

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo (España)
belendocampo@uvigo.es

Palabras chave: Seguridade Social; prestacións; cotizacións.

Palabras clave: Seguridad Social; prestaciones, cotización.

Keywords: Social Security; benefits; contributions.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPREMO

Sentenza do TS (Sala do social) do 23 de xullo de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2956/2019)

RESUMO: a compatibilidade plena da pensión de xubilación na contía do 100% coa actividade profesional por conta propia só é posible no caso das autónomas persoas físicas, non dos societarios, tendo en conta que os requisitos legalmente esixidos (realizar a actividade por conta propia e ter contratado, polo menos, a un traballador por conta allea) só son predicables respecto destes. No caso dos autónomos societarios, o empregador é a sociedade. Aténdese con esta doutrina á reforma operada por Lei 6/2017, do 24 de outubro, pois de admitirse compatibilidade plena respecto dos autónomos societarios rompería a conexión entre a xubilación activa do beneficiario e os contratos de traballo.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 214, 305 e 318 LXSS.

Moi interesante é a cuestión debatida nesta Sentenza da Sala do social do TS de 23 xullo de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2956/2019) que casa e anula a da Sala do social do TSX de Galicia do 28 de maio de 2019 (recurso de suplicación núm. 398/2019) e impide a compatibilidade plena dunha pensión de xubilación no RETA coa actividade profesional do xubilado como autónomo societario. É evidente que, baixo o escenario da necesaria prolongación da vida laboral das persoas traballadoras, como así se proclama dende a aprobación do primeiro Pacto de Toledo no ano 1995, e a defensa da compatibilidade do traballo coa pensión de xubilación, o sentido do fallo do TS, contrario á resolución de suplicación, é, cando menos, rechamante. Con todo, as razóns vertidas na súa argumentación, moi fundamentada, parecen acertadas, e, dende logo, acordos co contido do ordenamento xurídico vixente.

Os feitos litixiosos sucedéronse da seguinte maneira: o demandante –don Federico-, no ano 1991, constituíu coa súa esposa, a medias, unha sociedade limitada que emprega na actualidade 5 traballadores. O 1 de outubro de 1992 deuse de alta no RETA. O 15 de novembro de 2017 solicitou a xubilación activa pola realización de traballos por conta propia que o INSS lle denegou alegando que non tiña a condición de empresario físico e que a súa inclusión no RETA era debida á súa condición de conselleiro da sociedade. Non conforme coa devandita resolución administrativa, don Federico iniciou a vía xudicial, interpoñendo a demanda correspondente perante o xulgado do Social núm. 3 de Ourense.

Segundo o art. 305.1 LXSS, estarán obrigatoriamente incluídas no réxime especial da seguridade social dos traballadores por conta propia ou autónomos “as persoas físicas maiores de dezaoto anos que realicen de forma habitual, persoal, directa, por conta propia e fóra do ámbito de dirección e organización doutra persoa, unha actividade económica ou profesional a título lucrativo, dean ou non ocupación a traballadores por conta allea”. Pero tamén,

segundo o mesmo precepto, no seu apartado 2, “quen exerza as funcións de dirección e xerencia que implica o desempeño do cargo de conselleiro ou administrador para unha sociedade de capital (...) sempre que posúan o control efectivo, directo ou indirecto, daquela”, entendéndose que se produce tal circunstancia, entre outras razóns, cando as súas accións ou participacións supoñan, polo menos, “a metade do capital social”. O primeiro é o que se coñece como autónomo persoa física e o segundo como autónomo societario. É obvio que a cualificación da afiliación de don Federico no RETA, tal e como foron descritos os feitos, é a de autónomo societario.

A xubilación activa que solicita o demandante e que lle denega o INSS é a regulada no art. 214 LXSS baixo a rúbrica “pensión de xubilación e envellecemento activo”, cuxo apartado 1 declara que “o gozo da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, será compatible coa realización de calquera traballo por conta allea ou por conta propia do pensionista”. O apartado 2 puntualiza que “se a actividade se realiza por conta propia e se acredita ter contratado, polo menos, un traballador por conta allea, a contía da pensión compatible co traballo alcanzará o 100 por cento”. O seu apartado 4 matiza que “o beneficiario terá a consideración de pensionista para todos os efectos”. E xa, por último, o seu apartado 7, precisa que “a regulación contida neste artigo entenderase aplicable sen prexuízo do réxime xurídico previsto para calquera outra modalidade de compatibilidade entre pensión e traballo, establecida legal ou regulamentariamente”.

Para a Sala do social do TSX de Galicia, é indiferente que o autónomo que solicita a compatibilidade da súa pensión de xubilación co desenvolvemento da súa actividade profesional, sexa un autónomo persoa física ou un autónomo societario. O art. 214.1 LXSS tan só esixe a “realización dunha actividade por conta propia”, sen máis consideracións. E para a Sala galega, don Federico cumpre o referido requisito, por tanto, poderá compatibilizar pensión e traballo. Entre outras argumentacións, a Sentenza de suplicación lembra a intención lexislativa presente en todas as reformas efectuadas sobre a pensión de xubilación da Seguridade Social de favorecer o chamado *envellecemento activo*. É

máis, neste litixio, a contía da pensión de xubilación do demandante compatible coa súa actividade ha de alcanzar o 100 por cento do importe que lle corresponda, pois na súa condición de “traballador por conta propia” acredita “ter contratado, polo menos, un traballador por conta allea”, como así se esixe literalmente no art. 214.2 LXSS. En definitiva, como se pon de manifesto na Sentenza do TSX de Galicia, todo o art. 214 LXSS é aplicable ao RETA, sen distinción, por expresa remisión do art. 318 d) LXSS. A condición de autónomo –persoa física ou autónomo societario- é totalmente indiferente para estes efectos.

No recurso de casación interposto polo INSS, como Sentencia de contraste achégase a ditada polo TSX de Asturias, de 26 decembro de 2018 (recurso de suplicación núm. 2219/2018) na que se denega ao administrador único dunha sociedade a compatibilidade do 100 % da súa pensión de xubilación coa súa actividade como autónomo societario, pois tal posibilidade só está reservada para os autónomos persoas físicas e que acrediten ter contratado un traballador. En termos da sentenza de contraste, a compatibilidade dunha actividade autónoma co 100% da pensión, só está reservada para o “pensionista de xubilación que, actuando como persoa física, quedase incluído no campo de aplicación do réxime especial de traballadores autónomos en virtude do apartado 1º do art. 305 LXSS”. Con todo, a referida sentenza de contraste si recoñece ao autónomo recorrente, administrador dunha sociedade, a compatibilidade da súa actividade co 50% da pensión de xubilación que lle corresponde. A tal fin, alude ao criterio de xestión núm. 18/2018, do 26 de xullo, do INSS, que así o establece.

Por tanto, tras as consideracións anteriores, son dúas as cuestións xurídicas obxecto de debate que subxacen baixo a petición de xubilación activa do demandante nos presentes autos. A saber, a primeira, a compatibilidade –en abstracto- dunha actividade profesional como autónomo societario coa pensión de xubilación. E a segunda, de admitirse tal compatibilidade, a contía que pode alcanzar o importe da pensión que se compatibiliza, que será do 100 % se o dito autónomo “acreditase “ter contratado, polo menos, un traballador por conta allea”, tal e como prevé o art. 214.2

LXSS. Faise esta aclaración, porque tal e como están ordenadas no art. 214 LXSS estas dúas cuestións, o obxecto de debate pode dar lugar a confusión e entenderse como unha soa, a da compatibilidade da pensión coa actividade profesional como autónomo, á marxe da súa contía.

Sobre a primeira cuestión, a Sala do social do TS adopta unha postura bastante categórica, ao defender a doutrina que distingue o autónomo clásico do autónomo societario, ao que lle nega a condición de "traballador por conta propia". E non pode ser "traballador por conta propia", matiza a Sala, porque as súas actividades e funcións de dirección ou xerencia propias do cargo de conselleiro ou administrador ou outros servizos que desempeñe, a título lucrativo e de forma persoal, habitual e directa, desenvólvense para a sociedade de capital, que é a que corre exclusivamente cos riscos do negocio. En definitiva, como apostila o TS, non todo o traballo autónomo o é por conta propia e así lle sucede ao demandante nas presentes actuacións, don Federico.

Sobre a segunda cuestión obxecto de debate e tras a solución defendida para liquidar a primeira, pouco habería que puntualizar, máis que confirmar a imposibilidade de percibir o 100% da pensión de xubilación, ao non ostentar o solicitante a condición de traballador por conta propia, sen que se lle negue a de autónomo incluído no RETA. Na Sentenza aquí comentada puntualízase que "a condición de traballador autónomo do demandante, así como a súa inclusión no RETA (...) non comportan que, os contratos laborais, realizados pola sociedade, se lle adxudiquen ao demandante, aínda que teña control efectivo sobre aquela". A referida sociedade, "goza plenamente da súa personalidade xurídica e foi a dita mercantil quen contratou os seus traballadores, asumindo os custos das devanditas contratacións". En definitiva, a titularidade das relacións laborais, concertadas pola sociedade, correspóndelle a esta, quen ostenta a posición de empregadora, non aos seus conselleiros, administradores sociais ou socios. A tese contraria supoñería baleirar de contido a súa personalidade xurídica, non sendo admisible, por tanto, que o demandante asuma a condición de *empresario de feito*, porque controle a mercantil".

En definitiva, a Sentenza da Sala do TS aclara unha cuestión decisiva para estes efectos e que é a distinción do traballador autónomo coa do traballador por conta propia, o que non sempre se ten en conta, non en balde, o propio réxime especial de seguridade social autocualifícase destas dúas maneiras: "réxime especial da seguridade social dos traballadores por conta propia ou autónomos". Con todo, nalgúns aspectos do seu réxime xurídico, como é o da compatibilidade do 100% da súa pensión de xubilación coa súa actividade, hai que proceder a certa distinción nesta clase de profesionais, aínda que non sexa tanto, como insiste o TS, pola súa condición de traballador autónomo ou traballador por conta propia, como pola súa capacidade para contratar un traballador ao seu servizo, o que neste caso non acredita don Federico, por iso é polo que se lle denega a compatibilidade do 100 % da súa pensión de xubilación coa súa actividade profesional. Agora ben, aínda estando de acordo co fallo de TS, coa súa argumentación parece esquecer que se don Federico, aínda sendo autónomo societario, puidese contratar un traballador por conta allea, non podería negárselle a compatibilidade plena da súa pensión coa súa actividade.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 14 de outubro de 2021 (recurso de casación ud. núm. 4961/2018)

RESUMO: O TS estima parcialmente o recurso de casación para a unificación de doutrina interposto pola demandante e casa e anula a sentenza recorrida ditada polo TSX de Galicia o 16 de outubro de 2018, ordenando a reposición das actuacións ao momento anterior a aquela para que a Sala resolva sobre todas as peticións suscitadas no litixio principal, en concreto, sobre a incapacidade permanente total e parcial da demandante. Vulneración do principio de congruencia das sentenzas coas peticións das partes.

NORMAS APLICADAS:

Art. 194 LXSS.

Art. 219 LJS.

Art. 218 LAC.

A cuestión litixiosa obxecto de análise e debate nesta resolución da Sala do social do TS, do 14 de outubro de 2021, é de natureza puramente procesual, pero de gran relevancia no ámbito material da Seguridade Social. Trátase de determinar o alcance e a correcta interpretación do principio de congruencia do contido da sentenza coa demanda e demais pretensións das partes, regulado no art. 218 LEC baixo a rúbrica "exhaustividade e congruencia das sentenzas. Motivación". A petición da demandante, primeiro en vía administrativa e, posteriormente, vía xudicial, fora o recoñecemento da súa incapacidade permanente total (IPT) para a súa profesión ou oficio de encargada de panadaría co dereito ao pago da prestación correspondente. Subsidiariamente, solicitara, tamén, o recoñecemento da súa incapacidade permanente parcial (IPP). A existencia de distintos graos de incapacidade permanente –gran invalidez, absoluta, total e parcial- e as esixencias derivadas do principio rogatorio fan presaxiar con facilidade a transcendencia do principio de congruencia das sentenzas, de aí o comentario desta resolución. Por outra banda, a solución á cuestión formulada non parece *a priori* ter unha fácil solución, non en balde o TS, na súa sentenza, casa e anula a de suplicación, a ditada polo TSX de Galicia o 16 de outubro de 2018 (recurso de suplicación núm. 2171/2018) ordenando a reposición das actuacións ao momento anterior á aquela para que a Sala galega dite outra resolución na que se proporcione unha resposta a todas as peticións suscitadas no litixio, isto é, sobre a incapacidade permanente total da solicitante, pero tamén sobre a súa petición subsidiaria, a incapacidade permanente en grao parcial.

O conflito xurídico iníciase tras a resolución administrativa do INSS, do 28 de maio de 2015, pola que se lle denega á solicitante –dona Débora- o recoñecemento de grao algún de incapacidade permanente por "non alcanzar as lesións que padece un grao suficiente de diminución da súa capacidade laboral para ser constitutivas dunha IP". Nada se vai referir aquí sobre a natureza e gravidade das lesións concretas que

presentaba, por non ser relevantes para os efectos deste comentario. Desconforme a traballadora coa resolución administrativa, interpón a correspondente reclamación previa á vía xudicial, que, como adoita ser habitual mantén o sentido da primeira resolución polo que dona Débora formula a correspondente demanda xudicial quedando así iniciada a vía xurisdiccional. O Xulgado do Social número 1 da Coruña estima integramente a súa demanda e declara á demandante en situación de IPT, sentenza que é integramente revogada polo TSX de Galicia con desestimación da demanda. O recurso de suplicación fora interposto pola Entidade Xestora, o INSS.

Desconforme coa sentenza de suplicación, a parte demandante, dona Débora, interpón o correspondente recurso de casación para a unificación de doutrina, alegando varios motivos, entre eles, o que é obxecto deste comentario, isto é, a vulneración do principio de congruencia coa demanda "ao non pronunciarse a sentenza recorrida, tras denegar a petición principal, sobre a subsidiaria". Nin que dicir ten que, tendo en conta o tipo de recurso formulado, a recorrente achega a correspondente sentenza con pronunciamento contraditorio fronte á recorrida, cumprindo así co trámite do art. 219 LXS. Trátase, en concreto, da STS do 18 de xullo de 2003 (recurso de casación núm. 3891/2002). Sobre este requisito, téñase en conta que tan válidas para acreditar a contradición son as sentenzas de suplicación, como as de casación.

Para o Ministerio Fiscal, é "evidente a incongruencia omisiva na que incorreu a sentenza recorrida" –a de suplicación-, tal e como fai constar no informe que emite para a tramitación do recurso. Non opina o mesmo o INSS, que no seu escrito de impugnación do recurso de casación alega, en síntese, o seguinte: por unha banda, que a demandante, no seu escrito de impugnación ao recurso de suplicación formulado –non se esqueza que a súa demanda fora estimada na instancia-, "non fixo mención da petición subsidiaria", considerando, por tanto, axustado a dereito o pronunciamento da sentenza recorrida. En segundo lugar, continúa sinalando o INSS, que o que se produciu é unha "desestimación tácita da pretensión (...)" o que se obtén do último parágrafo do seu fundamento

de dereito segundo no sentido de entender que as doenzas da parte demandante non revisten entidade invalidante ningunha, con cita do art. 194 LXSS”.

De acordo co contido do art. 218 LEC e os motivos alegados polo INSS no seu escrito de impugnación do recurso de casación, non parece que a interpretación do principio de congruencia das sentenzas coas peticións das partes suscite demasiadas dúbidas. O conflito, neste caso, parece que está en precisar o contido da petición da demandante, tanto na súa demanda inicial, como con posterioridade, no seu escrito de impugnación ao recurso de suplicación interposto polo INSS. E aquí é onde parece que se abre a brecha entre a doutrina que defende o TSX de Galicia e a da Sala do social do TS. En definitiva, as dúas Salas, como non podía ser doutra maneira, coñecen e respectan o principio de congruencia das súas sentenzas coas peticións das partes, pero contradínse á hora de precisar o alcance da petición principal da demandante nos presentes autos.

A Sala do social do TSX de Galicia expón os argumentos xurídicos e fácticos do sentido do seu fallo –estimatorio do recurso do INSS- de forma clara e precisa: “á vista deste cadro clínico resulta evidente que tales doenzas, valoradas no seu conxunto, non inhabilitan á demandante para a realización de todas ou as fundamentais tarefas propias da referida profesión de encargada de panadaría, por canto coas limitacións que presenta é perfectamente posible que leve a cabo todas as tarefas do seu traballo (...). Por outra banda, o EVI no seu ditame fai constar que tan só "podería existir limitación para tarefas que supoñan requirimentos moi intensos e mantidos de man/boneca dereita (...). En consecuencia, ningunha das doenzas indicadas reviste entidade invalidante ningunha, razón pola cal o suposto litixioso non pode quedar incardinado no artigo 194 da vixente LXSS. Procede acoller o recurso, revogar o fallo impugnado e desestimar integramente a demanda con absolución dos demandados". Por tanto, segundo o TSX de Galicia a demandante non estaba afectada por unha incapacidade permanente en ningún dos seus graos. Segundo se infire da Sentenza de casación, a razón de ser do pronunciamento de suplicación radica en que no escrito de

impugnación do recurso de suplicación, o presentado por dona Débora, “non se facía mención” á petición subsidiaria da súa demanda, isto é, á IPP, limitándose o escrito, a “combaten o de interposición do recurso no que se postulaba pola parte demandada que a demandante non estaba afectada do grao de incapacidade permanente que lle recoñecía a sentenza de instancia”.

Pola contra, o TS interpreta o principio de congruencia das sentenzas da seguinte maneira:

En primeiro lugar, cando o sentido do fallo dunha sentenza foi recorrido por calquera das partes, a parte recorrida – suponse, por tanto, a que viu estimada a súa petición principal- non está obrigada a insistir en fase procesal de recurso na petición subsidiaria da que non constaba ningunha desistencia expresa.

En segundo lugar, a desestimación tácita dunha eventual petición subsidiaria non pode ser admitida. Neste sentido, indica o TS, que o TSX só se centrou na IPT deixándoa sen efecto, pero en ningún momento seguiu resolvendo sobre a petición que con carácter subsidiario formulouse na demanda, limitándose a razoar e argumentar sobre a capacidade laboral da demandante para atender as todas ou as esenciais tarefas da súa profesión habitual. Ningunha referencia se facía a se as limitacións funcionais declaradas probadas poñían de manifesto que puidesen provocar unha diminución non inferior ao 33% do seu rendemento normal, sendo esta unha específica e concreta valoración en dereito que non pode entenderse recollida na propia da incapacidade permanente total que atende á inhabilitación para a realización de todas ou as fundamentais tarefas da profesión habitual. Por iso, con razón xurídica o TS ordena repoñer as actuacións ao momento anterior á sentenza de suplicación para que a Sala autonómica se pronuncie sobre todas as peticións suscitadas pola demandante, isto é, non só sobre a súa incapacidade permanente total senón tamén sobre a existente en grao parcial.

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 18 de outubro de 2021 (recurso de casación ud. núm. 2582/2018)

RESUMO: responsabilidade exclusiva da Mutua no pago da prestación de IPA que, en revisión por agravación, foille recoñecida ao traballador, quen, ata entón, viña sendo perceptor dunha pensión de IPT por aquela continxencia e da que foi declarada responsable a Mutua, que se aquietou en vía administrativa coa devandita declaración.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 80, 167 e 200 LXSS.

Art. 71 LXS.

A revisión do grao dunha prestación de incapacidade permanente –neste caso, por empeoramento do beneficiario– non supón a constitución *ex novo* dun dereito, senón, tan só, a alteración dos presupostos fácticos que deron lugar ao seu recoñecemento e que repercuten na capacidade laboral de quen padece as doenzas. O feito de que non conforme unha nova situación xurídica implica que se mantén a responsabilidade respecto do pago da prestación económica correspondente, tal como fora declarada pola resolución constitutiva da incapacidade permanente. Así se pode resumir a cuestión axuizada nesta resolución da Sala do social do TS resultante da resolución do recurso de casación para a unificación de doutrina interposto contra a sentenza da Sala do social de TSX de Galicia do 28 de febreiro de 2018 (recurso de suplicación núm. 4164/2017). Hai que anticipar que o recurso de casación, neste caso, foi estimado e, por tanto, a sentenza de suplicación, casada. O recorrente en casación fora o INSS, condenado polo TSX de Galicia a responder, xunto coa Mutua Gallega, do pago da prestación económica correspondente ao novo grao de incapacidade permanente do beneficiario. En concreto, a condena do INSS alcanzaba un 73% da prestación e a da Mutua o 27% restante. A distribución fixoa o TS en proporción ao tempo de exposición do beneficiario ao risco. O INSS argumenta no seu recurso de casación que o asegurado era perceptor dunha prestación de IPT derivada de enfermidade profesional e da que era responsable única a MUTUA. Por tanto, da nova prestación, IPA por agravación da súa enfermidade, nada ten

que responder, afirma o INSS, posto que a Mutua "se aquietou en vía administrativa coa devandita declaración" o recurso de casación".

Os feitos axuizados sucedéronse da seguinte maneira: por resolución administrativa do INSS do ano 2013, don Leonardo, nacido no ano 1970, foi declarado en IPT derivada de enfermidade profesional (silicose de segundo grao) cunha base reguladora de 1.549,23 euros mensuais, co 100% de responsabilidade da MUTUA GALLEGA. Ninguén recorreu esta resolución.

Tres anos despois e previo informe médico do EVI no que se apreciaba un empeoramento clínico radiolóxico da súa silicose pasando a ser de terceiro grao, a Dirección Provincial do INSS declarou a don Leonardo afecto de IPA derivada da súa enfermidade profesional, correspondendo a responsabilidade do pago da pensión de 1.572,58 euros á MUTUA GALLEGA. Esta vez, a MUTUA GALLEGA formulou reclamación previa interesando a responsabilidade compartida co INSS en función do período de aseguramento do beneficiario durante a súa vida laboral. Nos antecedentes de feito da sentenza obxecto deste comentario, constan os distintos períodos de aseguramento do don Leonardo a fin de deixar constancia de que tamén houbo espazos temporais nos que as empresas empregadoras non tiñan concertados os riscos coa MUTUA GALLEGA, senón co INSS. Como era de esperar, a reclamación previa da MUTUA foi desestimada polo INSS, de aí o inicio do proceso xudicial que deu lugar á esta Sentenza. En concreto, interponse recurso de casación ante o TS porque tras desestimarse, tamén na instancia, a demanda da MUTUA é estimada pola Sala do social do TSX de Galicia na sentenza antes referida do 28 de febreiro de 2018, na que se declara que "a responsabilidade respecto do novo grao de incapacidade permanente absoluta declarada, e polo importe igual ao capital custo ingresado para ese efecto, debe ser repartida entre o INSS e a Mutua Gallega en proporción ao tempo de exposición ao risco, e en tal sentido debemos atribuír e atribuímos unha responsabilidade do 73% ao INSS e o 27% restante á Mutua recorrente". Ante o TS, invócase como sentenza contraditoria coa recorrida a ditada

pola Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, sede de Valladolid, de data 8 de febreiro de 2017 (recurso de suplicación núm. 2149/2016).

Como se avanzou ao principio deste comentario, a cuestión litixiosa radica en cualificar xuridicamente o novo grao dunha prestación de incapacidade permanente –nova situación xurídica ou mera alteración dos presupostos fácticos que deron lugar ao seu recoñecemento- e a partir de aí determinar a responsabilidade do pago da pensión, segundo a vida laboral do beneficiario.

Baixo estas consideracións e ao fío dos distintos períodos de aseguramento acreditados polo beneficiario no INSS e na MUTUA GALLEGA e por tanto a eventual aplicación da teoría que se coñece como a *responsabilidade compartida* é preciso facer as seguintes consideracións. Nos supostos de enfermidade profesional, a responsabilidade compartida á hora de pagar a correspondente prestación xustifícase cando existen varias aseguradoras do risco –a enfermidade-. E a súa distribución faise en proporción ao tempo de exposición ao risco asegurado, sen que sexa posible atribuír a responsabilidade en exclusiva á última entidade aseguradora. En definitiva, a enfermidade é unha continxencia que se manifesta de forma progresiva sen que moitas veces se poida detectar o momento exacto do seu inicio. Tampouco se desenvolve literalmente ao longo do tempo, senón que sofre mellorías e agravacións. De ser o caso, quedaría excluída de calquera responsabilidade a entidade aseguradora dalgunha empresa na que a persoa asegurada desenvolvese algún traballo totalmente alleo á patoloxía causante da súa futura enfermidade profesional, o que non sucede no suposto aquí comentado no que a actividade era a mesma –canteiras- pero desenvolvida para distintas empresas. En definitiva, fronte a unha enfermidade profesional hai que distinguir entre o risco asegurado –unicamente existente mentres se realiza a actividade con risco por po- e a súa actualización, que se produce coa declaración de IP. Aínda que o feito causante da prestación ten lugar, como noutros supostos de enfermidades, no momento da declaración das secuelas (IT, IP ou morte), con todo, o dato importante é o de exposición ao risco e determina a vixencia dunha relación de

aseguramento a partir da cal se establece a responsabilidade polas prestacións.

Toda a doutrina aquí exposta sobre a teoría da responsabilidade compartida á hora de pagar a correspondente prestación da Seguridade Social, aparece así compendiada na sentenza do TSX de Galicia do 28 de febreiro de 2018 que foi casada pola resolución que agora se comenta da Sala do social de TS, recapitulación que fai con base nas distintas resolucións previas, entre elas, dúas do TS: 15 de xaneiro de 2013 (recurso de casación ud. núm. 1152/2012) e 19 de decembro de 2017 (recurso de casación ud. núm. 3284/2016). Fanse tales consideracións porque se non se acreditasen distintos períodos, non habería conflito no presente caso.

Parece obvio que non lle falta razón á Sala galega cando expón a teoría da *responsabilidade compartida* e con base nela, tendo en conta os períodos de aseguramento do beneficiario, estende a responsabilidade do pago da prestación de IP ao INSS, máis aló da que lle corresponde á MUTUA. Respecto diso, a Sentenza de suplicación lembra que, no caso de enfermidade profesional, o feito causante prodúcese no momento da declaración das secuelas (IT, IP ou falecemento) e é tamén nese momento no que ha de entenderse causada a prestación a efectos do dereito aplicable. No litixio obxecto deste comentario, o feito causante da IP producírase no ano 2013, cando é declarada en grao total. Con todo, e isto é o fundamental a efectos de responsabilidade da prestación, o dato relevante é o tempo de exposición ao risco causante e a vixencia da respectiva relación de aseguramento correspondente. E como o aseguramento, durante o tempo de exposición ao risco foi compartido entre o INSS e a MUTUA GALLEGA, a responsabilidade da prestación debe ser compartida. O TSX de Galicia matiza que o tempo transcorrido de máis dende a declaración do grao de incapacidade permanente total ata a declaración da absoluta foi agravación da mesma patoloxía e por tanto non existe ningunha alteración no ámbito das responsabilidades.

Sen deixar de recoñecer a certeza do TSX nos fundamentos xurídicos da sentenza de suplicación, o TS engade outro

argumento que desmonta o sentido do seu fallo casando a resolución. A saber, que a revisión do grao dunha incapacidade permanente, aínda cando supón un novo dereito e por tanto unha nova prestación económica, como consecuencia de novos feitos ou elementos fácticos concorrentes tras a primeira declaración, neste caso unha agravación da enfermidade, nunca vai afectar os elementos que no seu día configuraron o nacemento da prestación -alta, situación asimilada á alta e base reguladora-. Só a concurrencia de novos datos producidos con posterioridade á primeira prestación, o que non sucede neste caso, podería cualificarse de situación nova e propia do novo dereito. Por exemplo, a modificación da base reguladora porque traballase noutro emprego compatible coa situación de invalidez. Pero nada novo sucedeu para alterar o sentido da responsabilidade respecto do pago das prestacións, que xa foi delimitada en atención a uns mesmos datos, tanto para o acto inicial como para o de revisión. Sen dúbida, o sentido da sentenza pon en evidencia o erro da MUTUA ao non reclamar no seu día a repartición da responsabilidade fronte ao pago da IP entre ela e o INSS.

DOCTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 5 de novembro de 2021 (recurso de suplicación núm. 2594/2021)

PENSIÓN DE XUBILACIÓN: consideración como situación asimilada á alta para causar dereito ás prestacións da Seguridade Social, a do penado en institucións penais cando a Administración é incapaz de dar cumprimento ao contido do art. 25.2 CE e, por tanto, facilitar o acceso ao traballo e á correspondente cotización á Seguridade Social.

NORMAS APLICADAS:

Art. 25.2 CE.

Arts. 166 e 205.1 LXSS.

Interesante en materia de Seguridade Social é, tamén, a cuestión formulada nesta resolución de suplicación na que se debate sobre a consideración ou non como situación asimilada á alta do período temporal no que unha persoa está ingresada nun establecemento penal, xa sexa consecuencia dunha prisión provisional ou dunha prisión definitiva, sendo a decisión da Sala galega, do mesmo xeito que a do Xulgado de instancia, estimatoria de tal cualificación. Neste caso, ademais, a consideración da situación asimilada á alta o é para xerar a pensión de xubilación do solicitante.

Os feitos que deron lugar a esta resolución xudicial sucedéronse da seguinte maneira. Don Juan Francisco, o demandante e recorrido nas presentes actuacións, nacido no ano 1958 e afiliado ao réxime especial de traballadores do mar, o día 21 de xuño de 2019, solicita ao ISM o recoñecemento da súa pensión de xubilación que lle é denegada, por resolución do 17 de xullo de 2019, “por non atoparse de alta ou situación asimilada á alta na data do feito causante da prestación”. Consta nos autos que o demandante prestara servizos por conta allea ata o 10 de outubro de 2011. A partir de aí sucedéronse unha serie de feitos que alteraron de xeito significativo a súa carreira de cotización e que son os seguintes:

- Do 10 de outubro de 2011 ao 15 de maio de 2013: prisión preventiva.

- Do 16 de maio de 2013 ao 25 de agosto de 2013: percepción de prestación de desemprego.

- Do 26 de setembro de 2013 ao 15 de novembro de 2014: percepción de prestación de desemprego.

- Do 1 de decembro de 2014 ao 26 de marzo de 2019: cumprimento de pena de prisión.

- 26 de marzo de 2019: situación de liberdade condicionada.

Por outra banda, en todos eses espazos temporais que transcorren dende o 10 de outubro de 2011 ata a súa posta en liberdade condicionada, o 26 de marzo de 2019, don Juan Francisco estivo inscrito como demandante de emprego nos seguintes períodos:

- Do 27 de maio de 2013 ata o 27 de agosto de 2013.

- Do 9 de outubro de 2013 ata o 9 de xaneiro de 2015.

- Do 25 de febreiro de 2019 ata o 9 de xullo de 2019.

En total, segundo consta no relato de feitos da resolución que é obxecto deste comentario, o demandante acredita 11.415 días cotizados, dos cales 8.524 foron ao REM, e aplicados os coeficientes redutores a súa idade de xubilación queda fixada en 61 anos e 2 meses, que se presume que foi na que solicita o recoñecemento da correspondente prestación que deu lugar ao actual litixio.

O desacordo do ISM co sentido do fallo da sentenza de instancia, e de aí a interposición deste recurso de suplicación, está na falta de acreditación por parte do solicitante do cumprimento do requisito de estar de alta ou situación asimilada no réxime correspondente no momento de solicitude da pensión de xubilación, tal e como se esixe no art. 205.1 LXSS en relación co 165.1 LXSS. Para ese efecto e para a correcta formulación do recurso de suplicación, o ISM alega "infracción das normas substantivas" ex art. 193 c) LXS. Pola contra, nada opón sobre os períodos de cotización achegados polo solicitante para ter dereito á pensión de xubilación, nin o xenérico nin o específico, que parece que o demandante os acredita sobradamente.

No momento da solicitude da pensión de xubilación -21 xuño de 2019-, don Juan Francisco consta rexistrado como demandante de emprego, situación na que xa estivera noutras ocasións, en concreto, nalgúns dos períodos coincidentes coa súa estancia en prisión. Entre eles, nos últimos meses nos que transcorreu o seu último ano privado de liberdade, situación na que permaneceu unha vez que foi posto en liberdade condicionada. Como se fixo constar con anterioridade, o causante pasou á situación de liberdade condicionada o día 26 de marzo de 2019, permanecendo, dende o mes anterior -25 de febreiro- ata o 9 de xullo do mesmo ano, rexistrado como demandante de emprego.

Así sucedidos os feitos, non é que a recorrente, o ISM, negue a realidade -acreditada- consistente en que o solicitante atópase rexistrado como demandante de emprego na data da súa solicitude, o que, probablemente, podería subsumirse, literalmente, na situación asimilada á alta prevista no apartado 1º do art. 84.1. RD 84/1996, isto é, a situación de "paro involuntario, unha vez esgotada a prestación, contributiva ou asistencial, sempre que en tal situación se

manteña a inscrición como desempregado na oficina de emprego". Non se esqueza que don Juan Francisco percibira a súa prestación de desemprego en anos anteriores. Para a recorrente, o debate está no ingreso nun establecemento penal, na privación de liberdade, primeiro de forma provisional e despois de forma definitiva, situación á que parece non recoñecerlle a condición de asimilada á alta, de feito, non consta como tal en ningún precepto dos que ordenan o sistema de Seguridade Social.

Pero o TSX de Galicia para xustificar o seu fallo e considerar os períodos nos que as persoas están privadas de liberdade en centros penais como situacións asimiladas á alta, responde co contido dun precepto constitucional, o art. 25.2 CE, que, entre as súas varias disposicións recoñece expresamente o dereito dos condenados a penas de prisión a "un traballo remunerado e aos beneficios correspondentes da Seguridade Social". Para a efectividade do devandito mandato constitucional, a Sala Galega lembra que foi ditada a LO 1/1979, do 26 de setembro, xeral penitenciaria, en cuxo art. 26 regula o traballo como un dereito e deber do interno e imponse á Administración a obriga de facilitarillo. De non facerse así, "o recluso non ten a posibilidade de obter outro emprego polo que a súa inscrición como desempregado estaría carente de sentido. E se non se cumpriron as expectativas constitucionais para o traballo do interno, é obvio que non pode sufrir consecuencias adversas que estendan os seus efectos máis aló da data en que, cumprida a condena áchese en liberdade, situación na que a protección polas súas cotizacións anteriores á prisión lle dese dereito, non pode verse minguada por aquela omisión da Administración penal".

É evidente que a Sala do social do TSX de Galicia, ao confirmar a Sentenza de instancia, teno meridianamente claro. Aínda que coa consideración de dereito fundamental, o contido do art. 25.2 CE recoñece un dereito de "aplicación progresiva", é dicir, "non xera unha facultade de eficacia inmediata ao desempeño dun posto de traballo", senón que será efectivo "dentro das posibilidades da organización penal existente". Isto é, a "Administración penal ten un específico deber de crear e proporcionar os postos de traballo que

permitan as súas dispoñibilidades orzamentarias". Á vista destas consideracións, continúa sinalado a Sentenza do TSX, non parece concorde coa legalidade que estas persoas se vexan privadas dos beneficios de Seguridade Social "pola falta de alta ou situación asimilada" derivadas "non só da privación de liberdade que lle impide a súa participación na produción ou a súa comparecencia no mercado de traballo, senón tamén da inexistencia nos centros penais dunha organización constitucionalmente esixible, aínda que de aplicación progresiva, que lles permitira desenvolver un traballo directamente produtivo".

En definitiva, para a Sala do social do TSX de Galicia, acertadamente, "o ingreso en prisión ha de considerarse situación asimilada á alta aos fins de acceder á pensión de xubilación", aínda que ningunha disposición normativa así o determine. Esta é a única conclusión posible de acordo coa interpretación do contido do art. 25.2 CE. Pero é que, ademais, neste caso, apostila a Sala, o solicitante –sen dúbida moi ben asesorado tecnicamente–, incluso penando, estivo rexistrado como demandante de emprego, o que disipa –polo menos teoricamente– calquera dúbida acerca da súa vontade de prestar traballo.

En fin, máis aló da solución do conflito formulado por don Juan Francisco, esta sentenza pon de manifesto a existencia dunha lagoa legal no réxime do requisito de alta en Seguridade Social a efectos de causar dereito ás prestacións en todos aqueles casos nos que os solicitantes perden a súa ocupación por causa do internamento penal e non conseguen dentro do centro no que están recluídos un posto de traballo remunerado, a pesar da previsión do art. 25.2 CE. A solución proposta pola Sala de suplicación, a analoxía coa imposibilidade de traballar que caracteriza á situación de desemprego, "polo que, utilizando os canons hermenéuticos da interpretación conforme á Constitución e da interpretación evolutiva, debe atribuírselle o mesmo réxime xurídico de asimilación á alta que se aplica a tal situación de desemprego no art. 2.4 OM do 13 de febreiro de 1967".

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 4 de novembro de 2021 (recurso de suplicación núm. 1851/2021)

PRESTACIÓN POR INCAPACIDADE TEMPORAL: extinción do subsidio de incapacidade temporal por incomparecencia inxustificada do beneficiario aos recoñecementos da Mutua. Valoración da proba.

NORMAS APLICADAS:

Art. 174 LXSS.

Máis aló dun conflito sobre a interpretación da normativa substantiva, neste caso, do recoñecemento do subsidio de incapacidade temporal, o obxecto de debate desta resolución versa sobre a correcta valoración das probas existentes e os seus efectos na percepción do referido subsidio, o que, en definitiva, sitúanos ante un debate da normativa procesual que rexe o proceso laboral. O obxecto de interpretación e os seus efectos, son as incomparecencias “inxustificadas” da beneficiaria do subsidio aos recoñecementos médicos da Mutua, en concreto a dous. Tales incomparecencias provocaron a extinción do subsidio de IT por parte da Mutua, o que foi confirmado polo Xulgado do Social núm. 2 de Santiago de Compostela e pola Sala da Social do TSX de Galicia, na Sentenza que é obxecto deste comentario.

Segundo consta nos antecedentes de feito da Sentenza de suplicación, a demandante, dona Guillerma, perceptora dun subsidio económico de IT, non acudiu a 2 recoñecementos médicos aos que fora citada pola Mutua aseguradora, FREMAP. Consta nos autos que todas as citacións fixéronse correctamente e que en todas advertíase á citada das consecuencias da súa incomparecencia. Os recoñecementos aos que non compareceu estaban fixados para o 30 de abril de 2018 e para o 2 de xullo de 2018. Ante as dúas incomparecencias sen xustificar, a Mutua acordou, o 6 de agosto de 2018, a “suspensión cautelar da prestación por incomparecencia da beneficiaria ás diferentes convocatorias para os exames e recoñecementos dos servizos médicos”, e

uns días máis tarde, o 13 de agosto de 2018, a súa extinción. Ambas as resolucións, a de suspensión e a de extinción, foron debidamente notificadas á interesada.

Non conforme dona Guillerma coa resolución da Mutua pola que se extingue o seu subsidio económico, esgotou a vía administrativa antes de iniciar a vía xudicial, que concluíu cunha primeira sentenza, a de instancia, desestimatoria da súa pretensión, contra a que a demandante interpuxo o correspondente recurso de suplicación que deu lugar á resolución que é obxecto deste comentario. E a partir da interposición do seu recurso de suplicación, é onde cobra todo o protagonismo o contido da impugnación daquel, por parte de FREMAP, advertindo de todos os erros procesuais levados a cabo pola recorrente, que pasan a ser analizados e debatidos pola Sala do social do TSX de Galicia. En síntese, a Mutua oponse ao recurso sinalando que a súa “construción (...) é defectuosa, con encaixe inadecuado dos motivos, e que en todo caso a interpretación realizada pola Xulgadora de instancia é totalmente axustada a dereito polo que procede a desestimación”.

Aínda que con matices, nos que non se vai entrar por non ser decisivos no sentido do fallo da sentenza, a “defectuosa construción do recurso” xira ao redor da valoración da proba, sobre a que discrepan parte recorrente –dona Guillerma- e parte recorrida –FREMAP-, e sobre a que a Sala dálle a razón a esta última. Trátase, en definitiva, de determinar ata onde as incomparecencias da demandante aos recoñecementos médicos, proba xa valorada para os efectos oportunos pola Xulgadora de instancia, en canto suficiente para acreditar a suspensión do subsidio, pode volver ser valorada pola Sala *ad quem*.

En concreto, a demandante, citando como infrinxido o art. 174 LXSS, regulador dos requisitos para que proceda a extinción do dereito ao subsidio, discrepa da valoración da proba realizada pola Xuíza *a quo*, considerando que as súas conclusións colócanla nunha “situación de *probatio diabolica*”. Despois das dúas incomparecencias, a do 30 de abril e a do 2 de xullo de 2018, a demandante achega a FREMAP un informe médico, expedido o 7 de agosto de 2018 pola médico de atención primaria, no que se sinala que “presenta dores

crónicas de costas e hemicrania con aura cursando con brotes sendo o último a semana pasada”.

Agora ben, nin o precepto alegado como infrinxido, nin as alegacións vertidas pola recorrente, son estimadas pola Sala. O precepto, o art. 174 LXSS, porque a infracción que se denuncia non é de carácter substantivo, senón que se trata dunha infracción procesual. E segundo, e o máis importante para os efectos deste comentario, porque unha vez máis, unha Sala dun TSX, no noso caso, o galego, lembra a extraordinaria natureza do recurso de suplicación, de forma que nunca pode efectuarse “unha nova ponderación da proba”, como pretende a recorrente, senón realizar “un control de legalidade da Sentenza recorrida”. E o máis importante, só de maneira excepcional poderase facer uso da “facultade de revisar as conclusións fácticas con base en concreto documento auténtico ou proba pericial que obrante en autos patentice de maneira clara, evidente e directa, de forma contundente e incuestionable e sen necesidade de acudir a hipótese, conxecturas, suposicións ou argumentacións máis ou menos lóxicas, naturais ou razoables, o erro daquel xulgador cuxa facultade de apreciación non pode ser desvirtuada por valoracións distintas ou conclusións diversas de parte interesada”.

O que pretendía a recorrente, consciente, probablemente, da natureza extraordinaria do recurso de suplicación, era desvirtuar substantivamente o carácter “inxustificado” das súas incomparencias aos recoñecementos médicos, por iso sinálase a vulneración do art. 174 LXSS. Con todo, non tivo en conta, como ben argumenta a Sala do social, que ao tratarse dun concepto xurídico indeterminado, a súa interpretación ha de ser obxecto de valoración polo xulgador e iso é o que se fixo pola xulgadora de instancia, sen que a súa valoración poida ser revisada pola Sala de suplicación tendo en conta a natureza extraordinaria do devandito recurso.