

O dereito individual de traballo na recente doutrina xurisprudencial

*The individual right to work
in recent jurisprudential doctrine*



LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e doutor en Dereito

Resumo

Crónica das últimas elaboracións xudiciais do Tribunal Supremo sobre o dereito individual de traballo. En concreto, faise especial fincapé no cambio de criterio operado na configuración dalgunha das institucións máis importantes no dereito do traballo.

Palabras chave: contrato de traballo, Tribunal Supremo, xurisprudencia.

Abstract

Chronicle of the latest findings of Supreme Court about individual employment contracts. In particular, it will emphasize the change of criteria operating in configuration of some of the most important institutions of Labour Law.

Keywords: *employment contract, Supreme Court, judicial doctrine.*

1. Delimitación do tema

§1. O enunciado literal do tema é excesivamente amplo, porque a produción xurisprudencial no último ano foi inxente; só no Tribunal Supremo ditáronse máis de trescentas sentenzas relacionadas co contrato individual de traballo, e relacionadas –ademais– cunha morea de materias que farían difícil a súa clasificación e excederían as pretensións deste artigo. Iso fai necesario delimitar o seu obxecto. De entrada, o estudo das elaboracións xudiciais ha de cingirse ao que se cualifica como xenuína xurisprudencia¹, dentro da cal poden facerse tres grandes grupos²: un, o da xurisprudencia reiteradísima, ou de imposible descoñecemento, que está integrada polas resolucións que inciden en criterios xa moi consolidados; outro, o da xurisprudencia reiterada, en que se sitúan resolucións que insisten na mesma liña doutrinal, mais aínda non tan constante; e, finalmente, a xurisprudencia en formación, onde incluirei aquelas que marcaron criterio, innovando ou modificando unha orientación até este momento vixente, e supuxeron un cambio de tendencia que –previsiblemente– se manterá³. Pois ben, respectando o enunciado que se adoptou, as elaboracións han de restrinxirse exclusivamente a este grupo, isto é, ás novidades que se puidesen producir na doutrina do Tribunal Supremo sobre o dereito individual de traballo e, ademais, o período a que se restrinxirá é o último ano, que computará desde principios de outubro de 2009 até setembro de 2010. Aínda que cunha pequena matización, debido á relación que existe entre a acción procesual que se poida exercer e o propio dereito protexido, tamén incluíu algunha resolución sobre temas procesuais.

§2. Estas últimas son, en orde cronolóxica, as sentenzas do Tribunal Supremo coas seguintes datas: (1) 18/05/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 2973/09; (2) 07/05/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 3347/09; (3) 21/04/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 479/09; (4) 05/04/10, recur-

¹ Porque, conforme ao art. 1.6 do Código civil, unicamente constitúe xurisprudencia a doutrina que de modo reiterado establece o Tribunal Supremo ao interpretar e aplicar as fontes formais do dereito (a lei, o costume e os principios xerais do dereito), polo que non o son –tendo en conta o rango xerárquico– as sentenzas procedentes dun órgano xudicial distinto ao Tribunal Supremo (así, sentenzas do Tribunal Supremo de 30 de setembro de 1998, recurso de casación para a unificación da doutrina 3358/97; de 28 de maio de 1999, recurso de casación ordinaria 1140/98; e de 27 de decembro 2001, recurso de casación ordinaria 1156/01).

² Estou a empregar a clasificación terminolóxica expresada en MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2006) *Derecho del trabajo*. A Coruña, Netbiblo, 25.

³ Sería dubidosa sequera a súa cualificación como tal xurisprudencia, xa que unha soa sentenza do Tribunal Supremo non a constitúe *ex art.* 1.6 do Código civil (Sentenza do Tribunal Supremo de 26/ de setembro de 2006, recurso de casación ordinaria 165/05); non pode descoñecerse a importancia que pode ter a sentenza inicial dunha liña doutrinal, sobre todo, se foi ditada pola Sala Xeral.

so de casación ordinaria 119/09; (5) 11/03/10, recurso de casación ordinaria 135/09; (6) 09/02/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 1605/09; (7) 02/02/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 1587/09; (8) 21/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 726/09; (9) 18/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 71/09; (10) 07/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2686/08; 07/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 210/09; (12) 24/11/09, recurso de casación ordinaria 36/09; (13) 24/11/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2757/08; (14) 11/11/09, recurso de casación ordinaria 133/08; (15) 03/11/09, recurso de casación ordinaria 134/08; (16) 27/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 3672/08; (17) 27/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 3734/08; (18) 14/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 625/09; (19) 07/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2694/08; (20) 06/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2832/08; e finalmente, (21) 05/10/09, recurso de casación ordinaria 82/08.

2. Análise das sentenzas do Tribunal Supremo máis innovadoras

§3. Do exame desas resolucións, que podemos cualificar como novidosas, por canto modifican doutrina anterior ou responden a aspectos que até este momento non se formularan ou resolveran, poden extraerse as conclusións que se van expor nesta sección. Sequera quérese facer unha mención especial a dúas resolucións que, ao meu parecer, comportan cando menos un xiro brusco coa liña até este momento sostida nas correspondentes materias (é máis, nun dos casos ditárase unha sentenza anterior sobre a mesma cuestión en sentido contrario ao despois mantido).

§4. En particular, a Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de maio de 2010, relativa ao recurso de casación para a unificación da doutrina 3347/09, que ademais procede dun recurso contra unha sentenza ditada pola Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia con data de 20 de xullo de 2009, que anula. A cerna desta resolución é o exercicio dunha acción constitutiva de cesión ilegal⁴, cando no momento do xuízo oral os traballadores demandantes pasaron a depender da empresa cedente orixinaria a outra que se fixo cargo da actividade e dos traballadores mediante unha nova contrata. O Tribunal Supremo modifica a súa doutrina previa, en que se esixía –para o éxito da acción– que os traballadores ilegalmente cedidos o sigan sendo ao tempo do xuízo

⁴ Con maior extensión, véxase DE CASTRO MEJUTO, L. F. (2009) *La acción constitutiva en los procesos laborales*. A Coruña, Netbiblo, 139-141.

oral; noutras palabras, a cesión ilegal só podería pretendese «mentres subsista a cesión⁵», de modo que «concluída a cesión, non cabe o exercicio desa acción de fixeza, aínda que aquela fose ilegal⁶». Agora xa non é preciso, porén, que esa situación siga vixente no momento de ter lugar o xuízo oral, senón que abondará con que o estea no momento de se presentar a demanda, de ser admitida, baixo o argumento de que «os presupostos de actuación dos tribunais deben determinarse no momento de presentación da demanda, sendo ineficaces as modificacións que se produciren con posterioridade tanto a respecto dos feitos como da norma xurídica» sobre a base do artigo 411 da Lei de axuízamento civil (referida á perpetuación da xurisdición) e unha sentenza da Sala Primeira (02/12/09, rec. 2117/05), o que equivale a que «fixados os termos da *litis* no momento da demanda, cómpre analizar se nese momento concorren os elementos de feito que conducirían á declaración da existencia de tal cesión ilegal».

§5. É na Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de decembro de 2009, no recurso de casación para a unificación da doutrina 210/09, onde se debate unha vez máis a validez da decisión empresarial de deixar sen efecto a extinción contractual acordada⁷, cando o empresario se retracta antes do transcurso do prazo de preaviso concedido, mais cunha solución diferente á até agora adoptada. Primeiro, lémbrese a doutrina xurisprudencial⁸ que declara que o ofrecemento de readmisión levado a cabo pola empresa non restablece o contrato extinguido nin o seu rexeitamento polo traballador constitúe dimisión, tanto se a oferta se fai no trámite da conciliación extraxudicial⁹ como se ten lugar con posterioridade a esta¹⁰ e –con maior motivo– unha vez presen-

⁵ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 22 de setembro de 1977, 21 de decembro de 1977 e 11 de setembro de 1986.

⁶ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 8 de xullo de 2003, recurso de casación para a unificación da doutrina 2885/02; de 12 de febreiro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 61/07; e de 14 de setembro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 4232/08.

⁷ Sobre este particular, pode consultarse MIÑARRO YANINI, M. (2010) «La retractación del despido: un estudio a partir de su configuración jurisprudencial» *Actualidad Laboral* XII. Disponible en versión electrónica no endereço web <<http://revista-actualidadlaboral.laley.es/>>.

⁸ Así, as sentenzas do Tribunal Supremo de 3 de xullo de 2001, recurso de casación para a unificación da doutrina 3933/00; de 24 de maio de 2004, recurso de casación para a unificación da doutrina 1589/03; de 11 de decembro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 5018/06; e, a que analizaremos despois, de 7 de outubro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 2694/08.

⁹ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 3 de xullo de 2001, recurso de casación para a unificación da doutrina 3933/00; de 6 de abril de 2004, recurso de casación para a unificación da doutrina 2802/03; e de 24 de maio de 2004, recurso de casación para a unificación da doutrina 1589/03.

¹⁰ Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo de 15 de novembro de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 1252/02.

tada a demanda¹¹. Despois precisa que, ao se producir a retractación durante o prazo de preaviso, ha de permitirse mentres a prestación de servizos continúe e o contrato siga vixente, máxime cando neste caso se trata dun contrato para obra determinada e o empresario se decata de que aínda non está rematada a obra e segue a ter traballo para o operario preavisado; unha solución esta que sería aplicable agás unha probada mala fe do empregador. Especificase que «en apoio desta solución pode dicirse que o preaviso é simplemente o anuncio previo de que proximamente se vai rescindir o contrato, mais trátase só dunha advertencia que se fai por esixencia da lei para previr o outro de algo que se realizará. O contrato non se extingue, xa que logo, ese día, senón aquel en que se decide o cesamento e se liquida, conforme ao artigo 49.2 do Estatuto dos traballadores»; e, ademais, emprega un argumento adicional: «como a acción por despedimento nace na data do cesamento e antes de este se producir non empeza a correr o seu prazo de caducidade, resulta que non existe dereito a reclamar contra o cesamento antes de ser efectivo, pois até ese momento non se precisa a tutela xudicial¹²».

Esta doutrina é contraditoria coa expresada na Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de outubro de 2009 no recurso de casación para a unificación da doutrina 2694/08, isto é, dous meses anterior a aquela. Nela estúdase o suposto dunha retractación empresarial do despedimento días despois da súa comunicación ao traballador, sen que se chegase a presentar papeleta de conciliación e sen que na comunicación se fixese indicación ningunha de posibles salarios de tramitación ou alta na Seguridade Social; noutras palabras, unha retractación producida en fase preprocesual («e –até a data– ningunha sentenza deste tribunal considerou unha retractación empresarial previa ao trámite preprocesual de conciliación, como neste caso », precisa). O Tribunal Supremo, nunha longa sentenza e após lembrar a doutrina previa sobre o efecto en xeral da retractación empresarial¹³, conclúe que a eficacia extintiva e constitutiva do despedimento deter-

¹¹ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 1 de xullo de 1996, recurso de casación para a unificación da doutrina 741/96; e de 11 de decembro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 5018/06.

¹² Argumento que, en igualdade de armas, podería empregarse para o caso dunha dimisión do traballador en que cumprixe un preaviso convencional: até a data de efectividade da marcha do traballador, sempre podería retractarse (modificando a doutrina fixada, entre outras, na Sentenza do Tribunal Supremo de 26/ de abril de 1991, localizable no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 3390); aínda que quizais se contraargumentaría que a retractación do traballador dimisionario non é equivalente á do empresario despedidor (Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de outubro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 2694/08).

¹³ E precisando que a situación non é idéntica á do traballador que se retracta da dimisión, que permitiría a súa excepción no caso de se probar algunha deficiencia no consentimento (Sentenza do Tribunal Supremo de 6 de febreiro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 5479/05).

minan que o traballador non estea obrigado a aceptar aquela, malia ser anterior á constitución da relación procesual, nin que por tal rectificación o traballador se vexa privado do seu dereito á tutela xudicial, e rexeita un hipotético abuso do dereito que supón a reclamación xudicial do afectado¹⁴. Ademais, descártase a posibilidade de esa retractación empresarial ter efectividade baixo situacións singulares e con oferta de readmisión con específicas calidades, porque a directa aplicación da normativa común sobre a nulidade dos actos non resulta aplicable, xa que «atribuír eficacia vinculante á retractación empresarial [aínda mediando erro escusable e comunicación readmisoria con toda sorte de garantías para o empregado] non só sería de todo distorsionador do proceso por despedimento, senón que dificilmente satisfaría o esixible –e constitucional– dereito á tutela xudicial efectiva e non protexería os intereses do traballador nos termos que finalisticamente se derivan da regulación que sobre o proceso especial por despedimento contén a LPL». Noutras palabras, a decisión de fondo adoptada en relación co obxecto de debate é radicalmente contraria á expresada pola Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de decembro de 2009 no recurso de casación para a unificación da doutrina 210/09, antes vista.

§6. Xunto a elas sitúanse outras da mesma índole, que en orde cronolóxica son as sentenzas do Tribunal Supremo coas seguintes datas:

(1) 18/05/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 2973/09. O Tribunal Supremo formúlase as consecuencias que carrega o pagamento rateado das pagas extras¹⁵, cando o convenio preveu o seu pagamento en determinadas datas e non prohibiu tal rateo, é dicir, se, malia esa previsión, o pagamento rateado libera a empresa do deber de aboalas o día da súa axeitada remuneración. A resposta a que chega é afirmativa. Cualifícase como novidosa porque, nos casos en que o convenio colectivo prohibe expresamente o rateo o debedor non se libera¹⁶, mais non o é tanto –quizais

¹⁴ «(...) cabería formularse –este é o obxecto de debate en autos– se resulta casuisticamente factible que, en determinadas e excepcionais circunstancias, a formulación do proceso –malia a citada retractación empresarial, producida antes de presentada papeleta de conciliación– puidese cualificarse de contraria á esixible boa fe e abusivo exercicio dun dereito [conforme ás prevencións do art. 7 do CC]; ou que máis simplemente deba apreciarse falta de obxecto e de acción [a denominada «falta de causa para litigar»], malia –nun e outro caso, como precisaremos– ese abuso ou falta de obxecto unicamente poder ter transcendencia a respecto dos salarios de tramitación» (FX 2.3).

¹⁵ Sobre o particular, véxase LLOMPART BENNASSAR, M. (2007) *El salario. Concepto, estructura y cuantía*. Madrid, La Ley, 134 e ss.; ou MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. e GARCÍA MURCIA, J. (2007) *Derecho del trabajo*. Madrid, Tecnos, 596-597.

¹⁶ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 19 de setembro de 2005, recurso de casación para a unificación da doutrina 4524/04; de 7 de novembro de 2005, recurso de casación para a unificación da doutrina 4526/04; e de 8 de marzo de 2006, recurso de casación para a unificación da doutrina 958/05.

si no tocante ao argumento que emprega, porque vén lembrar a doutrina xa fixada nos anos noventa¹⁷.

(2) 21/04/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 479/09, sobre pagas extras de empregados da CRTVE. O Tribunal Supremo reitera o criterio de que se adquire o dereito a percibir as gratificacións extraordinarias día a día, aínda que o seu vencemento ten lugar en determinados meses do ano, e o seu importe debe equipararse ao salario regularmente percibido polo traballador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezan exclusións ou importes específicos¹⁸. Engade –e esta é a novidade– que as pagas extras se liquidan por sextas partes, tendo un período de remuneración semestral e en función da anualidade orzamentaria de que se tratar. Con isto modifícase a doutrina –cando menos para os traballadores da CRTVE– que fixaba un principio de proporcionalidade para a percepción das gratificacións extraordinarias en atención á prestación de servizos durante o ano completo anterior¹⁹.

(3) 05/04/10, recurso de casación ordinaria 119/09, que afecta a un suposto bastante tratado na instancia²⁰: os incrementos do IPC e a articulación do IPC real e o estimado²¹, neste caso ao se prever nun dos artigos do IV Convenio colectivo da empresa Bimbo unha cláusula de revisión que sería operativa se o «IPC real» diverxese do IPC previsto. O Tribunal Supremo considera que esa cláusula de revisión só procede aplicala cando o incremento anual do IPC sexa superior ao previsto, mais non ao revés, e rexeita que esta interpretación supoña un enriquecemento inxusto para os traballadores, porque a cláusula *rebus sic stantibus*²² unicamente resulta aplicable ás

¹⁷ Entre outras, as sentenzas do Tribunal Supremo de 26 de xuño de 1995, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 5227; de 1 de abril de 1996, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 2969; de 3 de maio de 1996, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 4372; de 20 de xuño de 1996, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 5216; de 22 de xullo de 1996, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 6379; e de 4 de outubro de 1996, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 7448.

¹⁸ Así se mantivera nas sentenzas do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 3454; de 6 de maio de 1999, recurso de casación para a unificación da doutrina 2450/98; e de 15 de febreiro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 2903/05.

¹⁹ Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 3454.

²⁰ Valla como exemplo a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 25 de xaneiro de 2010, asunto 20/09, onde –*obiter dicta*– xa se resolvía sobre unha cláusula de revisión no mesmo sentido.

²¹ En particular, pode consultarse PEDRAJAS MORENO, A. e SALA FRANCO, T. (2009) «Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica» *Actualidad Laboral* XVIII. Dispoñible en formato electrónico no enderezo web <<http://revista-actualidadlaboral.laley.es/>>.

²² Un estudo bastante completo sobre esta cláusula pode atoparse en DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003) *La cláusula «rebus sic stantibus»*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 174 e ss.

obrigas derivadas do contrato de traballo, mais nunca ás que son pactadas en convenio colectivo, como é o caso.

(4) 11/03/10, recurso de casación ordinaria 135/09. A cuestión debatida refírese ao dereito dos traballadores remudistas e titulares dun contrato de remuda de duración temporal a gozaren dunha compensación económica en concepto de indemnización de oito días de salario por ano de servizo. Conclúese que a finalización dos contratos desa natureza non están incluídos no artigo 49.c) do Estatuto dos traballadores, que exceptúa os contratos formativos e de interinidade do pagamento da indemnización da parte proporcional de oito días por ano de salario ao finalizar os contratos temporais. O Tribunal Supremo reconece este dereito, tras expor a configuración básica do contrato de remuda e o contrato de interinidade²³, e rexeita que se equiparen, xa que, malia ambos poderen ser contratos temporais, son diferentes as finalidades perseguidas por cada un deles. No contrato de interinidade trátase de preservar a continuidade doutra relación laboral en suspenso, con suspensión das que dan lugar á reserva do posto de traballo, porque o posto ocupado interinamente non é dispoñible pola empresa; mentres que no de remuda, se a persoa xubilada o fíxese con carácter total, o posto ocupado, agás negociación, sería dispoñible para a empresa e podería amortizalo. Ademais, por maior abastanza, lémbrese unha serie de mecanismos destinados especificamente á protección e o fomento do contrato de remuda, que non son compartidos polo de interinidade.

(5) 09/02/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 1605/09. Neste suposto o que se debate é a posibilidade de que a Administración pública empregadora poida trasladar os seus traballadores a un centro distinto que non esixa mudar de residencia nin comporte o cambio de categoría e/ou grupo profesional, nos mesmos supostos e condicións en que o podería efectuar un empresario privado, ou, se pola contra, é necesario que –alén– de se dítar a resolución administrativa motivada se acrediten as circunstancias invocadas para efectuar o referido cambio. O Tribunal Supremo inclínase pola primeira das opcións e, a falta de mellora legal ou convencional, a Administración pode trasladar os seus traballadores nos mesmos supostos e condicións en que podería facelo o empresario privado, sen que sexa necesario que se acrediten as circunstancias invocadas para efectuar este cambio²⁴. Emprégase como argumento adi-

²³ Sobre esta cuestión véxase, tamén, ROLDÁN MARTÍNEZ, A. (2010) «Sobre la obligación de sustituir al trabajador relevista: las fronteras entre el contrato de interinidad y el contrato de relevo» *Estudios Financieros* CCCXXVII, 135-152.

²⁴ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 25 de setembro de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 1582/01; e de 19 de decembro de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 3369/01.

cional a coñecida doutrina de que un cambio de centro na mesma localidade non entraña máis que unha modificación accidental, manifestación do poder de dirección e do *ius variandi* empresarial²⁵.

(6) 02/02/10, recurso de casación para a unificación da doutrina 1587/09. Nesta resolución dilucidase se, cando o artigo 33.2 do Estatuto dos traballadores establece a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)²⁶ polas indemnizacións fixadas en sentenza conforme aos seus artigos 50, 51 e 52, debe incluír ou non a compensación por falta de preaviso. A resposta é negativa, baixo o argumento de que do teor literal daquel precepto non pode inferirse que a garantía se estenda tamén ao preaviso litixioso, o que impide a extensión da responsabilidade do Fondo a casos que non foren os expresamente previstos. Engádesse que o artigo 53 do Estatuto dos traballadores distingue –claramente– entre a indemnización e o preaviso, a natureza do cal non se define, mais ten un carácter máis próximo ao salarial, posto que en caso de revogación da sentenza extintiva o traballador tería que devolver a indemnización, mais non a cantidade percibida por concepto de preaviso.

(7) 21/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 726/09. É esta unha sentenza sobre un tema procesual, mais que –como se adiantaba– ten tan íntima relación co dereito individual que esixe analizarse aquí. A cuestión é dilucidar se o período de suspensión para a conciliación preprocesual (artigo 65.1) ten natureza procesual ou administrativa, para os efectos do cómputo dos sábados dese período para a caducidade da acción de despedimento. A solución aplicada polo Tribunal Supremo é a mesma que a adoptada para o cálculo do prazo de caducidade desa, porque, despois de lembrar a doutrina anterior²⁷, entende que as circunstancias concorrentes son idé-

²⁵ Véxase as sentenzas do Tribunal Supremo de 19 de decembro de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 3369/01; de 18 de marzo de 2003, recurso de casación para a unificación da doutrina 1708/02; de 16 de abril de 2003, recurso de casación para a unificación da doutrina 2257/02; de 19 de abril de 2004, recurso de casación para a unificación da doutrina 1968/03; de 14 de outubro de 2004, recurso de casación para a unificación da doutrina 2464/03; de 18 de decembro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 148/06; e de 5 de decembro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 1846/07.

²⁶ Sobre a configuración xurídica e o ámbito de aplicación do Fondo, véxase MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. e GARCÍA MURCIA, J. (2007) *Derecho del trabajo*. Madrid, Tecnos, 620-625.

²⁷ Que se determinara, entre outras, nas sentenzas do Tribunal Supremo de 25 de xuño de 2005, recurso de casación para a unificación da doutrina 2062/05; de 29 e 31 de maio de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 1324/06 e 4076/05; de 12 de xuño de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 5450/05; de 28 de xullo de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 1564/06; e de 19 de setembro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 770/06.

ticas. Estes actos previos suspenden o curso da caducidade durante os prazos que os artigos 65 e 71 da Lei de procedemento laboral establecen e, ao viren establecidos en normas procesuais, teñen carácter procesual. Rexéitase o argumento de que o acto de conciliación é unha actuación administrativa regulada pola Lei de procedemento administrativo e se ve avalado pola interpretación restritiva da institución da caducidade²⁸.

(8) 18/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 71/09. Trátase dunha sentenza da Sala Xeral cun voto particular a que se adheriron catro maxistrados, e en que se utiliza en parte a argumentación que despois se verá na epígrafe (14) (sentenza relativa ao carácter transaccional do artigo 56.2 do Estatuto dos traballadores e punto con que discrepará aquel voto²⁹). Nela, fórmulase a posibilidade de que o empresario, que recoñeceu a improcedencia dun despedimento e consignou certa cantidade en concepto de indemnización e liquidación, poida optar entre a readmisión ou a indemnización para o caso de que a resolución xudicial condene a unha cantidade maior que a consignada ou se, pola contra, hai que entender que xa se optou pola indemnización e se clausurou a súa facultade de elección. Pois ben, fíxase como doutrina que o empresario segue a conservar esta opción, porque o artigo 56.2 do Estatuto dos traballadores pretende evitar o proceso mediante un acordo transaccional e, sobre todo, limitar os custos procesuais do despedimento cando existe unha decisión empresarial. Para iso, a norma anticipa a transacción sobre o despedimento e paraliza a remuneración de salarios cando o traballador teña coñecemento dun ofrecemento empresarial que proporciona unha satisfacción plena á impugnación do despedimento. Non obstante, optar pola indemnización non vincula o empresario, e non é argumentable a doutrina dos propios actos, pois a declaración non é constitutiva, senón unha oferta no marco dunha negociación orientada a evitar un preito, rexida polas regras xerais da contratación, e só é vinculante cando é aceptada e esta aceptación chega ao coñecemento do oferente, que pode retirala mentres non sexa aceptada; en todo caso, a vinculación non podería ser alén da indemnización ofrecida.

²⁸ Sobre o particular, poden verse as sentenzas de 18 de outubro de 2006, recurso de casación para a unificación da doutrina 2149/05; de 29 de outubro de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 2844/06; e de 8 de xullo de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 3726/07.

²⁹ E que modifica a doutrina establecida nas sentenzas do Tribunal Supremo de 30 de setembro de 1998, recurso de casación para a unificación da doutrina 3358/97; de 12 de maio de 2005, recurso de casación para a unificación da doutrina 484/04; e de 21 de xuño de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 967/06, que mantiñan que «a oferta legalmente esixida non ten carácter transaccional e, por iso, susceptible de ser discutida ou modalizada á baixa, senón que ten a condición de ofrecemento liberatorio dunha obriga legal» e, por tanto, faría imposible que logo se rectificase.

(9) 07/12/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2686/08; e (10) 23/10/09 recurso de casación para a unificación da doutrina 2684/08. Revísase a doutrina fixada anteriormente³⁰ e declárase a existencia de despedimento no caso dunha sucesión de contratados, cando o traballador afectado non foi subrogado directamente, senón contratado de novo con carácter temporal pola nova concesionaria. O motivo é que a nova contratación non enerva o efecto extintivo, senón que o confirma, sen que poida argumentarse que haxa continuidade da relación laboral; antes ben, concorre unha nova relación que exclúe á primeira. Isto á parte de que esa negativa a incorporar o traballador –*ex* artigo do 44 ET– é sen dúbidas unha decisión extintiva por parte de quen tiña xa a condición de empregador como consecuencia do efecto automático da sucesión de empresa.

(11) 24/11/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2757/08. Resolución procesual relativa á competencia da orde xurisdiccional social sobre as retencións a conta. Atopámonos ante unha execución de sentenza, derivada dunha sentenza firme en que se declarara a improcedencia do despedimento. A empresa optara pola indemnización e consignara para recorrer o importe bruto, que constaba no fallo daquela. O xulgado, daquela, acorda por medio de providencia pór á disposición do traballador a cantidade total consignada, mais a empresa interpón recurso de reposición, que se resolve por un auto que ordena a entrega ao traballador só do importe neto e á empresa do resto da cantidade consignada. Tal como o propio Tribunal Supremo recoñece, «convén, no entanto, precisar agora esa doutrina³¹ e rectificala en parte naqueles supostos en que o obxecto principal do proceso non é a práctica desas retencións a conta, senón que esta cuestión se formula como incidental, principalmente cando se procede á execución do resolto en sentenza firme ou en acto de conciliación xudicial. Nestes supostos debe recoñecerse a competencia desta xurisdición para resolver esa cuestión». Tres argumentos son empregados: un, a competencia para coñecer as cuestións prexudiciais; outro, que «quen consigna para recorrer non cumpre coa súa obriga de pagamento, senón que, soamente, asegura o seu cumprimento no

³⁰ É dicir, sentenzas do Tribunal Supremo de 26 de febreiro de 2003, recurso de casación para a unificación da doutrina 583/02, e de 21 de novembro de 2005, recurso de casación para a unificación da doutrina 4070/04, en que se consideraba que o cesamento do traballador con continuidade de servizos baixo outra modalidade contractual non era despedimento, porque este «esixe a extinción da relación e o conseguinte cesamento nos servizos»; abría a porta a outras accións distintas da de despedimento.

³¹ Refírese á fixada pola Sentenza do Tribunal Supremo de 25 de maio de 1992 no recurso de casación para a unificación da doutrina 855/91, e seguida por unha longa lista de resolucións. Toda esta doutrina lémbrese na Sentenza do Tribunal Supremo de 14 de setembro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 3022/08.

caso de se confirmar a sentenza que impugna (...). É ao quedar firme a sentenza cando a obriga de pagar é imperativa e o debedor se ve compelido a cumprila. Nese momento (...) deberán practicarse as retencións establecidas legal e regulamentariamente»; e, terceiro, «as sentenzas (...) deben executarse nos seus propios termos, (...) [e] a súa execución non pode facer máis gravosa a situación do executado, quen non pode ser obrigado a pagar máis que aquilo a que foi condenado. Por iso, deben practicarse as retencións legais e regulamentarias á hora de realizar o pagamento o xulgado que executa o fallo condenatorio, por canto noutro caso se beneficiaría o acreedor en prexuízo do debedor, que vería agravada a súa situación con relación ao executoriado».

(12) 24/11/09, recurso de casación ordinaria 36/09. Esta sentenza concirne ao dereito dun sindicato a contar cun delegado sindical nunha empresa³² que conta con máis de 250 traballadores e un comité de empresa conxunto nos seus sete centros de traballo (que separadamente non superan aquela cantidade de traballadores), en que ese sindicato ten seis dos trece membros. A sala entende que, á hora de determinar o dereito a contar cun delegado sindical, hai que estar ao ámbito de representación dos traballadores e debe determinarse se este é a empresa ou o centro de traballo³³. Neste asunto, ao existir para todos os centros de traballo un comité de empresa conxunto e atendida a propia representatividade do sindicato demandante, recoñéceselle a este o seu dereito a contar cun delegado sindical. Rexéitase, ademais, sen que o feito de o convenio colectivo rebaixar a esixencia do número de traballadores requiridos (de 250 a 100) en cada centro de traballo para ter dereito a contar cun delegado sindical sexa relevante para optar por un ámbito distinto do que se deriva da propia estrutura representativa existente na empresa.

(13) 11/11/09, recurso de casación ordinaria 133/08. O conflito restrínxese a determinar se a acumulación dos períodos de goce do permiso de lactación no caso de partos múltiples debe continuar facéndose «nos termos previstos na negociación colectiva» co tope que se sinalara no correspondente convenio –no caso, un de 14 días naturais

³² No tocante aos delegados sindicais, véxase, máis extenso, SALA FRANCO, T. e ALBIOL MONTESINOS, I. (2003) *Derecho sindical*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 263-284.

³³ O que parece contradicir o criterio de que o centro de traballo constitúe –art. 63.1 do ET– a regra de unidade electoral (véxanse, entre outras, as sentenzas do Tribunal Supremo de 17 de setembro de 2004, recurso de casación ordinaria 81/03; e de 2 de xuño de 2008, recurso de casación ordinaria 100/07) e a afirmación de que non cabe practicar agrupacións artificiais para alterar a circunscrición, agás nos supostos legalmente previstos (para todas, véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 31 de xaneiro de 2000, recurso de casación ordinaria 1959/00; e de 19 de marzo de 2001, recurso de casación ordinaria 2012/00).

acumulables– ou resulta aplicable o previsto no artigo 37.4 do Estatuto dos traballadores, e inclínase pola primeira opción³⁴. Dispón o Tribunal Supremo que «para establecer o alcance dese efecto da nova norma cómpre ter en conta que esta opera sobre dous termos: 1) a duración do permiso de lactación e 2) a acumulación por días das horas dispoñibles (...). A duración do permiso auméntase de forma directa polo novo precepto [artigo 37.4 do ET] cando establece que o indicado permiso se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiplo. Ora ben, ese incremento non se aplica á acumulación, que nin sequera é necesaria no esquema legal, pois o precepto limitase a indicar que “a muller, pola súa vontade” pode acumular o permiso “en xornadas completas nos termos previstos na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, respectando, no seu caso, o establecido naquela”. Desta forma, se non hai previsión convencional ou acordo co empresario, non haberá acumulación e, conforme á lei, un convenio colectivo podería establecer, tras a vixencia do novo artigo 37.4 do Estatuto dos traballadores, un tope de acumulación de 14 días, un tope cun número de días superior ou inferior, ou excluír mesmo a acumulación».

(14) 03/11/09, recurso de casación ordinaria 134/08. A cuestión suscitada consiste en determinar o convenio colectivo aplicable nun suposto de fusión por absorción, en que se conclúe que o aplicable aos novos contratos é o da empresa dominante ou adquirinte³⁵. O motivo é que a devandita figura supón a extinción da entidade absorbida, e non un simple cambio de denominación dunha mesma sociedade, que en nada podería afectar aos dereitos dos seus traballadores nin ao convenio colectivo aplicable. Antes ao contrario, nunha fusión deste tipo prodúcese a extinción da personalidade da sociedade absorbida e a absorbente adquire o patrimonio desta sociedade, aínda que tamén se ocasiona a adquisición por sucesión universal dos dereitos e obrigas da absorbida; mais só deses³⁶. Aos novos contratos de traballo, que se realizaron após a fusión por absorción, aplicaráselle o convenio da empresa absorbente, sen que sirva de argumento o disposto no artigo 44 do ET, dado que os dereitos que han de manterse concirnen aos traballadores afectados por ela, mais non aos contratados con posterioridade á devandita situación.

³⁴ Cuestión apuntada xa en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2009) «Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, del 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres» *Aranzadi Social* XIX, 47-55.

³⁵ Sobre o tema, e ao fio dos problemas derivados da eficacia retroactiva dun convenio da cedente posterior á sucesión, véxase MELLA MÉNDEZ, L. (2001) *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*. Granada, Comares, 251 e ss

³⁶ Así, as sentenzas do Tribunal Supremo (Sala I) de 9 de outubro de 2009, recurso 2625/01; de 8 de febreiro de 2007, recurso 223/00; e de 17 de maio de 1999, recurso 2752/94.

(15) 27/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 3734/08. Outra sentenza de carácter procesual, en que se analiza o acceso á suplicación³⁷, pois o Fondo de Garantía Salarial entendía que o proceso carecía de contía abonda para ser recorrido en suplicación (o «suplico» pedía o abonamento total de 1864,67 euros, que era a suma do que a empregadora satisfíxera a cada un dos catro traballadores despedidos, cuxas contías individualizadas non superaban en ningún caso os 450 euros). O Tribunal Supremo chega á conclusión de que hai que estar ao reclamado na demanda interposta, neste caso pola empresa ante o Fondo, que reclamaba o 40% da indemnización por despedimento obxectivo aboada a cada traballador afectado. Esta supoñía a suma de todas as pretensións da empresa contra todos os traballadores, da mesma forma que sucedería se un traballador demandase a empresa por diversos conceptos, mais non para o caso de que fosen distintos traballadores contra a mesma empresa³⁸.

(16) 14/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 625/09. A cuestión formulada é sinxela: «se a situación xerada ao abeiro dun convenio extraestatutario³⁹, coa atribución pola empresa e o recoñecemento á actora dunha determinada categoría profesional, debe permanecer após concluír a vixencia do devandito pacto e se, como consecuencia da aplicación do novo convenio de eficacia xeral, procede o mantemento da devandita categoría ou pola contra debe outorgarse aquela que se posuía antes da vixencia do pacto extraestatutario, tendo en conta que (...) [no novo convenio] non se establece unha nova clasificación profesional, senón que as partes negociadoras se comprometen soamente a elaborala». O Tribunal Supremo rectifica a doutrina anterior⁴⁰, que consideraba a subsistencia das condicións establecidas ao entender que «desta natureza contractual do pacto extraestatutario non cabe obter a conclusión que sostén a limitación temporal das condicións establecidas neste, como acontece no

³⁷ A respecto do recurso de suplicación e as regras de fixación da contía, véxase ESPINOSA CASARES, I. (1998) *Técnica del recurso de suplicación*. Cizur Menor, Aranzadi, 28-36.

³⁸ Neste caso, de existir varios demandantes, a contía litixiosa para os efectos da procedencia ou non do recurso determínase a reclamación cuantitativa maior (sentenzas do Tribunal Supremo de 14 de maio de 2002, recurso de casación para a unificación da doutrina 2204/01; de 20 de novembro de 2006, recurso de casación para a unificación da doutrina 4153/05; e de 3 de xullo de 2007, recurso de casación para a unificación da doutrina 2943/06).

³⁹ O concepto de qué debe entenderse por convenio colectivo extraestatutario pode obterse de ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L. M.; LÓPEZ GANDÍA, J. e SALA FRANCO, T. (2002) *Derecho del trabajo*. Tomo II. Valencia, Tirant Lo Blanch, 470-486.

⁴⁰ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 12 de decembro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 538/08; de 23 de decembro de 2008, recurso de casación para a unificación da doutrina 3199/07; de 25 de febreiro de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 1880/08; e de 20 de marzo de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 1923/08.

caso da sucesión de convenios estatutarios»; e agora considera —á parte de dubidar da validez da regulación extraestatutaria sobre unha materia de afectación xeral como é a clasificación profesional⁴¹— que «a forza contractual e natureza limitada dos convenios extraestatutarios, así como o non-nacemento dunha condición máis beneficiosa no tocante aos dereitos que sexan consecuencia dun pacto desta natureza, que expresamente prevé a súa duración temporal, sen que exista razón ningunha para mantelo despois de expirar, pois a súa aplicación durante o período de vixencia non é indicativa da vontade da empresa de conceder un beneficio que supere as esixencias das normas legais ou colectivas aplicables». Malia que tampouco se tería que ir a unha regulación tan alambicada, cando o convenio de eficacia limitada non impide que os traballadores asinantes queden vinculados polo posterior convenio de carácter estatutario, pois este abrangue dentro do seu ámbito a todos os traballadores da empresa e a todos eles resúltalles aplicable (artigo 83.1 do ET)⁴².

(17) 06/10/09, recurso de casación para a unificación da doutrina 2832/08. Aquí fíxase o modo en que deben calcularse tanto a indemnización por despedimento como os salarios de tramitación que se ten dereito a percibir⁴³, cando a empresa cesou ou pechou e concorre unha consecuenta imposibilidade de readmitir⁴⁴, de forma que se decreta directamente na propia sentenza, que declara a improcedencia do despedimento, a extinción da relación laboral existente entre as partes (*ex* artigo 284 da LPL). Pois ben, mentres a antigüidade para os efectos da indemnización polo despedimento debe abranguer desde o inicio da relación laboral até a data da sentenza en que esta se declara extinguida, a condena ao abonamento de salarios de tramitación debe limitarse aos do período comprendido desde a data do despedimento até a data de extinción da relación laboral e non, en posible aplicación do artigo 56.1 do Estatuto dos traballadores, até a data da notificación da sentenza que declara a improcedencia do despedimento, dado que na devandita data ulterior xa está extinguida a relación laboral.

⁴¹ Véxanse as sentenzas do Tribunal Supremo de 25 de xaneiro de 1999, recurso de casación para a unificación da doutrina 1584/98; e de 11 de maio de 2009, recurso de casación para a unificación da doutrina 2509/08.

⁴² Véxase a Sentenza do Tribunal Supremo de 30 de maio de 2007, recurso de casación ordinaria 167/05.

⁴³ Véxase, sobre o problema, CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (2002) «La regulación legal de los salarios de tramitación» *Actualidad Laboral* III, 743-751.

⁴⁴ Non se inclúe o caso de que fose o empresario quen despedise o traballador, porque daquela extingüese «a relación laboral na data de efectividade do despedimento, de maneira que non é lóxico soste que ese período de tempo deba computarse na antigüidade do traballador, para ningún efecto, pois neste non se prestaron realmente servizos nin existe nexo laboral entre as partes» (Sentenza do Tribunal Supremo de 21 de outubro de 2004, no *Repertorio de jurisprudencia* de Aranzadi 7029).

(18) 05/10/09, recurso de casación ordinaria 82/0, que é unha sentenza ditada pola Sala Xeral e confirma o criterio da instancia polo cal se anulou a resolución convocatoria de probas selectivas por parte da Administración do Principado de Asturias para a provisión, en quenda de promoción interna e réxime de contratación laboral por tempo indefinido, dunha serie de prazas de enfermaría, con base no incumprimento da reserva do 5% das prazas para as persoas con discapacidade. O razoamento é o seguinte: (a) o artigo 59 do EBEP (Lei 07/2007) establece esa reserva sobre o conxunto da «oferta de emprego público» e non unicamente sobre as prazas de novo ingreso; (b) ese termo («oferta de emprego público») comprende tamén as prazas de promoción interna, que van dirixidas ao persoal xa incorporado á Administración; e (c) as previsións do artigo 27 da Convención sobre os dereitos das persoas con discapacidade abundan nesa dirección. En definitiva, a obriga de reserva xeral vincula as ofertas de emprego público, que son as que teñen que precisar os termos en que cómpre concretar as reservas nas distintas convocatorias, salvo causa que o xustifique, e no suposto estudado esa obriga non se cumpriu, nin se ofreceu ningunha xustificación da exclusión.