

DEREITO INDIVIDUAL

NORA M^a MARTÍNEZ YÁÑEZ

Profesora Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da
Seguridade Social
Universidade de Vigo
nora@uvigo.es

Palabras clave: despedimento, extinción, alta dirección, emprego público, incapacidade permanente, incapacidade temporal

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

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

O nó gordiano do litixio resolto polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia nesta sentenza reside na cualificación dunha relación laboral como común ou especial de alta dirección. Como é ben coñecido, o propio Estatuto dos traballadores abre a porta á existencia de relacións laborais que, a causa das súas especialidades, non han de rexerse pola norma estatutaria, senón por outras normas creadas *ad hoc* para regulalas. Deste xeito xorden as relacións laborais especiais, entre as que se encontra a do persoal de alta dirección. Neste caso, o acusado grao de autonomía do que dispón o alto directivo e a característica relación de confianza entre empregado e empregador son as notas que xustifican a aplicación dun réxime propio, contido no Real

decreto 1382/1985, do 1 de agosto, que regula a relación laboral de carácter especial do persoal de alta dirección. A dependencia organizativa que esixe toda relación laboral subsiste, pero na súa mínima expresión, porque o alto directivo só está sometido ás ordes -quizais sequera indicacións-, do empresario, constituíndo o seu *alter ego* ou o seu brazo executor no goberno e dirección da empresa. Por estas razóns os principios reitores desta relación laboral son moi diferentes aos que se aplican no resto das relacións laborais. A autonomía individual na determinación das condicións de traballo adquire un papel preponderante e a norma laboral aplicable resulta menos tuitiva, entre outras cousas, porque se presupón que o desequilibrio secular na negociación do contrato de traballo non existe neste contexto, no que a oferta se axusta en maior medida á demanda de emprego.

Un dos ámbitos onde se aprecia de xeito máis claro a especialidade desta relación laboral é o da súa extinción. Aínda que o Real decreto 1382/1985 se refire ao despedimento disciplinario -que adquire unha relevancia especial á vista das responsabilidades asumidas polo alto directivo e dos seus redobrados deberes de boa fe contractual-, así como ao resto das causas extintivas previstas no Estatuto dos traballadores, as vías de extinción que adquiren maior relevo nesta relación son a dimisión do traballador e a desistencia do empresario, que confirman unha vez máis a importancia da autonomía individual tamén no último momento da relación laboral. De feito, é particularmente significativo que o ordenamento admita nesta relación laboral especial unha modalidade de despedimento *ad nutum*, sen razóns explícitas nin previstas legalmente, que é a desistencia empresarial. En efecto, o empresario pode decidir libremente a extinción da relación laboral en calquera momento, sen necesidade de cumprir ningún tipo de requisito causal, aínda que si certos requisitos formais, como son a forma escrita e o preaviso. En tal caso, deberá pagar a indemnización que se pactase

no contrato ou, no seu defecto, a que figura no artigo 11.1 do Real decreto 1382/1985, que ascende a sete días do salario en metálico por ano de servizo co límite de seis mensualidades.

Precisamente a sentenza que se comenta agora céntrase na cualificación e nos efectos da extinción da relación laboral cuestionada. E é que, se se conclúe que se trataba dunha relación laboral especial de alta dirección, a extinción sería unha desistencia empresarial lexítima, en canto expresamente contemplada na lei. Pero, se pola contra se considera que se trataba dunha relación laboral común, a extinción por vontade unilateral do empresario sen expresión de causa ningunha equivalería a un despedimento improcedente, ao ser o despedimento libre ou despedimento *ad nutum* unha figura proscriba no ordenamento laboral común. Para examinar o razoamento que leva a cabo a Sala galega na resolución deste asunto é preciso realizar unha breve descrición dos feitos litixiosos.

O punto de partida é a contratación da demandante como xerente de Información e Comunicación Local, SA - INCOLSA-, unha sociedade mercantil participada polo Concello de Santiago de Compostela, cuxo obxecto social é a explotación e xestión dos intereses e dereitos municipais en materia de comunicación e proxección pública, a xestión dos medios de comunicación do concello, así como a prestación de servizos de información e comunicación en xeral. O contrato laboral subscrito por ambas as dúas partes establecía expresamente que se trataba dunha relación laboral especial de alta dirección, aspecto que ningunha das partes discutiu mentres durou a prestación de servizos.

É preciso facer un inciso nesta descrición dos feitos para destacar unha particularidade deste suposto que provén da natureza do empregador, que non é nin un empresario privado nin unha Administración pública en sentido estrito, senón unha sociedade mercantil participada por unha

Administración pública. Neste sentido, hai que recordar que o artigo 13.4 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, do Estatuto básico do empregado público, permite que se celebren contratos de traballo de alta dirección no ámbito do sector público. Aínda que a norma que ha de rexer esta relación laboral é tamén o Real decreto 1382/1985, o réxime xurídico da alta dirección na Administración pública adáptase a este particular contexto mediante a aplicación de normas propias deste sector, como o Real decreto 451/2012, de 5 marzo, que regula o réxime retributivo dos máximos responsables e directivos no sector público empresarial e outras entidades. Agora ben, o caso que se está a examinar non queda baixo o ámbito de aplicación do Estatuto básico do empregado público, pois a contratación non a realiza directamente a Administración local, como esixe o artigo 2 da devandita norma legal. Por conseguinte, só son aplicables algúns principios do emprego público relativos aos deberes e código de conduta dos empregados públicos, así como ao acceso ao emprego, a teor do disposto na Disposición Adicional primeira do Estatuto básico do empregado público.

Concluindo este inciso e volvendo ao relato fáctico do litixio, só cabe engadir que, transcorridos máis de seis anos dende o inicio da relación laboral, INCOLSA notificou por escrito á demandante a extinción daquela, con efectos aos tres meses da comunicación.

Esta decisión foi impugnada pola demandante, que obtivo na instancia unha sentenza favorable aos seus intereses, pois declaraba a improcedencia do despedimento realizado. A sentenza sustentaba a súa conclusión en que a relación laboral existente entre ambas as dúas partes non era unha relación especial de alta dirección, polo que non cabía a desistencia realizada pola empregadora, de modo que a abrupta ruptura da relación laboral só podía ser cualificada como despedimento improcedente. Fronte ao devandito pronunciamento alzouse a demandada interpoñendo recurso

de suplicación no que solicitaba o recoñecemento da relación laboral como especial de alta dirección e a conseguinte cualificación da extinción como desistencia empresarial.

O aspecto material do litixio, é dicir, se a relación laboral é común ou especial e, en consecuencia, como teña que cualificarse a extinción, abórdase no fundamento xurídico terceiro. Seguindo a xurisprudencia do Tribunal Supremo e a propia doutrina ditada en suplicación, a Sala describe os requisitos que debe reunir unha relación laboral para poder ser considerada especial de alta dirección. En primeiro lugar, é preciso que concorra un elemento funcional manifestado en que o traballador exercite poderes inherentes á titularidade xurídica da empresa, que polo xeral implican o recoñecemento da capacidade para levar a cabo actos xurídicos no seu nome e obrígala fronte a terceiros. En segundo lugar, debe estar presente un elemento obxectivo, relativo á amplitude e extensión de tales poderes, atinentes aos obxectivos xerais da empresa, e non só aos dunha área en particular. E por último un elemento xerárquico que ha de implicar que o alto directivo dispón de autonomía para levar a cabo as súas funcións e plena responsabilidade, só limitadas polas instrucións directas dos que ostenten orixinariamente a titularidade da organización. A Sala aproveita ademais para rebater un dos argumentos do recorrente, que invocaba a doutrina dos actos propios para sostener que as partes do contrato de traballo acordaran pacificamente, que a relación laboral era de alta dirección. Fronte a iso, a Sala recorda que o criterio formal non é en absoluto determinante, pois o contrato de traballo non é o que as partes din, senón o que realmente é; dito noutras palabras, é irrelevante o nome xurídico que as partes quixesen dar á relación laboral, debendo de estarse á súa natureza e contido.

Pois ben, unha vez identificados os elementos distintivos da relación laboral especial de alta dirección, só resta observar

se están presentes no suposto litixioso. E a análise levada a cabo pola Sala mostra que faltan completamente os tres elementos. Para empezar, as funcións realizadas pola demandante son instrumentais ou executivas, é dicir, en ningún modo son funcións estratéxicas ou directivas, de maneira que a súa realización non compromete a boa marcha da empresa e non se pode considerar que a traballadora exercitase poderes inherentes á titularidade da empresa. De feito, as facultades directivas foron exercitadas directamente pola Presidencia do Consello de Administración, tanto de forma exclusiva, coma conxuntamente coa traballadora. Iso implica, ademais, que a traballadora tampouco levaba a cabo as súas funcións e facultades con autonomía, cinguida exclusivamente ás directrices do empresario, senón que o facía de forma conxunta co Consello de Administración ou coa persoa que ostentaba a Presidencia deste. En conclusión, as actividades da demandante limitáronse á xefatura de servizos técnicos e administrativos, o cal, se ben implica un alto grao de responsabilidade, non é suficiente como para apreciar a concorrencia dos requisitos que conforman a relación laboral especial de alta dirección. Tal e como advirte acertadamente o Tribunal, "non cabe confundir o exercicio de determinadas funcións directivas co exercicio de Alta Dirección".

Á observación destas circunstancias a Sala engade outros elementos que apoian a súa conclusión, e que son en definitiva o exercicio por parte da demandante de dereitos laborais que teñen difícil encaixe na relación laboral de alta dirección, debido ao alto grao de compromiso que a caracteriza. Así, menciónase a substitución da traballadora durante unha baixa por incapacidade temporal por distintos traballadores técnicos ou unha concelleira, o desfrute dunha redución de xornada por coidado de fillo ou a solicitude de días libres, vacacións e a asistencia a actividades de formación.

Por último, resulta particularmente interesante unha reflexión que fai o Tribunal en torno á incidencia do contrato de alta dirección no sector público, aínda que, como xa se dixo, o suposto examinado non entra en sentido estrito nesta categoría. E é que, posto que o concepto de relación laboral especial de alta dirección é único e debe aplicarse tamén ao persoal laboral ao servizo das Administracións Públicas ou Entes Públicos, se estas en virtude das normas de Dereito Administrativo non poden delegar poderes inherentes á esfera de competencia propia dos Órganos administrativos superiores, entón haberá que concluír que o contrato de alta dirección non ten cabida neses supostos. E iso porque as especialidades do sector público en ningún caso poden dispensar a concorrencia dalgún dos requisitos que delimitan a alta dirección, permitindo que se outorgue esta cualificación a traballos que non cumpren as esixencias fixadas pola lei e que a xurisprudencia se ocupou de delimitar.

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

A sentenza que vai examinarse aborda un de tantos problemas que se derivan da instauración en España dun réxime de emprego público dual, no que o persoal que presta servizos para a Administración pública pode facelo ben en réxime administrativo -funcionarial ou estatutario-, ben en réxime laboral. A aplicación de dúas ramas do ordenamento xurídico con principios e obxectivos ben diferentes, aínda que unificadas baixo o paraugas común do Estatuto básico do empregado público, non deixa de xerar friccións e paradoxos que os órganos xudiciais se ven obrigados a sortear do xeito máis coherente posible.

Os feitos que fundamentan o litixio resúmense do seguinte xeito. A demandante comezou a prestar servizos para a

Xunta de Galicia en 1990, coa condición de persoal laboral fixo, desempeñando dende entón as funcións de psicóloga no Xulgado de Menores de Lugo. O 4 de novembro de 2015 foi declarada en situación de incapacidade permanente absoluta para a súa profesión habitual. Nove días despois recibiu unha comunicación da Xunta de Galicia que lle notificaba a extinción da súa relación laboral, dado que non se prevía que a situación de incapacidade permanente fose a ser obxecto de revisión por melloría. A traballadora interpuxo demanda por despedimento improcedente que foi estimada na instancia, sendo condenada a Xunta de Galicia a revogar a resolución extintiva e acordar no seu lugar a suspensión da relación laboral con reserva do posto de traballo durante dous anos, a contar dende a data da resolución que declarou a incapacidade permanente. A sentenza é recorrida en suplicación pola Consellería de Facenda.

Para a correcta comprensión do suposto, hai que recordar que se ben a incapacidade temporal é causa de suspensión do contrato de traballo, coa correspondente reserva do posto de traballo (art.º 45.1.c) ET), a incapacidade permanente nos seus graos de total ou absoluta é causa de extinción da relación laboral (art.º 49.1.e) ET). O fundamento desta causa extintiva reside na perda da capacidade física ou intelectual necesaria para a realización do traballo, que polo tanto impide a continuidade da relación laboral (art.º 193 LXSS). Non obstante, é preciso non confundir esta causa de extinción con outras situacións similares, como a ineptitude no traballo, que pode dar lugar a un despedimento obxectivo, ou a diminución voluntaria do rendemento, con base na que cabe proceder ao despedimento disciplinario. No caso da incapacidade permanente, a resolución administrativa que recoñece esta situación, así como o dereito do traballador a cobrar a correspondente pensión do sistema público de Seguridade Social, é a que opera como causa extintiva, de modo que

tecnicamente non se produce un despedimento, senón unha extinción da relación laboral por unha causa obxectiva.

Aínda que, como o seu propio nome indica, a incapacidade permanente se configura como unha situación definitiva, o ordenamento xurídico non exclúe a posibilidade de melloría que permita ao traballador volver á actividade laboral. De feito, a propia resolución administrativa que declare a incapacidade permanente pode excluír o efecto extintivo e substituílo pola suspensión do contrato de traballo (art.º 48.2 ET, art.º 200.2 LXSS e art.º 7 RD 1300/1995). Agora ben, para que isto suceda, é preciso que a resolución administrativa o contemple expresamente á vista dunha previsible melloría do afectado que faga posible a súa reincorporación ao posto de traballo. Ademais, a reserva do posto de traballo non é indefinida, senón que queda acoutada temporalmente aos dous anos seguintes á data da resolución que declara a incapacidade permanente.

A situación é moi distinta para os que prestan servizos para a Administración pública ostentando a condición de funcionario. En termos xerais, no ámbito da función pública a incapacidade permanente nunca foi causa de perda da condición funcional, aínda que si se extingue a relación do servizo, pasando o funcionario á situación de xubilación (artigo 28.2.c do Real decreto legislativo 670/1987, do 30 de abril, polo que se aproba o texto refundido de lei de clases pasivas).

No litixio que resolve o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a demandante invoca a Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia para ilustrar as diferenzas que existen entre o réxime laboral e o funcional, e solicitar a aplicación dalgúns aspectos deste último que resultan máis favorables. O artigo 68.1.c) deste texto legal recoñece que os funcionarios accederán á xubilación pola declaración de incapacidade permanente para o exercicio das funcións propias do seu corpo ou escala, ou polo

recoñecemento dunha pensión de incapacidade permanente absoluta ou de incapacidade permanente total en relación co exercicio das funcións do seu corpo ou escala. Pero resulta de maior interese o artigo 69, que considera a automática rehabilitación da condición de persoal funcionario cando o afectado acredite documentalmente a desaparición da causa que motivou a incapacidade permanente. Ademais, se tal solicitude se presenta antes de que transcorran dous anos dende a xubilación por incapacidade permanente, o funcionario reincorporarase ao último posto de traballo que ocupase con carácter definitivo, o cal lle quedará reservado durante ese período de tempo, por se se producise tal eventualidade.

A Sala galega estima o recurso de suplicación interposto pola Xunta de Galicia, revogando a sentenza da instancia, que cualificaba a extinción como un despedimento improcedente.

O fallo baséase en dous bloques de consideracións. En primeiro lugar, analízase a resolución que recoñece a incapacidade permanente da demandante, constatándose, tal e como sostíña a Xunta, que se trata dunha declaración "ordinaria", na que simplemente se indica a data a partir da cal poderá ter lugar a revisión por agravación ou melloría do estado. Non se trata, polo tanto, do que o Tribunal Supremo denominou declaración "especial", referíndose a aquelas que, ditadas ao abeiro do artigo 48.2 ET, comportan a suspensión da relación laboral e a reserva do mesmo posto de traballo durante dous anos, facéndose constar expresamente que a situación do traballador previsiblemente sexa obxecto dunha revisión por melloría que permitirá a súa reincorporación ao posto de traballo. En consecuencia, admítase o carácter extintivo da resolución que recoñece a incapacidade da demandante.

En segundo lugar, o Tribunal examina a pretensión da demandante de que se declare o seu dereito á rehabilitación

da relación laboral en calquera momento se houbera revisión por melloría, con reserva do posto durante dous anos. É dicir, o que solicita a demandante é que se lle aplique o artigo 69 da Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia, que, como se viu, se refire unicamente ao persoal funcionario e non ao laboral. En apoio da súa pretensión argumenta que para o acceso ao seu posto de traballo cumpriu os mesmos requisitos que se esixen aos funcionarios, engadindo ademais que a diferenza de trato non está xustificada e que, polo tanto, entraña unha discriminación.

A Sala rexeita esta pretensión argumentando que aínda que os principios que rexen o acceso ao emprego público son os mesmos tanto para o persoal funcionario, coma para o persoal laboral estable, a natureza do vínculo que conforma ambas as dúas relacións de servizo é distinta e dela se derivan distintos dereitos e deberes. Ademais, combate a tacha de discriminación con base na xurisprudencia do Tribunal Constitucional que subliña que o principio de igualdade non implica en todos os casos un tratamento legal igual, con abstracción de calquera elemento diferenciador que teña relevancia xurídica, de modo que non toda desigualdade de trato normativo supón unha infracción do mandato contido no art.º 14 CE. Esta consideración queda acoutada a aquelas disposicións que introduzan unha diferenza entre situacións que poidan considerarse iguais, sen que exista unha xustificación obxectiva e razoable para iso. Concretamente, polo que se refire ao emprego público, o Tribunal Constitucional recoñeceu que o lexislador conta cunha ampla marxe de discrecionalidade á hora de configurar o *status* do persoal que presta os seus servizos nas Administracións públicas, e que a distinta natureza do vínculo pode xustificar o distinto tratamento de situacións similares pero non idénticas.

Por outra parte, a Sala galega conclúe cunha referencia á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea,

que se ben fallou recentemente en varias ocasións a favor da unificación do réxime aplicable aos funcionarios de carreira e aos funcionarios interinos, non se opuxo ás diferenzas que proveñen da natureza administrativa ou laboral da relación de servizo, considerando, que en termos xerais non se opoñen ao principio de igualdade e non discriminación.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 17 febreiro de 2017 (n.º rec. 4341/2016)

Neste pronunciamento a Sala desestima o recurso de suplicación interposto pola traballadora contra a sentenza de instancia, que desestimou a demanda en materia de despedimento interposta contra a entidade Atento Teleservicios España, SA.

Os feitos que deron lugar a este litixio poden describirse de forma sucinta do seguinte xeito. A traballadora, que prestaba servizos para a empresa indicada dende o ano 2004, recibiu o 1 de abril de 2016 carta de despedimento, baseado en causas obxectivas. Concretamente, a causa do despedimento era o absentismo, se ben xustificado, ao que fai referencia o artigo 52.d) do Estatuto dos traballadores.

Cabe recordar, pois, que o artigo 52.d) ET contempla tradicionalmente como causa extintiva as faltas de asistencia ao traballo, aínda xustificadas pero intermitentes, que causan ao empresario unha excesiva onerosidade, repercutindo de forma negativa no normal funcionamento da empresa. A reforma laboral de 2012 incidiu nesta materia eliminando a referencia ao índice de absentismo total do equipo do centro de traballo, que coa normativa anterior debía superar o 2,5% nos mesmos períodos de tempo en que se computaba o absentismo do traballador. Eliminado este criterio, na actualidade a aplicación desta

causa de despedimento depende na súa totalidade das faltas de asistencia do traballador. Agora ben, hai que ter en conta que non todas as ausencias computan a afectos de desencadear esta causa de despedimento, manténdose as exclusións anteriores á reforma laboral de 2012, de modo que o cómputo queda practicamente restrinxido ás faltas por incapacidade temporal de duración inferior a vinte días consecutivos.

En concreto, o Estatuto dos traballadores establece dúas regras para realizar o cómputo das faltas de asistencia que permiten operar esta causa de despedimento. Segundo a primeira regra, sería posible o despedimento obxectivo cando as faltas alcancen o 20% das xornadas hábiles en dous meses consecutivos, e ademais o total de faltas de asistencia nos doce meses anteriores alcance o 5% das xornadas hábiles. E de acordo coa segunda regra, tamén pode procederse ao despedimento obxectivo cando as faltas alcancen o 25% das xornadas hábiles en catro meses descontinuos dentro dun período de doce meses.

No litixio que se está a examinar, a empresa valeuse da primeira regra, pois ao seu xuízo a traballadora alcanzara unha porcentaxe do 22,86% de ausencias nas xornadas hábiles en dous meses consecutivos, e o 7,39% nos últimos doce meses. Agora ben, o obxecto do desacordo entre a demandada e a demandante xira en torno á delimitación dos períodos dentro dos que han de computarse as faltas de asistencia para saber se se alcanzan as porcentaxes indicadas pola lei.

Non é esta unha cuestión clara, xa que o artigo 52.d) ET menciona o termo "meses", pero non dá ningunha indicación acerca de como han de computarse, sen que no resto da lexislación laboral se ofrezca unha solución, xa que non se trata dun prazo procesual. As alternativas son polo menos dous: de data a data ou ben por meses naturais. Esta cuestión foi xa resolta polo Tribunal Supremo na súa

sentenza do 9 de decembro de 2010 (n.º rec. 842/10), á que se refire o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na resolución que se está a analizar. Na devandita sentenza, o Alto Tribunal optou por aplicar o art.º 5 do Código civil, que establece o cómputo de data a data, rexeitando facer o cómputo por meses naturais, pois en tal caso algúns días de ausencia ao traballo quedarían fóra do cómputo, concretamente aqueles que se producen cando a falta de asistencia ao traballo se estende entre os días finais dun mes e os primeiros do seguinte.

Agora ben, a sentenza do Supremo non solucionaba o problema formulado no litixio, xa que en realidade a cuestión debatida se cinguía a determinar cales son as dúas datas que delimitan o período de dous meses ao que se refire o artigo 52.d) ET. A demandante propón que o cómputo bimensual se leve a cabo ou ben dende a data da última baixa cara a atrás, ou ben dende a data da primeira baixa cara a adiante. En ningún destes dous supostos o número de baixas comprendido neses dous meses sería suficiente como para xerar a causa de despedimento obxectivo por absentismo. En cambio, se toma calquera período de dous meses consecutivos dentro dos doce meses anteriores ao despedimento, que é a operación que leva a cabo a empresa, si se alcanzan as porcentaxes de absentismo necesarias para proceder ao despedimento obxectivo.

A Sala galega dá a razón á empresa ao ter elixido esta forma de cómputo. Baséase na doutrina aplicada polo Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, que determina como *dies ad quem* do período anual a data de despedimento, e non as datas que dan inicio e fin ao período de dous meses dentro do que se computan as faltas. Pola contra, a teor desta doutrina, tal período de dous meses pode elixirse aleatoriamente dentro do período de referencia de doce (SSTSX Madrid do 1 de febreiro de

2016, n.º rec. 797/2015, do 10 de xuño de 2016, n.º rec. 252/2016, do 22 de abril de 2016, n.º rec. núm. 167/2016).

En todo caso, hai que deixar constancia de que esta solución non é pacífica entre os Tribunais Superiores de Xustiza, polo menos polo que se refire ás datas que delimitan o período de dous meses dentro do o cal debe darse un absentismo dun 20%. Así, tanto o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña coma o de Andalucía optaron por computar este período cara a diante, tomando como data inicial a da primeira ausencia, o cal faría posible proceder ao despedimento mesmo antes de que transcorresen por completo os dous meses se antes xa se alcanzaron as porcentaxes esixidas polo artigo 52.d) ET. A Sala andaluza argumenta que esta solución resgarda mellor a seguridade xurídica, e ademais, dado que os procesos de incapacidade temporal son alleos á vontade do traballador, esta modalidade de cómputo permitiría que este puidese representarse o posible alcance das súas ausencias en orde á estabilidade da súa relación laboral, o que, ao cabo, ofrece unha lectura da norma acorde co principio *in dubio pro operario* (Véxanse as sentenzas do TSX de Andalucía - Málaga- de 22 maio, n.º rec. 550/2014, e do TSX de Cataluña de 7 marzo, n.º rec. 6945/2015).

En fin, o asunto abordado polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia nesta sentenza é un excelente exemplo da relevancia práctica que ten a delimitación dos períodos de absentismo para os efectos do despedimento obxectivo por esta causa. Pero, ademais, mostra que a norma xurídica non ofrece solucións claras ás diversas preguntas que se formulan, polo que as opcións elixidas polos Tribunais Superiores de Xustiza non sempre son coincidentes. Así pois, a curto ou a medio prazo podería ter que pronunciarse o Tribunal Supremo en unificación de doutrina sobre algunha das cuestións formuladas.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 27 febreiro de 2017 (n.º rec. 4541/2016)

Esta sentenza versa sobre un suposto que lamentablemente se repetiu con certa frecuencia nos últimos anos como consecuencia da crise económica que sacudiu o tecido produtivo e o emprego. Trátase da concorrencia dunha petición de extinción do contrato de traballo por atrasos continuados no pagamento do salario ou non pagamentos (artigo 50 ET) e a impugnación dun despedimento por causas económicas. O patrón que adoita darse nestes supostos, e que se cumpre na sentenza que se vai examinar, pasa pola interposición por parte do traballador de demanda articulada sobre a base do artigo 50.1.b) ET á que segue a extinción da relación laboral por despedimento obxectivo ou colectivo fundado en causas económicas. Como o despedimento se produce antes de que se ditase sentenza no proceso xudicial iniciado polo traballador, tecnicamente resulta xa imposible a extinción xudicial da relación laboral pola vía do artigo 50 ET, pois esta xa non existe. Por esta razón, o traballador que intentou a resolución causal do contrato adoita impugnar a decisión empresarial de despedimento.

Hai que dicir que en moitos destes casos é a mala situación económica que atravesa a empresa a que provoca os atrasos no pagamento dos salarios ou o non pagamento destes, pero, como sinalou a xurisprudencia, iso non impide o exercicio do dereito que o artigo 50.1.b) ET concede ao traballador, xa que o ordenamento laboral pon a disposición do empresario en apuros económicos outras ferramentas para adaptarse á súa situación, como as modificacións substanciais das condicións de traballo, os descolgues do convenio colectivo, as reducións de xornada ou as suspensións do contrato de traballo por causas económicas, e finalmente o despedimento por causas económicas. Por conseguinte, a mala situación económica que poida

atravesar a empresa non atenúa a gravidade dos atrasos continuados no pagamento do salario nin xustifica a conduta incumpridora do empresario.

O relato fáctico da sentenza que agora se analiza pode resumirse do seguinte xeito. A traballadora prestaba servizos para a empresa Senla Punto, SL, dende o ano 2008. A partir de agosto de 2013 comeza a sufrir atrasos graves e continuados no pagamento das súas nóminas. A gravidade infírese non só do atraso no pagamento, que adoita ser de aproximadamente dous meses, senón do feito de que dende esa data ata o seu despedimento non cobra puntualmente nin unha soa nómina. O 22 de febreiro de 2016 celebrouse acto conciliatorio respecto de demanda de resolución de contrato rematando sen avinza. O 25 de febreiro de 2016 a traballadora presentou demanda de resolución de contrato contra a empresa. E finalmente, o 29 de febreiro de 2016 entrégase á actora carta de despedimento fundado en causas económicas, con efectos o 15 de marzo de 2016. A traballadora impugna o despedimento, de maneira que o proceso por despedimento se acumula ao pendente proceso por resolución causal do contrato de traballo, en virtude do artigo 32 da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da Xurisdición Social.

Convén recordar que o parágrafo segundo deste precepto dispón que "cando o traballador formule por separado demandas por algunha das causas previstas no artigo 50 do Texto refundido da lei do Estatuto dos traballadores e por despedimento, a demanda que se promova posteriormente acumularase á primeira de oficio ou a petición de calquera das partes, debendo debaterse todas as cuestións formuladas nun só xuízo". Segundo aclarou o Tribunal Supremo na súa sentenza do 23 de decembro de 1996 (n.º rec. 2205/96), esta disposición pretende evitar actuacións que persigan, ben por parte do traballador eludir a través do exercicio da acción resolutoria as consecuencias dun despedimento que se prevé inminente, ou ben por parte da

empresa buscar a enervación da posible acción resolutoria mediante unha rápida decisión de despedimento. Así pois, o órgano xudicial deberá debater as dúas demandas e resolvelas na mesma sentenza.

Como resultado desas operacións, no suposto que agora se está a analizar o xulgado do social competente desestimou a demanda presentada pola actora, absolvendo a empresa de todas as pretensións contidas nas demandas acumuladas. A traballadora interpón contra este pronunciamento recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Este procede a examinar separadamente as dúas accións formuladas pola traballadora. Respecto da reclamación de extinción causal do contrato de traballo, a Sala recoñece que se cumpren todos os presupostos legais para poder extinguir o contrato de traballo por esta causa. Recorda que a gravidade dos incumprimentos contractuais da empresa non queda atenuada nin polas probadas dificultades económicas da empresa, nin polo feito de que algunhas das cantidades debidas se aboasen posteriormente, pois como sinala a doutrina unificada, o devandito extremo é irrelevante xa que debe valorarse a situación de non pagamento no momento de presentación da demanda.

Polo que se refire á cualificación do despedimento, a Sala galega rexeita a petición de nulidade por quebrantamento da garantía de indemnidade formulada pola demandante, para quen o despedimento se produciu como desquite fronte á interposición da demanda de resolución causal do seu contrato de traballo. Pero o Tribunal non encontra indicios de vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva que poidan alterar a distribución da carga da proba. Neste sentido, non se ten en conta que o despedimento se producise só tres días despois da interposición da demanda de resolución do contrato de traballo, cando as dificultades económicas da empresa se remontaban polo menos a dous

anos e medio antes. Pola contra, o Tribunal céntrase no feito de que o mesmo día en que se despediu a traballadora foron despedidas dúas traballadoras que tamén interpuxeran demandas de resolución de contrato e outras tres que non exercitaran acción ningunha en tal sentido, así como a existencia probada dunha situación económica negativa grave. Ao seu parecer, estas circunstancias descartan o quebrantamento da garantía de indemnidade.

Tamén desestima a Sala a pretensión de que o despedimento sexa declarado improcedente, pois se acreditaron causas económicas sobradamente suficientes para fundar esta decisión empresarial, sen que se detectasen defectos de forma que puidesen carrexar a devandita cualificación xurídica.

Así pois, a xuízo do Tribunal, tanto a traballadora coma o empresario exercitaron correctamente os dereitos que lles confire a lexislación laboral para solicitar a extinción do contrato de traballo, por un lado, e para proceder a un despedimento por causas económicas, por outro. Agora ben, posto que dende o punto de vista fáctico, o contrato só se pode extinguir por unha das citadas razóns, o Tribunal acode ao artigo 32 LXS para poder determinar o fallo da sentenza. A teor do devandito precepto, "cando as accións exercitadas están fundadas nas mesmas causas ou nunha mesma situación de conflito, a sentenza deberá analizar conxuntamente ambas as dúas accións e as condutas subxacentes, dando resposta en primeiro lugar á acción que considere que está na base da situación de conflito e resolvendo despois a segunda, cos pronunciamentos indemnizatorios que procedan," mentres que "se as causas dunha ou outra acción son independentes, a sentenza debe dar prioridade á análise e resolución da acción que nacesse antes, atendido o feito constitutivo desta, se ben a súa estimación non impedirá o exame, e decisión se é o caso, da outra acción". En consecuencia, para determinar cal destas dúas regras se aplica, a Sala ten que dilucidar se as

causas que están na base da situación de conflito son as mesmas nas dúas accións -ou se é a mesma a propia situación de conflito-, ou, pola contra, se as causas dunha ou outra acción son independentes. Ao realizar esta operación, o Tribunal Superior de Xustiza guiáse pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, recollida en sentenzas como a do 21 setembro de 2016 (n.º rec. 221/2015), e conforme a ela, opta pola segunda alternativa, ao considerar que a falta de pagamento ou atrasos continuados no pagamento do salario aos que se refire o artigo 50 ET son situacións obxectivas que por si mesmas abundan para dar dereito a solicitar a extinción xudicial do contrato, sen entrar en maiores consideracións acerca de cal é a razón pola que o empresario incumpre a súa obriga de pagamento puntual. Polo tanto, aínda que no caso de autos, dende o punto de vista dunha "causalidade natural" puidese pensarse que ambas as dúas accións teñen a mesma base, isto é, a situación económica negativa da empresa, atendendo a unha "causalidade xurídica", as dúas accións son independentes. En conclusión, sendo a acción que naceu antes a relativa á extinción da relación laboral ex artigo 50 do Estatuto dos traballadores, é esta a que ha de ter éxito, e de conformidade con iso o Tribunal declara extinguida a relación laboral entre as partes na data en que se produciu o despedimento e condena á empresa demandada ao aboamento á demandante da indemnización equivalente á de despedimento improcedente.