procesal individual y la colectiva siguen ocasionando interesantes dudas interpretativas, como sucede con el cómputo del plazo de caducidad de la acción individual de reclamación de cantidad en el caso de que previamente se hubiera iniciado un proceso de conflicto colectivo; o la elección de la modalidad procesal adecuada cuando se trata de reclamar diferencias salariales reconocidas en una norma colectiva. Además, otra cuestión ya clásica por su tradición y por su gran dificultad, es la que afecta al cálculo de la cuantía de la indemnización por daños morales. Esta vez no en el caso de lesión de derechos fundamentales, sino como remedio subsidiario

ante la imposibilidad de hacer efectivo el derecho económico reclamado.

## 2.1. CONFLICTO COLECTIVO Y CONFLICTO INDIVIDUAL

### 2.1.1. *Dies a quo* de la prescripción de la acción individual

#### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 14 de diciembre de 2016 (nº. rec. 2749/2016)**

En esta sentencia, la Sala desestima el recurso de suplicación resuelto por Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de A Coruña, de 30 de marzo de 2016, en reclamación de cantidad.

Las cantidades reclamadas que dieron origen a esta cuestión litigiosa se remontan al año 2010, cuando la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 3 de A Coruña, de 9 de julio de 2010 reconoció el derecho de los trabajadores a que se les habilitara un comedor de empresa, que, sin embargo, fue revocada por la posterior STSJ Galicia de 18 de marzo de 2011. No obstante, la STS de 26 de diciembre de 2011 revocó, en unificación de doctrina, la sentencia anterior y confirmó la dictada inicialmente por el Juzgado de lo Social. Posteriormente, previa solicitud de ejecución de sentencia, el 31 de julio de 2012 se concedieron 60 días para su cumplimiento, de modo que el servicio de comedor comenzó a funcionar en marzo de 2013.

Ante esta situación, los trabajadores presentaron el 24 de abril de 2013 papeleta de conciliación para reclamar las cantidades derivadas de los perjuicios económicos por no haber podido utilizar el servicio de comedor de empresa con anterioridad. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda por haber transcurrido el plazo de prescripción, cuyo *dies a quo* no fue otro que el de la firmeza de la STS de 26 de diciembre de 2011. Frente a ello, el recurrente sostiene en su recurso de suplicación que el plazo de prescripción para la reclamación de tales cantidades se habría visto interrumpido por el planteamiento de un proceso de conflicto colectivo previo.

La Sala, tras reconocer que la tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse con el mismo objeto, recuerda que, conforme al art. 59.2 ET, “desde que se dicta sentencia firme en el proceso de conflicto colectivo, la acción de condena que procede ejercitar no permanece indefinidamente imprescriptible, sino que obviamente se inicia un nuevo plazo de prescripción de un año”. Así pues, el *dies a quo* de la prescripción, indica, “coincide con la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada y ésta no pudo ejercitarse, hasta que la sentencia devino firme, la fecha de ésta y no otra, es la que determina el «dies a quo» a efectos de prescripción”.

En consecuencia, concluye la Sala, la aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado conlleva la prescripción de las cantidades reclamadas, por cuanto el 26 de diciembre de 2011 es el *dies a quo* a partir del cual se debe computar el plazo del año para pedir las cantidades resarcitorias. Dicha fecha, indica la sentencia, “condiciona la eficacia ejecutiva de la sentencia de conflicto colectivo, por cuanto es cuando adquiere firmeza la STS que declara el derecho de los actores al comedor de la empresa”. Al no haber presentado los actores la papeleta de conciliación hasta el 24 de abril de 2014 -cuando había transcurrido un año y casi cuatro meses-, dichas cantidades se hallan prescritas de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 del ET.

#### 2.1.2. Elección de la adecuada modalidad procesal

#### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 6 de junio de 2016 (nº. rec. 165/2016)**

La Sala desestima el recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº. 3 de Vigo de 14 de octubre de 2015, en la que se resolvió la demanda presentada por una trabajadora de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, con la categoría profesional de cuidadora/auxiliar, frente a dicha Consellería.

En su demanda, que fue desestimada por la sentencia de instancia, la trabajadora pretendía que se reconociese que, en el caso de los comedores de gestión privada, como los gestionados por el ANPA, la cuidadora del centro no tuviera la obligación de asistir a los menores en el horario del comedor. Frente a la sentencia desestimatoria, la trabajadora presentó recurso de suplicación, que fue nuevamente desestimado por la presente sentencia.

Para la Sala, existe una clara inadecuación de procedimiento en la impugnación individual de una cuestión que, por su naturaleza, debiera haber sido objeto de una demanda de conflicto colectivo. En consecuencia, como es claro, la actora carece de legitimación activa para la presentación de esta cuestión (arts. 17.2 y 154 LRJS). Y esta decisión, de acuerdo con las reflexiones de la Sala, se fundamenta en dos motivos principales:

En primer lugar, porque no solicita de forma expresa, pero tampoco tácitamente un reconocimiento de derecho a nivel puramente individual. Así, en palabras de la Sala, "lo que tendría que haber pedido es que se reconozca que mientras está en el colegio en el que está destinada y se den las circunstancias que considera que le eximen (no que dejan de formar parte de sus obligaciones) de realizar esa concreta función, no tiene por qué hacerlas.

Y, en segundo lugar, la trabajadora "tendría que haber acreditado la concurrencia de esas concretas circunstancias que le eximen y no lo hace", dado que la pretensión planteada no es individual, sino colectiva.

La Sala advierte expresamente que el recurso se desestima en atención a estos motivos expuestos, "no por las razones que da la sentencia de instancia", según la cual las cuidadoras /auxiliares tienen que atender a los menores con necesidades especiales en el comedor escolar, con independencia de a quién le corresponda la gestión.

## 2.2. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 de julio de 2016 (nº. rec. 495/2016)**

La Sala estima parcialmente el recurso de suplicación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de Ferrol, de 29 de septiembre de 2015, frente a la Consellería de Trabajo e Benestar por tres de sus trabajadores que, por realizar un número de horas de trabajo solapadas con las de descanso, no pudieron disfrutar de los descansos correspondientes. Por ello, la sentencia de instancia reconoció el derecho de los tres demandantes a disfrutar las horas de descanso por compensación del solapamiento producido entre el descanso diario y el semanal, siendo esta la opción preferida por los demandantes, o, subsidiariamente, a compensar económicamente dicho solapamiento.

De acuerdo con lo ya indicado en la STS de 14 de abril de 2014 -aunque en relación con otro colectivo de trabajadores de la empresa Alcampo- se consideró derecho a la indemnización por daños morales en caso de solapamiento entre el descanso entre jornadas y el descanso semanal, quedando acreditada la relación de causalidad entre el daño causado y la actuación empresarial. Esta sentencia es utilizada por la Sala de suplicación gallega para reconocer el derecho a la indemnización en este supuesto concreto, si bien, el segundo paso a tratar, consiste en el más complejo de determinar la cuantía indemnizatoria. En este punto, como es habitual, se emplean distintos criterios de cálculo por la parte solicitante de la indemnización y por la parte contraria. Así, los trabajadores solicitantes calculan el importe de dichas horas solapadas como si se tratase de horas extraordinarias. La Sala recuerda que ya la citada STS de 14 de abril de 2014 calificó de "poco afortunado" el empleo de este baremo, en la medida en la que esas horas no fueron extraordinarias. Esta misma calificación la extendió, también, a la posibilidad de indemnizarlas como horas ordinarias de trabajo "ya que han realizado

exactamente las horas que señala el Convenio aplicable, únicamente no se han respetado los descansos”.

Por ello, la Sala acepta el criterio indemnizatorio propuesto por la Xunta de Galicia y empleado, previamente, en otras sentencias del TSJ Galicia de 14 y 23 de octubre de 2015 y 29 de febrero de 2016. Dicho criterio consiste en establecer una indemnización a tanto alzado “como un porcentaje sobre la hora ordinaria”.

En este caso concreto, se decide actualizar el importe indemnizatorio empleado con anterioridad, que de este modo pasa de ser 4€ la hora de descanso solapado, conforme al valor del salario mínimo interprofesional de 2014, a 5€ la hora de descanso solapado, redondeando al alza el valor hora conforme al salario mínimo interprofesional de 2016. Así, como claramente afirma la Sala, la indemnización debe fijarse “en atención a la fecha de la sentencia que la determina, que es ya del año 2016” y no en función de la fecha en la que se dicta la sentencia de instancia.