

ARTIGOS DOUTRINAIS

REVISTA
GALEGA
DE
DEREITO
SOCIAL

A PROBA DA DISCRIMINACIÓN NO DEREITO COMUNITARIO

José Fernando Lousada Arochena

Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala do Social

SUMARIO

- I. A DIRECTIVA 97/80/CE DO CONSELLO, DO 15 DE DECEMBRO DE 1997, RELATIVA Á CARGA DA PROBA NOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
- II. AS IMPLICACIÓNS PROBATORIAS DA DIRECTIVA 2002/73/CE DO PARLAMENTO E DO CONSELLO, DO 23 DE SETEMBRO DE 2002, MODIFICATIVA DE A 76/207/CEE
- III. A DIRECTIVA 2000/43/CE DO CONSELLO, DO 29 DE XUÑO DE 2000, E A DIRECTIVA 2000/78/CE DO CONSELLO, DO 27 DE NOVEMBRO DE 2000, UN ACERVO COMÚN DA IGUALDADE
- IV. A DIRECTIVA 2004/113/CE DO CONSELLO, DO 13 DE DECEMBRO DE 2004, SOBRE A IGUALDADE DE TRATO ENTRE HOMES E MULLERES EN ÁMBITOS EXTRALABORAIS
- V. UN BALANCE FINAL SOBRE A ADECUACIÓN DO DEREITO INTERNO AO DEREITO COMUNITARIO

I. A DIRECTIVA 97/80/CE DO CONSELLO, DO 15 DE DECEMBRO DE 1997, RELATIVA Á CARGA DA PROBA NOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Despois dun longo proceso de elaboración, que arrancou coa Proposta de Directiva relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo de 24.5 1988¹, rexeitada polo Reino Unido, e que continuou co intento de acordo dos interlocutores sociais comunitarios ao amparo do Acordo sobre Política Social anexo ao Protocolo 14 do Tratado de Maastrich, igualmente infrutuoso, aprobouse a Directiva 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo, que é o corolario probatorio das cláusulas de protección xurisdiccional efectiva contidas nas directivas sobre discriminación por razón de sexo², e de aí, xustamente, o carácter instrumental da dita Directiva, que a erixe “*como unha das principais garantías de efectividade ... no proceso de realización progresiva do principio de plena igualdade*”.³

Recoñecendo o seu instrumentalidade, o artigo 1 da dita Directiva, ao definir o seu obxectivo, di selo “(o) *mellorar a eficacia das medidas adoptadas polos Estados membros en aplicación do principio de igualdade de trato, que permitan que todas as persoas que se consideren prexudicadas pola non aplicación, no que a elas se refire, do principio de igualdade de trato poidan invocar os seus dereitos en vía xurisdiccional despois de recorrer, no seu caso, a outros órganos competentes*”.

Por este motivo, a Directiva debe ser ben recibida, e débeo ser, así mesmo, por recoller, no apartado 2 do seu artigo 2, a primeira plasmación normativa comunitaria do concepto de discriminación sexista indirecta: “(esta) *existirá ... cando unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutro afecte a unha proporción substancialmente maior de membros dun mesmo sexo, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica resulte axeitado e necesario e poida xustificarse con criterios obxectivos que non estean relacionados co sexo*”. Recoller aquí esta definición obedece á importancia da proba nos xuízos sobre discriminación indirecta, e así dise nun Considerando do Preámbulo: “*a proba da discriminación é aínda máis difícil de achegar cando a discriminación é indirecta*”, e de aí que sexa “*necesario definila*”.

Agora ben, estes xerais aspectos positivos da Directiva empezan a escurecerse ao regular, no artigo 3, o seu ámbito de aplicación, e, no 4, a regulación da distribución da carga da proba. Precisamente, no último considerando do Preámbulo, recoñécese que “*a presente Directiva limítase ao mínimo requirido e non excede do necesario a tal fin*”. Trátase, como denunciou atinada doutrina, dun entendemento redutivo do principio de proporcionalidade, tanto por razóns económicas como políticas, “*ata o punto de identificalo inadecuadamente cunha consigna ou lema: a lei do impacto mínimo*”.⁴

1 Sobre a Proposta, véase Miguel Colina Robledo / Juan Manuel Ramírez Martínez / Tomás Sala Franco, “Derecho Comunitario”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, páxinas 378 a 380.

2 Que estudei en “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las directivas sobre discriminación por razón de sexo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 98, 1999.

3 Como afirma Cristóbal Molina Navarrete, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (a propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, do 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, La Ley, núm. 4759, páxina 4.

4 Cristóbal Molina Navarrete, “Acciones positivas ...”, obra citada, páxina 9.

1º. En canto ao ámbito de aplicación, son máis notorias as ausencias que as presencias e, neste sentido, inclúense *“as situacións cubertas polo artigo 119 do Tratado CEE e as Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, e na medida en que exista discriminación por razón de sexo, as Directivas 92/85/CEE e 93/34/CEE”* –artigo 3.1-. A Directiva 75/117/CEE do Consello, do 10 de febreiro de 1975, é a relativa á aplicación do principio de igualdade de retribución entre os traballadores masculinos e femininos, e a Directiva 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976, é a relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo.

A inclusión das Directivas 92/85/CEE do Consello, do 19 de outubro de 1992, relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación, e 96/34/CE do Consello, do 3 de xuño de 1996, relativa ao Acordo Marco sobre o Permiso Parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, enténdese en canto nos seus ámbitos se aprecie unha discriminación sexista. Inclusión confusa porque non só esas directivas senón calquera outra dictada sobre condicións de traballo –como as relativas á saúde laboral- débense entender incluídas en canto nos seus ámbitos se aprecie unha discriminación sexista ao afectar sempre ás directivas incluídas –a 75/117/CEE ou a 76/207/CEE-.

Pola contra, non se inclúen, acaso polo temor a unha avalancha de queixas causante dun desequilibrio financeiro, ningunha das directivas sobre Seguridade Social, nin a Pública –contemplada na 79/7/CEE do Consello, do 19 de decembro de 1978-, nin a Privada –contemplada na 86/378/CEE do Consello, do 24 de xullo de 1986, modificada a través da 96/97/CE do Consello, do 20 de decembro de 1996-, a pesar de que, respecto a esta, a xurisprudencia comunitaria é reiterada en considerala cuberta polo artigo 119 do TCEE, de onde, a pesar da súa non inclusión expresa, se a habemos entender incluída a través da inclusión expresa do artigo 119 do TCEE. Tampouco se inclúe a directiva sobre actividades autónomas –a 86/613/CEE do Consello, do 11 de decembro de 1986-.

Non inclusións que hai xa tempo a doutrina considerou podían ser soslaianas *“de conformidade coa evolución expansiva experimentada polo principio (de igualdade de trato)”*, e que atopan unha aínda menor xustificación dende que, a través da Directiva 2002/73/CE do Parlamento e do Consello, do 23 de setembro de 2002, modificativa da 76/207/CEE, esta adquire un carácter central dentro do grupo normativo das directivas de igualdade, ampliando o seu ámbito a materias como *“as condicións de acceso ... ao traballo por conta propia”* o *“a afiliación e participación nunha organización de traballadores ou empresarios, ou en calquera organización os membros da cal exerzan unha profesión concreta, incluídas as prestacións concedidas por estas”* –artigo 3.1-.

Dende outra perspectiva, a Directiva aplícase *“a calquera procedemento civil ou administrativo relativo aos sectores público ou privado que prevexa un recurso conforme ao dereito nacional na aplicación das disposicións contempladas (a norma orixinaria e as directivas incluídas no ámbito de aplicación) ... con excepción dos procedementos extraxudiciais de carácter voluntario ou previstos no dereito nacional. A presente Directiva non se aplicará aos procesos penais, salvo que os Estados membros así dispuxéren”* –artigo 3.1 e 2-. Obsérvase a alusión a procedementos administrativos, o cal permi-

te entender que, no artigo 4, contémplese, ao regular a distribución da carga da proba, un “*Órgano xurisdiccional ou outro órgano competente*”.

2º. Respecto á regulación da distribución da carga da proba, o seu alcance é bastante exíguo, limitándose a recoñecer a aplicación da proba de indicios humanos: “*Cando unha persoa que se considere perjudicada pola non aplicación, no que a ela se refire, do principio de igualdade de trato, presente, ante un órgano xurisdiccional ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta, corresponderá á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato*” –artigo 4.1-.

Polo tanto, nin se recoñece a aplicación de principio de proba ou proba prima facie ou proba da verdade interina, nin se introducen presuncións legais de discriminación, nin se implica especialmente ao órgano xudicial na achega da proba, nin se contempla a posibilidade dunha asistencia pública independente as vítimas, nin aparece expresamente recollida a proba estatística aos efectos da proba da discriminación indirecta.⁶ Aínda que ningunha desas opcións se impide, deixándoas á vontade dos Estados membros, e de aí que se diga:

a) Que “*a presente Directiva entenderase sen prexuízo do dereito dos Estados membros a impoñer un réxime probatorio máis favorable á parte demandante*” –artigo 4.2-, e “*non constituirá en ningún caso motivo abondo para xustificar a redución do nivel xeral de protección dos traballadores en (o seu) ámbito*” –artigo 6, cláusula post-still, ou de mantemento do nivel de protección anterior á Directiva-.

b) Que “*os Estados membros poderán absterse de aplicar (a máis arriba exposta regra de distribución da carga da proba) ... aos procesos nos que a instrución dos feitos corresponda aos órganos xurisdiccionais ou ao órgano competente*” –artigo 4.3-, o cal é lóxico, xa que, entón, a vítima non está suxeita a unha carga probatoria expresa.

A Directiva finaliza a súa regulación substantiva establecendo, no seu artigo 5, que “*os Estados membros velarán por que as disposicións adoptadas en aplicación da presente Directiva e as disposicións xa en vigor na materia se poñan en coñecemento de tódolos interesados por tódolos medios apropiados*”. Norma admonitiva de imposible coerción. A súa axeitada execución obrigaría á implicación dos poderes públicos na asistencia ás vítimas individuais da discriminación.

II. AS IMPLICACIÓNS PROBATORIAS DA DIRECTIVA 2002/73/CE DO PARLAMENTO E DO CONSELLO, DO 23 DE SETEMBRO DE 2002, MODIFICATIVA DE A 76/207/CEE

5 Cristobal Molina Navarrete, “Acciones positivas ...”, obra citada, páxina 5.

6 Razoablemente considera Cristóbal Molina Navarrete que a proba estatística aparece implicitamente recollida na Directiva “dende o momento en que para detectar unha discriminación indirecta se recorre (no seu artigo 2.2) a conceptos cuantitativos e cualitativos que requiren inescusablemente unha análise sociolóxica e estatísti-

A Directiva 2002/73/CE do Parlamento e do Consello, do 23 de setembro de 2002, modificativa da 76/207/CEE do Consello relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo⁷, non aborda directamente as cuestións probatorias. Pero si aparecen dúas implicacións na materia:

1ª. Unha primeira implicación ponse de relevo coa definición de discriminación indirecta –artigo 2.2 da Directiva 76/207/CEE– como “*a situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros sitúan a persoas dun sexo determinado en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro sexo, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados e necesarios*”. Obsérvase –con relación á definición do artigo 2.2 da Directiva 97/80/CE– a ausencia de coincidencia en dous concretos aspectos: o impacto adverso non se define a través dunha proporción substancialmente maior de membros dun mesmo sexo e a xustificación non alude de xeito expreso á existencia de criterios non relacionados co sexo. Non obstante, esas diverxencias non determinarán presumiblemente unha ruptura coa doutrina anterior do Tribunal de Xustiza da Unión Europea⁸.

Aínda sendo iso así, algunha conclusión si se pode derivar da diferente definición do impacto adverso: a referencia a unha proporción substancialmente maior de membros dun mesmo sexo parecía limitar a proba da discriminación indirecta á estatística; a súa eliminación permite admitir con naturalidade outras formas diferentes de proba. Se lemos o Considerando (10) da Directiva 2002/73/CE comprobamos como se deixa aos dereitos internos “*determinar, en particular, que a existencia da discriminación indirecta se establece por calquera medio, mesmo a partir de probas estatísticas*”. A literalidade da expresión é suficientemente clara no sentido de non ser as probas estatísticas as únicas formas de proba de discriminación sexista indirecta.

Tal non exclusividade das probas estatísticas enténdese se aludimos á dicotomía existente entre a xurisprudencia estadounidense, onde a proba estatística é crucial, e a

ca de determinados colectivos”, “Acciones positivas ...”, obra citada, páxina 9. Pero esta fantasmagórica aparición non empece a crítica da necesidade dunha regulación máis expresa.

7 Comentario desta Directiva son os traballos de Faustino Cavas Martínez, “Avanzando por la senda de la igualdad entre géneros (Noticia breve de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de setiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE)”, Aranzadi Social, número 13, 2002, de María Emilia Casas Baamonde, “De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio”, Relaciones Laborales, número 23-24, de Teresa Pérez del Río, “La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE”, Revista de Derecho Social, número 19, y de Susana Torrente Gari, “¿Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73, de 23 de setiembre”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 47, 2003. Na doutrina europea, véxase o traballo de Jean Jacqmain, “L'égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive européenne 76/207”, Contrats de travail, número 276, Editions Kluwer, Bruselas-Bélgica. Tamén véanse os meus traballos “El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario a la Directiva 2002/73/CE, do 23 de setiembre de 2002)”, Relaciones Laborales, número 22, 2003, “Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, do 23 de setiembre de 2002”, Aranzadi Social, número 5, 2003, e, de xeito máis omnicompreensiva, “La Directiva 2002/73/CE, do 23 de setiembre de 2002: Una aproximación a su contenido y a sus exigencias de transposición”, dentro de “IX Xornadas Galegas sobre condicións de traballo e saúde”, Fundación Caixa Galicia, A Coruña, 2004.

xurisprudencia británica, onde se acode ao sentido común⁹, o cal, aínda que leva consigo o risco de encubrir prexuízos de xénero, presenta a vantaxe de bordear os importantes problemas prácticos das probas estatísticas. Sobre o trasfondo desta dicotomía, cobra o seu sentido aquela afirmación dun xuíz estadounidense de que *“demasiadas persoas utilizan as estatísticas como un home borracho utiliza un farol: como soporte e non como iluminación”*.¹⁰

2ª. Unha segunda implicación ponse de relevo coa obriga dos Estados membros de *“(velar) por que entre as competencias”* dos organismos designados de promoción da igualdade *“(figure) prestar asistencia independente ás vítimas de discriminación á hora de tramitar as súas reclamacións por discriminación”* –artigo 8 bis.2.a-n) da Directiva 76/207/CEE-. Os dereitos nacionais, dentro da grande laxitude da norma comunitaria, alíñanse en modelos institucionais diferentes¹¹: (1) o modelo anglosaxón –Reino Unido e Irlanda-, caracterizado polo activismo xudicial dun organismo específico de asistencia ás vítimas; (2) o modelo escandinavo –Suecia e Finlandia-, caracterizado pola lexitimación xudicial en materia de discriminación sexista do Ombudsman; e (3) o modelo románico –España, Francia ou Portugal-, caracterizado pola limitada intervención procesual dos organismos públicos –coa única excepción de Italia, en onde si está lexitimado o *“consiglieri di parità”*–.

Sexa cal sexa o modelo, a asistencia á vítima debería abranguer os aspectos probatorios, sobre todo nos casos de discriminación indirecta, *“especialmente difíciles de probar por parte dun suxeito ou un conxunto de suxeitos, en canto poden requirir, para poñerse de manifesto, dunha serie de medios –ás veces, de medios de elevada técnica- que dificilmente se atopan a disposición dos afectados ou dos recursos económicos cos que contan”*, e iso cohonéstase, no dereito español, cos mandatos constitucionais: *“a importancia do auxilio de institucións públicas ... resulta determinante, en cumprimento do mandato de remover os obstáculos que impiden a igualdade substancial dos individuos e dos grupos que impón aos poderes públicos o artigo 9.2 da CE”*.¹²

III. A DIRECTIVA 2000/43/CE DO CONSELLO, DO 29 DE XUÑO DE 2000, E A DIRECTIVA 2000/78/CE DO CONSELLO, DO 27 DE NOVIEMBRE DE 2000, UN ACERVO COMÚN DA IGUALDADE

A Directiva 2000/43/CE do Consello, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica, e a Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación, onde se regula a tutela contra a discriminación baseada na relixión ou conviccións,

8 A esta conclusión, que ao noso xuízo é totalmente correcta, chega, despois dun preciso repaso da xurisprudencia comunitaria, Teresa Pérez del Río en “La protección ...”, obra citada, páxinas 96 a 99.

9 Véxase esta temática en Carmen Sáez Lara, “Mujeres y mercado de trabajo”, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, páxinas 118 a 120.

10 Tomada a cita de Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, REDT, núm. 104, páxina 198. De excepcional interese son as apreciacións que este autor realiza sobre os problemas prácticos das probas estadísticas, obra citada, páxinas 198 a 202.

a minusvalidez, a idade e a orientación sexual, inspíranse claramente no modelo probatorio da Directiva 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo, como se comproba coa súa mera lectura.

Cunha idéntica literalidade, o artigo 8 da Directiva 2000/43/CE e o artigo 10 da Directiva 2000/78/CE establecen, no seu apartado 1, que “os Estados membros adoptarán, conforme ao seu ordenamento xurídico nacional, as medidas necesarias para garantir que corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato cando unha persoa que se considere perxudicada pola non aplicación, no que a ela se refire, do devandito principio alegue, ante un tribunal ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta”.

O disposto “entenderase sen prexuízo de ... normas sobre a proba máis favorables á parte demandante” –apartado 2 dos citados artigos 8 e 10 dunha e outra Directiva-, “non se aplicará aos procedementos penais” –apartado 3-, nin “nos procedementos nos que a instrucción dos feitos relativos ao caso corresponda aos órganos xurisdiccionais ou a outro órgano competente” –apartado 5-. Pero si en toda acción xudicial emprendida por “asociacións, organizacións ou outras persoas xurídicas que, de conformidade cos criterios establecidos no dereito nacional, teñan un interese lexítimo en velar polo cumprimento do previsto na presente Directiva” –véase apartado 4-.

Polo demais, tanto a Directiva 2000/43/CE como a Directiva 2000/78/CE conteñen unhas definicións de discriminación indirecta semellantes á do artigo 2.2 da Directiva 76/207/CE, na redacción da Directiva 2002/73/CE –véxase o artigo 2.2.b) da Directiva 2000/43/CE e o artigo 2.2.b) da Directiva 2000/78/CE-. Así mesmo, o modelo do artigo 8 bis.2.a-n) da Directiva 76/207/CEE, na redacción da Directiva 2002/73/CE, aparece claramente como inspirador do artigo 13.2.a-n) da Directiva 2000/43/CE, aínda que nada similar aparece, sen embargo, na Directiva 2000/78/CE, indubidablemente porque nesta non se obriga á designación de organismos de promoción da igualdade.

IV. A DIRECTIVA 2004/113/CE DO CONSELLO, DO 13 DE DECEMBRO DE 2004, SOBRE A IGUALDADE DE TRATO ENTRE HOMES E MULLERES EN ÁMBITOS EXTRALABORAIS

A Directiva 2004/113/CE do Consello, do 13 de decembro de 2004, por a que se aplica o principio de igualdade de trato entre homes e mulleres ao acceso a bens e servizos e a súa subministración, supón un fito na normativa comunitaria sobre igualdade de trato entre homes e mulleres, ao estender este principio a ámbitos non laborais, e, en concreto, segundo o seu artigo 3.1, “a presente Directiva aplicarase a tódalas persoas que subministren bens e servizos dispoñibles para o público, con independencia da persoa de que se trate, tanto no relativo ao sector público coma ao privado, incluídos os organismos públicos, e que se ofrezan fora do ámbito da vida privada e familiar, e ás transaccións que se efectúen nese contexto”. Queda fóra dese ámbito (1) “a liberdade da persoa á hora de elixir a outra parte contratante, sempre e cando a devandita elección non se basee no sexo da persoa contratante”, (2) “(o) contido dos medios de comunicación ou da publicidade, nin á educación”, y (3) “non se aplicará a asuntos relacionados co emprego e a ocupación”, nin

“a asuntos relacionados co traballo por conta propia, na medida en que os devanditos asuntos estean cubertos por outros actos lexislativos comunitarios” –artigo 3.2 a 4-.

En canto ás normas sobre a carga da proba, o artigo 9 da Directiva é unha translación da Directiva 97/80/CE, e así establécese, no seu apartado 1, que *“os Estados membros adoptarán, conforme ao seu ordenamento xurídico nacional, as medidas necesarias para garantir que, cando unha persoa que se considere perxudicada pola non aplicación, no que a ela se refire, do principio de igualdade de trato aduza, ante un tribunal ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta, corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade”*. O disposto *“non impedirá ... normas sobre admisibilidade das probas que sexan máis favorables á parte demandante”* –apartado 2-, *“non se aplicará aos procesos penais”* –apartado 3-, nin *“nas xestións en que o tribunal ou outra autoridade competente debe investigar os feitos do caso”* –apartado 5-. Pero si en calquera procedemento xudicial ou administrativo iniciado por *“asociacións, organizacións ou entidades xurídicas que, de conformidade cos criterios establecidos no dereito nacional, teñan un interese lexítimo en velar polo cumprimento do previsto na presente Directiva”* –véase apartado 4-.

Así mesmo, en consonancia agora coa Directiva 76/207/CEE, na redacción da Directiva 2002/73/CE, establécese (1) a definición de discriminación sexista indirecta como *“a situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros sitúan a persoas dun sexo determinado en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro sexo, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados e necesarios”* –véase artigo 2.a-n)-, e (2) a obriga dos Estados membros de *“(velar) por que entre as competencias”* dos organismos designados de promoción da igualdade *“(figure) prestar asistencia independente ás vítimas de discriminación ao iniciar un procedemento de discriminación”* –véase artigo 12.2.a-n)-.

Polo tanto, a Directiva 2004/113/CEE límitase a ampliar ao seu ámbito de aplicación as garantías probatorias que, con anterioridade, estaban xa implantadas con relación ás directivas de igualdade laboral.

V. UN BALANCE FINAL SOBRE A ADECUACIÓN DO DEREITO INTERNO AO DEREITO COMUNITARIO

Se atendemos á doutrina de flexibilización da carga da proba da discriminación e da lesión de dereitos fundamentais, aplicada na nosa xurisprudencia constitucional, a transposición das normas comunitarias sobre a carga da proba de determinadas discriminacións non suporía unha novidade¹³, aínda que, para unha axeitada transposición, sería necesaria a aprobación de disposicións legais, regulamentarias ou administrativas, ou, no seu caso, a intervención da negociación colectiva.

11 Interesante ao respecto é o detallado estudo de Francisco Javier Pozo Moreira, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 53, 2004, páxinas 133 a 135.

Considerando simultaneamente a xurisprudencia constitucional e as esixencias comunitarias, o mellor sería a implantación en tódalas ordes dunha incisiva norma flexibilizadora. Sen embargo, o lexislador interno, á vista da vixencia anterior do artigo 96 da Lei de Procedemento Laboral, nin se preocupou de traspoñer a Directiva 97/80/CE, e, en canto ás Directivas 2000/43/CE e 2000/78/CE, a súa transposición non foi, no que agora interesa, demasiado afortunada.¹⁴

Efectivamente, a Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social traspón, cunha técnica lexislativa bastante discutible, as normas comunitarias sobre flexibilidade da carga da proba da discriminación contidas nas Directivas 2000/43/CE e 2000/78/CE –dando ademais nova redacción ao artigo 96 da Lei de Procedemento Laboral– de xeito diferente nos procesos civil e contencioso-administrativo respecto á súa introdución no social:

1ª. Sen modificación das correspondentes leis procesuais civil e contencioso-administrativa, establécense, no texto da propia Lei 62/2003, do 30 de decembro, normas reiterativas e ademais incompletas:

- Por un lado, dentro da Sección “*medidas en materia de igualdade de trato e non discriminación pola orixe racial ou étnica das persoas*”, establécese que, “*naqueles procesos da orde xurisdiccional civil e da orde xurisdiccional contencioso-administrativa en que das alegacións da parte actora se deduza a existencia de indicios fundados de discriminación por razón da orixe racial ou étnica, corresponderá ao demandado a achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade*” –artigo 32–. Obviamente, a flexibilización da carga da proba producirase, nos procesos civil e contencioso-administrativo, non só cando sexa unha discriminación por razón da orixe racial ou étnica, de aí o incongruente de só se referir a esa, e non a todas.

- Por outro lado, dentro da Sección “*medidas en materia de igualdade de trato e non discriminación no emprego*”, establécese que, “*naqueles procesos da orde xurisdiccional civil e da orde xurisdiccional contencioso-administrativa en que das alegacións da parte actora se deduza a existencia de indicios fundados de discriminación por razón da orixe racial ou étnica, a relixión ou conviccións, a minusvalidez, a idade ou a orientación sexual das persoas respecto das materias incluídas no ámbito de aplicación desta Sección, corresponderá ao demandado a achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade*” –artigo 36–. Nova incompletud normativa: ¿Acaso a flexibilización da carga da proba desas discriminacións só opera en materia de emprego? .

En canto á discriminación por razón de minusvalidez, esta norma derroga a case simultánea do artigo 20 da Lei 51/2003, do 2 de decembro, sobre igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con minusvalidez, de termos máis restritivos –e así, os indicios de discriminación esixíase que fosen “*graves*” e excluíase da flexibilización a “*os procesos ... contencioso-administrativos interpostos contra resolucións sancionadoras*”–.

12 Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones de Derecho Procesal Laboral”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, páxina 147.

2º. A diferenza das anteriores normas aplicables aos procesos civil e contencioso-administrativo, con relación ao proceso laboral –cunha técnica lexislativa correcta- modifícase directamente, no artigo 40 da Lei 62/2003, do 30 de decembro, o artigo 96 da Lei de Procedemento Laboral, quedando redactado nos seguintes termos: *“Naqueles procesos en que das alegacións da parte actora se deduza a existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, minusvalidez, idade ou orientación sexual, corresponderá ao demandado a achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade”*. Por certo, que os indicios deben ser fundados é algo obvio, de aí a sorpresa que causa ese novidoso adxectivo.

Pesou claramente na técnica normativa unha tan incorrecta como habitual forma de transposición do dereito comunitario, consistente na transcripción literal das súas normas, esquecendo (1) que, sexa cál sexa a norma comunitaria, sempre é fragmentaria, a obedecer aos principios de subsidiariedade e proporcionalidade, e (2) que, en especial tratándose de directivas, a súa redacción é principialista, sen concrecións regulatorias. Pero as normas internas obedecen a outras dinámicas (1) porque non están limitadas polos ámbitos competenciais das institucións europeas e (2) porque deben definir do xeito máis concreto as relacións xurídicas.

Obsérvese, ademais, que, a consecuencia de non implantar con carácter xeral unha norma de flexibilización da carga da proba, a norma relativa á discriminación por razón de sexo quedou circunscrita, de xeito criticable, a os procesos laborais, esquecendo, aínda que son materias incluídas no ámbito das directivas de igualdade laboral, (1) a súa regulación no proceso contencioso-administrativo, onde lle residen as demandas dos funcionarios públicos e, ao menos de momento, a materia sancionadora social, e (2) a súa aplicación nos expedientes administrativos da Inspección de Traballo e da Seguridade Social.

Unha carencia que se agudiza coa Directiva 2004/113/CE, a transposición da cal –como moito o 21 de decembro de 2007- obrigará ás oportunas modificacións na normativa reguladora do proceso civil.

Polo demais, aínda que as normas comunitarias son normas mínimas, algunhas especificacións nelas contidas –en especial na Directiva 97/80/CE- son claras indicacións do que, para unha mellor protección, débese facer –o recoñecemento expreso da proba estatística, a investigación de oficio de organismos públicos ou os réximes probatorios máis favorables-, nada do que se fai con decisión no noso dereito, aínda que a xurisprudencia si aplica a proba estatística e aínda que existe algunha tímida mellora legal –como acontece co artigo 95.3 da LPL.¹⁵

13 Graficamente afirma, en idéntico sentido, Cristóbal Molina Navarrete, “(o) escaso –nulo- contido innovador dende un punto de vista normativo” das normas de flexibilización da carga da proba introducidas, en transposición da Directiva 2000/43/CE e da Directiva 2000/78/CE, a través da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social, en “Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leis de tutela antidiscriminatoria”, Revista de Trabajo y Seguridad Social / Centro de Estudios Financieros, número 251, 2004, páxina 193.

14 Sobre a transposición das devanditas Directivas a través da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social, véase a análise, dentro dun ton razonadamente crítico, de Jesús Ramón Mercader Uguina en “Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para 2004”, Relaciones Laborales, número 6, 2004.

15 Que estudei en “El artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral”, Relaciones Laborales, número 10, 1999.

A RESPOSTA XURIDICA EN RELACIÓN COA PREVENCIÓN DOS RISCOS LABORAIS PSICOSOCIAIS

José A. Varela Agrelo

Maxistrado da Audiencia Provincial de Lugo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO DE RISCOS PSICO-SOCIAIS

III. O DEREITO COMO INSTRUMENTO

1. Ámbito Preventivo

2. Ámbito Represivo

3. Ámbito Tuitivo

IV. CANLES PROCESUAIS

1. Laboral ou Social

2. Civil

3. Contencioso-Administrativo

4. Penal

V. CONCLUSIÓNS

I. INTRODUCCIÓN

Na súa permanente loita polo Dereito, os homes han de facer equilibrios entre forzas contrapostas. Tal equilibrio, consubstancial a calquera instrumento xurídico ha de presidir tamén a normativa laboral para conseguir simultaneamente o avance económico e o respecto aos dereitos dos traballadores.¹

De forma especial, dende a Revolución Industrial, os avances do Dereito no ámbito laboral foron dunha enorme importancia, e nesa permanente evolución inspirada na concepción social do Dereito, a prevención dos riscos laborais, cobrou nos últimos tempos unha especial dimensión. Non foi allea a esta realidade a grande sensibilidade social propiciada, por un aumento da sinestralidade laboral ligada á maior actividade económica e a novas formas de xestión empresarial.²

Ademais a preocupación preventiva no ámbito laboral, xa non alcanza unicamente aos bens xurídicos soporte: vida, integridade física e saúde, senón que empeza a emerxer unha segunda xeración de bens xurídicos como a saúde psíquica do traballador ou a súa integridade ou indemnidade moral. Nesa tarefa, tan ligada ao uso do Dereito como un instrumento ao servizo da felicidade da persoa, unicamente imaxinable en sociedades cun Estado de Dereito forte e consolidado, enmárcase o estudo que abordamos a continuación, nunha superficial aproximación.

O Dereito da Prevención de Riscos Laborais ten xa ante se o reto de que a protección da saúde laboral, abranga a loita nada doada contra os Riscos Psico-sociais, tratando de evitar situacións laborais estresantes ou condutas de acoso moral ou sexual ligadas á actividade laboral, pois estas situacións son aptas para alterar a estabilidade psíquica do traballador.³

II. CONCEPTO DE RISCOS PSICO-SOCIAIS⁴

Os riscos ou “*factores de risco*” psico-sociais definíronse pola OIT (1986) como:

“As interaccións entre o contido, a organización e a xestión do traballo e as condicións ambientais, por un lado, e as funcións e necesidades dos traballadores, por outro. Estas interaccións poderían exercer unha influencia nociva na saúde dos traballadores a través das súas percepcións e experiencia.”

Con independencia dos trazos que debuxan o concepto, é doado de entender, que determinados traballos repetitivos, determinada forma de xestionar ou organizar a actividade laboral, son potencialmente aptos para afectar ese equilibrio psíquico do traballador.⁵

1 A complexidade da configuración xurídica do dereito ao traballo levou a algún autor a acuñar a súa descrición como “formula máxica”. Vide. BAYLOS GRAU, Antonio: “El Derecho como Derecho Constitucional”. Cuadernos de Derecho Judicial. Ano 2003. XXI. Vol. “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Orden Social”.

2 Unha boa análise da materia pode verse en BECK, Ulrich: “La Sociedad del Riesgo”. Edit.Paidós Ibérica, SA, 1998.

3 O Inspector de Traballo VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel ocupouse desta materia en dous traballos de imprescindible consulta, que se manexaron intensamente para o presente estudio. Un é “La Respuesta jurídico-legal ante los riesgos psico-sociales en el trabajo: criterios de actuación” e o segundo: “La respuesta jurídico-legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing”. Posteriormente o mesmo autor afondou sobre a materia no seu libro: “Mobbing, Violencia Psíquica y Estrés en el Trabajo. Aspectos Jurídicos de los Riesgos Psico-Sociales” Edit.Xestión 2000. Barcelona, 2004.

4 Velázquez Fernández, Manuel. Op. cit.

O risco psico-social, por excelencia, que non o único, é o estrés, que podería configurarse como unha reacción emocional de angustia fronte a unha esixencia laboral que se percibe como non controlable polo individuo.⁶

Desta breve introdución aflora xa unha cuestión esencial na abordaxe da materia. Se estamos a falar de percepcións ou efectos na nosa paz interior, xorde unha variable que dificulta a ordenación con un mínimo de rigor desta. Esta variable é a maior ou menor sensibilidade do individuo ou a súa saúde mental facendo abstracción da influencia que lle provoque a actividade laboral.

Por iso, unha primeira premisa haberá de ser delimitar o ámbito das condutas ou condicións laborais obxectivamente idóneas de provocar o risco psico-social nun individuo emocionalmente san e estable.⁷

III. O DEREITO COMO INSTRUMENTO

1. Ámbito preventivo

O Dereito que é unha rama do saber humano, parte para cumprir a súa función do coñecemento psicolóxico do ente que o crea e ao que vai destinado.

Os seres humanos adultos non difiren nalgúns aspectos que os menores de idade, pois como eles funcionamos un pouco en atención dos premios e castigos. Ou dito nunha linguaxe mais xurídico, por incentivos e disuasores.

Esta idea tan simple explica que na estratexia ou política do Estado tamén nesta materia da prevención de riscos podemos discernir dous grandes ámbitos: o ámbito preventivo e o represor.

No ámbito preventivo, o Estado vai pretender que a sociedade no seu conxunto e de forma especial os protagonistas de a relación laboral empápense de a cultura preventiva, obxectivo que non queda nunha mera declaración pragmática senón que se integra entre as esixencias concretas que as nosas leis van esixir ás empresas. Esta cultura preventiva trata de convencer antes de vencer, e ese convencemento parte da conveniencia de que a prevención hai que asumila non só para evitar consecuencias desfavorables, senón porque os bens xurídicos en xogo así nolo demandan.

España participa plenamente dese desideratum de a integración da cultura preventiva no ámbito empresarial e dicimos desideratum, pois se trata, sen dúbida, dunha tarefa lenta pero irrenunciable.⁸

É unha idea que se proxecta dende a nosa propia Constitución de 1978, e tamén dende as Directivas da Unión Europea que habemos de traspoñer ao noso Ordenamento Xurídico.

5 O 55% dos traballadores dos sectores de Hostalería, Educación non Universitaria e Têxtil-Confección está "queimado", o 8% sofre burn-out e o 4% é vítima de acoso psicolóxico no traballo ou mobbing.(datos extraídos dun Estudio sobre estes riscos elaborado polo OBSERVATORIO PERMANENTE de Riscos Psico-sociais de U.G.T.).

6 PEIRO, José Manuel: "El estrés laboral: una perspectiva individual y colectiva". Prevención, Trabajo y Salud. Revista do INSH, nº 13 de 2001.

En desenvolvemento de tales ideas aparece en 1995 a flamante Lei de Prevención de Riscos Laborais, modificada en 2003 precisamente coa intención de afondar na integración da prevención na empresa.⁹

Descendendo ao plano das manifestacións concretas deste ámbito preventivo pódense citar a modo ilustrativo, entre outras:

- A promoción dende a Administración da prevención.¹⁰
- A obriga legal do empresario de xestionar a prevención coa participación de expertos e dos propios traballadores.¹¹
- A esixencia de que os traballadores reciban formación en materia de prevención.¹²
- A actuación da Inspección de Traballo que, entre as súas funcións sancionadoras, ten o requirimento á empresa na que se detecten defectos.¹³

2. Ámbito represivo

Pero o ámbito preventivo non é suficiente. A sociedade considera a saúde laboral un ben xurídico de natureza pública, colectiva e esa percepción converte en lexítimo que os incumprimentos na normativa de prevención poidan ser sancionados tanto en vía administrativa, pola Inspección de Traballo, como, eventualmente, pola vía penal, a través dos Xuíces e Tribunais de esta orde xurisdiccional.¹⁴

Ao empresario xa non só lle interesa garantir que o desenvolvemento delitiro traballo na súa empresa leve a cabo coa debida seguridade por motivacións éticas e económicas, senón tamén porque o seu incumprimento lle pode levar a sufrir o reproche e estigmatización que carrega un proceso penal, ou unha multa da autoridade laboral.¹⁵

3. Ámbito tuitivo

Incluso se os ámbitos preventivo e sancionador fracasan, o noso sistema non renuncia ao que é obriga como autoconfesado Estado Social, e trata de protexer tamén aos traballadores que perden a saúde ou se vexan incapacitados.

É o que chamamos o ámbito tuitivo que trata de prover de prestación sanitaria e prestacións económicas aos que padezan estas situacións.¹⁶

IV. CANLES PROCESUAIS

7 Un bo intento de establecer os límites a través de distintos pronunciamentos xudiciais pode verse en : JURADO SEGOVIA, Ángel. "Notas sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales". Revista de Derecho Social. Edit. Bomaizo 25/2004.

8 LOPEZ GARCIA DE LA MONTAÑESA, José Manuel: "La protección y prevención de riesgos profesionales: los servicios de Prevención". Colección CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Año 1999. Estudios de la Prevención de Riesgos Laborales".

9 Art. 2 da Lei 54/2003 do 12 de Decembro de Reforma do marco normativo da Prevención de Riscos laborais.

10 Idea amplamente salientada na Exposición de Motivos da Lei 54/2003.

11 Art. 16 da Lei 31/1995 de Prevención de Riscos Laborais.

12 Art. 19 da Lei 31/1995.

13 Art. 7 e 9 da Lei 31/1995.

Establecidas as grandes liñas de a política legislativa do Estado na materia de prevención, e partindo da idea, que logo apuntaremos de que os riscos psico-sociais, intégranse entre aqueles que a prevención de riscos ha de tutelar, abordaremos agora, as canles procesuais ás que pode acudirse para facer efectivo o cumprimento daquelas liñas xerais.

1. Laboral

Nun estado de Dereito os conflitos que xorden entre os cidadáns, se non atopan solución amigable han de ventilarse ante os Tribunais de Xustiza.

É evidente que tamén no ámbito da relación laboral poden xurdir conflitos, sendo a súa resolución encomendada ao orde xurisdiccional social (cos matices que o proteccionismo laboral impón).

Así, un traballador que entende que existe un incumprimento do empresario das súas obrigas de saúde laboral, e dentro deste concepto hai que considerar incluídas as consecuencias nocivas derivadas dos riscos psico-sociais pode:

- a) Pedir a extinción do contrato de traballo alegando o incumprimento da obriga empresarial e por conseguinte con dereitos económicos (art. 50 E.T.).¹⁷
- b) Solicitar unha compensación económica polo dano causado.¹⁸ (art. 1.101 do Código Civil).
- c) Reclamar contra a denegación dunha prestación á que se entende tense dereito.¹⁹ (art. 115 LGSS).

2. Civil

Na orde xurisdiccional civil ventílanse as cuestións entre cidadáns nas que o interese en xogo non é público senón privado.

Unha das manifestacións mais frecuentes do que é unha acción civil é a derivada dun prexuízo ou dano que alguén sofre como consecuencia doutro.

Hai un principio de Dereito Natural que todo o mundo entende e ten gravado na súa conciencia que é o *“non causar dano aos demais”*. Deste principio xorde unha consecuencia xurídica evidente, se alguén causa un dano a outro, que este non ten obriga de soportar, nace a obriga de reparar o dano.

14 Vide. VARELA AGRELO, José Antonio. "O principio ne bis in idem. Especial referencia ao ámbito laboral da Seguridade e Hixiene no traballo", no anterior numero desta Revista.

15 Sobre os custos económicos engadidos pode verse: LOPEZ GARCIA DE LA MONTAÑESA, José Manuel. op. cit.

16 A confrontación desta idea coa nosa realidade legislativa pode realizarse en LOPEZ LOPEZ, JULIA: "El Derecho a una Seguridad Social Pública que garantice prestaciones sociales suficientes y su realidad en el sistema español". Colección CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. Ano 2003. op. cit.

17 Vease STSJ Cataluña de 11.06.03; S. J. Soc. nº 4 de Sevilla de 26.12.02 e STSJ Murcia de 07.03.03.

18 A propósito da STS do 11 de Marzo de 2004, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal realizou o estudio "La Compatibilidad de Indemnizaciones por Acoso Moral cuando el trabajador resuelve su contrato. Una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina."

19 Sentenzas que efectúan o recoñecemento das enfermidades psíquicas como accidentes de traballo:

Esta acción civil que pode exercitarse, segundo as leis, ante a xurisdición social, ou ante a civil, é a que brevemente analizaremos neste epígrafe, en relación coa materia que nos ocupa dos riscos psico-sociais.²⁰

Son sempre tres os requisitos ou presupostos para que esta acción civil poida ser reconocida por un Tribunal de Xustiza:

a) Ha de existir unha acción ou omisión do empresario.

Exemplo dunha actuación (é dicir, un facer, unha conduta positiva) sería o suposto de que o empresario sexa o autor dunha conduta de “*mobbing*”.²¹

Exemplo dunha omisión (é dicir un “*non facer*”, unha conduta negativa, ou ausencia da conduta debida), sería a ausencia da preceptiva avaliación dun risco, ou a non redistribución dun traballo susceptible de causar estrés.²²

b) Dano

A acción e omisión ha de causar un dano. No ámbito dos riscos psico-sociais, o dano proxéctase no equilibrio ou benestar psíquico da persoa.

Existe certa dificultade para obxectivar este tipo de dano non sempre perceptible polos sentidos, e de aí a importancia da ditame de peritos-psicólogos para a súa constatación e graduación.

c) Relación de Causalidade

Entre a acción ou omisión e o dano ha de existir unha relación de causalidade, ou dito noutros termos o dano na saúde psíquica ha de vir provocado por aquela conduta.

Novamente para acreditar a concorrencia deste presuposto cobra importancia a ditame pericial do psicólogo.

Poden existir supostos que presenten unha aparencia de causalidade pero non que a proba acredite que rompe o nexo causal de forma total ou parcial.

Isto pode levar á improcedencia da reclamación ou a que lle gradúe a súa cuantificación ao detraer o aporte de culpa de tal con-causa.

Aquilatar a incidencia de todo iso é un labor que corresponde a xuíces e tribunais no exercicio da súa función xurisdiccional valorando a proba practicada, que poden someter á súa crítica.

3. Contencioso-administrativo

Como queira que a lexislación de prevención de riscos non afecta unicamente aos traballadores do sector privado senón tamén ao distinto persoal (funcionario, contratados laborais, persoal estatutario que presta servicios para a función pública) habemos de extrapolar o dito anteriormente en relación coa acción civil a este ámbito, o que obriga a renomear os conceptos, aínda que a esencia sexa a mesma.

STSJ Murcia de 31.07.97 (empregado dunha sección de embalaxe de lavadoras á que se diagnosticou estrés laboral).

STSJ País Vasco de 02.11.99 (profesor dun Centro de Minusválidos con síndrome burn-out).

Así cando a empresa sexa o Estado, falaremos de Responsabilidade Patrimonial, e en vez de referirnos ao empresario, referirémonos ás autoridades ou funcionarios con competencia na materia de prevención de riscos.

Existen, non obstante, importantes peculiaridades que sitúan a este sector aínda nunha zona semiescura nesta parcela porque:

- a) A actuación da Inspección do Traballo non pode chegar ata o final, como acontece na empresa privada.

Así, unha vez constatados os feitos teñen os Inspectores a facultade de requirir a Administración incumplidora para que adopte as medidas preventivas, pero a última palabra sobre a validez e eficacia do requirimento tena a propia Administración.²³

Isto é un claro incumprimento do principio de que non se pode ser xuíz e parte, pero vén xustificado como un privilexio da Administración.

En definitiva, prodúcese unha translación do control á Inspección de Servizos do órgano administrativo.²⁴

- b) Os Inspectores non poden presentarse e entrar libremente nos Centros ou Dependencias da Administración, senón que teñen obriga de preaviso.
- c) Non existe a facultade de control pola Inspección a través dos Partes de Accidente de Traballo e Enfermidades Profesionais, xa que existe unha falta de previsión sobre a existencia de tal comunicación en relación cos funcionarios públicos.
- d) Non está regulado regulamentariamente o procedemento inspector nesta materia no sector público, nin a nivel estatal, nin de Comunidade Autónoma.

4. Penal

A importancia do ben xurídico, seguridade no traballo e a súa natureza pública levou ao Estado a incorporar o instrumento penal, o máis drástico, na loita contra a sinestralidade.

Non existe inconveniente legal para que o perigo ou o ataque á integridade moral poida ser obxecto da tutela penal do Estado, se ben é doado de imaxinar o problema da concorrencia dun dobre sistema sancionador (penal e administrativo).²⁵

Existe en primeiro lugar un tipo penal básico en materia de infracción da normativa de prevención que é o do art. 316 do C. Penal que aínda que poida resultar, en principio de forzado encaixe, en canto consiste en “*non facilitar as medidas de seguridade*”, supón un claro mandato disuasorio para que lle eviten situacións de risco.²⁶

Sentenzas dos Xulgados do Social de Pamplona n.º 1 e 3 de 19.02.01 e 20.03.01 ratificadas pola Sala dos Social do TSJ Navarra que son as primeiras en recoñecer senllos supostos de mobbing.

20 Cfr. MARTINEZ GARRIDO, Luis: “Tutela Judicial de la Salud Laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad”. Cuadernos de Derecho judicial. Año 1999, op. cit.

21 Cfr. CAVAS MARTINEZ, Faustino: “El acoso moral en el trabajo: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”. Actualidad Jurídica Aranzadi num.555 de 28.11.02.

Pero ademais, a integridade moral é obxecto de protección nos arts. 173 (tratos degradantes); 175 (abuso do cargo de autoridades e funcionarios); 184 (acoso sexual) e 620 (falta de vexacións).

V. CONCLUSIÓNS

Non hai dúbida da posibilidade de que os riscos psico-sociais se integran e prote-xen dentro do marco normativo relativo á Prevención de Riscos Laborais.

O art. 4.2 da LPRL,decir:

“Se entenderá como “risco laboral” a posibilidade de que un traballador sufra un determinado dano derivado do traballo.”

E art. 4.3:

*“Consideraranse como “danos derivados do traballo” as enfermidades, patoloxías ou lesións sufridas con motivo ou ocasión do traballo”.*²⁷

Polo tanto, tamén a prevención das lesións e trastornos psíquicos entran plene-mente dentro da obriga de protección que corresponde ao empresario.

En consecuencia dende que detecta a existencia ou mesmo posibilidade dunha situa-ción laboral propicia a provocar un trastorno, hai que avalialo e adoptar as medidas organi-zativas que resulten axeitadas para a súa eliminación ou minoración na medida do posible.

As recensións xurisprudenciais realizadas ao longo deste artigo, poñen en evidencia que non estamos a falar do futuro, senón dunha realidade xurídica de posible e real aplicación.

A ausencia de tipificación das situacións de risco psico-social comentadas, salvo no caso do acoso sexual, non impide fundamentar as peticións de tutela dentro do ámbi-to das obrigas do empresario que nin pode ser autor material de situacións de acoso, nin pode consentir que as mesmas se produzan na súa empresa, debendo ademais promover as condicións de traballo e saúde laboral adecuadas ás circunstancias da actividade que nela se desenvolva.

22 En relación coa obriga de identificar o risco e avalialo, a NTP 476 do INSHT e o art. 4 do Regulamento de Servicios de Prevención de 1997.

23 Rexe nesta materia a imposibilidade de “auto- sanción”, derivada do Principio de Personalidade Xurídica Única.

24 Segundo a Disposición Adicional Terceira da LPRL lle prevé a posibilidade de que cada Administración Autonómica e cada Entidade Local (Deputacións e Concellos), calquera que fose a súa magnitude, designe como órgano de control a outros diferentes da Inspección de Traballo.

25 VARELA AGRELO, José Antonio, op. cit.

26 Vide. S. Aud.Prov. de Lugo Secc. 1ª de 19.09.03(Rec. 60/2003).

27 Boa mostra da amplitude de supostos é o traballo de MELIA NAVARRO, José Luis: “La batería de factores psico-sociales de la Universidad de Valencia. La evaluación multidisciplinar de los Riesgos Psico-sociales”.

DERIVACIÓN DA RESPONSABILIDADE EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL

Carlos Iglesias Alonso

Inspector de Traballo e Seguridade Social

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONTRATACIÓN E SUBCONTRATACIÓN

I.1 Réxime de responsabilidade solidaria en supostos de contratas e subcontratas

I.2 Réxime de responsabilidade subsidiaria en supostos de contratas e subcontratas

III. SUCESION DE EMPRESAS

- a) Normas reguladoras
- b) Elementos definidores
- c) Consecuencia

IV. CESION DE TRABALLADORES

V. RÉXIME EN GRUPO DE EMPRESAS

VI. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

VII. DERIVACIÓN CARA OS ADMINISTRADORES SOCIAIS

- a) Normas reguladoras
- b) Elementos definidores

I. INTRODUCCIÓN

A Seguridade Social finánciase mediante dous tipos de achegas: unha, finalista, a partir dos Orzamentos Xerais do Estado e, outra, proveniente das achegas de empresarios e traballadores mediante o ingreso das correspondentes cotas.

A cotización é obrigatoria en tódolos Réximes da Seguridade Social e nace co inicio da actividade correspondente (puntos 1 e 2 do art. 15 do Real Decreto Lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social -LGSS-).

No Réxime Xeral as cotas sociais ingrésaas, en todo caso o empresario, que devén, deste modo, no suxeito responsable do pagamento (art. 104.1, parágrafo 1º), tanto das súas propias achegas coma das dos traballadores.

Pois ben, esta presentación tan sintética do financiamento da Seguridade Social, leva consigo, polo que atinxe ás cotizacións sociais, que deban existir mecanismos que aseguren o seu cobramento fronte a casos de non pagamento dos obrigados a este: basicamente as reclamacións de débeda que efectúa a Tesourería Xeral da Seguridade Social cando o obrigado non ingresa as cotas nos prazos regulamentarios (art. 30 LGSS) e actas de liquidación que propón a Inspección de Traballo e Seguridade Social (art. 31 LGSS). Nestes casos, cabe mesmo que a lexislación desprace a obriga de cotizar, con carácter subsidiario ou solidario, a outros suxeitos, dirixíndose contra estes os instrumentos que prevén os arts. 30 e 31 LGSS.

Trátase, co presente traballo, de formular con certo detemento cáles son eses supostos de derivación da responsabilidade a suxeitos distintos do obrigado orixinaria e directamente ao pagamento da cotas debidas e, de modo especial, centrándose na posibilidade da súa derivación cara aos administradores sociais, por ser materia de recente regulación normativa, partindo da base de que non se pretende innovar nin achegar teses propias para o que xa está amplamente consolidado, senón tan só achegar algo de orde a unha variedade de supostos que non gozan dun trato lexislativo unitario –ben que a reforma operada pola Lei 52/2003, do 10 de decembro, de disposicións específicas en materia de Seguridade Social, vén a introducir unha sistemática ata entón inexistente a nivel legal ao engadir os puntos 3 e 4 ao art. 15 da LGSS-, deixando á marxe as consecuencias sancionadoras de tipo administrativo que recolle a Lei de Infraccións e Sancións na Orde Social ou a comisión de tipos penais derivadas da falta de cotización en prazo. Os aspectos concretos administrativo-procedementais para a reclamación da débeda pola Tesourería Xeral da Seguridade Social non son analizados para non dilatar en exceso este traballo, sendo regulados polo Real Decreto 1415/2004, do 11 de xuño e a ORDE/INCRE/1562/2005, do 25 de maio (BOA do 1 de xuño) de recente entrada en vigor.

II CONTRATACIÓN E SUBCONTRATACIÓN

II.1 Réxime de responsabilidade solidaria en supostos de contratas e subcontratas

a) Normas reguladoras

Os preceptos que contemplan este suposto de derivación de responsabilidade son os arts. 42 ET, reformado pola Lei 12/2001, do 9 de xullo; 15.3, 104.1 -ámbolos dous, con nova redacción dada pola Lei 52/2003, de 10 de decembro- e 127.1 LGSS e 12 e 13 do vixente Regulamento Xeral de Recadación -RGR-, aprobado polo RD 1.415/2004, do 11 de xuño -BOE do 25-. A imposición aos empresarios en casos de contratos de obras e servizos de responsabilidade e dun deber de vixilancia sobre o cumprimento das obrigas relativas á Seguridade Social dos empresarios cos que pretende contratar, foi ampla e paralelamente abordada pola doutrina e a xurisprudencia, despexando as dúbidas que formulan as varias relacións que caben na externalización productiva, os elementos delimitadores dos suxeitos sobre os que pesa deber de cotizar, os requisitos que indican a presenza dunha auténtica contrata ou subcontrata diferenciándoa doutras figuras lícitas ou non e o alcance da responsabilidade que asumen.

Os negocios xurídicos típicos a través dos cales se presenta este suposto son os contratos de execución de obra ou de arrendamento de servizos (art. 1.455 CC), non sendo, non obstante os únicos. Trátase, en xeral, de figuras contractuais que responden a negocios xurídicos perfectamente lícitos e de xeneral utilización no tráfico entre empresas (TSJ de Andalucía/Málaga Sent. 8.3 96, Ar. 518). Agora ben, sendo este o principio xeral, non pode descoñecerse que a través da utilización fraudulenta de tales figuras lícitas poden encubrirse cesións ilegais de traballadores, ou utilizarse para eludir obrigas de cara aos traballadores e á Administración da Seguridade Social mediante a interposición de empresas de escasa solvencia, aspectos que corresponden ao exercicio do control por parte da Administración, especialmente, a Inspección de Traballo e Seguridade Social, e, mesmo, dos órganos xurisdiccionais.

Ata a reforma operada pola Lei 12/2001, formulábase a cuestión de delimitar ata qué punto dunha cadea de subcontratas chegaba a responsabilidade, é dicir, pronunciarse no relativo ao encadeamento de responsabilidades dos distintos empresarios que poden intervir na cadea de contratación, dado que o art. 42.2 ET só falaba de subcontratación de obras e servizos. A problemática fora resolta con rotundidade pola xurisprudencia, sinalando que o citado art. 42 no seu conxunto abrangue ámbalas dúas figuras, como sinalou o TCT Sent. 10.4 89, Ar. 2.646; “a responsabilidade solidaria cobre tanto o empresario principal con respecto ao contratista, como a do contratista con respecto ao subcontratista, pensar doutro xeito no caso de contrata seguida de subcontrata levaríanos ao absurdo da responsabilidade do primeiro e último elo da cadea, deixando impune a escala principal: o contratista”. Agora o novo art. 42.2 non deixa lugar a dúbidas, posto que considera que a responsabilidade respecto das obrigas de Seguridade Social (e salariais, non esqueza) alcanza ás contraídas por os “contratistas e subcontratistas”.

En todo caso, é preciso que o comitente persiga a execución dunhas tarefas claramente definidas ou determinada, polo que este suposto non alcanza a calquera tipo de relación, excluíndose os contratos de subministración, transporte, compravenda etc., polo que en caso dubidoso debe examinarse polos órganos administrativos competentes se a obriga prevalente é a prestación de facer ou a de dar.

Abordar o alcance das responsabilidades esixe distinguir entre as contratacións e subcontratacións correspondentes á propia actividade daquelas outras que non se correspondan coa actividade do comitente (limpeza, seguridade, construción e reparacións en empresas de actividade distinta desta, etc), pois é o factor que determina o grao de coresponsabilidade, o que aconsella analizar ámbolos dous réximes de responsabilidade por separado:

b) Elementos definidores da responsabilidade solidaria (propia actividade)

O art. 42 ET atribúe responsabilidade solidaria polas débedas laborais e as relativas á Seguridade Social aos empresarios que contraten ou subcontratar con outros a realización de obras ou servizos correspondentes á súa propia actividade.

Os elementos que marcan a apreciación desta responsabilidade son:

Contratación ou subcontratación motivada pola realización dunha actividade empresarial

O elemento subxectivo na configuración deste suposto de derivación de responsabilidade solidaria son os empresarios, ou o que é igual que a responsabilidade do empresario principal ou primeiro comitente respecto das débedas por cotas do contratista ou subcontratista só será esixible cando o encargo se produce en razón dunha actividade empresarial, tanto do comitente coma do contratista ou subcontratista, ademais se estes carecen dunha organización produtiva, estaríamos ante un suposto de mero prestamismo laboral do art. 43 ET, o que está tamén en consonancia coa exención que realiza o propio art. 42.2, parágrafo 2º ET ao empresario comitente dunha obra ou industria que non contrate a súa realización por razón de actividade empresarial e ao cabeza de familia, exclusivamente, polas contratacións para a construción ou reparación da súa vivenda.

A xurisprudencia matizou que a expresión “actividade empresarial” debe interpretarse como sinónima de empregador (TESLA Sents. 15.07.96, Ar. 5.990; 27.09.96, Ar. 6.910; 18.11.96, Ar. 8.628; 14, 23 y 31.12.96, Ar. 9.464, 4.844, 9.867; 03.03.97, Ar. 2.192 y 18.03.97, Ar. 272), que entenden aplicable o precepto de estudo de concorrer tódalas súas esixencias ás Administracións Públicas cando xestionen servizos de forma indirecta, sexa polo sistema de contrata ou pola vía administrativa.

O elemento obxectivo para que xurda a responsabilidade solidaria é que o encargo corresponda á propia actividade do empresario principal que contrate ou subcontratar con outros, o que supón introducir un concepto económico como elemento delimitador do grao de tutela que ofrece o ordenamento xurídico e consecuentemente esixe un exame detido e casuístico dos supostos, o que foi posto de relevo pola doutrina, a xurisprudencia e é indispensable á actividade previa de comprobación da Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Subcontratación da propia actividade

Abordar e sistematizar o concepto de propia actividade, require partir dos criterios xurisprudenciais sustentados polo TS nas sentenzas dictadas en unificación de doutrina de 18.01.95, Ar. 514; 24.11.98, Ar. 10.034 y 29.10.98, que partindo da distinción entre actividades inherentes e indispensables á fin da empresa e das consecuencias dunha aplicación “in extenso” do concepto de propia actividade “levaríanos a non comprender a esixencia do suposto de feito contido no artigo 42 mencionado. Se se esixe que as obras e servizos que se contratan ou subcontratar deban corresponder á propia actividade empresarial do comitente, é porque o lexislador está pensando nunha limitación razoable que exclúa unha interpretación favorable a calquera clase de actividade empresarial. En consecuencia, como tamén recoñeceu a doutrina mencionada, a solución require o exame coidadoso e específico de cada suposto concreto” (TESLA Sents. 18.01.95).

Á mesma conclusión chega a Sent. de 24.11.98, matizando sobre unha posible interpretación dual do art. 42 ET: a) a que entende que propia actividade é a actividade indispensable, de sorte que integra o concepto, ademais de as que constitúen o ciclo de

producción da empresa, todas aquelas que resulten necesarias para a organización do traballo; e b) a que unicamente integra no concepto as actividades inherentes, de modo que só as tarefas que corresponden ao ciclo produtivo da empresa principal se entenderán “propia actividade daquela”. No primeiro caso, inclúense como propias as tarefas complementarias.

No segundo estes labores non nucleares quedan excluídas do concepto e, en consecuencia, da regulación do art. 42 do Estatuto dos Traballadores (...) porque o lexislador está pensando nunha limitación razoable que exclúa unha interpretación favorable a calquera clase de actividade empresarial.

No mesmo sentido a Sent. de 29.10.98 exclúe “do ámbito da propia actividade da empresa principal ás actividades complementarias inespecíficas, como a vixilancia de edificios ou centros de traballo”.

A propia actividade debe, sen embargo, materializarse nos sucesivos chanzos do proceso empresarial, paralizándose cando unha empresa da cadea non execute especificamente, obras e servicios correspondentes á propia actividade daquela de quen recibe o encargo.

c) Consecuencias

A consecuencia é a asunción polo empresario principal ou primeiro comitente da obriga de cotización contraída polo empresario contratista ou subcontratista de obras ou servicios correspondentes á súa propia actividade, solidariamente con estes, polos traballadores do contratista empregados na contrata e durante o período de vixencia desta, (arte. 42.2 do ET, 104.1 y 127.1 LGSS), na cadea de subcontratación, sería empresario principal o segundo comitente, etc...

Interesa destacar que desaparece, coa reforma da Lei 12/2001, o tradicional límite cuantitativo de cotización que lle correspondería se se tratase do seu persoal fixo na mesma categoría ou posto de traballo (art. 42.2. ET anterior), polo que se estenderá, teoricamente, ata o importe da base de cotización de cada contrata ou subcontrata, sexa ou non superior á do contratista ou principal que responde solidariamente. Na práctica, non parece que vaia ter moita transcendencia este cambio lexislativo, posto que, a medida que descéndese na cadea de subcontratación, adoitan empeorar as condicións salariais e, en consecuencia, a base de cotización.

Tal responsabilidade poderá esixirse, durante o período de vixencia da contrata e ata o ano seguinte á terminación do encargo, e esténdese aos débitos coa Seguridade Social contraídos polo seu contratista ou subcontratista por incumprimento da obriga de cotización durante o período de vixencia, en tanto non prescriban; sendo o “dies a quo” do prazo o da finalización da contrata, TS Sent. 04.05.98, Ar. 3.665.

A responsabilidade solidaria do comitente vén temperada por unha circunstancia enervante, a saber, a obtención dunha certificación da Tesourería Xeral da Seguridade Social sobre a inexistencia de descubertos por cotas do empresario con quen se pretenda contratar ou subcontratar, ou cando transcorrido o prazo de 30 días dende a solicitude polo empresario principal ou comitente de tal certificación á Tesourería Xeral, esta non a expide, segundo o art. 42.1 ET, reformado pola Lei 12/2001.

A nova redacción do precepto alude a un desenvolvemento regulamentario dos termos desa certificación que, ata a data non tivo lugar.

Por último salientar, que, segundo Criterio Técnico da Dirección Xeral da Inspección de Traballo e Seguridade Social, a solicitude da certificación debe producirse unha soa vez durante a contrata, e neste caso a exoneración se produce durante o resto do período de vixencia.

II.2 Réxime de responsabilidade subsidiaria en supostos de contratas e subcontratas

a) Normas reguladoras

Os preceptos que contemplan esta situación son os arts. 15.3, 104.1, 113.2 e 127.1 LGSS e 12 e 14 RGR.

Despexadas as dúbidas doutriniais sobre a subsistencia do sistema de responsabilidade subsidiario regulado nos arts. 68.1 e 97.1 dos anteriores textos normativos da LGSS, antecedentes dos aquí obxecto de análise, veuse entendendo que se produce unha nítida delimitación e diferenza entre os supostos de feito comprendidos no art. 42.2 ET e nos arts. 104 e 127.1 LGSS, de forma que na reclamación administrativa ante un mesmo suxeito responsable, será esixible unha ou outra responsabilidade, pero nunca ambas as dúas de xeito simultáneo.

b) Elementos definidores da responsabilidade subsidiaria

O elemento subxectivo na configuración deste suposto de derivación de responsabilidade subsidiaria, malia a expresión “o propietario da obra ou industria contratada” do art. 127.1 LGSS, debe entenderse como sinónimo de “comitente ou empresario principal” que contrate con outro, o cal, á súa vez, pode celebrar cun terceiro unha “subcontrata” desa mesma obra e servizo, segundo criterio da Dirección Xeral de Ordenación da Seguridade Social, Res. 18.12.96, en coincidencia cunha nutrida xurisprudencia. O art. 127.1, parágrafo 2º LGSS exixe de responsabilidade subsidiaria as contratacións do cabeza de familia respecto ás reparacións da súa vivenda.

A responsabilidade subsidiaria que establece o art. 127.1 afecta a todo tipo de contratas e subcontratas aínda que non se correspondan coa propia actividade do empresario principal ou comitente. En definitiva, haberá responsabilidade subsidiaria cando a actividade contratada ou subcontratar sexa allea á actividade propia do empresario comitente e tamén con carácter supletorio da responsabilidade solidaria cando esta non fose esixible por calquera causa aínda que si se dea a coincidencia de actividades.

c) Consecuencias

A consecuencia é a imputación ao empresario comitente ou propietario da obriga de cotización contraída polo empresario contratista ou subcontratista, e subsidiariamente con este se o mesmo fose declarado insolvente (art. 104.1 e 127.1 LGSS), obriga xenérica non suxeita ao límite específicos do art. 42.2 ET, esixencia no prazo especial dun ano, nin a ningún outro de tipo cuantitativo.

Outra consecuencia a ter en conta é a extensión temporal da responsabilidade, cuestión que foi obxecto de posición doutrinal diverxente e resolta con claridade no art. 12.1 do anterior RGR –Real Decreto 1.637/1995, do 6 de outubro, ao referila aos incumprimentos coa Seguridade Social durante o período de vixencia da contrata ou subcontrata, e que parece que debe manterse á luz do tenor literal do art. 127.1 LGSS –“se a correspondente obra ou industria estivese contratada”-.

III. SUCESSION DE EMPRESAS

Réxime de responsabilidade solidaria en casos de sucesión de empresas

a) Normas reguladoras

Os preceptos que contemplan esta situación de derivación de responsabilidade solidaria son os arts. 15.3, 104.1 e 127.2 da LGSS, 44 do ET –en redacción dada pola Lei 12/2001–por remisión implícita dos citados, e 12 e 15 do RGR.

Este suposto goza dunha sólida base na nosa lexislación e extensa aplicación, especialmente, na súa vertente de respecto aos dereitos laborais dos traballadores en casos de sucesión empresarial, dos cales, en último termo, sería unha manifestación a asunción ex lege de responsabilidades de Seguridade Social por quen sucede como empresario a outro.

b) Elementos definidores

Determinar o suposto de feito de sucesión na titularidade da explotación industria ou negocio á que se anotan os efectos dos arts. 104.1 y 127.2 da LGSS por vía do instituto xurídico da sucesión de empresas regulada no art. 44 ET, esixe a concorrencia de dous requisitos básicos:

Requisito subxectivo

O elemento subxectivo é o cambio de titularidade, que admite calquera figura xurídica (TESLA Sents. 09.10.84 Ar. 5.263; 18.07.95; Ar. 5.624; 30.05.97, AR. 4.044; 20.02.98, Ar. 1.560), que acolle calquera tipo de convección que produza a transmisión, e circunstancias expostas co mesmo efecto e resultado, admitíndose tal transmisión por actos “inter vivos” o “mortis causa”. En tal sentido, os Tribunais de Xustiza admitiron tal transmisión de responsabilidade en supostos de arrendamento de industria, compravenda desta, venda xudicial, transferencia da titularidade dun servizo cos seus medios, a sucesión “mortis causa” (TS Sents. 23.09.97. Ar. 6.582), e a transmisión pola vía de feitos e sen formalidades documentais ou mediante ficcións que a oculten ou enmascaren (TESLA Sents. 18.07.95 Ar. 5.624; 28.11.97 Ar. 8.558; 20.02.98 Ar. 1.560). Iso require que concorran as circunstancias e elementos que logo se indican, e que se probe a súa concorrencia en forma axeitada e suficiente.

Requisito obxectivo

O segundo requisito constitutivo do suposto legal de sucesión de empresa é que os elementos cedidos ou transmitidos do activo da empresa constitúan unha unidade de produción susceptible de explotación ou xestión separada. Non abonda a simple transmisión de bens ou elementos patrimoniais, senón que estes han de constituír un soporte económico bastante para manter en vida a actividade empresarial precedente. O art. 51.11 ET fala

ao respecto de elementos necesarios e por si mesmos suficientes para continuar a actividade empresarial” (T.S.N. Sents. 23.09.97 Ar. 6.582; 06.02.98, Ar. 10642; 22.06.98, Ar. 50476 e 03.10.98 Ar. 7.804, referente a asunción por Concello de servizo antes contratado).

c) Consecuencia

A consecuencia é a asunción da obriga de cotización polo adquirente, solidariamente co responsable orixinario do pagamento, das cotas devengar antes da sucesión a que estaba obrigado o anterior titular.

É novidade a referencia que introduce a Lei 12/2001 ao falar no art. 44.1 ET de que a responsabilidade se estende a “os compromisos de pensións nos termos previstos na súa normativa específica”.

A aparente contradición entre o que dispón o citado art. 44 ET (tres anos) e o 21 da LGSS (catro anos para o pagamento de cotas) foi negada pola xurisprudencia, Sents. 30.05 e 28.11.97, Ar. 4.404 e 8.558, no sentido de que o prazo do art. 44 é delimitador do ámbito temporal da responsabilidade solidaria, é dicir, esténdese a tres anos antes de producirse a sucesión, e, consecuentemente as cotas poderán ser obxecto de reclamación en tanto non teñan prescrito no prazo xeral do art. 21 LGSS.

Tamén resulta novidosa a referencia operada no art. 104.1 LGSS pola Lei 52/2003, que estende a sucesión ao suposto de que sexa unha “sociedade laboral a que continúe a explotación, industria ou negocio, estea ou non constituída por traballadores que prestasen servizos por conta do empresario anterior”.

Cabe, por último unha subrogación a raíz das previsións contidas en pregos de condicións, contrato mercantil ou convenio colectivo, é dicir cando non exista sucesión ex lege en virtude do art. 44 ET, senón por previsión do Prego de condicións de adxudicación do servizo ou Convenio colectivo do sector –por ej. en limpeza ou vixilancia de seguridade -, que impoñan a subrogación empresarial a pesar da ausencia da transmisión dela “infraestrutura ou organización empresarial básica para a explotación do servizo” esixidos pola normativa estatutaria para que se dea a sucesión. Unicamente, precisar que no caso de normas colectivas debe tratarse de convenios colectivos estatutarios ou as empresas deberían estar afiliadas ás organizacións que asinaron o Convenio extraestatutario.

IV. CESIÓN DE TRABALLADORES

Réxime de responsabilidade en supostos de cesión de traballadores

O art. 43.1 ET contempla a cesión de traballadores prohibida ou ilegal a diferenza da que constitúe o obxecto de actividade das empresas de traballo temporal, debidamente autorizadas, que se crearon con este fin trala reforma legal do ano 1994, de onde se deduce que a cesión de traballadores é unha practica de emprego prohibido, salvo nas EETTs, e carrega consecuencias non só administrativas senón mesmo penais -Capítulo XV do Código Penal de 1995-.

O obxecto contractual da cesión de traballadores é a posta a disposición do empresario principal cesionario de traballadores contratados polo contratista cedente, que son o elemento subxectivo na configuración deste suposto de responsabilidade solidaria das obrigas contraídas coa Seguridade Social, polos traballadores sometidos á contratación ilícita e durante o seu tempo de vixencia, principio que se recolle tamén no art. 127.2 LGSS que o amplía

ou aclara ao estendelo ás cesións a título amigable ou non lucrativo. É unha declaración de responsabilidade que non admite excepcións ou exoneracións de tipo ningún, nin sequera as que implicaría o certificado negativo de débedas que se contempla noutros supostos.

Resulta clave aquí a reforma operada pola Lei 52/2003 mediante a inclusión do parágrafo 4 do art. 15 e, en desenvolvemento regulamentario o art. 12.3 do RD 1.415/2004, que din: “en que caso da responsabilidade pola obriga de cotizar corresponda ao empresario poderá dirixirse o procedemento recadatorio contra quen efectivamente reciba a prestación de servizos dos traballadores que empregue, aínda que formalmente non figure como empresario (...) Se o procedemento recadatorio se dirixise contra quen xa figurase como empresario, as novas actuacións contra o empresario efectivo seguiranse conforme ao establecido no artigo seguinte –art. 13: responsables solidarios- a non ser que se aprecien outras circunstancias que determinen a concorrencia de responsabilidade subsidiaria.”

A xurisprudencia sinalou con profusión os criterios para delimitar a existencia a cesión ilegal de traballadores, que non serán obxecto de análise, pola súa extensión e constituír unha análise allea a este traballo. En síntese, producírase cando o empresario cedente sexa ficticio, ou aínda contando cunha organización formal e material, non achega a xestión e dirección desta, que corresponderían á cesionaria, sendo loxicamente un dos supostos de maior dificultade de proba.

Resulta irrelevante a natureza xurídica do empresario contratista, podendo ser este unha persoa física, unha sociedade capital, sociedade anónima laboral, unha unión temporal de empresas, unha agrupación de empresas de interese económico unha fundación, etc.

V. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Réxime de responsabilidade en empresas de traballo temporal

A cesión de traballadores destas empresas a outras chamadas usuarias é unha actividade lícita cando se atén e cumpre tódolos requisitos previstos na Lei reguladora do 1 de xuño de 1994 (LETT) e nas súas normas de desenvolvemento principalmente o Real Decreto do 13 de xaneiro de 1995. Nelas establécese unha responsabilidade subsidiaria da usuaria polas obrigas de cotización durante a vixencia da contratación do traballador, art. 16.3 LETT. E unha responsabilidade solidaria de ambas as dúas cando o contrato de posta a disposición se realice contravindo o disposto nos arts. 6 e 8 da LETT ou cando se incumpran determinadas prevencións ou requisitos que tales normas impoñen con aquela consecuencia, entre outros, operar sen a preceptiva autorización administrativa para iso.

VI. RÉXIME EN GRUPO DE EMPRESAS

Réxime de responsabilidade en grupos de empresas

Se ben a lexislación laboral española non contén expresa previsión dos grupos de empresa, o seu innegable realidade cada vez máis acusada no tráfico económico forzou á xurisprudencia, na súa función integradora do ordenamento xurídico, a elaborar un concepto para extraer deste as consecuencias xurídicas procedentes, tal e como se recolle en Sentenza do TCT, de data 04.07.86, elaborándose unha importante doutrina xurisprudencial tendente a determinar a existencia de grupos de empresas naqueles supostos en que

as sociedades que os integran, aínda sendo independentes entre si dende o punto de vista xurídico-formal, actúan sen embargo conforme a criterios de subordinación, que permiten identificar máis alá daquela pluralidade, certa unidade económica, de tal maneira que concorran certos elementos que levan á xurisprudencia a “levantar o veo” da personalidade xurídica, declarando unha comunicación das responsabilidades empresariais entre sociedades pertencentes a un grupo.

Esta citada doutrina do “levantamento do veo” da personalidade xurídica máis alá das formalidades xurídicas existentes, esixe a concorrencia de certos requisitos, tales como:

- Prestación de servizos para as diversas empresas, ben en forma simultánea e indiferenciada (TESLA SS 29.03.78, 06.05.81, 08.06.88) ou ben sucesivamente por mor de contratos encadeados (TCT 03.02.84, 14.10.86, 27.03.87).

- Superposición de empresas no circuíto reitor das decisións, de xeito que exista unha actuación e dirección unitaria do Grupo ou conxunto de empresas, agrupadas baixo unhas mesmas coordenadas e ditados (TESLA SS 05.03.85, TCT SS 04.07.87).

- Comunicación ou transvasamento entre os diversos patrimonios sociais, que produce entre eles unha situación de confusión (TESLA SS 11.12.85, 10.11.87).

- Aparencia externa unitaria, que xustifica a responsabilidade global do grupo, en aras da seguridade xurídica, e ao principio de quen crea unha aparencia verosímil áchase obrigado fronte aos que de boa fe aceptan tal aparencia como unha realidade (TESLA SS 09.10 e 10.11 de 87, 12.07.88 e 22.12.89).

- Utilización abusiva ou fraudulenta da personalidade xurídica independente de cada unha das empresas, con prexuízo das garantías dos traballadores (TESLA SS 30.01, 03 e 04.05 e 24.09 de 1990, TSF Galicia Sala do Social 16.02.94).

A mesma xurisprudencia indica, por outra parte, que non é indispensable que todos os requisitos apuntados sexan conxunta e manifestamente concorrentes para que haxa de impoñerse a responsabilidade solidaria, do mesmo modo que, en sentido oposto, non abonda a mera coincidencia de persoas físicas compoñentes dos órganos reitores das sociedades.

En materia de seguridade Social, o mesmo TS aplicou a doutrina contida na xurisprudencia mencionada, en canto ás liquidacións de cotas á Seguridade Social, (así, o Fundamento Xurídico Cuarto da STS, Sala do Contencioso Administrativo, de 11.07.95 RJ 1995, 5.863).

A consecuencia é clara: a utilización fraudulenta de varias empresas para eludir as obrigas de Seguridade Social, unha vez determinada, implica que os órganos recadatorios se dirixan cara a aquela ou aquelas realmente dirixano. Se ben todo iso debe ser analizado en cada caso tendo en conta que, salvo supostos especiais, os fenómenos de circulación do traballador dentro das empresas do mesmo grupo non perseguen unha interposición ilícita no contrato para ocultar ao empresario real, senón que obedecen a razóns técnicas e organizativas derivadas da división do traballo dentro do grupo de empresas; práctica de lícita aparencia, sempre que se establezan as garantías necesarias para o traballador, con aplicación analóxica do artigo 43 do Estatuto dos Traballadores.

VII. DERIVACIÓN CARA OS ADMINISTRADORES SOCIAIS

É de todos coñecido que as normas reguladoras das sociedades de responsabilidade limitada impoñen aos seus administradores sociais determinadas consecuencias

para o seu propio patrimonio en caso de actuación negligente. Sen interesar a súa análise agora, si convén resaltar que, tanto a Lei 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidade Limitada -LSRL-, como a Lei de Sociedades Anónimas -LSA-, aprobado por Real Decreto Lexislativo 1.564/1989, do 22 de decembro, obrigan aos administradores a convocar Xunta Xeral coa fin de que a mesma decida sobre as medidas que deben por lei adoptarse e que agora citaremos e, de non o facer, residencia neste a consecuencia da asunción das débedas sociais de modo solidario coa sociedade.

A cuestión é de extrema importancia cando a sociedade debe cantidades á Seguridade Social e o seu administrador non obrou coa dilixencia que lle impoñen as leis citadas.

Sen embargo, ata a recente aparición da Lei 52/2003, de 10 de decembro, e o seu desenvolvemento regulamentario mediante o RD 1.415/2004, do 11 de xuño, a cuestión, que fora obxecto de debate doutrinal, resolvérase de modo que a Tesourería Xeral da Seguridade Social non era competente “para derivar a responsabilidade da Sociedade aos seus administradores ...declarando que a competencia para tal derivación corresponde á xurisdición civil...”, segundo Sentenza de a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo de 11.06.02, dictada en interese de lei. En consecuencia, a mesma Sentenza, FD Primeiro, indica que a Tesourería debe acudir, primeiramente, ao Xuíz civil, co fin de obter unha declaración de responsabilidade cara ao administrador, e, posteriormente, reclamarlle as cotas impagadas de modo solidario coa sociedade.

Loxicamente, iso supuxo un grande obstáculo á esixencia de responsabilidade solidaria aos administradores. As normas citadas no parágrafo anterior, clarifican a situación ao atribuír, art. 12.2 RGR, aos órganos recadadores a apreciación da concorrencia dun responsable solidario en aplicación de normas específicas de Seguridade Social, laborais, civís, administrativas ou mercantís, tal e como agora desenvolveremos.

a) Normas reguladoras

A peza clave é o citado art. 15.3 LGSS, que declara responsables de “... a obriga de cotizar e do pagamento dos demais recursos da Seguridade Social ás persoas físicas ou xurídicas ou entidades sen personalidade ás que as normas reguladoras de cada réxime e recurso impoñan a obriga do seu ingreso e, ademais, aos que resulten responsables solidarios (...) en aplicación de calquera norma con rango de Lei que (...) non exclúa expresamente as obrigas de Seguridade Social...”. Tal precepto foi desenvolvido polo RD 1.514/2004, que reproduce a súa dicción no seu art.12.1 e engade a posibilidade de que os órganos recadadores aprecien a concorrencia dun responsable solidario no art. 12.2.

As normas mercantís reguladoras das sociedades de responsabilidade limitada atribúen aos seus administradores nos seus arts. 262.5 e 105.5, segundo se trate de anónimas ou de responsabilidade limitada, a responsabilidade por tódalas débedas sociais cando incumpra as obrigas que, en caso de perdas, impoñenlles os arts. 260.1 4º da Lei de Sociedades Anónimas (reformada pola Lei 22/2003, Concursal) e 104.1 e) da de Sociedades de Responsabilidade Limitada (tamén reformada pola Lei Concursal).

b) Elementos definidores

Carencia de patrimonio por perdas

Trátase, con independencia do tipo de sociedade de que se trate de que a mesma incorra en perdas, de modo que o seu patrimonio se reduza a menos da metade do capital social.

A LSRL fala de redución do patrimonio contable, mentres que na LSA, dende a entrada en vigor da Lei Concursal, eliminouse a referencia “contable”, polo que parece aludir non só á análise do pasivo do seu balance.

Non adopción de medidas

En caso desa redución patrimonial, a sociedade debe adoptar algunha das seguintes medidas (art. 260.1 4º LSA e 104.1 e) LSRL):

- aumento ou redución de capital na medida suficiente;
- solicitar a declaración de concurso en caso de incorrer en tal suposto, segundo a Lei Concursal.

Obrigas dos administradores

Os administradores deben proceder a convocar Xunta Xeral no prazo de dous meses para que adopte o acordo de disolución ou inste a declaración do concurso. Ademais, deben tamén solicitar a disolución xudicial, aínda no caso de que o acordo social fose contrario a esta ou non puidese lograrse e deben facelo no prazo de dous meses dende a data prevista para a celebración da xunta cando a mesma non aconteza ou, en caso de que se celebre, dende o día da Xunta (art. 262.2 LSA e 105.1 e 4 LSRL).

En consecuencia, a responsabilidade dos administradores orixínase cando se incumpran esas obrigas de non convocar esta Xunta para que se adopten os acordos indicados, ou non soliciten a disolución xudicial ou insten o concurso de acredores. Por vontade das leis citadas nace, así, a responsabilidade solidaria por tódalas débedas sociais dos administradores (segundo os xa meritados artigos 262.5 LSA e 105.5 LSRL).

Posto que a LSA e a LSRL non exclúen a responsabilidade polas débedas coa Seguridade Social, en aplicación do disposto no art. 15.1 LGSS e 12.1 RGR, a mesma poderá ser apreciada polos órganos recadadores da Seguridade Social (art. 13.2 RGR) de modo solidario coa da sociedade.

Tódolos apartados referentes a estas cuestións recibiu nova redacción pola Lei 22/2003.

Referencia á responsabilidade dos socios

Finalmente, interesa remarcar que a Lei 52/2003 impón responsabilidade aos socios ou partícipes dunha sociedade ou entidade disolta e liquidada polas débedas de Seguridade Social. Esta responsabilidade é solidaria e ata o límite das súas achegas (art. 104.1, pfo. 3º).