

DERECHO SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo (España)
belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: Seguridad Security; prestaciones, cotización.

Palabras chave: Seguridade Social; prestacións; cotizacións.

Keywords: Social Insurance; benefits; contributions.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 23 de julio de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2956/2019)

RESUMEN: la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad profesional por cuenta propia sólo es posible en el caso de los autónomos personas físicas, no de los societarios, teniendo en cuenta que los requisitos legalmente exigidos (realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena) sólo son predicables respecto de estos. En el caso de los autónomos societarios, el empleador es la sociedad. Se atiende con esta doctrina a la reforma operada por Ley 6/2017, de 24 de octubre, pues de admitirse compatibilidad plena respecto de los autónomos societarios se rompería la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 214, 305 y 318 LGSS.

Muy interesante es la cuestión debatida en esta Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 23 julio de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2956/2019) que casa y anula la de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 (recurso de suplicación núm. 398/2019) e impide la compatibilidad plena de una pensión de jubilación en el RETA con la actividad profesional del jubilado como autónomo societario. Es evidente que, bajo el escenario de la necesaria prolongación de la vida laboral de las personas trabajadoras, como así se proclama desde la aprobación del primer Pacto de Toledo en el año 1995, y la defensa de la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación, el sentido del fallo del TS, contrario a la resolución de suplicación, es, cuando menos, llamativo. Sin embargo, las razones vertidas en su argumentación, muy fundamentada, parecen acertadas, y, desde luego, acordes con el contenido del ordenamiento jurídico vigente.

Los hechos litigiosos se sucedieron de la siguiente manera: el demandante –don Federico–, en el año 1991, constituyó con su esposa, por mitades, una sociedad limitada que emplea en la actualidad a 5 trabajadores. El 1 de octubre de 1992 se dio de alta en el RETA. El 15 de noviembre de 2017 solicitó la jubilación activa por la realización de trabajos por cuenta propia que el INSS le denegó alegando que no tenía la condición de empresario físico y que su inclusión en el RETA era debida a su condición de consejero de la sociedad. No conforme con dicha resolución administrativa, don Federico inició la vía judicial, interponiendo la demanda correspondiente ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense.

Según el art. 305.1 LGSS, estarán obligatoriamente incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos “las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una

actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena". Pero también, según el mismo precepto, en su apartado 2, "quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador para una sociedad de capital (...) siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella", entendiéndose que se produce tal circunstancia, entre otras razones, cuando sus acciones o participaciones supongan, al menos, "la mitad del capital social". El primero es el que se conoce como autónomo persona física y el segundo como autónomo societario. Es obvio que la calificación de la afiliación de don Federico en el RETA, tal y como fueron descritos los hechos, es la de autónomo societario.

La jubilación activa que solicita el demandante y que le deniega el INSS es la regulada en el art. 214 LGSS bajo la rúbrica "pensión de jubilación y envejecimiento activo", cuyo apartado 1 declara que "el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista". El apartado 2 puntualiza que "si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento". Su apartado 4 matiza que "el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos". Y ya, por último, su apartado 7, precisa que "la regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente".

Para la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, es indiferente que el autónomo que solicita la compatibilidad de su pensión de jubilación con el desarrollo de su actividad profesional, sea un autónomo persona física o un autónomo societario. El art. 214.1 LGSS tan solo exige la "realización de una actividad por cuenta propia", sin más consideraciones. Y para la Sala gallega, don Federico cumple el referido requisito, por lo tanto, podrá compatibilizar pensión y trabajo. Entre otras argumentaciones, la Sentencia de suplicación recuerda la

intención legislativa presente en todas las reformas efectuadas sobre la pensión de jubilación de la Seguridad Social de favorecer el llamado *envejecimiento activo*. Es más, en la presente *litis*, la cuantía de la pensión de jubilación del demandante compatible con su actividad ha de alcanzar el 100 por ciento del importe que le corresponda, pues en su condición de “trabajador por cuenta propia” acredita “tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena”, como así se exige literalmente en el art. 214.2 LGSS. En definitiva, como se pone de manifiesto en la Sentencia del TSJ de Galicia, todo el art. 214 LGSS es aplicable al RETA, sin distinción, por expresa remisión del art. 318 d) LGSS. La condición de autónomo –persona física o autónomo societario- es totalmente indiferente a estos efectos.

En el recurso de casación interpuesto por el INSS, como Sentencia de contraste se aporta la dictada por el TSJ de Asturias, de 26 diciembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 2219/2018) en la que se deniega al administrador único de una sociedad la compatibilidad del 100 % de su pensión de jubilación con su actividad como autónomo societario, pues tal posibilidad solo está reservada para los autónomos personas físicas y que acrediten tener contratado a un trabajador. En términos de la sentencia de contraste, la compatibilidad de una actividad autónoma con el 100% de la pensión, solo está reservada para el “pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en virtud del apartado 1º del art. 305 LGSS”. Con todo, la referida sentencia de contraste sí reconoce al autónomo recurrente, administrador de una sociedad, la compatibilidad de su actividad con el 50% de la pensión de jubilación que le corresponde. A tal fin, alude al criterio de gestión núm. 18/2018, de 26 de julio, del INSS que así lo establece.

Por lo tanto, tras las consideraciones anteriores, son dos las cuestiones jurídicas objeto de debate que subyacen bajo la petición de jubilación activa del demandante en los presentes autos. A saber, la primera, la compatibilidad –en abstracto- de una actividad profesional como autónomo societario con la pensión de jubilación. Y la segunda, de admitirse tal

compatibilidad, la cuantía que puede alcanzar el importe de la pensión que se compatibiliza, que será del 100 % si dicho autónomo "acreditar tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena", tal y como prevé el art. 214.2 LGSS. Se hace esta aclaración, porque tal y como están ordenadas en el art. 214 LGSS estas dos cuestiones, el objeto de debate puede dar lugar a confusión y entenderse como una sola, la de la compatibilidad de la pensión con la actividad profesional como autónomo, al margen de su cuantía.

Sobre la primera cuestión, la Sala de lo Social del TS adopta una postura bastante categórica, al defender la doctrina que distingue al autónomo clásico del autónomo societario, al que le niega la condición de "trabajador por cuenta propia". Y no puede ser "trabajador por cuenta propia", matiza la Sala, porque sus actividades y funciones de dirección o gerencia propias del cargo de consejero o administrador u otros servicios que desempeñe, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, se desarrollan para la sociedad de capital, que es la que corre exclusivamente con los riesgos del negocio. En definitiva, como apostilla el TS, no todo el trabajo autónomo lo es por cuenta propia y así le sucede al demandante en las presentes actuaciones, don Federico.

Sobre la segunda cuestión objeto de debate y tras la solución defendida para solventar la primera, poco habría que puntualizar, más que confirmar la imposibilidad de percibir el 100% de la pensión de jubilación, al no ostentar el solicitante la condición de trabajador por cuenta propia, sin que se le niegue la de autónomo incluido en el RETA. En la Sentencia aquí comentada se puntualiza que "la condición de trabajador autónomo del demandante, así como su inclusión en el RETA (...) no comportan que, los contratos laborales, realizados por la sociedad, se le adjudiquen al demandante, aunque tenga control efectivo sobre la misma". La referida sociedad, "disfrutaba plenamente de su personalidad jurídica y fue dicha mercantil quien contrató a sus trabajadores, asumiendo los costes de dichas contrataciones". En definitiva, la titularidad de las relaciones laborales, concertadas por la sociedad, le corresponde a esta, quien ostenta la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios. La tesis contraria supondría vaciar de contenido su personalidad

jurídica, no siendo admisible, por tanto, que el demandante asuma la condición de *empresario de hecho*, porque controle la mercantil”.

En definitiva, la Sentencia de la Sala del TS aclara una cuestión decisiva a estos efectos y que es la distinción del trabajador autónomo con la del trabajador por cuenta propia, lo que no siempre se tiene en cuenta, no en vano, el propio Régimen Especial de Seguridad Social se autocalifica de estas dos maneras: “Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”. Sin embargo, en algunos aspectos de su régimen jurídico, como es el de la compatibilidad del 100% de su pensión de jubilación con su actividad, hay que proceder a cierta distinción en esta clase de profesionales, aunque no sea tanto, como insiste el TS, por su condición de trabajador autónomo o trabajador por cuenta propia, como por su capacidad para contratar a un trabajador a su servicio, lo que en este caso no acredita don Federico, de ahí que se le deniegue la compatibilidad del 100 % de su pensión de jubilación con su actividad profesional. Ahora bien, aun estando de acuerdo con el fallo de TS, con su argumentación parece olvidar que si don Federico, aun siendo autónomo societario, pudiese contratar a un trabajador por cuenta ajena, no podría negársele la compatibilidad plena de su pensión con su actividad.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 de octubre de 2021 (recurso de casación ud. núm. 4961/2018)

RESUMEN: El TS estima parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora y casa y anula la sentencia recurrida dictada por el TSJ de Galicia, el 16 de octubre de 2018, ordenando la reposición de las actuaciones al momento anterior a la misma para que la Sala resuelva sobre todas las peticiones suscitadas en el litigio principal, en concreto, sobre la incapacidad permanente total y parcial de la actora. Vulneración del principio de congruencia de las sentencias con las peticiones de las partes.

NORMAS APLICADAS:

Art. 194 LGSS.

Art. 219 LJS.

Art. 218 LEC.

La cuestión litigiosa objeto de análisis y debate en la presente resolución de la Sala de lo Social del TS, de 14 de octubre de 2021, es de naturaleza puramente procesal, pero de gran relevancia en el ámbito material de la Seguridad Social. Se trata de determinar el alcance y la correcta interpretación del principio de congruencia del contenido de la sentencia con la demanda y demás pretensiones de las partes, regulado en el art. 218 LEC bajo la rúbrica "exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación". La petición de la demandante, primero en vía administrativa y, posteriormente, vía judicial, había sido el reconocimiento de su incapacidad permanente total (IPT) para su profesión u oficio de encargada de panadería con el derecho al abono de la prestación correspondiente. Subsidiariamente, había solicitado, también, el reconocimiento de su incapacidad permanente parcial (IPP). La existencia de distintos grados de incapacidad permanente –gran invalidez, absoluta, total y parcial- y las exigencias derivadas del principio rogatorio hacen presagiar con facilidad la trascendencia del principio de congruencia de las sentencias, de ahí el comentario de esta resolución. Por otra parte, la solución a la cuestión planteada no parece a priori tener una fácil solución, no en vano el TS, en su sentencia, casa y anula la de suplicación, la dictada por el TSJ de Galicia el 16 de octubre de 2018 (recurso de suplicación núm. 2171/2018) ordenando la reposición de las actuaciones al momento anterior a la misma para que por la Sala gallega se dicte otra resolución en la que se proporcione una respuesta a todas las peticiones suscitadas en el litigio, esto es, sobre la incapacidad permanente total de la solicitante, pero también sobre su petición subsidiaria, la incapacidad permanente en grado parcial.

El conflicto jurídico se inicia tras la resolución administrativa del INSS, de 28 de mayo de 2015, por la que se le deniega a

la solicitante –doña Débora- el reconocimiento de grado alguno de incapacidad permanente por “no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una IP”. Nada se va a referir aquí sobre la naturaleza y gravedad de las lesiones concretas que presentaba, por no ser relevantes a los efectos de este comentario. Disconforme la trabajadora con la resolución administrativa, interpone la correspondiente reclamación previa a la vía judicial, que, como suele ser habitual mantiene el sentido de la primera resolución por lo que doña Débora plantea la correspondiente demanda judicial quedando así iniciada la vía jurisdiccional. El Juzgado de lo Social número 1 de A Coruña estima íntegramente su demanda y declara a la actora en situación de IPT, sentencia que es íntegramente revocada por el TSJ de Galicia con desestimación de la demanda. El recurso de suplicación había sido interpuesto por la Entidad Gestora, el INSS.

Disconforme con la sentencia de suplicación, la parte actora, doña Débora, interpone el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando varios motivos, entre ellos, el que es objeto de este comentario, esto es, la vulneración del principio de congruencia con la demanda “al no pronunciarse la sentencia recurrida, tras denegar la petición principal, sobre la subsidiaria”. Ni que decir tiene que, habida cuenta el tipo de recurso planteado, la recurrente aporta la correspondiente sentencia con pronunciamiento contradictorio frente a la recurrida, cumpliendo con ello con el trámite del art. 219 LJS. Se trata, en concreto, de la STS de 18 de julio de 2003 (recurso de casación núm. 3891/2002). Sobre este requisito, téngase en cuenta que tan válidas para acreditar la contradicción son las sentencias de suplicación, como las de casación.

Para el Ministerio Fiscal, es “evidente la incongruencia omisiva en la que ha incurrido la sentencia recurrida” –la de suplicación-, tal y como hace constar en el informe que emite para la tramitación del recurso. No opina lo mismo el INSS, que en su escrito de impugnación del recurso de casación alega, en síntesis, lo siguiente: por un lado, que la actora, en su escrito de impugnación al recurso de suplicación planteado –no se olvide que su demanda había sido estimada en la

instancia-, "no hizo mención de la petición subsidiaria", considerando, por lo tanto, ajustado a derecho el pronunciamiento de la sentencia recurrida. En segundo lugar, continúa señalando el INSS, que lo que se ha producido es una "desestimación tácita de la pretensión (...) lo que se obtiene del último párrafo de su fundamento de derecho segundo en el sentido de entender que las dolencias de la parte actora no revisten entidad invalidante alguna, con cita del art. 194 LGSS".

De acuerdo con el contenido del art. 218 LEC y los motivos alegados por el INSS en su escrito de impugnación del recurso de casación, no parece que la interpretación del principio de congruencia de las sentencias con las peticiones de las partes plantee demasiadas dudas. El conflicto, en este caso, parece que está en precisar el contenido de la petición de la demandante, tanto en su demanda inicial, como con posterioridad, en su escrito de impugnación al recurso de suplicación interpuesto por el INSS. Y aquí es donde parece que se abre la brecha entre la doctrina que defiende el TSJ de Galicia y la de la Sala de lo Social del TS. En definitiva, las dos Salas, como no podía ser de otra manera, conocen y respetan el principio de congruencia de sus sentencias con las peticiones de las partes, pero se contradicen a la hora de precisar el alcance de la petición principal de la demandante en los presentes autos.

La Sala de lo Social del TSJ de Galicia expone los argumentos jurídicos y fácticos del sentido de su fallo –estimatorio del recurso del INSS- de forma clara y precisa: "a la vista de este cuadro clínico resulta evidente que tales dolencias, valoradas en su conjunto, no inhabilitan a la actora para la realización de todas o las fundamentales tareas propias de la referida profesión de encargada de panadería, por cuanto con las limitaciones que presenta es perfectamente posible que la actora lleve a cabo todas las tareas de su trabajo (...). Por otra parte, el EVI en su dictamen hace constar que tan solo "podría existir limitación para tareas que supongan requerimientos muy intensos y mantenidos de mano/muñeca derecha (...). En consecuencia, ninguna de las dolencias indicadas reviste entidad invalidante alguna, razón por la cual el supuesto litigioso no puede quedar incardinado en el

artículo 194 de la vigente LGSS. Procede acoger el recurso, revocar el fallo impugnado y desestimar íntegramente la demanda con absolución de los demandados". Por lo tanto, según el TSJ de Galicia la actora no estaba afectada por una incapacidad permanente en ninguno de sus grados. Según se infiere de la Sentencia de casación, la razón de ser del pronunciamiento de suplicación radica en que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación, el presentado por doña Débora, "no se hacía mención" a la petición subsidiaria de su demanda, esto es, a la IPP, limitándose, dicho escrito, a "combatir el de interposición del recurso en el que se postulaba por la parte demandada que la actora no estaba afectada del grado de incapacidad permanente que le había reconocido la sentencia de instancia".

Por el contrario, el TS interpreta el principio de congruencia de las sentencias de la siguiente manera:

En primer lugar, cuando el sentido del fallo de una sentencia ha sido recurrido por cualquiera de las partes, la parte recurrida –se supone, por lo tanto, la que ha visto estimada su petición principal- no está obligada a insistir en fase procesal de recurso en la petición subsidiaria de la que no constaba ningún expreso desistimiento.

En segundo lugar, la desestimación tácita de una eventual petición subsidiaria no puede ser admitida. En este sentido, indica el TS, que el TSJ solo se centró en la IPT dejándola sin efecto, pero en ningún momento siguió resolviendo sobre la petición que con carácter subsidiario se había planteado en la demanda limitándose a razonar y argumentar sobre la capacidad laboral de la demandante para atender las todas o las esenciales tareas de su profesión habitual. Ninguna referencia se hacía a si las limitaciones funcionales declaradas probadas ponían de manifiesto que pudieran provocar una disminución no inferior al 33% de su rendimiento normal, siendo esta una específica y concreta valoración en derecho que no puede entenderse recogida en la propia de la incapacidad permanente total que atiende a la inhabilitación para la realización de todas o las fundamentales tareas de la profesión habitual. Es por ello que con razón jurídica el TS ordena reponer las actuaciones al momento anterior a la sentencia de suplicación para que la Sala

autonómica se pronuncie sobre todas las peticiones suscitadas por la actora, esto es, no solo sobre su incapacidad permanente total sino también sobre la existente en grado parcial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2582/2018)

RESUMEN: responsabilidad exclusiva de la Mutua en el pago de la prestación de IPA que, en revisión por agravación, le ha sido reconocida al trabajador, quien, hasta entonces, venía siendo perceptor de una pensión de IPT por aquella contingencia y de la que fue declarada responsable la Mutua, que se aquietó en vía administrativa con dicha declaración.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 80, 167 y 200 LGSS.

Art. 71 LJS.

La revisión del grado de una prestación incapacidad permanente –en este caso, por empeoramiento del beneficiario- no supone la constitución *ex novo* de un derecho, sino, tan solo, la alteración de los presupuestos fácticos que dieron lugar a su reconocimiento y que repercuten en la capacidad laboral de quien padece las dolencias. El que no conforme una nueva situación jurídica implica que se mantiene la responsabilidad en orden al pago de la prestación económica correspondiente, tal y como había sido declarada por la resolución constitutiva de la incapacidad permanente. Así se puede resumir la cuestión enjuiciada en la presente resolución de la Sala de lo Social del TS resultante de la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social de TSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 (recurso de suplicación núm. 4164/2017). Hay que anticipar que el recurso de casación, en este caso, fue estimado y, por lo tanto, la sentencia de suplicación, casada. El recurrente en casación había sido el INSS, condenado por el TSJ de Galicia a responder, junto con la Mutua Gallega, del abono de la

prestación económica correspondiente al nuevo grado de incapacidad permanente del beneficiario. En concreto, la condena del INSS alcanzaba un 73% de la prestación y la de la Mutua el 27% restante. La distribución la hizo el TS en proporción al tiempo de exposición del beneficiario al riesgo. El INSS argumenta en su recurso de casación que el asegurado era perceptor de una prestación de IPT derivada de enfermedad profesional y de la que era responsable única la MUTUA. Por lo tanto, de la nueva prestación, IPA por agravación de su enfermedad, nada tiene que responder, afirma el INSS, puesto que la Mutua "se aquietó en vía administrativa con dicha declaración" el recurso de casación". Los hechos enjuiciados se sucedieron de la siguiente manera: por resolución administrativa del INSS del año 2013, don Leonardo, nacido en el año 1970, fue declarado en IPT derivada de enfermedad profesional (silicosis de segundo grado) con una base reguladora de 1.549,23 euros mensuales, con el 100% de responsabilidad de la MUTUA GALLEGA. Nadie recurrió esta resolución.

Tres años después y previo informe médico del EVI en el que se apreciaba un empeoramiento clínico radiológico de su silicosis pasando a ser de tercer grado, la Dirección Provincial del INSS declaró a don Leonardo afecto de IPA derivada de su enfermedad profesional, correspondiendo la responsabilidad del abono de la pensión de 1.572,58 euros a la MUTUA GALLEGA. Esta vez, la MUTUA GALLEGA formuló reclamación previa interesando la responsabilidad compartida con el INSS en función del período de aseguramiento del beneficiario durante su vida laboral. En los antecedentes de hecho de la sentencia objeto de este comentario, constan los distintos períodos de aseguramiento del don Leonardo a fin de dejar constancia de que también hubo espacios temporales en los que las empresas empleadoras no tenían concertados los riesgos con la MUTUA GALLEGA, sino con el INSS. Como era de esperar, la reclamación previa de la MUTUA fue desestimada por el INSS, de ahí el inicio del proceso judicial que ha dado lugar a la presente Sentencia. En concreto, se interpone recurso de casación ante el TS porque tras desestimarse, también en la instancia, la demanda de la MUTUA, es estimada por la Sala

de lo Social del TSJ de Galicia en la sentencia antes referida de 28 de febrero de 2018, en la que se declara que “la responsabilidad en orden al nuevo grado de incapacidad permanente absoluta declarada, y por el importe igual al capital coste ingresado a tal efecto, debe ser repartida entre el INSS y la Mutua Gallega en proporción al tiempo de exposición al riesgo, y en tal sentido debemos atribuir y atribuimos una responsabilidad del 73% al INSS y el 27% restante a la Mutua recurrente”. Ante el TS, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 8 de febrero de 2017 (recurso de suplicación núm. 2149/2016).

Como se avanzó al principio de este comentario, la cuestión litigiosa radica en calificar jurídicamente el nuevo grado de una prestación de incapacidad permanente –nueva situación jurídica o mera alteración de los presupuestos fácticos que dieron lugar a su reconocimiento- y a partir de ahí determinar la responsabilidad del abono de la pensión, según la vida laboral del beneficiario.

Bajo estas consideraciones y al hilo de los distintos períodos de aseguramiento acreditados por el beneficiario en el INSS y en la MUTUA GALLEGA y por lo tanto la eventual aplicación de la teoría que se conoce como la *responsabilidad compartida* es preciso hacer las siguientes consideraciones. En los supuestos de enfermedad profesional, la responsabilidad compartida a la hora de abonar la correspondiente prestación se justifica cuando existen varias aseguradoras del riesgo –la enfermedad-. Y su distribución se hace en proporción al tiempo de exposición al riesgo asegurado, sin que sea posible atribuir la responsabilidad en exclusiva a la última entidad aseguradora. A fin de cuentas, la enfermedad es una contingencia que se manifiesta de forma progresiva sin que muchas veces se pueda detectar el momento exacto de su inicio. Tampoco se desarrolla literalmente a lo largo del tiempo, sino que sufre mejorías y agravaciones. De ser el caso, quedaría excluida de cualquier responsabilidad la entidad aseguradora de alguna empresa en la que la persona asegurada desarrollase algún trabajo totalmente ajeno a la patología causante de su futura

enfermedad profesional, lo que no sucede en el supuesto aquí comentado en el que la actividad era la misma –canteras- pero desarrollada para distintas empresas. En definitiva, frente a una enfermedad profesional hay que distinguir entre el riesgo asegurado –únicamente existente mientras se realiza la actividad con riesgo pulvígeno- y su actualización, que se produce con la declaración de IP. Aunque el hecho causante de la prestación tiene lugar, como en otros supuestos de enfermedades, en el momento de la declaración de las secuelas (IT, IP o muerte), sin embargo, el dato importante es el de exposición al riesgo y determina la vigencia de una relación de aseguramiento a partir de la cual se establece la responsabilidad por las prestaciones.

Toda la doctrina aquí expuesta sobre la teoría de la responsabilidad compartida a la hora de abonar la correspondiente prestación de la Seguridad Social, aparece así compendiada en la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de febrero de 2018 que fue casada por la resolución que ahora se comenta de la Sala de lo Social de TS, recapitulación que hace en base a distintas resoluciones previas, entre ellas, dos del TS: 15 de enero de 2013 (recurso de casación ud. núm. 1152/2012) y 19 de diciembre de 2017 (recurso de casación ud. núm. 3284/2016). Tales consideraciones se hacen, porque si no se acreditasen distintos períodos, no habría conflicto en el presente caso.

Parece obvio que no le falta razón a la Sala gallega cuando expone la teoría de la *responsabilidad compartida* y en base a la misma, habida cuenta los períodos de aseguramiento del beneficiario, extiende la responsabilidad del abono de la prestación de IP al INSS, más allá de la que le corresponde a la MUTUA. Al respecto, la Sentencia de suplicación recuerda que, en el caso de enfermedad profesional, el hecho causante se produce en el momento de la declaración de las secuelas (IT, IP o fallecimiento) y es también en ese momento en el que ha de entenderse causada la prestación a efectos del derecho aplicable. En la *litis* objeto de este comentario, el hecho causante de la IP lo había sido en el año 2013 cuando es declarada en grado total. Sin embargo, y esto es lo fundamental a efectos de responsabilidad de la prestación, el dato relevante es el tiempo de exposición al riesgo causante

y la vigencia de la respectiva relación de aseguramiento correspondiente. Y como el aseguramiento, durante el tiempo de exposición al riesgo fue compartido entre el INSS y la MUTUA GALLEGA, la responsabilidad de la prestación debe ser compartida. El TSJ de Galicia matiza que el tiempo transcurrido de más desde la declaración del grado de incapacidad permanente total hasta la declaración de la absoluta fue agravación de la misma patología y por lo tanto no existe ninguna alteración en el ámbito de las responsabilidades.

Sin dejar de reconocer la certeza del TSJ en los fundamentos jurídicos de la sentencia de suplicación, el TS añade otro argumento que desmonta el sentido de su fallo casando la resolución. A saber, que la revisión del grado de una incapacidad permanente, aun cuando supone un nuevo derecho y por lo tanto una nueva prestación económica, como consecuencia de nuevos hechos o elementos fácticos concurrentes tras la primera declaración, en este caso una agravación de la enfermedad, nunca va a afectar a los elementos que en su día configuraron el nacimiento de la prestación -alta, situación asimilada al alta y base reguladora-. Solo la concurrencia de nuevos datos producidos con posterioridad a la primera prestación, lo que no sucede en este caso, podría calificarse de situación novedosa y propia del nuevo derecho. Por ejemplo, la modificación de la base reguladora por haber trabajado en otro empleo compatible con la situación de invalidez. Pero nada novedoso sucedió para alterar el sentido de la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones, que ya fue delimitada en atención a unos mismos datos, tanto para el acto inicial como para el de revisión. Sin duda, el sentido de la sentencia pone en evidencia el error de la MUTUA al no hacer reclamado en su día el reparto de la responsabilidad frente al pago de la IP entre ella y el INSS.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ de GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 5 de noviembre de 2021 (recurso de suplicación núm. 2594/2021)

PENSIÓN DE JUBILACIÓN: consideración como situación asimilada al alta para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, la del penado en instituciones penitenciarias cuando la Administración es incapaz de dar cumplimiento al contenido del art. 25.2 CE y, por lo tanto, facilitar el acceso al trabajo y a la correspondiente cotización a la Seguridad Social.

NORMAS APLICADAS:

Art. 25.2 CE.

Arts. 166 y 205.1 LGSS.

Interesante en materia de Seguridad Social es, también, la cuestión planteada en la presente resolución de suplicación en la que se debate sobre la consideración o no como situación asimilada al alta del período temporal en el que una persona está ingresada en un establecimiento penitenciario, ya sea consecuencia de una prisión provisional o ya lo sea de una prisión definitiva, siendo la decisión de la Sala gallega, al igual que la del Juzgado de instancia, estimatoria de tal calificación. En este caso, además, la consideración de la situación asimilada al alta lo es para generar la pensión de jubilación del solicitante.

Los hechos que dieron lugar a la presente resolución judicial se sucedieron de la siguiente manera. Don Juan Francisco, el actor y recurrido en las presentes actuaciones, nacido en el año 1958 y afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el día 21 de junio de 2019, solicita al ISM el reconocimiento de su pensión de jubilación que le es denegada, por resolución de 17 de julio de 2019, "por no encontrarse de alta o situación asimilada al alta a fecha del hecho causante de la prestación". Consta en los autos que el actor había prestado servicios por cuenta ajena hasta 10 de octubre de 2011. A partir de ahí se sucedieron una serie de hechos que alteraron significativamente su carrera de cotización y que son los siguientes:

- De 10 de octubre de 2011 a 15 de mayo de 2013: prisión preventiva.
- De 16 de mayo de 2013 a 25 de agosto de 2013: percepción de prestación de desempleo.

- De 26 de septiembre de 2013 a 15 de noviembre de 2014: percepción de prestación de desempleo.

- De 1 de diciembre de 2014 a 26 de marzo de 2019: cumplimiento de pena de prisión.

- 26 de marzo de 2019: situación de libertad condicional.

Por otra parte, en todos esos espacios temporales que transcurren desde el 10 de octubre de 2011 hasta su puesta en libertad condicional, el 26 de marzo de 2019, don Juan Francisco estuvo inscrito como demandante de empleo en los siguientes períodos:

- De 27 de mayo de 2013 hasta 27 de agosto de 2013.

- De 9 de octubre de 2013 hasta 9 de enero de 2015.

- De 25 de febrero de 2019 hasta 9 de julio de 2019.

En total, según consta en el relato de hechos de la resolución que es objeto de este comentario, el actor acredita 11.415 días cotizados, de los cuales 8.524 fueron al REM, y aplicados los coeficientes reductores su edad de jubilación le queda fijada en 61 años y 2 meses, que se presume que fue a la que solicita el reconocimiento de la correspondiente prestación que dio lugar a la presente litis.

El desacuerdo del ISM con el sentido del fallo de la sentencia de instancia, y de ahí la interposición del presente recurso de suplicación, está en la falta de acreditación por parte del solicitante del cumplimiento del requisito de estar de alta o situación asimilada en el régimen correspondiente en el momento de solicitud de la pensión de jubilación, tal y como se exige en el art. 205.1 LGSS en relación con el 165.1 LGSS. A tal efecto y para el correcto planteamiento del recurso de suplicación, el ISM alega "infracción de las normas sustantivas" ex art. 193 c) LJS. Por el contrario, nada opone sobre los períodos de cotización aportados por el solicitante para tener derecho a la pensión de jubilación, ni el genérico ni el específico, que parece que el actor los acredita sobradamente.

En el momento de la solicitud de la pensión de jubilación -21 junio de 2019-, don Juan Francisco consta inscrito como demandante de empleo, situación en la que ya había estado en otras ocasiones, en concreto, en algunos de los períodos coincidentes con su estancia en prisión. Entre ellos, en los últimos meses en los que transcurrió su último año privado

de libertad, situación en la que permaneció una vez que fue puesto en libertad condicional. Como se hizo constar con anterioridad, el causante pasó a la situación de libertad condicional el día 26 de marzo de 2019, permaneciendo, desde el mes anterior –25 de febrero- hasta el 9 de julio del mismo año, inscrito como demandante de empleo.

Así sucedidos los hechos, no es que la recurrente, el ISM, niegue la realidad –acreditada- consistente en que el solicitante se encuentra inscrito como demandante de empleo en la fecha de su solicitud, lo que, probablemente, podría subsumirse, literalmente, en la situación asimilada al alta prevista en el apartado 1º del art. 84.1. RD 84/1996, esto es, la situación de “paro involuntario, una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo”. No se olvide que don Juan Francisco había percibido su prestación de desempleo en años anteriores. Para la recurrente, el debate está en el ingreso en un establecimiento penitenciario, en la privación de libertad, primero de forma provisional y después de forma definitiva, situación a la que parece no reconocerle la condición de asimilada al alta, de hecho, no consta como tal en ningún precepto de los que ordenan el sistema de Seguridad Social. Pero el TSJ de Galicia para justificar su fallo y considerar los períodos en los que las personas están privadas de libertad en centros penitenciarios como situaciones asimiladas al alta, responde con el contenido de un precepto constitucional, el art. 25.2 CE, que, entre sus varias disposiciones reconoce expresamente el derecho de los condenados a penas de prisión a “un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”. Para la efectividad de dicho mandato constitucional, la Sala Gallega recuerda que fue dictada la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en cuyo art. 26 regula el trabajo como un derecho y deber del interno y se impone a la Administración la obligación de facilitárselo. De no hacerse así, “el recluso no tiene la posibilidad de obtener otro empleo por lo que su inscripción como desempleado estaría carente de sentido. Y si no se han cumplido las expectativas constitucionales en orden al trabajo del interno, es obvio que no puede sufrir

consecuencias adversas que extiendan sus efectos más allá de la fecha en que, cumplida la condena se halle en libertad, situación en la que la protección por sus cotizaciones anteriores a la prisión le diera derecho, no puede verse mermada por aquella omisión de la Administración penitenciaria”.

Es evidente que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, al confirmar la Sentencia de instancia, lo tiene meridianamente claro. Aunque con la consideración de derecho fundamental, el contenido del art. 25.2 CE reconoce un derecho de “aplicación progresiva”, es decir, “no genera una facultad de eficacia inmediata al desempeño de un puesto de trabajo”, sino que será efectivo “dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente”. Esto es, la “Administración penitenciaria tiene un específico deber de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias”. A la vista de estas consideraciones, continúa señalado la Sentencia del TSJ, no parece concorde con la legalidad que estas personas se vean privadas de los beneficios de Seguridad Social “por la falta de alta o situación asimilada” derivadas “no solo de la privación de libertad que le impide su participación en la producción o su comparecencia en el mercado de trabajo, sino también de la inexistencia en los centros penitenciarios de una organización constitucionalmente exigible, aunque de aplicación progresiva, que les haya permitido desarrollar un trabajo directamente productivo”.

En definitiva, para la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, acertadamente, “el ingreso en prisión ha de considerarse situación asimilada al alta a los fines de acceder a la pensión de jubilación”, aunque ninguna disposición normativa así lo determine. Esta es la única conclusión posible de acuerdo con la interpretación del contenido del art. 25.2 CE. Pero es que, además, en este caso, apostilla la Sala, el solicitante –sin duda muy bien asesorado técnicamente–, incluso penando, ha estado inscrito como demandante de empleo, lo que disipa –al menos teóricamente– cualquier duda acerca de su voluntad de prestar trabajo.

En fin, más allá de la solución del conflicto planteado por don Juan Francisco, esta sentencia pone de manifiesto la

existencia de una laguna legal en el régimen del requisito de alta en Seguridad Social a efectos de causar derecho a las prestaciones en todos aquellos casos en los que los solicitantes pierden su ocupación por causa del internamiento penitenciario y no consiguen dentro del centro en el que están reclusos un puesto de trabajo remunerado, a pesar de la previsión del art. 25.2 CE. La solución propuesta por la Sala de suplicación, la analogía con la imposibilidad de trabajar que caracteriza a la situación de desempleo, "por lo que, utilizando los cánones hermenéuticos de la interpretación conforme a la Constitución y de la interpretación evolutiva, debe atribuírsele el mismo régimen jurídico de asimilación al alta que se aplica a tal situación de desempleo en el art. 2.4 OM de 13 de febrero de 1967".

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2021 (recurso de suplicación núm. 1851/2021)

PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL: extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario a los reconocimientos de la Mutua. Valoración de la prueba.

NORMAS APLICADAS:

Art. 174 LGSS.

Más allá de un conflicto sobre la interpretación de la normativa sustantiva, en este caso, del reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal, el objeto de debate de la presente resolución versa sobre la correcta valoración de las pruebas existentes y sus efectos en la percepción del referido subsidio, lo que, en definitiva, nos sitúa ante un debate de la normativa procesal que rige el proceso laboral. El objeto de interpretación y sus efectos, son las incomparecencias "injustificadas" de la beneficiaria del subsidio a los reconocimientos médicos de la Mutua, en concreto a dos. Tales incomparecencias provocaron la extinción del subsidio de IT por parte de la Mutua, lo que fue confirmado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela y por

la Sala de la Social del TSJ de Galicia, en la Sentencia que es objeto del presente comentario.

Según consta en los antecedentes de hecho de la Sentencia de suplicación, la actora, doña Guillerma, perceptora de un subsidio económico de IT, no acudió a 2 reconocimientos médicos a los que había sido citada por la Mutua aseguradora, FREMAP. Consta en los autos que todas las citaciones se hicieron correctamente y que en todas se advertía a la citada de las consecuencias de su incomparecencia. Los reconocimientos a los que no compareció estaban fijados para el 30 de abril de 2018 y para 2 de julio de 2018. Ante las dos incomparecencias sin justificar, la Mutua acordó, el 6 de agosto de 2018, la "suspensión cautelar de la prestación por incomparecencia de la beneficiaria a las diferentes convocatorias para los exámenes y reconocimientos de los servicios médicos", y unos días más tarde, el 13 de agosto de 2018, su extinción. Ambas resoluciones, la de suspensión y la de extinción, fueron debidamente notificadas a la interesada.

No conforme doña Guillerma con la resolución de la Mutua por la que se extingue su subsidio económico, agotó la vía administrativa antes de iniciar la vía judicial, que concluyó con una primera sentencia, la de instancia, desestimatoria de su pretensión, contra la que la demandante interpuso el correspondiente recurso de suplicación que dio lugar a la resolución que es objeto de este comentario. Y a partir de la interposición de su recurso de suplicación, es donde cobra todo el protagonismo el contenido de la impugnación del mismo, por parte de FREMAP, advirtiendo de todos los errores procesales cometidos por la recurrente, que pasan a ser analizados y debatidos por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. En síntesis, la Mutua se opone al recurso señalando que su "construcción (...) es defectuosa, con encaje inadecuado de los motivos, y que en todo caso la interpretación realizada por la Juzgadora de instancia es totalmente ajustada a derecho por lo que procede la desestimación".

Aunque con matices, en los que se va a entrar por no ser decisivos en el sentido del fallo de la sentencia, la "defectuosa construcción del recurso" gira en torno a la valoración de la

prueba, sobre la que discrepan parte recurrente –doña Guillerma- y parte recurrida –FREMAP-, y sobre la que la Sala le da la razón a esta última. Se trata, en definitiva, de determinar hasta dónde las incomparencias de la actora a los reconocimientos médicos, prueba ya valorada a los efectos oportunos por la Juzgadora de instancia, en cuanto suficiente para acreditar la suspensión del subsidio, puede volver a ser valorada por la Sala *ad quem*.

En concreto, la actora, citando como infringido el art. 174 LGSS, regulador de los requisitos para que proceda la extinción del derecho al subsidio, discrepa de la valoración de la prueba realizada por la Jueza *a quo*, considerando que sus conclusiones la colocan en una “situación de *probatio diabolica*”. Después de las dos incomparencias, la de 30 de abril y la de 2 de julio de 2018, la actora aporta en FREMAP un informe médico, expedido el 7 de agosto de 2018 por la médico de atención primaria, en el que se señala que “presenta dolores crónicos de espalda y migraña con aura cursando con brotes siendo el último la semana pasada”.

Ahora bien, ni el precepto alegado como infringido, ni las alegaciones vertidas por la recurrente, son estimadas por la Sala. El precepto, el art. 174 LGSS, porque la infracción que se denuncia no es de carácter sustantivo, sino que se trata de una infracción procesal. Y segundo, y lo más importante a los efectos de este comentario, porque una vez más, una Sala de un TSJ, en nuestro caso, el gallego, recuerda la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, de forma que nunca puede efectuarse “una nueva ponderación de la prueba”, como pretende la recurrente, sino realizar “un control de legalidad de la Sentencia recurrida”. Y lo más importante, solo de manera excepcional se podrá hacer uso de la “facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada”.

Lo que pretendía la recurrente, consciente, probablemente, de la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, era desvirtuar sustantivamente el carácter "injustificado" de sus incomparecencias a los reconocimientos médicos, de ahí que señalase la vulneración del art. 174 LGSS. Sin embargo, no tuvo en cuenta, como bien argumenta la Sala de lo Social, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su interpretación ha de ser objeto de valoración por el juzgador y eso es lo que se ha hecho por la juzgadora de instancia, sin que su valoración pueda ser revisada por la Sala de suplicación habida cuenta la naturaleza extraordinaria de dicho recurso.