

DERECHO INDIVIDUAL

NORA M^a MARTÍNEZ YÁÑEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo
nora@uvigo.es

Palabras clave: reducción de jornada, trabajo fijo-discontinuo, contrato de obra o servicio determinado, contratación en fraude de ley, accidente de trabajo, responsabilidad 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 Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 octubre de 2017 (n.º rec. 2162/2017)

La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo exige como requisito indispensable el correcto ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Pero, pese al reconocimiento legal de diversos derechos de este tenor, su ejecución práctica suele encontrar dificultades cuando es preciso concretar cuándo y cómo ha de ejercitarse el derecho. La sentencia que se ha seleccionado es un ejemplo patente de ello, siendo en este caso la reducción de jornada por guarda legal el derecho afectado. Pero, además, la sentencia es ilustrativa de los elementos que ha de tener en cuenta el juez en su razonamiento jurídico y aporta luz sobre algunas cuestiones procesales que están poco claras, como la posibilidad de

recurrir la sentencia dictada en el proceso especial de tutela de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Los hechos que dieron lugar al litigio pueden resumirse de la siguiente manera. La trabajadora prestaba servicios para la mercantil INTERCENTROS BALLE SOL S.A. desde el 13 de noviembre de 2007, con categoría profesional de Terapeuta Ocupacional. Entre el 5 de enero de 2014 y el 5 de enero de 2016 disfrutó de excedencia por cuidado de hijos, encontrándose con diversos problemas para su reincorporación ya que, a pesar de que el ET garantiza la reserva de un puesto de trabajo –el mismo durante el primer año, y uno del mismo grupo profesional superado ese plazo-, la empresa se negaba al reingreso alegando que no existía vacante. Finalmente, resuelto el problema en conciliación previa a la vía judicial, se produce la reincorporación de la trabajadora con efectos del día 6 de enero de 2016 en jornada de 37 horas y media semanales, de lunes a viernes en horario diario de 9:30 a 13:30 horas y de 16:30 a 20:00 horas.

El 14 de diciembre de 2016 la trabajadora pone en conocimiento de la empresa sus circunstancias familiares: su marido ha sido destinado a la India, retornando a su domicilio durante quince días por cada mes y medio de trabajo, de modo que ella debe asumir en solitario el cuidado de sus tres hijos de 3, 5 y 7 años de edad. Para poder hacerlo solicita una reestructuración de su horario, pasando de jornada partida a jornada continua, sugiriendo como segunda alternativa una reestructuración del horario en jornada continua con reducción de jornada, y finalmente, si ninguna de las anteriores opciones fuese posible, solicita una reducción de jornada dentro de su horario ordinario, de manera que el horario reducido pasaría a ser de 9.30 hasta 13:30 de lunes a viernes, y de 16:30 hasta 18:30 lunes, miércoles y jueves, quedando los martes y viernes sin horas de trabajo por la tarde.

Nótese que la primera opción de la trabajadora es la adaptación de la distribución de su jornada sin que ello afecte a la duración. El derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada por razones de

conciliación de la vida laboral y familiar fue introducido en el artículo 34.8 ET por la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Sin embargo, tal y como ha aclarado el Tribunal Supremo, la norma no concede un derecho subjetivo a la reordenación del tiempo de trabajo, sino que se limita a señalar que este derecho puede ser regulado en el convenio colectivo o en un pacto individual con el empresario.

El supuesto que da lugar a la sentencia que se está analizando es un ejemplo de la escasa eficacia práctica de este derecho cuando no se regula en el convenio colectivo – regulación, por otra parte, bastante infrecuente-. La mercantil INTERCENTROS BALLE SOL S.A. no acepta la adaptación de la distribución de la jornada de la trabajadora sin mayores argumentos, y pasa a centrarse en la reducción de jornada, pues en este caso la trabajadora sí es titular de un derecho subjetivo reconocido por el artículo 37 ET. Sin embargo, el adecuado respeto al derecho fundamental de conciliación de la vida laboral y familiar hace necesaria una explicación más detallada de las causas que impiden la adaptación, pudiendo el trabajador afectado plantear una demanda de tutela de sus derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por la vía del artículo 139 LJS.

Ante la total negativa de la empresa a acceder a las distintas peticiones planteadas, la trabajadora interpone demanda solicitando la concreción horaria de la reducción de jornada por la vía del artículo 139 LJS, y acumula acción de vulneración de derechos fundamentales. El Juzgado de lo Social de Pontevedra desestima la acción de vulneración de derechos fundamentales y accede a la petición de concreción horaria. Finalmente, la sentencia declara el derecho de la demandante a desarrollar su jornada laboral en las condiciones que había solicitado a la empresa, es decir, de 9:30 a 13:30 horas de lunes a viernes y de 16:30 a 18:30 los lunes, miércoles y jueves, condenando además a la demandada al abono de la cantidad de 619,96 euros y las cantidades que se devenguen hasta el cumplimiento de la sentencia, por los perjuicios causados.

La mercantil INTERCENTROS BALLE SOL S.A. presenta recurso de suplicación al entender que tras la modificación del artículo 37 ET en 2012, que especifica que la reducción de jornada debe ser diaria, el derecho de la trabajadora debe concretarse cada día de la misma manera. Es decir, puesto que la demandante presta sus servicios en jornada partida de mañana y de tarde, la concreción horaria ha de ajustarse a esos parámetros diarios y, en consecuencia, debe reducir su jornada por igual todos los días de la semana, sin eliminar ningún "turno", bien de mañana o de tarde, como pretende.

Por otro lado, la demandante alega la inadmisibilidad del recurso con base en dos argumentos. El primero, que al haberse sustanciado el litigio por la modalidad de tutela de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, siguiendo el procedimiento del artículo 139 LJS, y siendo la indemnización por daños de cuantía inferior a 3.000 euros, la sentencia no es susceptible de recurso. El segundo argumento es la no consignación por parte de la demandada de las cantidades a las que resultó condenada.

Uno de los aspectos más interesantes de la sentencia es el juicio que se emite en relación con el primer argumento sobre la inadmisibilidad del recurso. Según el TSJ, la alegación de infracción de derechos fundamentales abre la puerta a la suplicación -art. 191.2.f LRJS en relación con arts. 178.2 y 184 LRJS- incluso en aquellos casos en que no fuera apreciada en la instancia y la demandante no recurriera en suplicación dicha desestimación. Este posicionamiento merece algunas reflexiones.

La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación pretende ofrecer una respuesta rápida a las controversias sobre el ejercicio de los derechos de conciliación, que en los casos de reducción de jornada suelen centrarse en la concreción horaria de las franjas de reducción. Por eso el proceso es urgente y preferente. Puesto que el artículo 37.7 ET atribuye al trabajador el derecho a concretar el horario de la reducción "dentro de su jornada ordinaria", sin mayores matices, el empresario deberá demostrar en el proceso cuáles son las graves

circunstancias organizativas por las que se opone al ejercicio del derecho de conciliación. Vistas las alegaciones, pruebas y propuestas de las partes, el juez debe hacer una ponderación entre los derechos en juego –considerando el carácter constitucional del derecho de conciliación- e indicar qué propuesta debe prevalecer sobre la otra. Dicha respuesta pretende ser definitiva, pues no se discute la titularidad del derecho, sino su modo de ejercicio. Por tanto, la sentencia no es susceptible de recurso.

La salvedad a esta excepción se encuentra en la posibilidad de solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados cuya cuantía exceda de 3.000 euros. En ese caso la sentencia es susceptible de recurso, pero incluso en estos supuestos la doctrina científica ha debatido acerca de si el recurso puede alcanzar a la forma de ejercicio del derecho establecida en la sentencia, o bien ceñirse únicamente a la cuantía de la indemnización.

El TSJ de Galicia en la sentencia que se está comentando viene a poner de manifiesto una vía adicional para conseguir que la sentencia sea recurrible. Esa vía es la acumulación de una pretensión de infracción de derechos fundamentales, concretamente en este caso, del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. De lo indicado por el TSJ se deduce que esa acumulación permitiría al demandante recurrir la sentencia si la pretensión es desestimada, pudiendo intentar así una nueva sentencia sobre el ejercicio del derecho si ésta no le satisface. Pero, yendo incluso más lejos, el TSJ admite que el recurso sea planteado por el demandado, no solo si la pretensión de infracción de derechos fundamentales es estimada, como es obvio, sino también si no es estimada. En este caso, resulta claro que el demandado y ahora recurrente no va a combatir dicha desestimación, como sucede en el litigio que resuelve la sentencia, sino que el recurso se centra en la otra pretensión acogida en la instancia, que es la concreción horaria del derecho de reducción de jornada.

En definitiva, la sentencia muestra que la acumulación de la acción de vulneración de los derechos fundamentales en la demanda de concreción horaria de una reducción de jornada

puede servir de puente hacia el recurso de suplicación si la sentencia no beneficia al demandante. Pero este debe también saber que el demandado tiene igualmente el mismo acceso al recurso de suplicación, y que por tanto, la concreción del ejercicio del derecho puede ser mucho más lenta y costosa de lo que pretendía garantizar el artículo 139 LJS.

En cuanto al fondo del asunto, como ya se ha anunciado, el objeto del litigio consistía básicamente en dirimir si el artículo 37 ET obliga a que el porcentaje de reducción de jornada por el que opta la trabajadora se aplique de forma homogénea a cada jornada diaria -que es la pretensión de la empresa-, o bien si dicho porcentaje puede distribuirse de forma irregular entre varios días, de modo que todos los días se reduzca la jornada, aunque no sea en la misma proporción -que era la pretensión de la trabajadora-. En el caso examinado por el TSJ esta última forma de distribución de la reducción permitía a la trabajadora dejar de trabajar dos tardes a la semana, lo que la empresa interpretaba como la acumulación de la reducción en turnos de trabajo, confundiendo el concepto de jornada partida con el de turno de trabajo que, desde el punto de vista jurídico, nada tiene que ver.

Para resolver la alternativa expuesta, el TSJ parte de la relevancia constitucional del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar, no solo por su vinculación con la protección de la familia, establecida en el artículo 39 CE, sino también con el derecho de no discriminación por razón de sexo, pues los estereotipos sociales presentes aún hoy en día atribuyen a las mujeres en mayor medida el cuidado de los miembros de la familia. En este sentido, el TSJ recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional a tenor de la cual los órganos judiciales, cuando se enfrentan a un supuesto en el que están en juego los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que han de ponderar el derecho fundamental con los otros derechos concurrentes. Asimismo, la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la

compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores ha de servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Paralelamente, el TSJ recuerda que, si bien es cierto que el artículo 37 ET exige que la reducción de jornada se lleve a cabo de forma "diaria" y "dentro de la jornada ordinaria" del trabajador, ello no ha de suponer necesariamente que tal reducción se realice dentro del mismo horario y distribución del tiempo de trabajo, o dentro de los mismos turnos de trabajo, conceptos no equivalentes con el de jornada. Y es que, a tenor de la acepción de jornada en el diccionario de la RAE, esta es el "tiempo de duración del trabajo diario", sin implicar por tanto ni el régimen de turnos, ni el horario ni la distribución horaria.

Teniendo en cuenta estos dos presupuestos, el TSJ observa que la mercantil INTERCENTROS BALLE SOL S.A. no especifica las circunstancias organizativas (p.ej. número de trabajadores, modalidad o modalidades de horario laboral vigentes, adscripción de aquéllos a uno u otro horario) que pudieran justificar su negativa a la reducción de jornada solicitada. Frente a ello, las necesidades de conciliación de la trabajadora están suficientemente acreditadas. La ponderación, por tanto, debe arrojar un resultado favorable hacia el ejercicio del derecho de la trabajadora y el modelo de disfrute propuesto por la misma. En virtud de todo ello, el TSJ desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 28 diciembre de 2017 (n.º rec. 1678/2017)

Las necesidades estacionales a las que tienen que hacer frente las Administraciones Públicas para prestar servicios a los ciudadanos siguen siendo fuente de conflictos laborales. Bien conocidos son los casos del personal contratado en las campañas estivales de extinción de incendios, o de los socorristas que prestan servicios en las piscinas públicas abiertas en verano, y que han dado lugar a multitud de pronunciamientos. En esta ocasión el TSJ examina un

supuesto de contratación de personal auxiliar de la Policía Local durante las campañas de verano a la que tienen que recurrir cada vez con mayor frecuencia los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma gallega debido al incremento de la población en la temporada estival. La solución al conflicto es, como se verá, la misma que han recibido otras actividades laborales de ejecución estival.

Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes. El actor ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de O Carballiño mediante distintos contratos temporales a tiempo completo bajo la modalidad de obra o servicio como Auxiliar de Policía Local. En concreto, suscribió cinco contratos temporales de obra o servicio determinado en cinco años consecutivos: para la temporada de verano de 2012, siendo contratado entre junio y octubre; para la temporada de verano de 2013, siendo contratado entre julio y noviembre; para la temporada de verano de 2014, siendo contratado entre junio y octubre, y prorrogándose el contrato hasta diciembre; para la temporada de verano de 2015, siendo contratado entre junio y septiembre, prorrogándose el contrato hasta noviembre; y para la temporada de verano de 2016, siendo contratado entre junio y noviembre.

El día previo a la extinción del último contrato temporal suscrito, el trabajador solicitó ante el Ayuntamiento de O Carballiño el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido discontinuo, dictándose resolución desestimatoria por la Alcaldía en diciembre de 2016. Posteriormente, en febrero de 2017 el trabajador articula ante el Juzgado de lo Social de O Carballiño una acción declarativa para el reconocimiento de su condición de indefinido no fijo en puesto de fijo discontinuo. Sin embargo, el Juzgado desestima la demanda por apreciar falta de acción, ya que en el momento de su interposición el trabajador no prestaba servicios para el Ayuntamiento, habiendo transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido para la acción por despido. Contra tal pronunciamiento el demandante interpone recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia, alegando la infracción del art. 24 CE en relación a la falta de

acción apreciada en la sentencia recurrida, así como la infracción del artículo 16 ET, en relación con lo dispuesto para los trabajos fijos discontinuos. El Ayuntamiento, por su parte, se opone al recurso reiterando los argumentos de la sentencia de instancia.

El TSJ de Galicia estima el recurso de suplicación. Para ello, se refiere en primer lugar a la pretendida falta de acción del demandante. Teniendo en cuenta que la pretensión del demandante era el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral, el Tribunal repasa la jurisprudencia acerca de las acciones declarativas en el proceso laboral, a tenor de la cual la validez de la acción exige dos requisitos: que haya un conflicto o controversia jurídico que le sirva de base, y que exista un derecho insatisfecho del actor que se pretende tutelar mediante el ejercicio de la acción. Como importante dato adicional, el TSJ trae a colación una sentencia del Tribunal Supremo en la que se pronuncia de forma favorable sobre la existencia de acción en supuesto de pretensiones declarativas para el reconocimiento de una relación laboral indefinida (no fija) en los casos de contratos temporales para la cobertura personal de vacante en las Administraciones Públicas. Pertrechado con estas argumentaciones, el TSJ aprecia en el supuesto de autos la presencia de una controversia jurídica, así como de un interés tutelable por parte del trabajador que reclama el reconocimiento del carácter indefinido de su relación. Por tanto, no concurre la excepción de falta de acción procesal.

En cuanto a la apreciación de caducidad de la acción de despido, el TSJ aclara que esta acción no procedía, pues en las relaciones de trabajo fijo discontinuo –cuyo reconocimiento reclama el actor– el plazo de caducidad de dicha acción se inicia en el momento en que se produce la falta de llamamiento, y no desde que la empresa notifica la terminación del último contrato temporal.

Otra cosa sería que a la finalización de la última de las sucesivas contrataciones temporales la empleadora hubiese comunicado de modo concluyente al trabajador la finalización de la relación laboral, en cuyo caso sí se computaría desde tal momento el plazo de caducidad de 20

días para accionar por despido. Pero no consta que esto haya ocurrido en el caso de autos.

Reconocido así el derecho del actor a plantear su reclamación, no de despido, sino de declaración de la relación laboral como indefinida, el TSJ pasa a examinar el fondo del asunto. Para realizar dicho examen recurre a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos fijos discontinuos en la Administración Pública, así como a la propia doctrina de la sala de lo social sobre este tipo de relación laboral, dictada mayoritariamente en relación con las contrataciones estivales para la prevención y lucha contra los incendios forestales en Galicia.

Al igual que en esos supuestos, la contratación de personal auxiliar de la Policía Local al llegar la estación veraniega responde a una necesidad normal y permanente del Ayuntamiento demandado, con la única particularidad de que la necesidad de trabajo no es continuada, sino que tiene carácter intermitente o cíclico, reiterándose en el tiempo por periodos limitados cuya duración depende de las circunstancias concurrentes e imprevisibles de cada campaña. Precisamente estos son los presupuestos fácticos que determinan la contratación laboral bajo la modalidad de trabajo fijo discontinuo, tal y como indica el artículo 16 ET. Y, por el contrario, no se aprecian los requisitos necesarios para la suscripción de un contrato de obra o servicio determinado, esto es, la necesidad de hacer frente a una obra con autonomía y sustantividad propia respecto de la actividad habitual de la empresa, de duración limitada en el tiempo. En consecuencia, el TSJ estima la acción del recurrente y reconoce la naturaleza indefinida y cíclica de la relación laboral, con antigüedad desde la primera contratación, rechazando su carácter temporal.

Ahora bien, puesto que el empleador es en este caso la Administración Pública, es necesario hacer una serie de precisiones en torno al reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral. Como es bien sabido, el acceso al empleo público debe respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a los que se refiere el artículo 103.3 CE. Obviamente, cuando un

individuo accede a un puesto de trabajo al servicio de la Administración pública en virtud de una sentencia judicial que reconoce esa relación laboral, como sucede en este caso, el acceso no se produce en condiciones de igual mérito y capacidad. De ahí que hace ya casi dos décadas el Tribunal Supremo haya tenido que acuñar la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla para resolver este grave problema de encaje entre las normas de contratación laboral y los principios rectores del acceso al empleo público.

En el litigio que ahora se está comentando, el recurrente solicitó el reconocimiento de su condición de trabajador indefinido fijo discontinuo al servicio del Ayuntamiento de O Carballiño. Pero, con buen criterio, y a fin de respetar los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, el TSJ de Galicia se ve obligado a admitir solo parcialmente su pretensión. En efecto, el TSJ indica que, dado el carácter público del empleador, no es posible declarar en este caso que el actor es fijo de plantilla, pero sí que ostenta la condición de "indefinido discontinuo". Recoge así el Tribunal la terminología usada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de febrero de 2012 (rec. 2537/2011) y 14 de marzo de 2012 (rec. 2922/2011), que subrayan que el reconocimiento de la relación laboral indefinida discontinua no implica la adquisición de la condición de fijeza que se predica del personal indefinido que accedió a su puesto de trabajo superando los oportunos concursos públicos. En el caso de autos, como en aquellos abordados por el Tribunal Supremo, el trabajador adquiere la condición de indefinido no fijo en actividad fija discontinua, lo que significa que ocupará ese puesto de trabajo hasta que sea cubierto de forma definitiva a través de la correspondiente convocatoria pública en la que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de julio de 2017 (n.º rec. 1678/2017)

Entre las sentencias dictadas por el TSJ de Galicia en el segundo semestre de 2017 sobre derechos individuales de los trabajadores también hay varias relativas a la relación laboral del personal investigador en instituciones universitarias. La litigiosidad relacionada con este tipo de contrataciones es alta debido a la inestabilidad de las relaciones laborales de estos trabajadores, caracterizadas por la sucesión de contratos temporales, que encubren en ocasiones fraude de ley.

La regulación legal de las relaciones laborales nacidas al amparo de proyectos de investigación se ha alineado claramente a favor de la temporalidad del personal técnico e investigador, haciendo posible además la prolongación *sine die* de esta precariedad laboral. Obviamente la falta de estabilidad laboral, de incentivos para la carrera profesional y el derroche de experiencia y conocimiento que implica prescindir de personal formado cada cierto tiempo redundan negativamente en la calidad de la investigación desarrollada en España y en sus resultados.

La fuente de la precariedad laboral en los contratos de investigadores y técnicos de investigación comienza por la aplicación a este colectivo de una serie de contratos – algunos indefinidos y otros temporales- previstos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, con los que se incrementa la batería de modalidades contractuales que pueden ser utilizadas en este contexto. Pero el marco jurídico se completa con la inaplicación de algunas reglas esenciales previstas en el artículo 15 ET para combatir la temporalidad abusiva.

Así, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Décimo Quinta del ET dispone que el límite máximo de duración del contrato de obra o servicio determinado previsto en el artículo 15.1.a) ET no se aplica a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o a aquellos otros contratos de obra contemplados en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años. Y el párrafo

tercero de dicha Disposición excluye la regla de encadenamiento de contratos temporales en el marco de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

Queda abierta así la puerta a la temporalidad prolongada en el ámbito de la investigación. Pero, aunque el margen que resta a la contratación en fraude de ley es muy reducido, ello no excluye que puedan darse situaciones de ese tenor, como muestra la sentencia que ahora se comenta.

En efecto, el supuesto de hecho descrito en la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de julio de 2017 es ilustrativo de la situación laboral en la que se encuentra buena parte del personal investigador y del personal técnico de apoyo necesario para el desarrollo de proyectos de investigación en España. Según consta en los hechos probados, el demandante concluye su carrera universitaria de ingeniería de montes en julio de 2005, vinculándose ya en los meses precedentes al Departamento de Biología Vegetal de la Universidad de Santiago de Compostela –campus de Lugo– mediante una beca de colaboración. El 9 de noviembre de 2005 suscribe con la citada universidad un contrato de obra o servicio determinado para realizar trabajos relativos a un proyecto de investigación desarrollado por el Departamento de Botánica. A partir de ese momento, y casi sin solución de continuidad, el demandante suscribe diversos contratos a tiempo completo con la Universidad de Santiago de Compostela para realizar labores concretas que se detallan en cada contrato, bien en relación con la ejecución de proyectos de investigación del Departamento de Botánica, bien en relación con las actividades investigadoras llevadas a cabo por el Instituto Universitario de Biodiversidade Agraria e Desenvolvemento Rural (IBADER) de Lugo. En total, desde el 9 de noviembre de 2005 hasta el 31 de octubre de 2015 suscribió ocho contratos de obra o servicio determinado y un contrato en prácticas para personal investigador en formación con la Universidad de Santiago de Compostela.

Durante ese tiempo el demandante completó su formación con un Master, estudios de doctorado y la obtención del título de Técnico en Prevención de Riesgos Laborales de Nivel Superior con la especialidad de seguridad en el trabajo. El perfil altamente cualificado del demandante contrasta, por lo tanto, con su precaria situación laboral, algo común por desgracia en el panorama de la investigación universitaria en España.

Ante la prolongada sucesión de contratos temporales, el 30 de julio de 2015 el trabajador presentó ante la Universidad de Santiago de Compostela reclamación administrativa previa a la vía judicial interesando el reconocimiento de su condición de trabajador indefinido desde el 01/01/2005, así como su derecho a ser retribuido conforme al convenio colectivo de la citada universidad y, como consecuencia, el abono de determinadas diferencias salariales. Tras la desestimación de la reclamación previa, el trabajador interpuso el 23 de septiembre de 2015 demanda contra la Universidad. Sin embargo, el 16 de octubre de ese mismo año el demandante recibió por correo certificado con acuse de recibo comunicación escrita de 14 de octubre de 2015 remitida por la Universidad de Santiago de Compostela en la que se notificaba el fin de su relación laboral el 31 de octubre de ese mismo año, por haber concluido la obra para la que había sido contratado. Ante esta nueva circunstancia, el 13 de noviembre de 2015 el trabajador presentó reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional ante la Universidad solicitando la declaración de su cese laboral como constitutivo de un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente. Desestimada la reclamación previa, plantea nueva demanda ante la jurisdicción social con la misma petición.

La sentencia dictada en la instancia desestima la petición de declaración del cese laboral como despido nulo, pero lo califica como despido improcedente, por fraude en la contratación, al haber desarrollado el demandante diferentes actividades que no eran el objeto de sus contratos. En consecuencia, la Universidad de Santiago es condenada a pagar la correspondiente indemnización por

despido o bien a readmitir al trabajador con el pago de los salarios de tramitación. La Universidad recurre en suplicación dicha sentencia.

En la articulación de su recurso la Universidad hace referencia a las diferentes normas reguladoras del estatus del personal investigador que permiten la suscripción de contratos de obra o servicio para la ejecución de proyectos de investigación. Así, invoca la infracción del artículo 48.1 de la LO 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades (LOU), que habilita a las Universidades para contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Frente a ello el TSJ contraponen la interesante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación de profesores asociados en las Universidades españolas, que considera aplicable al caso. En efecto, el TJUE ha adoptado una postura muy equilibrada en relación con la aplicación de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, indicando que no se opone a una normativa nacional que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, siempre que tales contratos estén justificados por una razón objetiva, en el sentido del apartado 1, letra a), de dicha cláusula, extremo que incumbe comprobar al juzgador. Ahora bien, incumbe también a dicho juzgador comprobar que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada pretende realmente atender necesidades provisionales, y que no se ha utilizado para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.

A partir de esta jurisprudencia, el TSJ ha elaborado su propia doctrina sobre la contratación temporal prolongada del personal investigador, que ha venido aplicando en diversas sentencias dictadas desde 2010. En ellas el TSJ

observa si efectivamente queda acreditado que la actividad de los trabajadores era eminentemente investigadora, realizando las tareas propias de cada proyecto de investigación para los que habían sido contratados, de modo que la naturaleza de cada proyecto permita individualizar las diversas funciones desarrolladas bajo cada contrato. Si este requisito se cumple, la contratación temporal prolongada será lícita. Ahora bien, en el caso de autos el TSJ de Galicia coincide con el juzgador de instancia en apreciar que la labor técnica e investigadora desarrollada por el demandante a lo largo de los diez años en que presta servicios para la Universidad de Santiago de Compostela no está vinculada a cada uno de los proyectos de investigación en relación con los cuales fue contratado, pues consta en los hechos probados que durante ese tiempo llevó a cabo otras tareas de investigación relacionadas con su pertenencia a un grupo de investigación que nada tenían que ver con los proyectos para los que se le había contratado, o que ya antes de ser contratado participaba en tales proyectos, o que, además de las funciones para las que fue contratado desarrolló otras tareas docentes o de mantenimiento de la página web del Instituto Universitario de Biodiversidade Agraria e Desenvolvemento Rural (IBADER) de Lugo. Así pues, los sucesivos contratos de obra o servicio suscritos por el demandante simplemente se limitaban a dar cobertura a una relación estable que existía entre el demandante y el grupo de investigación en el que estaba integrado, con el pretexto de la participación del actor en determinados proyectos de investigación.

De nada sirve la alegación de la Universidad de Santiago de Compostela de que su participación en otras actividades fue esporádica, y que por eso no ha de ser tenida en cuenta, pues los hechos probados demuestran justamente lo contrario, según el juzgador de instancia y el TSJ de Galicia. Por consiguiente, de todo ello se desprende la conclusión de que los sucesivos contratos de obra o servicio determinado fueron concluidos en fraude de ley.

En su recurso la Universidad de Santiago de Compostela alega la infracción de la Disposición Adicional Décimo Quinta

ET, que, como ya se ha indicado, excluye la aplicación de la regla del artículo 15.5 ET sobre encadenamiento de contratos temporales a los contratos vinculados a proyectos de investigación. Ante esta alegación, el TSJ de Galicia responde que, puesto que los contratos de obra fueron suscritos en fraude de ley, ni se encuentran amparados por el artículo 48 de la LOU, ni es de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional décimo quinta. Así pues, de la aplicación del artículo 15.5 ET a los sucesivos contratos temporales celebrados por el autor se desprende la conclusión de que la relación laboral era en realidad indefinida.

Por esta razón, el cese comunicado por la Universidad de Santiago de Compostela en octubre de 2015 ha de ser considerado un despido que, obviamente, al faltar causa justificada, el TSJ califica como improcedente, llegando así a la misma conclusión que el juzgador de instancia.

Por último, en cuanto a la petición del demandante de percibir las diferencias salariales resultantes de la aplicación del Convenio Colectivo para el personal laboral de administración y servicios de la USC, la Universidad se opone a ello argumentando que el apartado 2.b) del artículo 3 del citado Convenio excluye de su ámbito de aplicación "al personal contratado con cargo a programas, proyectos, contratos de investigación, o a estudios propios de la Universidad". Sin embargo, el TSJ vuelve a rechazar el motivo de oposición de la recurrente valiéndose del mismo argumento por el que aplica la regla de encadenamiento de contratos temporales. Esto es, puesto que los contratos fueron suscritos en fraude de ley, enmascarando una relación laboral común, no puede englobarse al actor dentro de las exclusiones del art. 3 del Convenio sino dentro de la regla general de aplicación del mismo.

Así pues, el TSJ desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia recurrida.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 de julio de 2017 (n.º rec. 1066/2017)

La siniestralidad laboral sigue siendo uno de los problemas más graves del mercado de trabajo y, por lo tanto, continúa dando lugar a numerosos litigios en los que los trabajadores reclaman la ejecución de las responsabilidades empresariales. La sentencia que se comenta a continuación narra un supuesto típico de accidente de trabajo en el que se entremezclan determinados incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos con la imprudencia del trabajador. Al margen de las otras responsabilidades que hayan podido surgir de tal accidente, el litigio se centra en la exigencia de responsabilidad civil, debiendo resolver el TSJ diversos aspectos de interés, como la apreciación de la conducta imprudente del trabajador, la determinación de la indemnización o la aplicación de intereses a la cantidad final.

En concreto, los hechos que dieron lugar al litigio pueden resumirse de la siguiente forma. El demandante comenzó a prestar servicios para la empresa demandada VIPECA, OBRAS Y SERVICIOS S.L. el 9-6-2015, ostentando la categoría profesional de peón. Apenas cuatro meses después, sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando con otros compañeros trabajos de limpieza y acondicionamiento en los cauces del río Castrón en la localidad de Bercianos de Valverde (Benavente-Zamora). El equipo de trabajo estaba constituido por tres personas: el maquinista de la retroexcavadora (encargado de la obra y recurso preventivo), el conductor del camión y el actor, peón-forestal. En un determinado momento este último se acercó a recoger una rama por detrás de la retroexcavadora, metiéndose en el radio de acción de la misma, pese a las continuas advertencias del maquinista de que no se colocase en dicho radio. La retroexcavadora, que se encontraba parada en ese momento, se puso en marcha y al girar golpeó al demandante. Como resultado del accidente, el trabajador permaneció hospitalizado durante 31 días, siendo posteriormente declarado por el INSS afecto de lesiones permanentes no invalidantes, por lo que percibió la correspondiente indemnización a tanto alzado. El trabajador interpuso una demanda de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo contra VIPECA, OBRAS Y

SERVICIOS S.L. y contra la compañía aseguradora ALLIANZ, S.A., con quien la primera tiene concertado un seguro de responsabilidad civil, solicitando una indemnización de 138.082,53 euros. Sin embargo, el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense desestimó la demanda por no apreciar incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad y salud, dando a entender que el origen del accidente estuvo en la conducta del trabajador, que entró en el radio de acción de la retroexcavadora sabiendo que ello estaba prohibido. Contra dicha sentencia presenta el demandante recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia.

El primer y fundamental aspecto que se detiene a examinar el TSJ de Galicia es la concurrencia o no de responsabilidad civil de la empresa derivada del accidente de trabajo. Como recuerda el Tribunal, para que surja esta responsabilidad, regulada en el artículo 1101 CC -responsabilidad contractual- es preciso que haya un incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones contractuales. En los supuestos de accidentes de trabajo, dichas obligaciones son las de prevención de riesgos laborales y protección de la salud enunciadas con carácter general en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en sus reglamentos de desarrollo.

Así, el Tribunal recuerda que es precisa la concurrencia de tres factores: Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado; que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de quedar ciertamente probado, es decir que no se presume; que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible a un buen empresario, según criterios de normalidad y razonabilidad.

Para llevar a cabo la comprobación de estos tres factores en el caso de autos lo primero que hay que determinar es, como ya se ha indicado, si la empresa incumplió sus deberes de seguridad. A este respecto, el TSJ subraya dos cuestiones esenciales. Por una parte, recuerda la amplitud del deber general de seguridad, enunciado en el artículo

14.2 LPRL, a tenor del cual el empresario ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Es decir, no basta con adoptar las medidas a las que el empresario está obligado por leyes, reglamentos preventivos o normas de inferior rango, como los convenios colectivos. La obligación de seguridad va incluso más allá, alcanzando cualquier otra medida no prevista en ninguna norma, pero necesaria para garantizar la salud de los trabajadores. Y, por otra parte, el TSJ recuerda cómo ha de desarrollarse la actividad probatoria en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, a tenor del artículo 96 LJS, una vez acreditados los daños, corresponderá a los deudores de seguridad probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. Así pues, se puede decir que los empresarios en estas circunstancias afrontan una carga de la prueba sobre su comportamiento diligente mucho más exigente que en otros supuestos.

En el caso de autos, lo primero que aprecia el TSJ es la insuficiencia de la actividad probatoria desplegada por el empresario para evitar su responsabilidad. En efecto, la única alegación de la empresa para demostrar el cumplimiento de su obligación de seguridad se refiere a las continuas advertencias del maquinista a los trabajadores para que no se colocasen en el radio de acción de la máquina; advertencias hechas mientras el maquinista -y a su vez recurso preventivo- trabajaba con la retroexcavadora, sin tener en todo momento plena visibilidad sobre el entorno de la máquina. A juicio del Tribunal, esas "continuas advertencias" son claramente insuficientes para garantizar la seguridad de los trabajadores a tenor de la peligrosidad de la actividad que se estaba realizando. Pero, además, el TSJ constata que no se ha probado que se hubieran adoptado otras medidas de seguridad necesarias y legalmente obligatorias, como la señalización de la zona próxima a la retroexcavadora a la que los trabajadores no debían acceder, o la formación

teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva del trabajador accidentado –máxime teniendo en cuenta su escasa experiencia en la empresa y el alto riesgo derivado de su trabajo-.

Además, puesto que la sentencia de instancia pone el acento en la conducta del trabajador como origen del accidente, el TSJ se detiene a examinar si ha existido imprudencia, y si ésta es suficiente para eximir de responsabilidad a la empresa. A tal fin, el TSJ recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida por la Sala de lo Social del TSJ, sobre el concepto de imprudencia temeraria, que es la única capaz de romper el nexo de causalidad entre los posibles incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos y el resultado dañoso. Siendo dicho tipo de imprudencia aquella en la que, de forma consciente y voluntaria, se desobedecen las órdenes recibidas, o no se respetan las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigidas a toda persona, resulta claro que en el caso de autos el actor no incurrió en imprudencia temeraria. Por el contrario, únicamente se aprecia descuido o negligencia por su parte, de modo que tal conducta solo puede ser calificada como imprudencia profesional. Y, como indica el artículo 16.4 ET, la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Es decir, que la imprudencia profesional no solo no rompe el nexo causal entre el incumplimiento empresarial y el daño, sino que incluso el empresario está obligado a prevenir y combatir este tipo de imprudencias, que forman parte de las situaciones previsibles en el ordinario desarrollo del trabajo.

Ahora bien, aunque la responsabilidad empresarial por daños se mantiene, la imprudencia profesional tiene efectos sobre la cuantía de la indemnización, pues al estimarse que el accidente sucede en parte por culpa del empresario y en parte por culpa del trabajador, ambos deben hacerse cargo de los daños en la medida que les corresponde. En el caso de autos, el TSJ entiende que la culpa del accidente fue en una proporción del 60% de la empresa, y en una proporción

del 40% del trabajador. Por consiguiente, la empresa solo será condenada a abonar un 60% de la indemnización por daños y perjuicios.

Delimitada así la responsabilidad civil del empresario, el siguiente paso consiste en calcular la cuantía de la indemnización. Aunque la Disposición Final 5ª LJS dio al Gobierno un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de dicha ley para aprobar un sistema de valoración de los daños y perjuicios causados por accidentes de trabajo que incluyese un baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, dicho encargo no ha sido cumplido, lo que resta seguridad jurídica y equidad a la hora de fijar la cuantía de las indemnizaciones por accidentes de trabajo. Precisamente, para combatir esos efectos negativos derivados de la ausencia de un baremo específico, es habitual que los órganos judiciales se sirvan del baremo relativo a la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico, y así se hace en el caso de autos. En realidad, el actor se había servido ya del baremo de tráfico fijado en Resolución General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, vigente en la fecha del accidente, para desglosar los conceptos indemnizatorios en la demanda, y puesto que las codemandadas no se opusieron a la aplicación de este baremo, el TSJ decide ceñirse a él en el cálculo de la indemnización.

De los conceptos indemnizatorios solicitados por el demandante, el TSJ reconoce los relativos a días de hospitalización, días de baja impeditivos, secuelas –que considera compatible con la indemnización de la Seguridad Social por lesiones permanentes no invalidantes, en contra del criterio de las codemandadas, pues no se trata de conceptos homogéneos y por lo tanto no son compensables– y factor de corrección por perjuicios económicos. Por el contrario, el TSJ no reconoce el factor de corrección por incapacidad permanente, al no habersele reconocido al actor una incapacidad permanente total, sino solo lesiones permanentes no invalidantes.

Una vez obtenida la cuantía de la indemnización, se le resta el 40%, que corresponde al porcentaje de culpa del

trabajador, quedando condenadas las codemandadas a responder solidariamente del pago de una indemnización de 19.578,02 euros.

Por último, el actor solicitaba, para el caso de que se concediese una indemnización, que se reconociese la mora del asegurador en el pago de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, condenando en consecuencia a la aseguradora al pago de intereses por mora desde la fecha del accidente, pretensión a la que se opuso la aseguradora.

Respecto de esta cuestión, el TSJ hace un repaso de la jurisprudencia del Tribunal supremo, que, partiendo de una postura de reconocimiento automático de tales intereses por mora una vez constatado el retraso, evoluciona hacia una posición mucho más matizada que examina las causas del retraso en el pago y aprecia su carácter justificado o no para condenar al pago de los intereses solo en este último supuesto. Teniendo en cuenta por tanto la actual postura jurisprudencial, el TSJ sostiene de manera clara que no procede el reconocimiento de los intereses del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro, ya que no había conformidad respecto de la cuantía de la indemnización, que hubo de ser determinada en el proceso judicial. Por consiguiente, resulta justificado el retraso en el abono de la indemnización, procediendo únicamente el pago de los intereses moratorios previstos en los art. 1101 en relación con el art. 1108 del Código Civil desde el día 14 de noviembre de 2016, fecha de presentación de la demanda, hasta la fecha de la sentencia dictada en suplicación. Solo a partir de esta última fecha podrían comenzar a devengarse con cargo a la empresa los intereses de la mora procesal, regulados en el art. 576 LEC, y con cargo a la aseguradora los intereses del art.