

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: redución de xornada, traballo fixo-descontinuo, contrato de obra ou servizo determinado, contratación en fraude de lei, accidente de traballo, responsabilidade civil.

Keywords: reduction of working time, fixed-discontinuous contract, Contracts for a specific project or service, fraud of law, accident at work, civil liability.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) de 9 de outubro de 2017 (n.º rec. 2162/2017)

A igualdade efectiva entre mulleres e homes no mercado de traballo esixe como requisito indispensable o correcto exercicio dos dereitos de conciliación da vida laboral e familiar. Pero malia o recoñecemento legal de diversos dereitos deste teor, a súa execución práctica adoita encontrar dificultades cando é preciso concretar cando e como ha de exercitarse o dereito. A sentenza que se seleccionou é un exemplo patente diso, sendo neste caso a redución de xornada por garda legal o dereito afectado. Pero, ademais, a sentenza é ilustrativa dos elementos que ha de ter en conta o xuíz no seu razoamento xurídico e achega luz sobre algunhas cuestións procesuais que están pouco claras, como a posibilidade de recorrer a sentenza

ditada no proceso especial de tutela dos dereitos de conciliación da vida laboral e familiar.

Os feitos que deron lugar ao litixio poden resumirse do seguinte xeito. A traballadora prestaba servizos para a mercantil INTERCENTROS BALLE SOL, SA, dende o 13 de novembro de 2007, con categoría profesional de Terapeuta Ocupacional. Entre o 5 de xaneiro de 2014 e o 5 de xaneiro de 2016 gozou de excedencia por coidado de fillos, encontrándose con diversos problemas para a súa reincorporación xa que, a pesar de que o ET garante a reserva dun posto de traballo -este durante o primeiro ano, e un do mesmo grupo profesional superado ese prazo-, a empresa se negaba ao reingreso alegando que non existía vacante. Finalmente, resolto o problema en conciliación previa á vía xudicial, prodúcese a reincorporación da traballadora con efectos do día 6 de xaneiro de 2016 en xornada de 37 horas e media semanais, de luns a venres en horario diario de 9:30 a 13:30 horas e de 16:30 a 20:00 horas.

O 14 de decembro de 2016 a traballadora pon en coñecemento da empresa as súas circunstancias familiares: o seu marido foi destinado á India, retornando ao seu domicilio durante quince días por cada mes e medio de traballo, de modo que ela debe asumir en solitario o coidado dos seus tres fillos de 3, 5 e 7 anos de idade. Para poder facelo solicita unha reestruturación do seu horario, pasando de xornada partida a xornada continua, suxerindo como segunda alternativa unha reestruturación do horario en xornada continua con redución de xornada, e finalmente, se ningunha das anteriores opcións fose posible, solicita unha redución de xornada dentro do seu horario ordinario, de maneira que o horario reducido pasaría a ser de 9.30 ata 13:30 de luns a venres, e de 16:30 ata 18:30 luns, mércores e xoves, quedando os martes e venres sen horas de traballo pola tarde.

Nótese que a primeira opción da traballadora é a adaptación da distribución da súa xornada sen que iso afecte á duración. O dereito de adaptación da duración e distribución da xornada por razóns de conciliación da vida laboral e

familiar foi introducido no artigo 34.8 ET pola Lei orgánica 3/2007, para a igualdade efectiva de mulleres e homes. Non obstante, tal e como aclarou o Tribunal Supremo, a norma non concede un dereito subxectivo á reordenación do tempo de traballo, senón que se limita a sinalar que este dereito pode ser regulado no convenio colectivo ou nun pacto individual co empresario.

O suposto que dá lugar á sentenza que se está a analizar é un exemplo da escasa eficacia práctica deste dereito cando non se regula no convenio colectivo -regulación, por outra parte, bastante infrecuente-. A mercantil INTERCENTROS BALLE SOL, SA, non acepta a adaptación da distribución da xornada da traballadora sen maiores argumentos, e pasa a centrarse na redución de xornada, pois neste caso a traballadora si é titular dun dereito subxectivo recoñecido polo artigo 37 ET. Non obstante, o axeitado respecto ao dereito fundamental de conciliación da vida laboral e familiar fai necesaria unha explicación máis detallada das causas que impiden a adaptación, podendo formular o traballador afectado unha demanda de tutela dos seus dereitos de conciliación da vida laboral e familiar pola vía do artigo 139 LXS.

Ante a total negativa da empresa a acceder ás distintas peticións formuladas, a traballadora interpón demanda solicitando a concreción horaria da redución de xornada pola vía do artigo 139 LXS, e acumula acción de vulneración de dereitos fundamentais. O Xulgado do Social de Pontevedra desestima a acción de vulneración de dereitos fundamentais e accede á petición de concreción horaria. Finalmente, a sentenza declara o dereito da demandante a desenvolver a súa xornada laboral nas condicións que solicitara á empresa, é dicir, de 9:30 a 13:30 horas de luns a venres e de 16:30 a 18:30 os luns, mércores e xoves, condenando ademais a demandada ao aboamento da cantidade de 619,96 euros e as cantidades que se perciban ata o cumprimento da sentenza, polos prexuízos causados.

A mercantil INTERCENTROS BALLE SOL, SA, presenta recurso de suplicación ao entender que tras a modificación do artigo 37 ET en 2012, que especifica que a redución de

xornada debe ser diaria, o dereito da traballadora debe concretarse cada día do mesmo xeito. É dicir, posto que a demandante presta os seus servizos en xornada partida de mañá e de tarde, a concreción horaria ha de axustarse a eses parámetros diarios e, en consecuencia, debe reducir a súa xornada por igual todos os días da semana, sen eliminar ningunha "quenda", ben de mañá ou de tarde, como pretende.

Por outro lado, a demandante alega a inadmisibilidade do recurso con base en dous argumentos. O primeiro, que ao terse tramitado o litixio pola modalidade de tutela dos dereitos de conciliación da vida laboral e familiar, seguindo o procedemento do artigo 139 LXS, e sendo a indemnización por danos de contía inferior a 3.000 euros, a sentenza non é susceptible de recurso. O segundo argumento é a non consignación por parte da demandada das cantidades ás que resultou condenada.

Un dos aspectos máis interesantes da sentenza é o xuízo que se emite en relación co primeiro argumento sobre a inadmisibilidade do recurso. Segundo o TSX, a alegación de infracción de dereitos fundamentais abre a porta á suplicación -art.º 191.2.f LRXS en relación con arts. 178.2 e 184 LRXS- mesmo naqueles casos en que non fose apreciada na instancia e a demandante non recorrese en suplicación a devandita desestimación. Este posicionamento merece algunhas reflexións.

A modalidade procesual especial de tutela de dereitos de conciliación pretende ofrecer unha resposta rápida ás controversias sobre o exercicio dos dereitos de conciliación, que nos casos de redución de xornada adoitan centrarse na concreción horaria das franxas de redución. Por iso o proceso é urxente e preferente. Posto que o artigo 37.7 ET atribúe ao traballador o dereito a concretar o horario da redución "dentro da súa xornada ordinaria", sen maiores matices, o empresario deberá demostrar no proceso cales son as graves circunstancias organizativas polas que se opón ao exercicio do dereito de conciliación. Vistas as alegacións, probas e propostas das partes, o xuíz debe facer unha ponderación entre os dereitos en xogo -considerando

o carácter constitucional do dereito de conciliación- e indicar que proposta debe prevalecer sobre a outra. A devandita resposta pretende ser definitiva, pois non se discute a titularidade do dereito, senón o seu modo de exercicio. Polo tanto, a sentenza non é susceptible de recurso.

A limitación a esta excepción encóntrase na posibilidade de solicitar unha indemnización polos danos e prexuízos causados cuxa contía exceda de 3.000 euros. Nese caso a sentenza é susceptible de recurso, pero mesmo nestes supostos a doutrina científica debateu acerca de se o recurso pode alcanzar á forma de exercicio do dereito establecida na sentenza, ou ben cingirse unicamente á contía da indemnización.

O TSX de Galicia na sentenza que se está a comentar vén a poñer de manifesto unha vía adicional para conseguir que a sentenza sexa recorrible. Esa vía é a acumulación dunha pretensión de infracción de dereitos fundamentais, concretamente neste caso, do dereito á conciliación da vida laboral e familiar. Do indicado polo TSX dedúcese que esa acumulación permitiría ao demandante recorrer a sentenza se a pretensión é desestimada, podendo intentar así unha nova sentenza sobre o exercicio do dereito se esta non lle satisfai. Pero indo mesmo máis lonxe o TSX admite que o recurso sexa formulado polo demandado, non só se a pretensión de infracción de dereitos fundamentais é estimada, como é obvio, senón tamén se non é estimada. Neste caso, resulta claro que o demandado e agora recorrente non vai combater a devandita desestimación, como sucede no litixio que resolve a sentenza, senón que o recurso se centra na outra pretensión acollida na instancia, que é a concreción horaria do dereito de redución de xornada.

En definitiva, a sentenza mostra que a acumulación da acción de vulneración dos dereitos fundamentais na demanda de concreción horaria dunha redución de xornada pode servir de ponte cara ao recurso de suplicación se a sentenza non beneficia ao demandante. Pero este debe tamén saber que o demandado ten igualmente o mesmo acceso ao recurso de suplicación, e que polo tanto, a

concreción do exercicio do dereito pode ser moito máis lenta e custosa do que pretendía garantir o artigo 139 LXS.

En canto ao fondo do asunto, como xa se anunciou, o obxecto do litixio consistía basicamente en dirimir se o artigo 37 ET obriga a que a porcentaxe de redución de xornada pola que opta a traballadora se aplique de forma homoxénea a cada xornada diaria -que é a pretensión da empresa-, ou ben se a devandita porcentaxe pode distribuírse de forma irregular entre varios días, de modo que todos os días se reduza a xornada, aínda que non sexa na mesma proporción -que era a pretensión da traballadora. No caso examinado polo TSX esta última forma de distribución da redución permitía á traballadora deixar de traballar dúas tardes á semana, o que a empresa interpretaba como a acumulación da redución en quendas de traballo, confundindo o concepto de xornada partida co correspondente de traballo que, dende o punto de vista xurídico, nada ten que ver.

Para resolver a alternativa exposta, o TSX parte da relevancia constitucional do dereito de conciliación da vida laboral e familiar, non só pola súa vinculación coa protección da familia, establecida no artigo 39 CE, senón tamén co dereito de non discriminación por razón de sexo, pois os estereotipos sociais presentes aínda hoxe en día atribúen ás mulleres en maior medida o coidado dos membros da familia. Neste sentido, o TSX recorda a doutrina do Tribunal Constitucional a teor da cal os órganos xudiciais, cando se enfrontan a un suposto no que están en xogo os dereitos de conciliación da vida laboral e familiar, non poden situarse exclusivamente no ámbito da legalidade ordinaria, senón que han de ponderar o dereito fundamental cos outros dereitos concorrentes. Así mesmo, a dimensión constitucional de todas as medidas tendentes a facilitar a compatibilidade da vida familiar e laboral dos traballadores ha de servir de orientación para a solución de calquera dúbida interpretativa.

Paralelamente, o TSX recorda que, se ben é certo que o artigo 37 ET esixe que a redución de xornada se leve a cabo de forma "diaria" e "dentro da xornada ordinaria" do

traballador, iso non ha de supoñer necesariamente que tal redución se realice dentro do mesmo horario e distribución do tempo de traballo, ou dentro das mesmas quendas de traballo, conceptos non equivalentes co de xornada. E é que, a teor da acepción de xornada no dicionario da RAE, esta é o "tempo de duración do traballo diario", sen implicar polo tanto nin o réxime de quendas, nin o horario nin a distribución horaria.

Tendo en conta estes dous presupostos, o TSX observa que a mercantil INTERCENTROS BALLE SOL, SA, non especifica as circunstancias organizativas (p. ex. número de traballadores, modalidade ou modalidades de horario laboral vixentes, adscrición daqueles a un ou outro horario) que puidesen xustificar a súa negativa á redución de xornada solicitada. Fronte a iso, as necesidades de conciliación da traballadora están suficientemente acreditadas. A ponderación, polo tanto, debe presentar un resultado favorable cara ao exercicio do dereito da traballadora e o modelo de desfrute proposto por esta. En virtude de todo iso, o TSX desestima o recurso de suplicación e confirma a sentenza de instancia.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) de 28 de decembro de 2017 (n.º rec. 1678/2017)

As necesidades estacionais ás que teñen que facer fronte as Administracións Públicas para prestar servizos aos cidadáns seguen sendo fonte de conflitos laborais. Ben coñecidos son os casos do persoal contratado nas campañas estivais de extinción de incendios, ou dos socorristas que prestan servizos nas piscinas públicas abertas en verán, e que deron lugar a multitude de pronunciamentos. Nesta ocasión o TSX examina un suposto de contratación de persoal auxiliar da Policía Local durante as campañas de verán á que teñen que recorrer cada vez con maior frecuencia os Concellos da Comunidade Autónoma galega debido ao incremento da poboación na tempada estival. A solución ao conflito é, como se verá, a mesma que recibiron outras actividades laborais de execución estival.

Os feitos que deron lugar ao litixio son os seguintes. O actor veu prestando servizos para o Concello do Carballiño mediante distintos contratos temporais a tempo completo baixo a modalidade de obra ou servizo como Auxiliar de Policía Local. En concreto, subscribiu cinco contratos temporais de obra ou servizo determinado en cinco anos consecutivos: para a tempada de verán de 2012, sendo contratado entre xuño e outubro; para a tempada de verán de 2013, sendo contratado entre xullo e novembro; para a tempada de verán de 2014, sendo contratado entre xuño e outubro, e prorrogándose o contrato ata decembro; para a tempada de verán de 2015, sendo contratado entre xuño e setembro, prorrogándose o contrato ata novembro; e para a tempada de verán de 2016, sendo contratado entre xuño e novembro.

O día previo á extinción do último contrato temporal suscrito, o traballador solicitou ante o Concello do Carballiño o recoñecemento da condición de traballador indefinido discontinuo, ditándose resolución desestimatoria pola Alcaldía en decembro de 2016. Posteriormente, en febreiro de 2017 o traballador articula ante o Xulgado do Social do Carballiño unha acción declarativa para o recoñecemento da súa condición de indefinido non fixo en posto de fixo discontinuo. Non obstante, o Xulgado desestima a demanda por apreciar falta de acción, xa que no momento da súa interposición o traballador non prestaba servizos para o Concello, despois de transcorrer o prazo de vinte días hábiles establecido para a acción por despedimento. Contra tal pronunciamento o demandante interpón recurso de suplicación ante o TSX de Galicia, alegando a infracción do art.º 24 CE en relación á falta de acción apreciada na sentenza recorrida, así como a infracción do artigo 16 ET, en relación co disposto para os traballos fixos discontinuos. O Concello, pola súa banda, oponse ao recurso reiterando os argumentos da sentenza de instancia.

O TSX de Galicia estima o recurso de suplicación. Para iso, refírese en primeiro lugar á pretendida falta de acción do demandante. Tendo en conta que a pretensión do

demandante era o recoñecemento do carácter indefinido da relación laboral, o Tribunal repasa a xurisprudencia acerca das accións declarativas no proceso laboral, a teor da cal a validez da acción esixe dous requisitos: que haxa un conflito ou controversia xurídico que lle sirva de base, e que exista un dereito insatisfeito do actor que se pretende tutelar mediante o exercicio da acción. Como importante dato adicional, o TSX trae a colación unha sentenza do Tribunal Supremo na que se pronuncia de forma favorable sobre a existencia de acción en suposto de pretensións declarativas para o recoñecemento dunha relación laboral indefinida (non fixa) nos casos de contratos temporais para a cobertura persoal de vacante nas Administracións Públicas. Abastecido con estas argumentacións, o TSX aprecia no suposto de autos a presenza dunha controversia xurídica, así como dun interese tutelable por parte do traballador que reclama o recoñecemento do carácter indefinido da súa relación. Polo tanto, non concorre a excepción de falta de acción procesual.

En canto á apreciación de caducidade da acción de despedimento, o TSX aclara que esta acción non procedía, pois nas relacións de traballo fixo discontinuo -cuxo recoñecemento reclama o actor- o prazo de caducidade da devandita acción iníciase no momento en que se produce a falta de chamamento, e non dende que a empresa notifica a terminación do último contrato temporal.

Outra cousa sería que á finalización da última das sucesivas contratacións temporais a empregadora comunicase de modo concluínte ao traballador a finalización da relación laboral, en cuxo caso si se computaría dende tal momento o prazo de caducidade de 20 días para accionar por despedimento. Pero non consta que isto acontecese no caso de autos.

Recoñecido así o dereito do actor a formular a súa reclamación, non de despedimento, senón de declaración da relación laboral como indefinida, o TSX pasa a examinar o fondo do asunto. Para realizar o devandito exame recorre á xurisprudencia do Tribunal Supremo sobre os contratos fixos discontinuos na Administración Pública, así como á

propia doutrina da sala do social sobre este tipo de relación laboral, ditada maioritariamente en relación coas contratacións estivais para a prevención e loita contra os incendios forestais en Galicia.

Ao igual que neses supostos, a contratación de persoal auxiliar da Policía Local ao chegar a estación estival responde a unha necesidade normal e permanente do Concello demandado, coa única particularidade de que a necesidade de traballo non é continuada, senón que ten carácter intermitente ou cíclico, reiterándose no tempo por períodos limitados cuxa duración depende das circunstancias concorrentes e imprevisibles de cada campaña. Precisamente estes son os presupostos fácticos que determinan a contratación laboral baixo a modalidade de traballo fixo discontinuo, tal e como indica o artigo 16 ET. E pola contra non se aprecian os requisitos necesarios para a subscrición dun contrato de obra ou servizo determinado, isto é, a necesidade de facer fronte a unha obra con autonomía e substantividade propia respecto da actividade habitual da empresa, de duración limitada no tempo. En consecuencia, o TSX estima a acción do recorrente e recoñece a natureza indefinida e cíclica da relación laboral, con antigüidade dende a primeira contratación, rexeitando o seu carácter temporal.

Agora ben, posto que o empregador é neste caso a Administración Pública, é necesario facer unha serie de precisións en torno ao recoñecemento do carácter indefinido da relación laboral. Como é ben sabido, o acceso ao emprego público debe respectar os principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade aos que se refire o artigo 103.3 CE. Obviamente, cando un individuo accede a un posto de traballo ao servizo da Administración pública en virtude dunha sentenza xudicial que recoñece esa relación laboral, como sucede neste caso, o acceso non se produce en condicións de igual mérito e capacidade. De aí que fai xa case dúas décadas o Tribunal Supremo tivese que acuñar a figura do traballador indefinido non fixo de cadro de persoal para resolver este grave problema de encaixe entre as

normas de contratación laboral e os principios reitores do acceso ao emprego público.

No litixio que agora se está a comentar, o recorrente solicitou o recoñecemento da súa condición de traballador indefinido fixo discontinuo ao servizo do Concello do Carballiño. Pero con bo criterio e co fin de respectar os principios constitucionais que rexen o acceso ao emprego público, o TSX de Galicia vese obrigado a admitir só parcialmente a súa pretensión. En efecto, o TSX indica que, dado o carácter público do empregador, non é posible declarar neste caso que o actor é fixo de cadro de persoal, pero si que ostenta a condición de "indefinido discontinuo". Recolle así o Tribunal a terminoloxía usada polo Tribunal Supremo nas sentenzas do 22 de febreiro de 2012 (rec. 2537/2011) e 14 de marzo de 2012 (rec. 2922/2011), que subliñan que o recoñecemento da relación laboral indefinida discontinua non implica a adquisición da condición de fixeza que se predica do persoal indefinido que accedeu ao seu posto de traballo superando os oportunos concursos públicos. No caso de autos, como naqueles abordados polo Tribunal Supremo, o traballador adquire a condición de indefinido non fixo en actividade fixa discontinua, o que significa que ocupará ese posto de traballo ata que sexa cuberto de forma definitiva a través da correspondente convocatoria pública na que se respecten os principios de igualdade, mérito e capacidade no acceso ao emprego público.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) do 10 de xullo de 2017 (n.º rec. 1678/2017)

Entre as sentenzas ditadas polo TSX de Galicia no segundo semestre de 2017 sobre dereitos individuais dos traballadores tamén hai varias relativas á relación laboral do persoal investigador en institucións universitarias. A litixiosidade relacionada con este tipo de contratacións é alta debido á inestabilidade das relacións laborais destes traballadores, caracterizadas pola sucesión de contratos temporais, que encobren en ocasións fraude de lei.

A regulación legal das relacións laborais nacidas ao abeiro de proxectos de investigación aliñouse claramente a favor da temporalidade do persoal técnico e investigador, facendo posible ademais a prolongación *sine die* desta precariedade laboral. Obviamente a falta de estabilidade laboral, de incentivos para a carreira profesional e o dispendio de experiencia e coñecemento que implica prescindir de persoal formado cada certo tempo redunda negativamente na calidade da investigación desenvolvida en España e nos seus resultados.

A fonte da precariedade laboral nos contratos de investigadores e técnicos de investigación comeza pola aplicación a este colectivo dunha serie de contratos -algúns indefinidos e outros temporais- previstos na Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, cos que se incrementa a batería de modalidades contractuais que poden ser utilizadas neste contexto. Pero o marco xurídico complétase coa inaplicación dalgunhas regras esenciais previstas no artigo 15 ET para combater a temporalidade abusiva.

Así, o parágrafo segundo da Disposición Adicional Décimo Quinta do ET dispón que o límite máximo de duración do contrato de obra ou servizo determinado previsto no artigo 15.1.a) ET non se aplica ás modalidades particulares de contrato de traballo contempladas na Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, ou a aqueles outros contratos de obra contemplados en calquera outras normas con rango de lei cando estean vinculados a un proxecto específico de investigación ou de investimento de duración superior a tres anos. E o parágrafo terceiro da devandita Disposición exclúe a regra de encadeamento de contratos temporais no marco das modalidades particulares de contrato de traballo consideradas na Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, ou en calquera outras normas con rango de lei.

Queda aberta así a porta á temporalidade prolongada no ámbito da investigación. Pero, aínda que a marxe que resta á contratación en fraude de lei é moi reducida, iso non

exclúe que poidan darse situacións dese teor, como mostra a sentenza que agora se comenta.

En efecto, o suposto de feito descrito na sentenza do TSX de Galicia do 10 de xullo de 2017 é ilustrativo da situación laboral na que se encontra boa parte do persoal investigador e do persoal técnico de apoio necesario para o desenvolvemento de proxectos de investigación en España. Segundo consta nos feitos probados, o demandante conclúe a súa carreira universitaria de enxeñaría de montes en xullo de 2005, vinculándose xa nos meses precedentes ao Departamento de Bioloxía Vexetal da Universidade de Santiago de Compostela -campus de Lugo- mediante unha bolsa de colaboración. O 9 de novembro de 2005 subscribe coa citada universidade un contrato de obra ou servizo determinado para realizar traballos relativos a un proxecto de investigación desenvolvido polo Departamento de Botánica. A partir dese momento, e case sen solución de continuidade, o demandante subscribe diversos contratos a tempo completo coa Universidade de Santiago de Compostela para realizar labores concretos que se detallan en cada contrato, ben en relación coa execución de proxectos de investigación do Departamento de Botánica, ben en relación coas actividades investigadoras levadas a cabo polo Instituto Universitario de Biodiversidade Agraria e Desenvolvemento Rural (IBADER) de Lugo. En total, dende o 9 de novembro de 2005 ata o 31 de outubro de 2015 subscribiu oito contratos de obra ou servizo determinado e un contrato en prácticas para persoal investigador en formación coa Universidade de Santiago de Compostela.

Durante ese tempo o demandante completou a súa formación cun Máster, estudos de doutorado e a obtención do título de Técnico en Prevención de Riscos Laborais de Nivel Superior coa especialidade de seguridade no traballo. O perfil altamente cualificado do demandante contrasta, polo tanto, coa súa precaria situación laboral, algo común por desgracia no panorama da investigación universitaria en España.

Ante a prolongada sucesión de contratos temporais, o 30 de xullo de 2015 o traballador presentou ante a Universidade

de Santiago de Compostela reclamación administrativa previa á vía xudicial interesando o recoñecemento da súa condición de traballador indefinido dende o 01/01/2005, así como o seu dereito a ser retribuído conforme ao convenio colectivo da citada universidade e, como consecuencia, o aboamento de determinadas diferenzas salariais. Tras a desestimación da reclamación previa, o traballador interpuxo o 23 de setembro de 2015 demanda contra a universidade. Non obstante, o 16 de outubro dese mesmo ano o demandante recibiu por correo certificado con notificación de recibo comunicación escrita do 14 de outubro de 2015 remitida pola Universidade de Santiago de Compostela na que se notificaba o fin da súa relación laboral o 31 de outubro dese mesmo ano, por concluír a obra para a que fora contratado. Ante esta nova circunstancia, o 13 de novembro de 2015 o traballador presentou reclamación administrativa previa á vía xurisdiccional ante a universidade solicitando a declaración do seu cesamento laboral como constitutivo dun despedimento nulo ou, subsidiariamente, improcedente. Desestimada a reclamación previa, formula nova demanda ante a xurisdición social coa mesma petición.

A sentenza ditada na instancia desestima a petición de declaración do cesamento laboral como despedimento nulo, pero o cualifica como despedimento improcedente, por fraude na contratación, ao desenvolver o demandante diferentes actividades que non eran o obxecto dos seus contratos. En consecuencia, a Universidade de Santiago é condenada a pagar a correspondente indemnización por despedimento ou ben a readmitir o traballador co pagamento dos salarios de tramitación. A Universidade recorre en suplicación a devandita sentenza.

Na articulación do seu recurso a universidade fai referencia ás diferentes normas reguladoras do status do persoal investigador que permiten a subscrición de contratos de obra ou servizo para a execución de proxectos de investigación. Así, invoca a infracción do artigo 48.1 de ao 6/2001, do 21 de decembro, de universidades (LOU), que habilita as universidades para contratar persoal

investigador, técnico ou outro persoal, a través do contrato de traballo por obra ou servizo determinado, para o desenvolvemento de proxectos de investigación científica ou técnica. Fronte a iso o TSX contrapón a interesante doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea relativa á contratación de profesores asociados nas universidades españolas, que considera aplicable ao caso. En efecto, o TXUE adoptou unha postura moi equilibrada en relación coa aplicación da cláusula 5 da Directiva 1999/70/CE, do 28 de xuño, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, indicando que non se opón a unha normativa nacional que permite ás universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sen límite algún no que atinxe á duración máxima e ao número de prórrogas dos devanditos contratos, sempre que tales contratos estean xustificadas por unha razón obxectiva, no sentido do apartado 1, letra a), da devandita cláusula, extremo que incumbe comprobar ao xulgador. Agora ben, incumbe tamén a dito xulgador comprobar que a renovación dos sucesivos contratos laborais de duración determinada pretende realmente atender necesidades provisionais, e que non se utilizou para cubrir necesidades permanentes e duradeiras en materia de contratación de persoal docente.

A partir desta xurisprudencia, o TSX elaborou a súa propia doutrina sobre a contratación temporal prolongada do persoal investigador, que veu aplicando en diversas sentenzas ditadas dende 2010. Nelas o TSX observa se efectivamente queda acreditado que a actividade dos traballadores era eminentemente investigadora, realizando as tarefas propias de cada proxecto de investigación para os que foran contratados, de modo que a natureza de cada proxecto permita individualizar as diversas funcións desenvolvidas baixo cada contrato. Se este requisito se cumpre, a contratación temporal prolongada será lícita. Agora ben, no caso de autos o TSX de Galicia coincide co xulgador de instancia en apreciar que o labor técnico e investigador desenvolvido polo demandante ao longo dos dez anos en que presta servizos para a Universidade de Santiago de Compostela non está vinculada a cada un dos

proxectos de investigación en relación cos cales foi contratado, pois consta nos feitos probados que durante ese tempo levou a cabo outras tarefas de investigación relacionadas coa súa pertenza a un grupo de investigación que nada tiñan que ver cos proxectos para os que se lle contratara, ou que xa antes de ser contratado participaba en tales proxectos, ou que, ademais das funcións para as que foi contratado desenvolveu outras tarefas docentes ou de mantemento da páxina web do Instituto Universitario de Biodiversidade Agraria e Desenvolvemento Rural (IBADER) de Lugo. Así pois, os sucesivos contratos de obra ou servizo subscritos polo demandante simplemente se limitaban a dar cobertura a unha relación estable que existía entre o demandante e o grupo de investigación no que estaba integrado, co pretexto da participación do actor en determinados proxectos de investigación.

De nada serve a alegación da Universidade de Santiago de Compostela de que a súa participación noutras actividades foi esporádica, e que por iso non ha de ser tida en conta, pois os feitos probados demostran xustamente o contrario, segundo o xulgador de instancia e o TSX de Galicia. Por conseguinte, de todo iso despréndese a conclusión de que os sucesivos contratos de obra ou servizo determinado foron concluídos en fraude de lei.

No seu recurso a Universidade de Santiago de Compostela alega a infracción da Disposición Adicional Décimo Quinta ET, que, como xa se indicou, exclúe a aplicación da regra do artigo 15.5 ET sobre encadeamento de contratos temporais aos contratos vinculados a proxectos de investigación. Ante esta alegación, o TSX de Galicia responde que, posto que os contratos de obra foron subscritos en fraude de lei, nin se encontran amparados polo artigo 48 da LOU, nin é de aplicación o disposto na Disposición Adicional décimo quinta. Así pois, da aplicación do artigo 15.5 ET aos sucesivos contratos temporais asinados polo autor despréndese a conclusión de que a relación laboral era en realidade indefinida.

Por esta razón, o cesamento comunicado pola Universidade de Santiago de Compostela en outubro de 2015 ha de ser

considerado un despedimento que, obviamente, ao faltar causa xustificada, o TSX cualifica como improcedente, chegando así á mesma conclusión que o xulgador de instancia.

Por último, en canto á petición do demandante de percibir as diferenzas salariais resultantes da aplicación do Convenio colectivo para o persoal laboral de administración e servizos da USC, a Universidade oponse a iso argumentando que o apartado 2.b) do artigo 3 do citado convenio exclúe do seu ámbito de aplicación "ao persoal contratado con cargo a programas, proxectos, contratos de investigación, ou a estudos propios da Universidade". Non obstante, o TSX volve rexeitar o motivo de oposición da recorrente valéndose do mesmo argumento polo que aplica a regra de encadeamento de contratos temporais. Isto é, posto que os contratos foron subscritos en fraude de lei, enmascarando unha relación laboral común, non pode englobarse o actor dentro das exclusións do art.º 3 do convenio senón dentro da regra xeral de aplicación deste.

Así pois, o TSX desestima o recurso e confirma integramente a sentenza recorrida.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social, Sección 1ª) de 19 de xullo de 2017 (n.º rec. 1066/2017)

A sinistralidade laboral segue sendo un dos problemas máis graves do mercado de traballo e, polo tanto, continúa dando lugar a numerosos litixios nos que os traballadores reclaman a execución das responsabilidades empresariais. A sentenza que se comenta a continuación narra un suposto típico de accidente de traballo no que se mesturan determinados incumprimentos empresariais da normativa de prevención de riscos coa imprudencia do traballador. Á marxe das outras responsabilidades que puidesen xurdir de tal accidente, o litixio céntrase na esixencia de responsabilidade civil, debendo resolver o TSX diversos aspectos de interese, como a apreciación da conduta imprudente do traballador, a determinación da indemnización ou a aplicación de intereses á cantidade final.

En concreto, os feitos que deron lugar ao litixio poden resumirse da seguinte forma. O demandante comezou a prestar servizos para a empresa demandada VIPECA, OBRAS Y SERVICIOS, SL, o 9-6-2015, ostentando a categoría profesional de peón. Apenas catro meses despois, sufriu un accidente de traballo cando se encontraba realizando con outros compañeiros traballos de limpeza e acondicionamento nas canles do río Castrón na localidade de Bercianos de Valverde (Benavente-Zamora). O equipo de traballo estaba constituído por tres persoas: o maquinista da retroescavadora (encargado da obra e recurso preventivo), o condutor do camión e o actor, peón-forestal. Nun determinado momento este último achegouse a recoller unha rama por detrás da retroescavadora, meténdose no raio de acción desta, malia as continuas advertencias do maquinista de que non se colocase no devandito raio. A retroescavadora, que se encontraba parada nese momento, púxose en marcha e ao xirar golpeou o demandante. Como resultado do accidente, o traballador permaneceu hospitalizado durante 31 días, sendo declarado posteriormente polo INSS afecto de lesións permanentes non invalidantes, polo que percibiu a correspondente indemnización a prezo fixado. O traballador interpuxo unha demanda de responsabilidade civil derivada do accidente de traballo contra VIPECA, OBRAS Y SERVICIOS, SL, e contra a compañía aseguradora ALLIANZ, SA, con quen a primeira ten concertado un seguro de responsabilidade civil, solicitando unha indemnización de 138.082,53 euros. Non obstante, o Xulgado do Social n.º 2 de Ourense desestimou a demanda por non apreciar incumprimento por parte da empresa das súas obrigas en materia de seguridade e saúde, dando a entender que a orixe do accidente estivo na conduta do traballador, que entrou no raio de acción da retroexacavadora sabendo que iso estaba prohibido. Contra a devandita sentenza presenta o demandante recurso de suplicación ante o TSX de Galicia.

O primeiro e fundamental aspecto que se detén a examinar o TSX de Galicia é a concorrencia ou non de responsabilidade civil da empresa derivada do accidente de traballo. Como recorda o Tribunal, para que xurda esta

responsabilidade, regulada no artigo 1101 CC - responsabilidade contractual- é preciso que haxa un incumprimento por parte do empresario das súas obrigas contractuais. Nos supostos de accidentes de traballo, as devanditas obrigas son as de prevención de riscos laborais e protección da saúde enunciadas con carácter xeral na Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais e nos seus regulamentos de desenvolvemento.

Así, o Tribunal recorda que é precisa a concorrencia de tres factores: que a empresa incumprise algunha medida de seguridade, xeral ou especial, e que iso resulte cumpridamente acreditado; que medie relación de causalidade entre a infracción e o resultado danoso, o cal ha de quedar certamente probado, é dicir que non se presume; que esa culpa ou negligencia sexa apreciable á vista da dilixencia esixible a un bo empresario, segundo criterios de normalidade e razoabilidade.

Para levar a cabo a comprobación destes tres factores no caso de autos o primeiro que hai que determinar é, como xa se indicou, se a empresa incumpriu os seus deberes de seguridade. A este respecto, o TSX subliña dúas cuestións esenciais. Por unha parte, recorda a amplitude do deber xeral de seguridade, enunciado no artigo 14.2 LPRL, a teor do cal o empresario ha de adoptar cantas medidas sexan necesarias para a protección da seguridade e a saúde dos traballadores. É dicir, non abonda con adoptar as medidas ás que o empresario está obrigado por leis, regulamentos preventivos ou normas de inferior rango, como os convenios colectivos. A obriga de seguridade vai mesmo máis alá, alcanzando calquera outra medida non prevista en ningunha norma, pero necesaria para garantir a saúde dos traballadores. E, por outra parte, o TSX recorda como ha de desenvolverse a actividade probatoria nos procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais. Neste sentido, a teor do artigo 96 LXS, unha vez acreditados os danos, corresponderá aos debedores de seguridade probar a adopción das medidas necesarias para previr ou evitar o risco, así como calquera factor excluínnte ou minorador da súa responsabilidade. Así

pois, pódese dicir que os empresarios nestas circunstancias afrontan unha carga da proba sobre o seu comportamento dilixente moito máis esixente que noutros supostos.

No caso de autos, o primeiro que aprecia o TSX é a insuficiencia da actividade probatoria despregada polo empresario para evitar a súa responsabilidade. En efecto, a única alegación da empresa para demostrar o cumprimento da súa obriga de seguridade refírese ás continuas advertencias do maquinista aos traballadores para que non se colocasen no raio de acción da máquina; advertencias feitas mentres o maquinista -e á súa vez recurso preventivo- traballaba coa retroescavadora, sen ter en todo momento plena visibilidade sobre o ámbito da máquina. A xuízo do Tribunal, esas "continuas advertencias" son claramente insuficientes para garantir a seguridade dos traballadores a teor da perigosidade da actividade que se estaba a realizar. Pero, ademais, o TSX constata que non se probou que se adoptasen outras medidas de seguridade necesarias e legalmente obrigatorias, como a sinalización da zona próxima á retroescavadora á que os traballadores non debían acceder, ou a formación teórica e práctica, suficiente e axeitada, en materia preventiva do traballador accidentado -máxime tendo en conta a súa escasa experiencia na empresa e o alto risco derivado do seu traballo-.

Ademais, posto que a sentenza de instancia pon o acento na conduta do traballador como orixe do accidente, o TSX detense a examinar se existiu imprudencia, e se esta é suficiente para eximir de responsabilidade a empresa. A tal fin, o TSX recorda a xurisprudencia do Tribunal Supremo, recollida pola Sala do Social do TSX, sobre o concepto de imprudencia temeraria, que é a única capaz de romper o nexo de causalidade entre os posibles incumprimentos empresariais da normativa de prevención de riscos e o resultado danoso. Sendo o devandito tipo de imprudencia aquela na que, de forma consciente e voluntaria, se desobedecen as ordes recibidas, ou non se respectan as máis elementais normas de precaución, prudencia e cautela esixidas a toda persoa, resulta claro que no caso de autos o

actor non incorreu en imprudencia temeraria. Pola contra, unicamente se aprecia descoido ou negligencia pola súa banda, de modo que tal conduta só pode ser cualificada como imprudencia profesional. E, como indica o artigo 16.4 ET, a efectividade das medidas preventivas deberá prever as distraccións ou imprudencias non temerarias que puidese cometer o traballador. É dicir, que a imprudencia profesional non só non rompe o nexo causal entre o incumprimento empresarial e o dano, senón que mesmo o empresario está obrigado a previr e combater este tipo de imprudencias, que forman parte das situacións previsibles no ordinario desenvolvemento do traballo.

Agora ben, aínda que a responsabilidade empresarial por danos se mantén, a imprudencia profesional ten efectos sobre a contía da indemnización, pois ao estimarse que o accidente sucede en parte por culpa do empresario e en parte por culpa do traballador, ambos os dous deben facerse cargo dos danos na medida que lles corresponde. No caso de autos, o TSX entende que a culpa do accidente foi nunha proporción do 60% da empresa, e nunha proporción do 40% do traballador. Por conseguinte, a empresa só será condenada a aboar un 60% da indemnización por danos e prexuizos.

Delimitada así a responsabilidade civil do empresario, o seguinte paso consiste en calcular a contía da indemnización. Aínda que a Disposición Final 5ª LXS deu ao Goberno un prazo de seis meses dende a entrada en vigor da devandita lei para aprobar un sistema de valoración dos danos e prexuizos causados por accidentes de traballo que incluíse un baremo de indemnizacións actualizables anualmente, o devandito encargo non foi cumprido, o que resta seguridade xurídica e equidade á hora de fixar a contía das indemnizacións por accidentes de traballo. Precisamente, para combater eses efectos negativos derivados da ausencia dun baremo específico, é habitual que os órganos xudiciais se sirvan do baremo relativo á responsabilidade civil derivada de accidentes de tráfico, e así se fai no caso de autos. En realidade, o actor servírase xa do baremo de tráfico fixado en Resolución Xeral de

Seguros e Fondos de Pensións do 5 de marzo de 2014, vixente na data do accidente, para analizar os conceptos indemnizatorios na demanda, e posto que as codemandadas non se opuxeron á aplicación deste baremo, o TSX decide cingirse a el no cálculo da indemnización.

Dos conceptos indemnizatorios solicitados polo demandante, o TSX recoñece os relativos a días de hospitalización, días de baixa impeditivos, secuelas -que considera compatible coa indemnización da Seguridade Social por lesións permanentes non invalidantes, en contra do criterio das codemandadas, pois non se trata de conceptos homoxéneos e polo tanto non son compensables- e factor de corrección por prexuízos económicos. Pola contra, o TSX non recoñece o factor de corrección por incapacidade permanente, ao non se lle recoñecer ao actor unha incapacidade permanente total, senón só lesións permanentes non invalidantes.

Unha vez obtida a contía da indemnización, réstaselle o 40%, que corresponde á porcentaxe de culpa do traballador, quedando condenadas as codemandadas a responder solidariamente do pagamento dunha indemnización de 19.578,02 euros.

Por último, o actor solicitaba, para o caso de que se concedese unha indemnización, que se recoñecese a mora do asegurador no pagamento desta, conforme ao disposto no artigo 20.4 da Lei 50/1980, do 8 de outubro, do contrato de seguro, condenando en consecuencia á aseguradora ao pagamento de intereses por mora dende a data do accidente, pretensión á que se opuxo a aseguradora.

Respecto desta cuestión, o TSX fai un repaso da xurisprudencia do Tribunal supremo, que, partindo dunha postura de recoñecemento automático de tales intereses por mora unha vez constatado o atraso, evoluciona cara a unha posición moito máis matizada que examina as causas do atraso no pagamento e aprecia o seu carácter xustificado ou non para condenar o pagamento dos intereses só neste último suposto. Tendo en conta polo tanto a actual postura xurisprudencial, o TSX sostén de xeito claro que non procede o recoñecemento dos intereses do art.º 20 LCS

dende a data do sinistro, xa que non había conformidade respecto da contía da indemnización, que houbo de ser determinada no proceso xudicial. Por conseguinte, resulta xustificado o atraso no aboamento da indemnización, procedendo unicamente o pagamento dos intereses moratorios previstos nos art.º 1101 en relación co art.º 1108 do Código civil dende o día 14 de novembro de 2016, data de presentación da demanda, ata a data da sentenza ditada en suplicación. Só a partir desta última data poderían comezar a percibirse con cargo á empresa os intereses da mora procesual, regulados no art.º 576 LEC, e con cargo á aseguradora os intereses do art.º 20 LCS.