

REVISTA GALLEGA DE DIREITO SOCIAL

COMENTARIOS ÁS SENTENCIAS

VETERINARIOS VS. XUNTA DE GALICIA, TRAGSA E TRAGSEGA **(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, do 23 de xullo de 2002)**

1. O recurso de suplicación resolto por esta sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ten a súa orixe nun preito por despedimento. Nel, actuaban como demandantes dezasete veterinarios, os cales viñeran prestando os seus servizos por conta da Xunta de Galicia a través de diversos contratos administrativos para traballos específicos e non habituais das Administracións públicas; ademais, como codemandados actuaban a propia Administración autonómica galega e as empresas TRAGSA e TRAGSEGA. Os contratos administrativos que figuran na demanda vinculaban directamente á Xunta de Galicia cos veterinarios demandantes e subscribíanse ano por ano (nalgún caso, o do veterinario máis veterano, dende 1990, sumando ata once contratos sucesivos, a duración da cal oscilaba entre sete e dez meses), finalizando o último deles (que fora subscrito o 5 de marzo de 2000) o 31 de decembro de 2001, pois a partir desta data a Xunta de Galicia pasou a encomendar á empresa TRAGSA a realización dos servizos que ata entón viñeran prestando os veterinarios en cuestión (para o que se constituíu a empresa TRAGSEGA), a resultas do cal estes últimos non volveron a ser contratados, entabando a demanda. Axuizando na instancia o devandito preito de despedimento, o Xulgado do Social núm. 3 de Vigo declarou que a relación existente entre os veterinarios implicados e a Xunta de Galicia era unha auténtica relación laboral, non meramente administrativa. Por tal motivo, a extinción do último contrato (recordar, o 31 de decembro de 2001) constituía un suposto de despedimento, que debía ser cualificado

nulo —non só improcedente—por vulneración da garantía de indemnidade, ó considerar que a acción da Xunta enmascaraba unha medida de represalia. Deste xeito, a sentenza de instancia condenaba solidariamente ás codemandadas Xunta de Galicia e TRAGSEGA (a outra empresa codemandada, TRAGSA, resultou absolvida) á readmisión obrigatoria dos dezasete veterinarios demandantes. Recorrida a sentenza de instancia ante a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, os motivos sobre os que xira a suplicación poden reconducirse fundamentalmente ós dous seguintes: 1) o da petición de absolución por parte da empresa codemandada TRAGSEGA; e 2) o da cualificación do despedimento como improcedente, e non nulo, por parte da Xunta de Galicia.

2. En canto ó primeiro, a empresa codemandada TRAGSEGA alega que neste suposto non se cumpren os requisitos legais para a existencia de sucesión de empresa entre a Xunta de Galicia e ela mesma, polo que pide a súa absolución de tódalas pretensións da demanda (absolución que na instancia xa se producira respecto da empresa TRAGSA). Como se sabe, o tema da sucesión de empresa aparece regulado no denso artigo 44 do Estatuto dos Traballadores —a empresa TRAGSEGA invoca a errónea aplicación deste—, a finalidade principal da cal é evitar que se produza a extinción do contrato de traballo por causa de que un empresario suceda a outro na titularidade da empresa e, por iso, dito precepto estatutario comeza afirmando que «o cambio de titularidade da empresa ... non extinguirá por si mesmo a relación laboral» (apartado 1). Segundo este mesmo precepto, «ós efectos do previsto no presente artigo, considerarase que existe sucesión de empresa cando a transmisión afecte a unha entidade económica que manteña a súa identidade, entendida como un conxunto de medios organizados co fin de levar a cabo unha entidade económica, esencial ou accesoria» (apartado 2), de maneira que a sucesión de empresa existe a transmisión do cedente ó cesionario da infraestrutura ou organización empresarial necesaria para a execución do servizo contratado, mesmo por medio de contratas (xa privadas ou públicas). Pois ben, a sentenza comentada considera probado que neste caso «da XUNTA DE GALICIA á recorrente TRAGSEGA non se produciu ningún transvasamento de patrimonio (nin máquinas, nin ferramentas se entregaron), nin de materia prima, senón que o acontecido foi a adxudicación pola administración, a dita mercantil, da prestación dun servizo (encomenda de actividade), por primeira vez, servizo que viña xestionando de forma directa aquela e sen que en tal adxudicación se impuxera obriga de asumi-lo persoal que viña prestando tal servizo». Por iso, a propia sentenza absolve a empresa codemandada das pretensións dos veterinarios, afirmando que «soamente hai unha substitución na actividade ou no servizo ..., [e] entón non xorde a sucesión ou cambio de titularidade de empresa prevista no art. 44 [do Estatuto dos Traballadores]».

3. En canto ó segundo, a Xunta de Galicia pide no recurso que o despedimento dos dezasete veterinarios sexa cualificado improcedente, e non nulo, alegando que no suposto aquí axuzado non se produciu vulneración ningunha da garantía de indemnidade. Segundo a nosa xurisprudencia constitucional, no ámbito das relacións laborais a devandita garantía (que integra o contido do dereito fundamental previsto no artigo 24 da Constitución) «tradúcese na imposibilidade de adoptar medidas de represalia derivadas do exercicio polo traballador da tutela dos seus dereitos». Neste sentido, a sentenza de instancia sostivo que a decisión extintiva do empresario enmascara unha medida de represalia, habida conta que só un mes antes da finalización dos contratos (concretamente, o 26 de novembro de 2001, tendo en conta que os contratos finalizaban o 31 de decembro de 2001) o sindicato CIG formulara demanda de conflito colectivo, pedindo nela que se declarase que a relación existente entre os veterinarios e a Xunta de Galicia

era unha relación laboral, non administrativa. Sen embargo, a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia revoga neste punto a sentenza de instancia, deixando sen efecto a declaración de nulidade do despedimento e declarando, no seu lugar, a súa improcedencia. E é que, segundo a sentenza que aquí se comenta, «os actores non acreditan indicio ningún de vulneración de dereitos fundamentais, xa que, dunha parte, eles non accionaron en solicitude de declaración de relación laboral coa Xunta, senón que foi un sindicato, aínda que tal acción o fose en beneficio destes e outros interesados, pero é máis, a coincidencia no tempo entre o exercicio de tal acción e a finalización dos contratos non é máis que unha coincidencia allea á vontade empresarial, que ... puido ser buscada interesadamente, polo que non permite concluí-la represalia que se lle imputa á devandita demandada».

ALBERTO ARUFE VARELA

(Catedrático E.U. de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade da Coruña)

ACCIDENTE DE TRABALLO. IMPROCEDENCIA DA RECARGA DE PRESTACIÓNS POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. INEXISTENCIA DE INCUMPRIMENTO EMPRESARIAL

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 29 de xullo de 2002)

Confírmase a sentenza de instancia. Son presupostos da aplicabilidade da recarga de prestacións económicas por omisión de medidas de seguridade a infracción empresarial, o accidente de traballo e o nexa de causalidade entre ámbolos dous. Non consta debidamente acreditada a infracción empresarial.

NOTA: Dos feitos declarados probados dedúcese que o esposo da recorrente sufriu un accidente laboral cando, en cumprimento dunha orde do encargado da empresa, acudía a reparar un dumper da empresa nun Land Rover desta, que conducía cando se precipitou a un lago. Discútese a posible responsabilidade do empresario por falta de medidas de seguridade –ausencia de instrucións axeitadas ó traballo encomendado–, tendo en conta o risco a que se expoñía o traballador para realiza-la reparación requirida, polas condicións de acceso ó lugar en que se atopaba o vehículo avariado. Preténdese pola parte recorrente a imposición o empresario da pertinente recarga da prestación de viuvez.

Argumenta esta sentenza sobre os presupostos que o art. 123 LGSS esixe para a aplicabilidade da recarga de prestacións por omisión de medidas de seguridade: a infracción empresarial, o accidente de traballo e o nexa de causalidade entre ámbolos dous. Non se discute a natureza de accidente laboral do feito causante da prestación. O que se discute é a esixencia de que conorra unha infracción empresarial das medidas xerais ou particulares de seguridade e saúde no traballo habida conta de que, segundo reiterada xurisprudencia, esíxese a existencia dun nexa causal adecuado entre o accidente e a conducta pasiva do empregador e exclúese a responsabilidade empresarial cando o sinistro ten lugar de modo fortuíto, de forma imprevista e imprevisible, sen unha constancia clara

do incumprimento por parte do empresario. E parte para iso da dilixencia esixible a un prudente empregador.

Ó respecto debe terse en conta que a esixencia do art. 123.1 LGSS de que conorra unha infracción empresarial das medidas de seguridade e saúde no traballo formula na doutrina xudicial polo menos dous problemas. En primeiro lugar, se o incumprimento ha de ser doloso ou culposo ou se abonda a súa mera constatación obxectiva. E en segundo lugar, se as prescricións inobservadas pola empresa en materia de seguridade e saúde han de ser concretas e determinadas ou se é suficiente un incumprimento xenérico do deber de seguridade. É doutrina xudicial maioritaria a que entende que a responsabilidade do empresario non é unha responsabilidade obxectiva senón baseada na idea de culpa. En consecuencia, parece razoable que se esixa a vulneración dunha norma en materia preventiva, pois a amplitude das posibles infraccións que poderían cometerse se se entendese nun sentido amplo a esixencia do art. 123.1 LGSS de inobservancia das medidas xerais ou particulares de seguridade, convertería a responsabilidade por culpa en responsabilidade obxectiva.

Polo demais, e aínda que é unha cuestión sumamente casuística, da esixencia pola xurisprudencia dun nexos de causalidade, séguese que pode producirse a súa ruptura cando se descoñece a causa do accidente ou cando existe unha conducta negligente ou imprudente do propio traballador. Neste sentido, argumenta a sentenza, por unha parte, que non se acreditou cál foi a causa do accidente e, por outra parte, que o traballador, como mecánico da empresa, debía coñece-lo estado do vehículo que utilizaba, debía sopesa-la súa propia habilidade na súa conducción polo lugar en que sufriu o accidente e podía acceder a pé no último tramo ou manifestado a súa oposición á orde do encargado.

Voces:

Accidente de traballo

Recarga de prestacións económicas por omisión de medidas de seguridade

Requisitos: relación de causalidade e culpa do empresario; inexistencia de incumprimento empresarial: descoñecemento das causas do accidente.

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

(Profesora titular da Escola Universitaria de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade de Vigo)

TUTELA XUDICIAL DO DEREITO A NON SER DISCRIMINADA NO ACCESO Ó EMPREGO POR RAZÓN DE EMBARAZO

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, do 28 de setembro de 2002)

1. O caso axuzado por esta sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia accedeu á xurisdicción laboral pola vía do proceso laboral especial de «tutela dos dereitos de liberdade sindical», regulado no capítulo XI do Título II do Libro II, artigos 175 a 182, da vixente Lei de Procedemento Laboral de 1995. A pesar do seu nome,

trátase dun proceso laboral legalmente concibido non só para obter a tutela xudicial dos citados «dereitos de liberdade sindical», senón tamén doutros dereitos fundamentais e liberdades públicas constitucionais do traballador, dado que nun dos seus preceptos reguladores se afirma que «as demandas de tutela dos *demais dereitos fundamentais e liberdades públicas incluídas a prohibición de tratamento discriminatorio e do acoso*, que se susciten no ámbito das relacións xurídicas atribuídas ó coñecemento da orde xurisdiccional social, tramitaranse conforme ás disposicións establecidas neste capítulo» (artigo 181, inciso 1º). Este foi precisamente o suposto de feito axuizado polo caso que se comenta, no que a traballadora demandante alegaba que a parte demandada (máis en concreto, a Universidade de Santiago de Compostela) violara o seu dereito a non ser discriminada por razón de sexo no acceso ó emprego (e máis en concreto, por razón de acharse embarazada).

2. Sen dúbida, unha das cuestións máis interesantes abordadas por esta sentenza refírese ó tema de se os dereitos fundamentais e liberdades públicas constitucionais do traballador supoñen ou non un límite do poder empresarial de contratación de traballadores, en canto que manifestación concreta do poder directivo do empresario. Sobre o tema, existe unha reiterada xurisprudencia do Tribunal Constitucional indicativo de que o artigo 14 da Constitución condiciona radicalmente, como non podía ser menos, a discrecionalidade do empresario para decidir se contrata ou non traballadores —discrecionalidade para contratar, como se sabe, moi atenuada no caso de que o empresario contratante sexa precisamente unha Administración Pública, como era o caso da Universidade demandada—, dado que o precepto constitucional en cuestión tamén prohibe as discriminacións en «os momentos preliminares á contratación» (ó respecto, como máis significativas, sentencias do Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 decembro; 173/1994, de 7 xuño; e 29/2002, de 11 febreiro). E esta xurisprudencia constitucional é a que aplica con naturalidade a sentenza aquí comentada, para concluír que «o principio constitucional de igualdade, con relación ó dereito ó traballo (...), foi matizado pola doutrina do Tribunal Constitucional e pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, no que á igualdade por razón de sexo se refire, no sentido de que a prohibición de discriminación por razón do sexo constitúe un límite ó exercicio da liberdade empresarial de contratación, *tamén aplicable na fase de acceso ó emprego*».

3. Isto despexado, o caso queda reconducido a un máis dos moitos existentes sobre carga da proba da discriminación ou violación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas do traballador. Trátase dun tema que vén sendo abordado por unha masa inmensa de sentencias do Tribunal Constitucional, posteriores á 38/1981, de 23 novembro, e que aparece regulada agora nos artigos 90 e 179.2 da vixente Lei de Procedemento Laboral. De acordo con estas fontes, compete ó traballador demandante neste tipo de casos probar meramente «indicios» da discriminación ou vulneración dos seus dereitos fundamentais e liberdades públicas constitucionais; e tras esta proba meramente indiciaria, invértese a carga da proba para o empresario, que queda obrigado a a «achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade», tendo en conta que se o empresario non ofrecese esta proba plena, quedaría entón acreditado que discriminou ou vulnerou os dereitos fundamentais do traballador demandante.

4. Sobre esta base, a sentenza comentada afirma que a traballadora demandante cumprira as esixencias xurisprudenciais, relativas á achega ó proceso de «un mínimo de indicios abondos, ou un principio de proba», que xeraban «razoablemente unha aparencia ou presunción sobre a realidade da conducta empresarial que se denuncia». En efecto, conclúe

que había aquí un «principio de proba, que achegou a demandante, xerador dunha aparencia ou presunción sobre a existencia dunha posible discriminación empresarial», consistente en «o dato de non ser contratada, con carácter temporal, coincidindo con que se achaba en estado de embarazo, non obstante ocupa-la primeira praza da lista confeccionada para o efecto». E de aí a súa conclusión firme, por aplicación das regras probatorias antes citadas, de que a Universidade demandada debía acreditar que «os criterios seguidos [por ela] son alleos a todo móbil de trato discriminatorio, por descansar en razóns obxectivas».

5. Pois ben, cumprindo escrupulosamente o seu parte da carga da proba, a Universidade de Santiago de Compostela, logrou xustificar neste caso —segundo confirma a sentenza comentada— «que seguiu un criterio obxectivo e alleo a todo móbil de trato discriminatorio, ó considerar non apta a demandante para levar a cabo o traballo, obxecto do contrato». En efecto, sobre a base de que se trataba dun traballo a «desenvolverse (...) no Laboratorio de Fisioloxía dunha Facultade de Medicina, no que se manexaban substancias radioactivas», de que existía informe adverso do «Servicio de Vixilancia de Saúde» da Universidade, e de que a propia Universidade mantivera a demandante «no primeiro lugar da lista das substitucións, ofrecéndolle a seguinte [exenta de risco] cando se produciu unha vacante», resultaba patente que a actitude da Universidade demandada «estivo xustificada», dende un dobre punto de vista: 1) legalmente, por causa do disposto nos artigos 196 da vixente Lei Xeral da Seguridade Social de 1994, e 25 e 26 da vixente Lei de Prevención de Riscos Laborais de 1995; y 2) «moralmente, dado que sería contrario á ética laboral contratar unha traballadora, para un traballo temporal, coincidente cunha época, en que se achaba en estado de xestación, tendo que realizarse aquel nun lugar, no que, a necesaria exposición a substancias radioactivas, podería representar un risco especial, xa non só para ela, dada a súa especial situación fisiolóxica, senón tamén para o feto». En consecuencia, nada pode obxectarse á xustiza da fundamentación do fallo da sentenza comentada, que conduciu «á estimación do recurso [de suplicación interposto pola Universidade], á revogación do fallo da resolución impugnada [que nin sequera atendera a pretensión indemnizatoria deducido pola traballadora demandante], e á desestimación da demanda».

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

(Catedrático de Dereito do Traballo na Facultade de Dereito da Universidade da Coruña)

INADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. ACORDO ASEMBLEARIO QUE NON MODIFICA EXPRESAMENTE OS ESTATUTOS DO SINDICATO. NON É CANLE AXEITADO O PROCEDEMENTO ESPECIAL DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 31 de outubro de 2002)

Estímase a excepción procesual de inadecuación de procedemento e non se entra no fondo do asunto, porque o procedemento que se debía seguir era o ordinario e non o especial de impugnación dos estatutos dos sindicatos.

NOTA: Nun pronunciamento de instancia bastante discutíbel e de contido estritamente procesual a Sala declara a inadecuación de procedemento ante unha demanda

prantexada ao abeiro do procedemento especial de impugnación dos estatutos dos sindicatos. O obxecto litixioso consistía na pretendida nulidade dun acordo do congreso extraordinario de organización sindical no que se decidira a desvinculación da mesma dunha confederación de ámbito estatal. E como quera que dita resolución non se acordara expresamente como unha modificación dos estatutos sindicais, o órgano xulgador entendeu que o demandante debeu actuar pola canle do proceso ordinario e non pola modalidade procesual especial dos arts. 171 ss. da LPL. Nunha argumentación excesivamente apegada á letra da lei manifesta o Tribunal que debe "excluir[se] del procedimiento especial la adopción de acuerdos que, como el de autos, pudieran conculcar o vulnerar determinada norma contenida en los Estatutos, pues la posterior litigiosidad que de ello se deriva habrá de amoldarse al procedimiento laboral ordinario o al de tutela de los derechos de libertad sindical, según los casos, pero no al procedimiento especial so pena de desnaturalizar el cauce procedimental regulado en los artículos 171 y siguientes de la LPL destinado y previsto para atender y dar respuesta a aquellas demandas en las que se solicita la nulidad de la norma estatutaria que ha sido modificada en virtud del acuerdo adoptado para llevar a cabo dicho cambio o transformación".

En verdade a argumentación da Sala é apodíctica e circular, sen aportar un argumento sostíbel en defensa da súa tese. O que se prantexou foi a validez dun acordo estatutario que na práctica modificaba tácitamente parte do articulado dos estatutos sindicais ou, alomenos, esixía unha inmediata modificación dos mesmos. Isto é, unha materia cualitativamente idéntica da que se contén no art. 174 da Lei rituarial laboral. Sen que se entendan os motivos de fondo para unha imposibilidade de seguer os trámites da modalidade procesual especial.

Quizáis unha lectura dos preceptos reguladores desta podería levar á conclusión de que o seu obxecto consiste na impugnación dos estatutos ou das súas modificacións na tramitación administrativa dos mesmos. E aínda máis se se cotexera o art. 4, a liña 6ª da Lei Orgánica de Liberdade Sindical. É dicir, unicamente sería materia desta modalidade procesual a que se prantexara co gallo da tramitación das normas estatutarias diante da oficina pública, nunha liña parella ao que sucede, antes do seu rexistro e depósito, cos convenios colectivos segundo o art. 161 LPL. Ó que conduciría así mesmo a existencia do art. 173.2 de que a sentenza sexa comunicada á oficina pública ou a do art. 172 de que o órgano xudicial requira o expediente da oficina pública.

Porén o dito argumento resulta reduccionista en exceso. É obvio que o lexislador estaba pensando no art. 4 da Lei Orgánica de Liberdade Sindical ao redactar este precepto. Pero tamén que os elementos esenciais da súa razón de ser -obxecto litixioso, lexitimación activia e pasiva e efectos da sentenza- recomendan que o seu ámbito se extenda a pretensións que non se tramiten necesariamente no eido do procedemento de depósito estatutario. Porque a opción contraria abre a posibilidade de que materias substancialmente coincidentes se tramiten por procedementos distintos e se faciliten aínda máis pronunciamentos contradictorios.

Claro que isa posibilidade parece que foi a que condicionou a sentenza da Sala, polo feito de que a parte demandante desagregara artificiosamente a súa pretensión en dúas demandas, unha prantexada polo proceso ordinario e outra polo especial de impugnación de estatutos dos sindicatos. Da a impresión de que o órgano actuante obvia entrar no fondo do asunto coa finalidade de evitar sentencias contradictorias ou posteriores problemas procesuais derivados dos eventuais recursos. E que o óbice proce-

sal non foi máis que o argumento que sustentou unha sentenza que non entrara no fondo do asunto.

Pero a xusteza in casum do pronunciamento quizáis prantexe con máis intensidade a conveniencia de revisar a doutrina. Normalmente os problemas procesuais se suscitarán ao revés: unha demanda inicial na que se solicitara polo proceso ordinario a nulidade dun acordo asembleario e outra demanda posterior que pretendera a nulidade da modificación estatutaria derivada do antedito acordo. As diverxencias entre pronunciamentos de instancia e de recurso serían moi doadas, e tanto máis as dificultades da tramitación simultánea de procesos e recursos por canles diversas.

E alén da cuestión procesual, o fondo do asunto é o que aconsella a unidade de procedemento. Xa abundan as críticas a Lei de Procedemento Laboral sobre o excesivo número de modalidades procesuais e a xustificación das mesmas como para que a doutrina xudicial se empeña aínda máis en enfraquecelas.

Voces:

Procedemento laboral

Modalidades procesuais.

Impugnación de estatutod dos sindicatos. Non é canle axeitado para as impugnacións de acordos asemblearios.

JAIME CABEZA PEREIRO

(Catedrático de Dereito do Traballo da Facultade de Dereito da Universidade de Vigo)

SOBRE O FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESARIO PRINCIPAL EN ORDE Ó PAGAMENTO DA RECARGA DE PRESTACIÓNS ECONÓMICAS DERIVADAS DO ACCIDENTE DE TRABALLO SUFRIDO POR TRABALLADOR DA CONTRATISTA E RESPECTO Ó CAL APRÉCIASE UNHA OMISIÓN DAS OBRIGADAS MEDIDAS DE SEGURIDADE (A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, do 30 de decembro de 2002)

Das diversas cuestións que debe resolve-la referida sentenza, ten especial relevancia a abordada na presente nota, relativa á posible responsabilidade da empresa principal en orde ó pagamento da recarga de prestacións económicas derivadas de accidente de traballo (art. 123 LGSS) que sofre o traballador dunha empresa contratista en obra concertada pola primeira que resulte ser allea á súa propia actividade.

Un resumo parcial dos feitos pode axudar mellor a comprende-la solución á que chega a Sala. As empresas “T.E., S.A.” y “S., S.A.” subscribiron contrato en virtude do cal esta última se comprometía á realización dunhas obras de canalización e apertura de gabiá para a instalación de cables telefónicos. Para a execución dese encargo, a segunda empresa procede a concertar unha subcontrata con “T., S.L.”, estipulándose no correspondente contrato, entre outras cousas, que “S., S.A.” reservábase o dereito a inspeccio-

nar en calquera momento as obras subcontratar e podería advertir á subcontratista sobre as deficiencias que observase en materia de seguridade e saúde laboral. Posteriormente, para executa-lo encargo asumido, "T., S.L." concerta nova subcontrata con "C.R., S.L." No curso da realización das indicadas obras, atopándose un traballador desta última empresa prestando os seus servicios na apertura da gabia, prodúcese o derrubamento dunha das súas paredes, que atrapa aquel e lle causa a morte. Solicitada recarga de prestacións por falta de medidas de seguridade, o INSS resolve fixalo no trinta por cento e declara-la responsabilidade solidaria en orde ó seu pagamento de S., S.A., como empresa principal, e de "C.R., S.L.", como subcontratista ó equipo do cal pertencía o falecido. Pola viúva e fillos deste preséntase demanda na que pretenden que a porcentaxe de recarga sexa a cincuenta por cento e que respondan do seu pagamento, solidariamente, as catro empresas involucradas na cadea de contratas. Contra a sentenza de instancia estimativa da demanda recorren en suplicación por "T.E, S.A.", "S., S.A." e o INSS, denunciando a primeira infracción do art. 42.2 do ET, alegando que non se dedica á realización de obras civís e de infraestrutura para a instalación de cables telefónicos, polo que as tarefas nas que se produciu o accidente de traballo non poden ser consideradas da súa propia actividade e, polo tanto, non lle alcanza a indicada responsabilidade solidaria que, segundo ela, parece que atoparía o seu fundamento no citado precepto.

A Sala desestima, ó noso xuízo con pleno acerto, o recurso de "T.E., S.A.", entendendo, coa xurisprudencia do Tribunal Supremo recaída en casación para a unificación de doutrina, que o fundamento da exposta responsabilidade solidaria en orde ó pagamento da recarga de prestacións non reside no art. 42 ET ou, o que é igual, no feito de que a contrata sexa da propia actividade do comitente ou empresario principal, senón en circunstancia ben diferente. Noutras palabras, para os efectos de dilucidar se no caso concreto debe declararse a responsabilidade solidaria examinada non pode considerarse presuposto decisivo ou conluínte que a contrata pertenza á propia actividade do comitente, pois a devandita responsabilidade non constitúe unha consecuencia necesariamente vinculada á concorrencia do suposto de feito do art. 42 ET.

Como xa apuntou a STS de 18 abril 1992 (Ar. 4.849), dictada en casación para a unificación de doutrina, dun lado, o comitente será responsable do pagamento da recarga cando lle resulte imputable o incumprimento das medidas de seguridade en que se apoia a súa imposición; e, doutro, tal responsabilidade compartiraa solidariamente co contratista, se se apreciase tamén neste a omisión do deber de velar pola observancia das aludidas medidas [ver, seguindo o criterio exposto, sentencias TSJ País Vasco de 24 xuño e 22 xullo 1997 (AS 1.890 e 2.153). Tamén STSJ Cataluña de 3 decembro 1999 (AS 398/2000)]. Sen embargo, o fundamento de semellante responsabilidade do empresario comitente afástase -insisto- da concorrencia do suposto de feito do art. 42 ET e pasa a situarse na obriga de seguridade que aquel asume en relación con tódolos que prestan servicios nun conxunto productivo que se atopa baixo o seu control" e, en concreto, na circunstancia de que as lesións sufridas polo traballador da contratista foran consecuencia dunha actuación (activa ou pasiva) do devandito comitente ou, se se prefire, de infrinxir este o deber de seguridade que lle incumbe tanto en relación cos seus traballadores como cos das empresas contratistas, con independencia de que as contratas pertenczan ou non á súa propia actividade [así, sentencias TS de 18 abril 1992, cit., 16 decembro 1997 (Ar. 9.320) e 5 maio 1999 (Ar. 4.705); tamén STSJ Cataluña de 1 xuño 2000 (AS 2.951)]. É máis, pode suceder que o único infractor sexa, precisamente, o empresario comitente, e neste caso el sería o único responsable do pagamento da recarga analizada. Non tendo

este o seu fundamento no art. 42 ET, compréndese que a súa esixibilidade é independente de que medie ou non cumprimento do deber de comprobación de que o contratista non ten débedas por cotas de seguridade social.

Certamente, a solución a que chega a Sala parece distinta da mantida na súa sentenza de 18 de igual mes e ano (recurso 1.653/2000), na que rexeita estende-la responsabilidade solidaria en cuestión a un suposto en que a contrata era tamén allea á propia actividade da empresa principal. Aínda así, a aparente contradicción queda diluída se se atende a que no caso de autos desta sentenza non concorria, segundo chega a apunta-la Sala, unha actuación negligente da devandita empresa en relación coa produción do accidente de traballo e co cumprimento das súas obrigas en materia de saúde laboral, nin tampouco executaríase a actividade contratada baixo o seu control e inspección. Sexa como for, se é criticable o que, fose xa da valoración das expresadas circunstancias, a sentenza atope na falta de conexión entre a actividade obxecto da contrata e a propia da empresa comitente un motivo para rexeita-la admisión da responsabilidade de que se trata.

JAVIER GÁRATE CASTRO

(Catedrático de Dereito do Traballo da Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela)