

## DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidade de Vigo  
[belendocampo@uvigo.es](mailto:belendocampo@uvigo.es)

**Palabras clave:** accidente de trabajo; autónomo; prestación en favor de familiares; silicosis.

**Palabras chave:** accidente de traballo; autónomo; prestación en favor de familiares; silicoses.

**Keywords:** accident at work; self-employed; benefit for family members; silicosis.

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 1 de julio de 2020 (recurso de casación ud. núm. 1646/2018).**

**RESUMEN:** revisión por agravación de IPT cualificada derivada de accidente de trabajo. Habiéndose reconocido la IPA derivada de enfermedad común, la Mutua debe hacerse cargo de la prestación en el mismo porcentaje que se venía aplicando hasta ese momento, incluyendo, por lo tanto, el 20 por 100 correspondiente a la IPT cualificada, siendo responsable el INSS, tan sólo, del 25 por 100 restante.

#### **NORMAS APLICADAS:**

Art. 196.2 LGSS 2015.

Art. 6 Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

Art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio.

La cuestión litigiosa sobre la que se pronuncia el TS en la presente sentencia de casación para la unificación de doctrina se limita a determinar cuál debe ser el alcance de la responsabilidad de la Mutua Fremap y del propio INSS en orden al abono de una prestación de IPA derivada de enfermedad común (EC), que a su vez era el resultado de la

revisión por agravación de una previa IPT para la profesión habitual como consecuencia de un accidente de trabajo (AT). Del pago de la pensión de IPT derivada de AT -55 por 100 de la BR de la pensión- era responsable la Mutua. Cuando en el beneficiario -interesado en las presentes actuaciones- concurren los requisitos del art. 196.2 de la LGSS 2015 y del art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, la cuantía de la pensión fue incrementada en un porcentaje adicional del 20 por 100 de cuyo abono también era responsable la Mutua. En definitiva, la entidad colaboradora se había hecho cargo de lo que se conoce como IPT cualificada y que alcanza el 75 por 100 de la BR de la pensión.

Tras el reconocimiento de la IPA del beneficiario derivada de EC y que nadie discute, consistente en una pensión que alcanza el 100 por 100 de su base reguladora, la controversia se centra, pues, en ese 20 por 100 correspondiente a la IPT cualificada, imputado en los presentes autos al INSS, tanto en la instancia como en suplicación, decisión que no comparte el organismo gestor y de ahí la interposición del recurso de casación. Con el porcentaje restante de la pensión, el 25 por 100 que queda para llegar al 100 por 100, no existe controversia alguna, pues el INSS, habida cuenta de que se trata de una pensión derivada de contingencia común, asume plenamente la responsabilidad de su abono.

Retornando al porcentaje conflictivo, el 20 por 100 constitutivo de lo que se conoce como IPT cualificada, el INSS entiende que hubo infracción de sus preceptos reguladores, en concreto, del art. 196 LGSS 2015 y del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio. Como se exige procesalmente, se aportó también la correspondiente sentencia de contradicción, y que es la del TSJ Cataluña de 11 junio de 2001 (recurso de suplicación núm. 1066/2001). Tras examinar las argumentaciones de todas las partes personadas en el recurso, en particular, del INSS, recurrente, y de la Mutua, recurrida, la Sala de lo Social del TS estima íntegramente la petición de la entidad gestora y reparte el "coste de la nueva pensión de origen común entre la Mutua colaboradora (75 por 100) y el INSS (25 POR

100)”. Es decir, mantiene la responsabilidad que ya venía asumiendo la Mutua colaboradora por la previa IPT cualificada derivada de AT.

Tras estas consideraciones, imprescindibles para identificar y contextualizar la cuestión litigiosa que se debate, el problema de partida y decisivo para conocer el acierto o no del TS al resolver la cuestión planteada en el sentido que lo ha hecho, es obvio. A saber, la identificación de la naturaleza jurídica del incremento porcentual de la pensión de IPT y que conforma lo que se conoce como IPT cualificada. Solo así podrá determinarse con acierto si la responsable de su abono es la Mutua, por tratarse de parte de una prestación derivada de contingencia profesional, o pasa a serlo del INSS, por considerarse parte de otra prestación cuya naturaleza es común.

Y sobre esta cuestión, la Sala de lo Social en la Sentencia que es objeto del presente comentario comienza por hacerse eco de resoluciones anteriores en las que también se resolvía sobre la misma problemática, y en las que se indicaba expresamente que “la reseñada situación –en relación con el incremento del 20 por 100- no constituye un nuevo grado de invalidez distinto de los ya existentes –de ahí la ambigua denominación doctrinal de invalidez permanente total cualificada-, sino que de lo que se trata es de aumentar el importe de la prestación económica por IPT en ciertos casos, solo los previstos normativamente.

Esto es, el desencadenante de este grado de incapacidad no constituye un nuevo *hecho causante* porque los requisitos exigidos (edad, falta de preparación, dificultad de encontrar empleo, etc.) se superponen al único que en su momento sirvió para calificar la IPT y que ha quedado definitivamente fijado (STS de 18 de diciembre de 2018, recurso de casación ud. núm. 1647/2017). Es más, y en alusión a otra sentencia anterior, continúa señalando el TS, que, en tales supuestos, “la pensión no varía en su naturaleza y esencia y solamente cambia su cuantía, al incrementar en un 20 por 100 durante el período de inactividad laboral” (STS de 7 febrero de 1994, recurso de casación ud. núm. 2681/1994). Ahora bien, al margen de estas consideraciones de las que parte el TS en la presente sentencia y con las que parece

clarificar la interpretación del contenido del art. 196.2 LGSS 2015, la Sala también se ve obligada a analizar el del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio, que regula los supuestos de devolución de prestaciones en favor de las mutuas o empresas responsables, pues, como antes se puso de manifiesto, el referido precepto fue mencionado por el recurrente como uno de los presuntamente vulnerados. Sin embargo, para el alto Tribunal nada tiene que ver lo ordenado en aquel precepto reglamentario con los hechos que dieron lugar a los presentes autos. El 71.1 RD 1415/2004, de 11 de junio, atiende a un supuesto de modificación de responsabilidad de la mutua –por ejemplo, por sentencia- sin que se haya producido una alteración del estado psicofísico del beneficiario de la pensión. Por otra parte, el 71.2 RD 1415/2004, de 11 de junio, atiende al reintegro de prestaciones, entre otras razones, por materializarse una mejoría en el estado de salud –el estado invalidante- del beneficiario de una de ellas. Frente a estas dos situaciones, el TS insiste en la distancia de ambas con el asunto enjuiciado en el que, en definitiva, trata de dilucidarse la responsabilidad de la mutua en el abono de una prestación de IP. Y sobre el particular, al concluir que el porcentaje del 20 por 100 es parte integrante de la prestación de la IPT derivada de AT reconocida al interesado y cuya responsabilidad corresponde a la Mutua, ningún sentido tendría modificar esta responsabilidad porque tras la revisión médica su grado se haya incrementado hasta la calificación de IPA, teniendo que asumir, por lo tanto, el INSS sólo el porcentaje de prestación restante, esto es, el 25 por 100.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de julio de 2020 (recurso de casación ud. núm. 2140/2018)**

**RESUMEN:** no procede la devolución parcial del capital coste constituido por la MUTUA para afrontar el complemento del 20% de la pensión de IPT cualificada derivada de accidente de trabajo cuando por agravación de su estado de salud el beneficiario accede a una IPA por contingencia común, al ser un supuesto no contemplado en

el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

**NORMAS APLICADAS:**

Art. 196.2 LGSS 2015.

Art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio.

En la presente sentencia, el TS resuelve un supuesto similar al comentado en la resolución anterior, pero visto desde otra perspectiva, lo que permite la obtención de una visión global del problema jurídico planteado. Se trata, en definitiva, de dilucidar el reparto de la responsabilidad entre el INSS y la MUTUA a la hora de proceder al abono de una pensión de IPA derivada de enfermedad común (EC) y declarada como consecuencia de la agravación de una previa IPT cualificada derivada de accidente de trabajo (AT). La diferencia radica en que, en el supuesto anterior, el recurrente en casación había sido el INSS, que estaba disconforme con la asignación del 45 por 100 del porcentaje de la pensión de IPA, incluido, por lo tanto, el 20 por 100 de la cualificada, frente al 55 por 100 que quedaba a cargo de la MUTUA. En el que ahora se comenta, la recurrente en casación es la MUTUA, que solicita el reintegro del capital coste depositado en TGSS en concepto del porcentaje adicional del 20 por 100 correspondiente a la IPT cualificada, por entender que la responsabilidad de su abono corresponde al INSS. En fin, como puede deducirse fácilmente, uno y otro, INSS y MUTUA, con distintos argumentos procesales, todos ellos válidos en términos de defensa, intentan exonerarse de la responsabilidad del abono del porcentaje del 20 por 100 cuando una IPT cualificada y derivada de contingencia profesional se transforma en una IPA derivada de contingencia común. Pero a juicio del TS, parece que solo uno de ellos tiene la razón, y es, como se hizo en la sentencia anterior y como también tratará de argumentarse en la presente, el INSS. Pero, en la de ahora se manejan otros argumentos que la complementan.

El origen de la litis se sitúa en la demanda planteada por la MUTUA por la que reclama a la TGSS la devolución del capital constituido para hacer frente al abono del 20 por 100 de la prestación de IPT cualificada de su asegurado, una vez

que a este le fue reconocida la correspondiente prestación por IPA derivada de agravamiento de su situación médica. La petición se plantea en base al contenido del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio. Tanto en la instancia –Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo- como en suplicación –Sala de lo Social del TSJ de Galicia- la demanda es desestimada toda vez que ninguna de las causas por las que el art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio, contempla la devolución del capital coste concurren en este caso, pues no existe una sentencia firme que anule o reduzca la responsabilidad de la mutua (art. 71.1 RD 1415/2004) ni tampoco se trata de un supuesto de revisión por mejoría del estado del incapacitado (art. 71.1 RD 1415/2004). Es más, como apunta el TS, estamos ante lo que se conoce como “supuesto de revisión por agravación”. Como exige la normativa procesal vigente, para interponer y fundamentar su recurso de casación, la MUTUA aportó la correspondiente sentencia de contradicción y que fue la dictada por el TSJ de Andalucía (Granada) de 3 de octubre de 2013 (recurso de suplicación núm. 1354/2013), contradicción admitida por el TS de acuerdo con el art. 219 LRJS.

Sopesando los antecedentes de la sentencia anteriormente comentada en esta crónica (STS de 1 de julio de 2020) y la actual y las resoluciones de suplicación aportadas, es evidente que el tema es ciertamente controvertido. Sin embargo, la Sala de lo Social del TS, pese a mostrar por momentos ciertas dudas, o por lo menos así parece, vuelve a resolverlo en el mismo sentido que en la resolución anterior, por lo que, salvo modificación posterior de doctrina, el debate en temas como el presente debería quedar más que zanjado. Es más, en la que ahora se comenta, se da por sentada e indubitada la naturaleza jurídica del porcentaje que constituye la IPT cualificada, ya que frente a la afirmación de la recurrente de que “el complemento de la IPT en cuantía del 20%, aunque tiene naturaleza prestacional no se configura como una prestación diferente”, nada tiene que objetar. Por el contrario, y para llegar a la solución del litigio, la Sala se centra en el sentido y contenido del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio. Y concluye que “su contenido es taxativo” cuando dispone que

“los capitales de las pensiones no serán objeto de reversión o rescate (total o parcial) y salva únicamente los supuestos contemplados en los dos apartados anterior del propio artículo, entre los que no están el que aquí se contempla”. Y estos dos supuestos son los siguientes: cuando como consecuencia de sentencia firme, se anule o se reduzca la responsabilidad de la empresa o de la mutua declarada por responsabilidad administrativa; y, cuando como consecuencia de revisiones por mejoraría del estado invalidante profesional proceda el reintegro de la parte de la pensión no consumida.

En fin, nada que decir al argumento del TS en cuanto que la petición de reembolso por parte de la Mutua no entra dentro de los parámetros del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio. Ello es cierto. Pero no estaría de más, cierta argumentación jurídica en torno a la naturaleza jurídica del complemento constitutivo de la IPT cualificada, que es, así parece, el centro del debate, y ello pese a que la parte recurrente haya justificado su recurso en el contenido del art. 71 RD 1415/2004, de 11 de junio. Desde luego, ello tendría más sentido que concluir, como hace la presente sentencia indicando que “es verdad que la responsabilidad de la Mutua sería menor (55%) si la persona que se encuentra en IPT por contingencia profesional y accede a IPA por contingencia absoluta no hubiera accedido a la percepción del 20% examinado; también es cierto que, con arreglo a nuestra doctrina, ese complemento desaparece cuando se revisa el estado invalidante de quien lo percibe. Pero el tenor de las normas que disciplinan el reintegro parcial de capitales coste no contempla la posibilidad de que se produzca en casos como el ahora resuelto”.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de julio de 2020 (recurso de casación ud. núm. 1653/2018)**

**RESUMEN:** denegación de la prestación en favor de familiares por estar la solicitante casada en el momento del fallecimiento del causante, su padre, pese a haber instado la separación en una fecha anterior. La separación de hecho y la de derecho son dos situaciones diferentes, sin

que sea posible extender analógicamente los efectos de una a la otra. Además, mientras no se haya dictado sentencia de separación siempre cabrá desistir de la pretensión.

**NORMAS APLICADAS:**

Arts. 124 y 176 LGSS 1994 (Arts. 165 y 226 LGSS 2015).

La inclusión de la Sentencia del TS de 10 de julio de 2020 en la presente crónica jurisprudencial se debe a que uno de los argumentos en los que se justifica la denegación de la prestación que se reclama –en favor de familiares– es plenamente extensible a cualquier otra prestación de la Seguridad Social, lo cual es ciertamente relevante desde el ámbito de la teoría general de las prestaciones. Los otros dos, relativos a los efectos jurídicos de una separación o divorcio, podrían ser también extensibles a todas aquellas prestaciones en las que se exija para su acceso el vínculo matrimonial, actual o pasado, sin perjuicio de la existencia de normas específicas aprobadas al respecto y que alteren la regla general.

El conflicto de partida es el siguiente: la actora –recurrida en el presente recurso de casación–, nacida en el año 1952, el día 10 de junio de 2015 solicitó pensión en favor de familiares por el fallecimiento de su padre ocurrido el 23 de abril de 2015, siendo desestimada su solicitud el 15 de junio de 2015 por concurrir en ella el estado civil de casada. Otros datos relevantes concurrentes en la relación de hechos probados son los siguientes: el matrimonio había sido contraído el 12 de agosto de 1972 y del mismo habían nacido dos hijos. La demanda de separación se presentó el 9 de abril de 2014, es decir, algo más de un año antes de la defunción del causante. La sentencia de separación fue dictada el 13 de noviembre de 2015 y en ella se le atribuye el domicilio familiar a la actora y se le reconoce una pensión compensatoria de 50 euros/mes. En el momento de la separación los dos hijos del matrimonio son ya mayores de edad e independientes económicamente. La actora percibe pensión no contributiva de 366,90 euros/mes y el esposo 568 euros/mes con cargo al INSS.

En fin, de todos los datos fácticos que obran en los antecedentes de hecho de la sentencia de casación, basta por ahora detenerse en dos de ellos, y que son, a juicio de

la Sala de lo Social del TS, los fundamentales para resolver la controversia. A saber, por un lado, la fecha del fallecimiento del causante de la prestación que se reclama - 23 de abril de 2015- y, por otro, la fecha de la separación judicial del matrimonio de la solicitante de dicha prestación -13 de noviembre de 2015-. Esto es, en el momento del hecho causante de la prestación, el día del fallecimiento del padre -23 de abril de 2015-, la solicitante estaba casada, pues la sentencia de separación fue dictada el 13 de noviembre de 2015. Y para el TS, haciéndose eco de su propia doctrina, en concreto de la Sentencia (Sala de lo Social) de 1 de febrero de 2017 (recurso de casación ud. núm. 3007/2015), la solución es clara y única: "los requisitos de acceso a las prestaciones han de concurrir *necesariamente* en la fecha del hecho causante, fecha que es aquella en la que se actualiza la contingencia (art. 124.1 LGSS 1994), y que, en el caso de las prestaciones en favor de familiares, es la del fallecimiento del generador de las prestaciones". Lo que importa, por lo tanto, es que el día del fallecimiento del padre -causante-, la actora -solicitante de la pensión- fuera "soltera o divorciada o estuviera en situación legal de separación", pues así lo exigen los arts. 176.2 y 176.4 LGSS 1994 (arts. 226.2 y 226.4 LGSS 2015) que son los que ordenan los requisitos para acceder a estas prestaciones en favor de familiares. Y la actora no lo está, pues en esa fecha todavía está vivo el vínculo matrimonial. Es evidente que el TS hace una interpretación literal del contenido de la LGSS, frente a la que nada hay que objetar, en particular, en supuestos como el presente, en los que la norma aparece redactada con tal claridad que ha de estarse a su sentido gramatical sin que sea necesario que otros mecanismos interpretativos hayan de ponerse en marcha. El contenido de la LGSS, en el art. 226, apartados 2 y 4, específico para la prestación analizada, así como el del 165, aplicable con carácter general a todas las prestaciones, es preciso y no alberga ningún género de dudas, por lo que cualquier otra interpretación que no sea la literal deviene innecesaria e ineficaz, pudiendo, incluso, conducir, a deformar la intención del legislador llevando a soluciones jurídicas distintas o contrarias a las pretendidas por la ley.

El único resquicio que le quedaba a la demandante para justificar su derecho a percibir la prestación solicitada era el hecho de haber interpuesto la demanda de separación judicial de su matrimonio mucho tiempo antes del fallecimiento de su padre, poco más de un año, y, precisamente, este dato fue decisivo para que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia estimase la pretensión. Y ello, porque, "no fue por causa a ella imputable –en referencia a la actora– que se dilatase la sustanciación del referido procedimiento –en referencia a la separación (...)" y que tras dictarse la pertinente sentencia fue constatada la "precaria situación económica de los litigantes y, en concreto, de la actora (...)". Es más, continúa disponiendo la Sala de Galicia, la llegada de la separación legal pone de manifiesto "la situación de falta de medios de la actora que, por mor del óbito de su padre, se vio privada de la posibilidad de manutención que, en atención a los cuidados y atención que aquel precisaba dada su condición de dependiente, viviendo ambos con el importe de la pensión del citado causante", de ahí el acogimiento de la pretensión. Sin discutir la realidad de las afirmaciones de los magistrados de la Sala del TSJ de Galicia, el TS añade que "para causar derecho a las prestaciones los requisitos han de acreditarse en la fecha del hecho causante, fecha que es aquella en la que se actualiza la contingencia (como exige el art. 124.1 LGSS 1994 o art. 165.1 LGSS 1995), y que, en el caso de las prestaciones en favor de familiares, es la del fallecimiento del generador de las prestaciones". Y a partir de aquí, el alto Tribunal recuerda las diferencias existentes entre la separación fáctica y la separación jurídica del vínculo matrimonial, sin entrar en los "imponderables" no imputables a la actora que, según la Sala de suplicación impidieron que se dictase sentencia de separación antes del fallecimiento del causante. En la separación fáctica el vínculo permanece "con toda la potencialidad de efectos económicos derivados del deber de mutuo auxilio o ayuda – art. 67 CC", deber de ayuda mutua que no se produce en los mismos términos una vez que un órgano judicial declara la separación. Es más, una separación de hecho puede ser el resultado de una crisis matrimonial que no presenta

cualificación jurídica especial. Al no existir identidad de razón, el TS concluye que no es posible extender analógicamente los efectos de una situación respecto de la otra, en particular, en lo que se refiere a la prestación de la Seguridad Social de la que se trata, en cuya regulación “desempeña un papel primordial la situación legal de necesidad económica de la persona que la solicita”. Pero es que, además, frente al argumento de que la actora ya había instado la separación judicial, decisivo para fundamentar la estimación de la pretensión en la sentencia de suplicación, el TS, con un criterio muy lógico, al tiempo que jurídico, recuerda que hasta que se dicte sentencia cabe el desistimiento de la acción por reconciliación, lo que no es una situación extraña en la institución de la que se trata. Mientras tanto, instada la separación, pero sin sentencia, y con la posibilidad de reconciliación siempre abierta, y, por lo tanto, de desistimiento, los deberes de los cónyuges subsisten –en este caso, del marido- y se entiende que la mujer vive a su cargo y que puede reclamarle alimentos con la extensión prevista en el CC.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2020 (recurso de suplicación núm. 1129/2020)**

**RESUMEN:** acceso al mercado de trabajo como autónoma de trabajadora en estado de gestación y percepción de prestaciones de Seguridad Social, primero, incapacidad temporal tras denegación de la de riesgo durante el embarazo y, tras dar a luz, la de maternidad. Inexistencia de fraude ni abuso de derecho en su comportamiento.

**NORMAS APLICADAS:**

Art. 14 CE.

Arts. 3, 4, 6, 8 y 10 LOIEMH.

Arts. 42, 175, 180 LGSS.

Arts. 6.4 y 7.2 CC.

Art. 97.2 y 193 c) LRJS.

Interesante cuestión la que se dilucida en la presente resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, a saber, la existencia o no de fraude y abuso de derecho en el comportamiento de una trabajadora que ya en estado de

gestación procede a cursar su alta en el RETA como colaboradora del empresario, su pareja de hecho, que regenta un laboratorio dental en la ciudad de Ourense. En concreto, los hechos sucedieron de la siguiente forma: el alta en el RETA se cursó el 9 de enero de 2018 en su condición de colaboradora y, como ya se anticipó, en esa fecha, la trabajadora ya estaba embarazada. Entre las actividades laborales que llevó a cabo constan facturaciones mensuales, envío a clientes, domiciliación de recibos, transferencias de nóminas y trato con comerciales. Y fuera de las instalaciones de la empresa, visitas a clientes, gestiones administrativas, labores comerciales, etc. La trabajadora y el empresario son pareja de hecho inscrita en el Rexistro de Parellas de Feito de Galicia desde el 4 de abril de 2013. Sobre la vida laboral anterior de la trabajadora, en la resolución comentada solo consta que desde el año 2016 y hasta que se dio de alta en el RETA, en enero de 2018, ha estado sin trabajar. A los dos meses de cursar su alta en el RETA, solicitó prestación por riesgo durante el embarazo que le fue denegada –no constan los motivos–, por lo que inició IT y tras esta, sin solución de continuidad, una baja por maternidad (no consta la fecha exacta). Una vez finalizada la prestación por maternidad, no vuelve a trabajar.

Desde luego, no se puede negar que los hechos, tal y como se han sucedido, siembran un importante halo de dudas sobre la verdadera intención de la trabajadora al cursar su alta en el RETA, una vez confirmado su estado de gestación. Y eso es lo que parece que llevó a la ITSS a levantar la correspondiente acta de infracción que precedió al pertinente expediente sancionador que concluyó con resolución del INSS confirmando la sanción de pérdida de prestación de IT y maternidad y reintegro de las cantidades percibidas, por considerar que la beneficiaria actuó fraudulentamente al afiliarse al RETA para acceder indebidamente a las prestaciones de la Seguridad Social (IT y maternidad). Sin embargo, todo lo contrario pensó la magistrada de instancia, del Juzgado de lo Social núm. 2 de la ciudad de Ourense, que tras examinar las

argumentaciones de las partes –demandantes y demandadas, en concreto, el INSS y TGSS y Mutua colaboradora y la trabajadora-, estima la demanda dejando sin efecto la sanción y declarando el derecho de la actora a su afiliación en el RETA y a percibir las prestaciones solicitadas. En la base de su fallo, como se verá a continuación, despliega toda su eficacia el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

Tras el fallo de instancia, INSS y Mutua interpusieron sendos recursos de suplicación alegando cada una de ellas distintos motivos en la búsqueda de la revocación de la sentencia del Juzgado y la validez de la resolución administrativa sancionadora. No se va a entrar en todos ellos, pues a los fines pretendidos con este comentario es suficiente con analizar el último, en el que coinciden, además, ambas partes recurrentes y que fundamentan en el contenido del art. 193 c) de la LRJS, esto es, la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Para el INSS y para la Mutua, el sentido del fallo de la Sentencia de instancia infringe los arts. 6.4 y 7.2 CC en relación con distintos preceptos de la LGSS, entre ellos, el 42, 175, 180 y 314, toda vez que de la sucesión de hechos probados se evidencia una actuación fraudulenta de la trabajadora, ya que en un “espacio temporal muy breve intenta en dos ocasiones la misma operación que es buscar una prestación económica por razón de su embarazo, en primer lugar, una prestación de riesgo por embarazo y al serle denegada una IP y, tras la misma, la prestación por maternidad”, alega la Mutua. A lo que el INSS añade que la actora “ha estado sin trabajar desde 2016 y se da de alta en el RETA en estado de embarazo (...) y que además finalizada la maternidad no vuelve a trabajar”. La trabajadora se opone a dichos recursos, negando el comportamiento fraudulento y centrando su oposición en la “prestación de servicio de forma efectiva en el laboratorio de su pareja”.

La solución no parece fácil, pues como se dijo en su momento, la sucesión de hechos, tal y como se han producido, genera dudas racionales. En particular estos tres datos: la recurrida no estaba de alta en ningún Régimen de

Seguridad Social antes de su embarazo. Una vez finalizada su prestación por maternidad, no vuelve a trabajar. Y, por último, la actividad en la que ejerce su actividad profesional es el negocio de su pareja de hecho, un laboratorio dental. Eso sí, nadie duda, pues constan como hechos probados, el verdadero ejercicio de una actividad profesional por parte de la trabajadora tanto dentro como fuera de las instalaciones de la empresa. En fin, desde la perspectiva objetiva, la trabajadora tiene derecho a percibir las prestaciones solicitadas, pues en el momento del hecho causante concurren todas las condiciones para su percepción. Las dudas surgen desde la perspectiva subjetiva, toda vez que el ordenamiento jurídico proscribiera el fraude de ley –art. 6.4 CC- y el abuso de derecho –art. 7.2 CC- que hipotéticamente podrían concurrir en la conducta de la trabajadora.

Sobre el fraude de ley, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, recuerda sus elementos configuradores y una vez identificados pasa a examinar su eventual concurrencia en el presente caso, eso sí, en el contexto del estado de embarazo de la recurrida, que va a ser el elemento decisivo para apreciar su inexistencia. Y tales elementos son los siguientes: su componente subjetivo o de intención y la necesidad de probar tal intención defraudatoria admitiéndose a tal fin la técnica de la prueba de presunciones. Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación, recuerda la Sala el papel decisivo de la juzgadora de instancia y el principio general de libre valoración de la prueba del art. 97.2 LRJS. En fin, que el Tribunal no entra, pues el ordenamiento no se lo permite, a valorar el componente subjetivo de la hipotética conducta defraudatoria de la recurrida. Pero sí valora los elementos objetivos, concurrentes en la presente litis –el fundamental, el embarazo-, y, precisamente, en su análisis añade la perspectiva de género decisiva para confirmar la sentencia de instancia.

Y este modo de juzgar con perspectiva de género lleva a la Sala a declarar lo siguiente: "el hecho de que una trabajadora esté en estado de gestación en el momento en

el que accede al mercado laboral ha de considerarse como un hecho neutro porque no puede constituir la base fáctica de la que derive una consecuencia negativa o distinta de la que hubiera podido extraerse de no concurrir dicha circunstancia biológica”, esto es, “no puede llevar bajo ningún concepto a concluir que la contratación es fraudulenta y con ánimo de connivencia y defraudatorio (...) entender lo contrario supondría una clara interpretación prohibida en derecho por ir en contra del principio de igualdad y de discriminación por razón de sexo”. Y tampoco puede ser indiciario el hecho de que solicite, antes de la IT, una prestación por riesgo de embarazo, porque de nuevo tal dato ha de ser considerado neutro (y por lo tanto intrascendente a efectos de resolver el presente recurso) ya que se trata de una prestación relacionada exclusivamente con el hecho de ser “mujer” trabajadora y “estar embarazada”.

En el análisis del segundo de los comportamientos sospechosos de la trabajadora, según alegan las recurrentes en sus respectivos recursos, esto es, el abuso de derecho, la Sala también aporta la perspectiva de género para concluir que no se “puede conceptuar como un uso abusivo el que una mujer en estado de gestación acceda al mercado laboral y pretenda el cobro de las prestaciones que el sistema le reconoce”. Por otra parte, no se puede apreciar en dicho actuar “un ejercicio antisocial del derecho” pues son hechos –el embarazo– que deben ser valorados como “neutros”.

En definitiva, el principio constitucional de igualdad y no discriminación, como no podía ser de otra manera, reviste de objetividad cualquier conducta efectuada por una trabajadora embarazada, pues el embarazo en sí no puede ser tomado en cuenta para valorar actitudes, decisiones ni comportamientos exteriores de las personas. Es decir, la integración de la dimensión de género en la actividad juzgadora, a la que está obligado por ley el poder judicial, evita entrar en el análisis de cualquier componente intencional de hipotéticas conductas defraudatorias cuando con tal análisis quede comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 6 de noviembre de 2020 (recurso de suplicación núm. 1482/2020)**

**RESUMEN:** se reconoce la responsabilidad mancomunada de todas las empresas en las que estuvo empleado el trabajador durante su vida laboral al abono del recargo de prestaciones de la Seguridad Social sobre la prestación de IP derivada de silicosis. La relación de causalidad exigida entre el incumplimiento y el daño, en el caso de las canteras y la silicosis, se presume, salvo prueba en contrario, sin que necesite ser acreditada.

**NORMAS APLICADAS:**

LPRL y disposiciones de desarrollo.

Art. 193 LJSS.

Otra vez en una sentencia de suplicación se resuelve sobre la procedencia o no del recargo de prestaciones de la Seguridad Social y otra vez por un supuesto de silicosis de los trabajadores de las canteras. Es extraño el semestre que no llega a la Sala de lo Social del TSJ de Galicia un asunto de recargo sobre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la silicosis de los trabajadores de las canteras y siempre, en todas, concurre alguna circunstancia que hace que merezcan una reseña en esta crónica jurisprudencial. Y en la que pasa a exponerse a continuación, lo es la modalidad de la condena empresarial, mancomunada, a todas y cada una de las empresas que fueron empleadoras del trabajador afectado por la enfermedad durante su vida laboral y cada una de ellas en proporción al tiempo en el que el trabajador estuvo contratado.

El conflicto de partida es el habitual en casos como el presente: trabajador de las canteras expuesto durante su vida laboral –en concreto, consta en los hechos probados que lo fue durante 10.901 días- a riesgo pulvígeno. En el año 2015 por el Juzgado de lo social núm. 5 de Vigo le fue reconocida la IPT derivada de enfermedad profesional. Tres años después, en el 2018, el trabajador cursa solicitud de recargo sobre su prestación de IP que es desestimada en vía administrativa y judicial y que es la que ahora se recurre ante el TSJ de Galicia. Entre los muchos datos que se

describen en la sentencia de suplicación consta la existencia de la adopción de distintas y variadas medidas de protección y prevención de riesgos laborales adoptadas por las empresas que a lo largo de su vida laboral fueron empleando al trabajador afectado. Entre otras, las siguientes: mascarillas de papel, auriculares, cascos y guantes, captadores de polvo, realización de controles médicos anuales a sus trabajadores, controles de nivel de concentración de polvo de sílice y cursos de riesgos laborales y seguridad en canteras al actor.

Contra la sentencia de instancia, que desestima la petición de recargo, se alza el actor que interpone el correspondiente recurso de suplicación por los siguientes motivos, la revisión de algunos de los hechos declarados probados, ex art. 193. b) LRJS, y, fundamental, la infracción de normas sustantivas y del procedimiento, ex art. 193.c) LRJS. Y son muchas las normas que se consideran infringidas, todas ellas debidamente relacionadas en la sentencia que se comenta. Las más genéricas, la CE, la LPRL, la OGSHT y el RD 39/1997. Otras más específicas, aunque de aplicación general, el RD 773/1994. Otras sectoriales, sobre seguridad minera, en concreto, el RD 3255/1983, RD 1389/1997 y la Orden ITC/2585/2007. Y también, otras específicas de las enfermedades profesionales, entre ellas, el D 792/1961 y la Orden de 16 de octubre de 1991. También se alega la vulneración de la jurisprudencia recaída en esta materia.

Pero, además, pretende la condena de todas las empresas demandadas, no consta si solidaria o mancomunada. Pero la Sala va a desestimar la condena frente a una de ellas y por interesantes razones que pasan a exponerse a continuación. Frente a una de las empresas, en concreto, la entidad Antonio R.R., por aplicación del efecto positivo de cosa juzgada del art. 222.4 LEC, toda vez que en el año 2007 ya había sido instada por el actor contra la referida mercantil acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional –la misma que padece hoy– terminándose la reclamación con archivo del procedimiento por desistimiento. Al respecto, y al margen de los motivos que llevaron a la finalización del procedimiento, la Sala

recuerda que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Y esto es lo que ha sucedido con la referida empresa, Antonio R.R., fruto de tal efecto de cosa juzgada y en relación al período en que fue empleadora del recurrente, lo cual ha de conllevar su absolución.

Pero no ha sucedido lo mismo frente a las demás, y aquí radica lo más interesante de esta resolución, pues se discute y se analiza si procede la condena o no de todas las empresas demandadas para las que ha prestado servicios el trabajador a lo largo de su vida laboral, excepto la absuelta por cosa juzgada, obviamente. Y para ello, una vez repasados los requisitos exigidos por la ley para la condena al recargo de prestaciones, los magistrados integrantes de la Sala se detienen en uno de ellos, pues su concurrencia en relación con cada una de las empresas y la enfermedad del trabajador, es fundamental. A saber, el nexo causal entre el incumplimiento empresarial y el daño causado. Al respecto, en la sentencia que ahora se comenta se recuerda que en la de instancia se había absuelto de la condena al recargo a todas esas empresas. Por el contrario, los magistrados de suplicación discrepan de tal parecer cuando comienzan su argumentación señalando que parece que la sentencia de instancia no está en consonancia con la jurisprudencia existente sobre recargo toda vez que no parece que quepa exonerar "a las empresas de la imposición de recargo, al resultar acreditado como se hace constar en hechos probados, que hubo exposición al polvo de sílice, estando el demandante expuesto a riesgo pulvígeno durante 10.901 días" (téngase en cuenta que 10.901 días son casi 30 años, esto es, la mayor parte de la vida laboral del trabajador recurrido). Y sobre esta cuestión, y más allá de los detalles que puedan afectar a cada una de las empresas empleadoras del trabajador, el TSJ afirma y deja constancia expresa de lo siguiente: que "en una cantera existe una gran cantidad de polvo en suspensión, de tal forma que

cualquiera que trabajase en dicho lugar estaría en contacto con el sílice y, además, el hecho de que haya contraído dicha enfermedad profesional -cuya relación directa con el granito y las canteras- es indiscutible y revela que las medidas adoptadas y los medios proporcionados han sido insuficientes, lo que conduce a estimar la responsabilidad de las empresas implicadas por no haber adoptado todas las medidas imprescindibles -incluso aquéllas no exigidas legal o reglamentariamente- para evitar la infección".

En fin, para el TSJ de Galicia el elemento concluyente es el nexo causal entre el incumplimiento y el daño, circunstancias estas últimas que hay que acreditar. Ahora bien, y aquí está lo decisivo cuando se trata de una enfermedad que afecta de forma tan mayoritaria al personal que ha prestado o que presta servicios en las canteras gallegas, el hecho de padecer la enfermedad -la silicosis- o de exteriorizar síntomas es ya determinante -salvo prueba en contrario, naturalmente- de un eventual incumplimiento empresarial. Pues como indica la sentencia que se comenta, "en una cantera existe una gran cantidad de polvo en suspensión, de tal forma que cualquiera que trabajase en dicho lugar estaría en contacto con el sílice". Y "el hecho de que haya contraído dicha enfermedad profesional (...) es indiscutible y revela que las medidas adoptadas y los medios proporcionados han sido insuficientes". Ahora bien, esto es así, porque la relación entre uno y otro -el granito y las canteras con la enfermedad padecida por el actor- es indiscutible y no necesita ser probado.

Desde luego, la conclusión, o, mejor dicho, la forma de llegar a esta conclusión por parte de los magistrados de la Sala de lo Social de Galicia, tiene gran potencial para su posterior aplicación a los trabajadores del sector, que no son pocos en la CA de Galicia. Y desde luego, mientras no se erradique o se reduzca considerablemente la lista de efectos de esta patología -la silicosis-, la amenaza de la condena del recargo de prestaciones puede servir de importante palanca de empuje para el cumplimiento empresarial de las obligaciones de seguridad y salud laboral. Con todo, condenas como la recogida en la sentencia que ahora se termina de comentar, surten sus

efectos hacia el pasado, por lo que cualquier propósito de enmienda empresarial es difícil de materializar, pues han sido todas por las que ha deambulado el trabajador durante su vida laboral las condenadas de forma mancomunada “en proporción al tiempo de exposición al riesgo (...) toda vez que sí es posible individualizar las responsabilidades” y ello “aún cuando en materia preventiva el criterio habitual es la solidaridad de los obligados, ello deriva de obligaciones que dimanen de las relaciones entre las empresas, relaciones aquí inexistentes”. Téngase en cuenta, además, continúa señalando el TSJ de Galicia que se trata de una “dolencia de carácter progresivo, silenciosa y latente” por lo que “ha de atenderse a los periodos trabajados para una y otra empresa de muy diversa duración en cuanto a la exposición al sílice para establecer la responsabilidad de cada una de las condenadas”.