

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO
Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Palabras clave: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

DOCTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 5 de xullo de 2022 (recurso de suplicación núm. 454/2022); Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 6 de xullo de 2022 (recurso de suplicación núm. 2021/2022); e Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 26 de xullo de 2022 (recurso de suplicación núm. 2286/2022).

RESUMO: data de efectos do recoñecemento do complemento de maternidade por achega demográfica solicitado polo traballador home con posterioridade á STXUE do 12 de decembro de 2019, asunto C-450/18, WA contra o INSS: retrotráese á data do feito causante da pensión de xubilación, sempre que se cumpran os restantes requisitos esixidos.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LXSS, tanto na súa redacción anterior á actual (disposición final 2ª Un da Lei 48/2015, do 29 de outubro, de PXE para 2016), como na vixente (Real decreto-lei 3/2021, do 2 de febreiro, polo que se adoptan medidas para a redución da fenda de xénero e outras materias nos ámbitos da Seguridade Social e económico).

Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de Seguridade Social.

Analízanse conxuntamente as tres resolucións do TSX de Galicia referidas na rúbrica, porque as tres resolven de forma idéntica o conflito formulado sobre a mesma cuestión litixiosa. A saber, a data de efectos económicos do complemento de maternidade por achega demográfica sobre a pensión de xubilación cando é solicitado por un traballador home con posterioridade á Sentenza do TXUE do 12 de decembro de 2019, asunto C-450/19, WA contra o INSS, no sentido de retrotraelo á data do feito causante da pensión sobre a que se aplica. Non obstante, hai que precisar, que, na actualidade, o referido complemento xa non existe, pois foi substituído polo complemento de pensións contributivas para a redución da fenda de xénero. Pero é que a referida substitución foi motivada, en parte, polo fallo da sentenza do TXUE antes referida, de aí a procedencia desta recensión.

En calquera caso, o momento de transición entre un e outro complemento, que é no que se publican as sentenzas aquí comentadas, obriga a expoñer, sequera brevemente, as liñas xerais do réxime xurídico de ambos, o derogado e o vixente. O derogado, regulado na redacción anterior do art. 60 LXSS, tras a súa introdución pola disposición final 2ª Un da Lei 48/2015, do 29 de outubro, de PXE para 2016, buscaba recoñecer ás mulleres a súa achega demográfica á Seguridade Social polos fillos, naturais ou adoptados, que tivesen, sempre que fosen polo menos dous, e ademais fosen beneficiarias dunha pensión contributiva de xubilación, viuvez ou incapacidade permanente. A súa existencia xustificábase no principio de repartición e solidariedade interxeracional e, en consecuencia, a súa sostibilidade dependía en gran medida da evolución interxeracional.

Quedaba así introducido o concepto de *cotización demográfica*, que consideraba o número de fillos cos que se contribúe á sociedade, en canto son a clave para a sostibilidade futura do Sistema de Seguridade Social, e que se superpoñía ao *de cotización económica* que era o tradicional. Iso si, e aínda que as bondades da súa configuración eran moitas, a súa implantación presentaba determinadas sombras. Entre outras, deixaba fóra ás mulleres que só tivesen un fillo e só se recoñecía ás pensións causadas a partir de 1 de xaneiro de 2016. Pero, sen dúbida, o seu aspecto máis polémico foi o seu eventual efecto discriminatorio por razón de sexo, xa que os homes varóns non figuraban na súa lista de beneficiarios. Dende logo, se a súa implantación se baseaba en premiar a achega demográfica á sociedade, a dos homes é tan necesaria como a das mulleres, por iso é polo que a súa exclusión parecía totalmente inxustificada.

Foi o TXUE, no asunto C-450/19, WA contra o INSS, antes aludido, no que quedou patente o carácter discriminatorio por razón de sexo do contido do art. 60 LXSS, por tanto, contrario á Directiva 79/7/CE, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de Seguridade Social. E iso é así porque, segundo o TXUE, resulta discriminatorio un dereito a un complemento de pensión por achega demográfica para as mulleres, con polo menos dous fillos, "mentres que os homes que se atopen nunha situación idéntica non teñen dereito a tal complemento" (apartado 67). Isto obrigou ao lexislador español a redefinir a configuración do referido complemento, que tivo lugar en febreiro de 2021, mediante a aprobación do Real decreto-lei 3/2021, do 2 de febreiro, polo que se adoptan medidas para a redución da fenda de xénero e outras materias nos ámbitos da Seguridade Social e económico e que deu lugar ao contido do art. 60 LXSS tal e como se coñece na actualidade.

Dende entón, a xustificación da súa existencia xa non é a achega demográfica das mulleres á sociedade, senón a necesidade de reducir a fenda de xénero nas pensións, en canto fiel reflexo da discriminación histórica e estrutural das mulleres no mercado de traballo pola asunción do rol de

coidadoras dos fillos e fillas, tal e como se pon de manifesto no preámbulo da norma de urxencia. Ao que se engade que o novo complemento si respecta a xurisprudencia do TXUE pois deixa a “porta aberta para que aqueles pais que acrediten un prexuízo na súa carreira de cotización con ocasión do nacemento ou adopción dun fillo pola asunción desas tarefas de coidados teñan acceso ao complemento” (preámbulo RD-lei 3/2021, do 2 de febreiro). En definitiva, combínase unha *acción positiva* en favor das mulleres, cando ningún dos proxenitores acredita o prexuízo na súa carreira de cotización, coa previsión dunha *porta aberta* para aqueles homes que poidan atoparse nunha situación comparable. En coherencia coa finalidade do complemento –a redución da fenda de xénero– a súa vixencia temporal vincúlase a reducir a aludida fenda nas pensións de xubilación por baixo do 5 por 100.

Como é sabido, baixo a vixencia do art. 60 LXSS, na súa redacción orixinal, foron varias as reclamacións xudiciais de traballadores homes que solicitaban o complemento de maternidade alegando discriminación por razón de sexo, debate que deu por resolto o TXUE no asunto C-450/18, WA contra o INSS. Segundo o TXUE, a norma española atenta contra o principio de igualdade de trato no relativo ao cálculo das prestacións de Seguridade Social, o que supón a ausencia de toda discriminación por razón de sexo, xa sexa directa ou indirectamente, en especial con relación ao estado matrimonial ou familiar, tal e como dispón o art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE. E isto por varios motivos. Entre outros, porque unha norma que concede un “trato menos favorable aos homes que tiveron polo menos dous fillos biolóxicos ou adoptados (...)” que o dispensado ás mulleres na mesma situación, “pode constituír unha discriminación directa no sentido do artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7” (apartado 40). Ademais, como xa se indicou con anterioridade, se o obxectivo da norma é recompensar “a achega demográfica das mulleres á Seguridade Social, procede sinalar que a achega dos homes á demografía é tan necesaria como a das mulleres” (apartado 46). E, por último, porque “a circunstancia de que as mulleres estean máis afectadas polas desvantaxes profesionais derivadas do coidado dos fillos

porque, en xeral, asumen esta tarefa, non pode excluír a posibilidade de comparación da súa situación coa dun home que asuma o coidado dos seus fillos e que, por esa razón, puidese sufrir as mesmas desvantaxes na súa carreira” (apartado 52).

Asumida a discriminación e, por tanto, recoñecida aos traballadores homes a posibilidade de reclamar o complemento baixo a vixencia da redacción orixinal do art. 60 LXSS, o conflito quedaba limitado á súa data de efectos económicos. E a disxuntiva oscilaba entre o seu carácter retroactivo, referido á data do feito causante da prestación complementada, que debía ser posterior a xaneiro de 2016 – confirmar- ou á data da solicitude do complemento. Como é fácil presaxiar, a cuestión non é menor.

Para resolver o debate, son varios os argumentos que con gran destreza e coñecemento manexa a Sala do social do TSX de Galicia nas 3 resolucións que conforman esta recensión, entre eles, os seguintes:

En primeiro lugar, que as “sentenzas que resollen cuestións prexudiciais –en alusión ás do TXUE- non teñen valor constitutivo, senón puramente declarativo”, por tanto, son “sentenzas interpretativas” (FD CUARTO Sentenza do TSX de Galicia, do 5 de xullo de 2022 e FD CUARTO Sentenza do TSX de Galicia, do 6 de xullo de 2022). A continuación, que, por regra xeral, os efectos das sentenzas prexudiciais son *ex tunc*, o que significa, segundo explica o propio TXUE que a interpretación que se fai no exercicio das súas competencias dunha norma de Dereito da Unión, “aclarar e precisar o significado e alcance da devandita norma, tal como debe ou debería ser entendida e aplicada dende o momento da súa entrada en vigor”. Isto é, ás relacións xurídicas nadas e constituídas antes de que se pronunciase a sentenza que resolve sobre a petición de interpretación. Só de forma excepcional podería o TXUE, aplicando o principio xeral de seguridade xurídica inherente ao ordenamento xurídico da Unión, limitar a posibilidade de que os interesados invoquen unha disposición por el interpretada co fin de cuestionar relacións xurídicas establecidas de boa fe. Non obstante, para que opere esta limitación é necesario que concorran dous criterios esenciais. A saber, a boa fe dos círculos interesados

e o risco de trastornos graves (FD CUARTO, apartado 1, Sentenza do TSX de Galicia, do 5 de xullo de 2022). Por último, seguindo coas alusións á doutrina do TXUE, a Sala do social de Galicia apela ao efecto útil das sentenzas para defender a retroacción de efectos, dado que, tendo en conta a sucesión de feitos e evolución xurídica do complemento, se facía extremadamente difícil que o beneficiario puidese exercer o seu dereito na data de recoñecemento da pensión de xubilación –en todo caso, posterior a 2016- o que provocou a demora na reclamación (FD CUARTO, apartado 2, Sentenza do TSX de Galicia, do 5 de xullo de 2022 E FD CUARTO, apartado 2, Sentenza do TSX de Galicia, do 6 de xullo de 2022 e FD CUARTO Sentenza do TSX de Galicia, do 26 de xullo de 2022). En consecuencia, cun criterio acertado, a Sala do social do TSX de Galicia estima os recursos e retrotrae os efectos do complemento á data do feito causante da pensión da que trae causa.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 18 de novembro de 2022 (recurso de suplicación núm. 6866/2021).

RESUMO: compatibilidade plena entre unha pensión de incapacidade permanente total do réxime especial de traballadores do mar (REMAR) cunha pensión de xubilación do réxime xeral (RX). Non procede a aplicación da institución do cómputo recíproco de cotizacións, aínda cando se accedeu á pensión de xubilación con idade reducida por aplicación dos períodos de cotización como traballador do mar.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 163, 205 e 206 da LXSS.

Lei 47/2015, do 21 de outubro, reguladora da protección social das persoas traballadoras do sector marítimo-pesqueiro.

RD 691/1991, do 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotas entre réximes de Seguridade Social.

Moi interesante resulta o fallo contido na presente resolución do TSX de Galicia, pois trata un tema certamente complexo, como é a compatibilidade de pensións xeradas en distintos

réximes da Seguridade Social e a posible aplicación do RD 691/1991, do 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotas. Agora ben, vaia por diante que a Sala galega non aplica, neste caso, o instituto do cómputo recíproco de cotizacións nin a totalización de cotas previstos no RD 691/1991, por iso conclúe –parece que acertadamente– co recoñecemento das dúas pensións, sen excepción, cuxa compatibilidade se cuestiona pola Administración da Seguridade Social.

En concreto, o que é obxecto de litixio é a posible compatibilidade entre unha pensión de incapacidade permanente total do REMAR e a pensión de xubilación con cargo ao RX. Segundo consta nos autos, o traballador, recorrente en suplicación, acredita cotizacións independentes nos dous réximes da Seguridade Social, e coas acreditadas en cada un deles, respectivamente, causou a correspondente prestación, a de IP, no REMAR, e a de xubilación, no RX. A particularidade do sucedido, de aí o conflito xurídico que é obxecto da resolución agora analizada, é que o acceso á pensión de xubilación no RX, materializouse moito antes de que o solicitante cumprise a idade legal de acceso ex art. 205 da LXSS, pois os anos transcorridos de alta no REMAR permitiron a aplicación dos coeficientes redutores da devandita idade, de acordo co previsto no art. 206 LXSS. En concreto, foron 8 anos naturais os bonificados, resultando así o traballador beneficiario da pensión de xubilación á idade de 58 anos. A pensión de IPT para a súa profesión habitual de mariñeiro de altura polo REMAR, fóralle declarada ao demandante no mes de outubro de 2002. Ao ano seguinte, en 2003, comezou a cotizar no RX, tras solicitar e serlle concedida a compatibilidade da súa pensión co posto de expendedor nunha estación de servizo. Foi no ano 2019 -16 anos despois-, á idade de 58 anos, cando solicitou a pensión de xubilación no RX con aplicación dos coeficientes redutores do REMAR. As actividades do REMAR determinantes da redución da idade mínima de xubilación e os coeficientes aplicables están determinadas no Real decreto 1311/2007, do 5 de outubro.

Formulado o debate nestes termos, a polémica é clara. Ou ben arguméntase e deféndese a incompatibilidade das dúas pensións do Sistema de Seguridade Social, por aplicación dos

arts. 163 da LXSS e o seu equivalente o art. 18 da Lei 47/2015, ou ben argumentase e deféndese a súa compatibilidade, por non tratarse de ningún dos supostos de incompatibilidade previstos no art. 5 do RD 691/1991. A primeira opción –a *incompatibilidade*– é a que defende a Administración. A segunda –a *compatibilidade*– é a que defende o traballador beneficiario, de aí a interposición da súa demanda e do recurso de suplicación. En calquera caso, non se trata de elixir libremente entre a aplicación duns e outros preceptos e xustificar, con maior ou menor acerto, a elección, pois é evidente que cada un dos preceptos anteriores responde a unha situación diferente que se pode producir no ámbito da Seguridade Social. A saber, o pluriemprego e a pluriactividade, que pode ser simultánea ou sucesiva. Deixando fóra o pluriemprego, por tratarse do exercicio de dúas actividades que se encadran no mesmo réxime de Seguridade Social, a situación concorrente nos presentes autos é de pluriactividade, que, por materializarse en períodos non coincidentes, se coñece como pluriactividade sucesiva e leva consigo, como se verá a continuación, o principio de conservación dos dereitos de protección social do art. 9.2 LXSS.

A temática da pluriactividade de actividades nas súas múltiples variantes e os seus efectos no que a encadramento, cotización e protección social se refire, é un dos grandes temas en materia de Seguridade Social, de gran complexidade técnica e non sempre correctamente enfocado nin resolto polos tribunais. Pero non é isto o que lle sucede á Sala galega que resolve o conflito formulado facendo gala dun coñecemento exhaustivo da institución da pluriactividade sucesiva de actividades e do cómputo recíproco das cotizacións, fallando en favor do recorrente e por tanto admitindo a compatibilidade da pensión de IPT e da xubilación.

O TSX de Galicia admite que o art. 163.1 da LXSS dispón que “as pensións deste Réxime Xeral serán incompatibles entre si cando coincidan nun mesmo beneficiario, a non ser que expresamente se dispoña o contrario, legal ou regulamentariamente (...)”. E o mesmo o seu equivalente no REMAR, o art. 18.1 da Lei 47/2015 que sinala que “as

pensións deste réxime especial serán incompatibles entre si cando coincidan nun mesmo beneficiario, a non ser que se dispoña o contrario legal ou regulamentariamente. En caso de incompatibilidade, quen puidese ter dereito a dúas ou máis pensións optará por unha delas". E tráense a colación estes dous preceptos, porque neles, entre outros, baséase a Administración da Seguridade Social para opoñerse á percepción por parte do actor das dúas pensións, a de IPT e a de xubilación. Con todo, como apunta a Sala do TSX de Galicia na sentenza agora comentada, facéndose eco doutras resolucións anteriores súas, en concreto, da do 20 de setembro de 2019, que "a existencia en cada un dos réximes do Sistema de Seguridade Social -xeral e especiais máis comúns- dunha regra xeral sobre incompatibilidade entre as súas pensións impide a unha mesma persoa beneficiarse do gozo simultáneo de dúas ou máis pensións recoñecidas dentro dun mesmo réxime (...)". Con todo, continúa declarando a Sala, "é claro que non existe un precepto de carácter similar como o anterior que recolla a incompatibilidade cando as pensións foron recoñecidas en dous ou máis réximes, o que permite presumir, a total compatibilidade de dúas ou máis pensións cuxo titular as obtivo en diferentes réximes".

Isto último é o que sucedeu nos feitos que deron lugar á presente sentenza de suplicación: tras a declaración no ano 2002 dunha IPT para a profesión habitual de mariñeiro de altura polo REMAR, o afiliado comeza a cotizar no RX, previa solicitude e concesión da compatibilidade da súa nova actividade coa súa pensión. E son estas cotizacións, as vertidas ao RX, as que xustifican a solicitude da súa pensión de xubilación.

De acordo cos preceptos antes transcritos e a doutrina xudicial apuntada, nada debería obstar á compatibilidade das dúas pensións. O problema está en que o recorrente fixo uso do tempo de cotización no REMAR para reducir a súa idade de acceso á xubilación no RX. Isto é, serviuse en certo xeito da institución do cómputo recíproco de cotizacións, pois, en definitiva, fixo valer as cotizacións pagadas nun réxime de Seguridade Social -REMAR- para xerar unha pensión noutro réxime diferente -RX-. E é a partir desta realidade na que se

barea a Administración da Seguridade Social para opoñerse á ansiada compatibilidade.

Agora ben, fronte á alegación da Administración, o TSX de Galicia ampárase, acertadamente, no contido do art. 5.1 do RD 691/1991 para afirmar que cando unha persoa acredita cotizacións en distintos réximes as dúas pensións serán incompatibles nos seguintes casos: "cando o cumprimento do período mínimo de cotización esixido para o dereito a aquelas ou a determinación da porcentaxe aplicable para calcular a súa contía, ou ambas as cousas, dependese das cotizacións computadas noutro réxime, tal pensión será incompatible con outra que a mesma persoa causase ou puidese causar neste último". E é obvio que ningunha das dúas situacións se produciu no presente litixio, pois como se afirma expresamente na sentenza analizada "a consideración das cotizacións do REMAR foron unicamente para os efectos de rebaixar a idade de acceso á pensión de xubilación no RX do demandante por aplicación dos coeficientes redutores", pero nada máis, polo que se estima o recurso e se admite a compatibilidade. Entender calquera outra cousa vulneraría unha norma clara e diáfana, que non suscita dúbidas interpretativas.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 12 de decembro de 2022 (recurso de suplicación núm. 1766/2022).

RESUMO: responsabilidade en relación co pago das prestacións. Exonérase á empregadora e condénase á Mutua. Subsidio de IT iniciado durante o período posterior ao falecemento do empregador, unha vez cursada a baixa na Seguridade Social, pero con mantemento da prestación de servizos. Alta con efectos retroactivos solicitada dous meses despois do comezo da prestación de servizos.

NORMAS APLICADAS:

Art. 167 LXSS.

Art. 35 RD 84/1996, do 26 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento xeral sobre inscrición de empresas e afiliación,

altas, baixas e variacións de datos de traballadores na Seguridade Social.

Art. 10 RD 1611/2011, do 14 de novembro, polo que se regula a relación laboral de carácter especial do servizo do fogar familiar.

Certamente rechamante resulta o fallo da Sentenza ditada pola Sala do social do TSX de Galicia, o 12 de decembro de 2022, ao resolver o recurso de suplicación núm. 1766/2022 interposto por dona Felicísima, suposta empregadora de dona Evangelina, traballadora do servizo do fogar familiar, na que solicita que se lle exonere do pago do subsidio de IT da súa traballadora, tendo en conta que a responsabilidade de pago corresponde, segundo a recorrente, á MUTUA, en canto entidade aseguradora das contingencias na referida relación laboral. A sentenza de instancia, da que trae causa o presente recurso, condenaba a Felicísima ao pago do devandito subsidio, entre outras razóns, por non constar de alta a traballadora na data do feito causante da prestación, de aí a absolución da MUTUA. A vía xudicial iniciouse uns meses antes a instancia da traballadora, dona Evangelina, tras denegárselle administrativamente o subsidio de IT solicitado, precisamente, por non constar a súa alta nun réxime de Seguridade Social. Pois ben, a diferenza da resolución administrativa –que denega o subsidio- e da sentenza de instancia –que condena a empregadora e absolve á mutua do pago da prestación-, a de suplicación, que agora se comenta, absolve á empregadora e condena á mutua ao devandito pago, polas razóns que pasan a comentarse a continuación. Dende logo, antes de entrar a analízalas, é evidente que a disparidade de solucións ofrecidas ao mesmo conflito nas tres instancias –a administrativa e as dous xudiciais- fan presumir a súa complexidade, de aí esta recensión.

Os feitos que deron lugar ao presente litixio remóntanse ao ano 2015 cando don Baldomero e a demandante –dona Evangelina- celebraron un contrato de traballo por tempo indefinido e a tempo parcial, dúas horas á semana, para prestar servizos como empregada de fogar, contrato que foi ampliado a máis horas uns días máis tarde. O 31 de maio de 2020, a filla do empregador, dona Beatriz, comunica á traballadora de xeito fidedigno a finalización do seu contrato

de traballo por falecemento do titular do fogar familiar, o 17 de maio de 2020. Xunto con esta notificación, ademais, entréganselle á traballadora os correspondentes documentos de liquidación eponse á súa disposición as cantidades que por tales conceptos lle corresponden. Agora ben, entre o falecemento do empregador -17 de maio- e a notificación do fin do contrato por tal motivo -31 de maio-, en concreto, o 28 de maio, consta parte de baixa médica da demandante, ao que lle seguen os correspondentes partes de confirmación. Se só se atende aos datos ata aquí referidos, non existirían argumentos para denegar á traballadora o subsidio de IT nin para condenar á empregadora como responsable única do seu pago, con exoneración da MUTUA. Respecto diso, téñase en conta que o art. 10 do RD 1620/2011, do 14 de novembro, polo que se regula a relación laboral especial do servizo do fogar familiar contempla a conservación dos contratos de traballo sinalando que "a subrogación contractual por cambio da persoa do empregador só procederá previo acordo das partes, presumíndose este cando o empregado de fogar siga prestando servizos, polo menos, durante sete días no mesmo domicilio, a pesar de variar a titularidade do fogar familiar". E unha situación como a descrita no referido precepto é a que puido pasar no presente litixio, pois falecido don Baldomero, inicial titular do fogar familiar, a traballadora, dona Evangelina, segue prestando servizos no mesmo domicilio durante doce días máis, aínda que na sentenza non se indica baixo a organización e dirección de quen. Pode supoñerse que é da filla de don Baldomero, dona Beatriz, pois tal e como consta na sentenza de suplicación, foi ela a que o 31 de maio de 2020 notificou á traballadora o fin do contrato que *supostamente* lles vinculaba. En definitiva, aínda con algunha fisura, como a que se refire á persoa empregadora, concorre, plenamente, a presunción legal do art. 10 do RD 1620/2011, do 24 de novembro.

Con todo, aínda que a traballadora seguiu prestando servizos no domicilio familiar tras o falecemento do seu empregador inicial, e a comunicación de fin de contrato se materializou 12 días despois, nos autos constan outra serie de datos, sobre todo no que se refire á súa relación coa Seguridade Social, que son os que orixinaron a presente controversia. E son

principalmente dous e que se pasan a expoñer a continuación: o primeiro, fundamental, a baixa da traballadora no Sistema especial de empregados do hogar do réxime xeral o mesmo día do falecemento de don Baldomero, o 17 de maio. Non consta en autos a persoa que procedeu a cursar a referida baixa. O segundo, a solicitude de dona Felicísima, viúva de don Baldomero, o 17 de xullo de 2020, de alta da traballadora, no Sistema especial de empregados do hogar do réxime xeral, con data de efectos 18 de maio de 2020, isto é, ao día seguinte do falecemento de don Baldomero e por tanto o día en que se entende que continúa a prestación de servizos coa súa viúva. O mesmo día, a eventual empregadora solicita tamén como entidade aseguradora das contingencias da súa traballadora, a MUTUA INTERCOMARCAL. O problema, como xa se puxo de manifesto con anterioridade, foi que, entre a baixa no RX e a solicitude de alta da traballadora con efectos retroactivos, a traballadora cursou baixa médica por enfermidade común –o 28 de maio– solicitando o correspondente subsidio económico, que lle foi inicialmente denegado, precisamente, por non constar a súa alta real. Recoñecido o seu dereito ao subsidio en vía xudicial, o conflito sitúase na identificación da entidade responsable do seu pago, que será, ou ben a empregadora, polo incumprimento da obriga de alta, ou ben a MUTUA, como entidade aseguradora das contingencias. Folga dicir que cando se alude á empresa responsable do pago do subsidio de IT por contingencias comúns, refírese ao que exceda da responsabilidade de pago directo que, no caso dos empregados do fogar, vai do 4º ao 8º día do subsidio e que se regula no art. 251 LXSS. Do 1º ao 3º día da baixa, non se cobra.

A solución á disxuntiva formulada parece que debe partir da eficacia retroactiva ou non da alta extemporánea, neste caso, 2 meses despois da iniciación da prestación de servizos. Se se atende á normativa reguladora dos actos de encadramento no Sistema de Seguridade Social, as altas solicitadas fóra de prazo, en termos xerais, non teñen efecto retroactivo, salvo que se ingresasen as cotas en prazo. Se é así, a alta retrotraerá os seus efectos á data na que se efectuou o ingreso. Isto é o que se establece no art. 35.1.1º, parágrafo

terceiro, do RD 84/1996, do 26 de xaneiro, cando dispón que as actas fóra de prazo "só terán efectos dende o día en que se formule a solicitude, salvo que, de aplicarse o sistema de autoliquidación de cotas previsto no artigo 19.1 do texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social, se producise o seu ingreso dentro de prazo regulamentario, nese caso a alta retrotraerá os seus efectos á data en que se ingresaron as primeiras cotas correspondentes ao traballador de que se trate". Antes da ordenación dos efectos especiais das altas, no mesmo precepto da norma regulamentaria dispónse, con carácter xeral, que as altas son efectivas dende o inicio da relación laboral de que se trate, sempre que a solicitude se realizase en prazo. Así o indica o parágrafo primeiro do art. 35.1.1º RD 84/1996: "o recoñecemento da alta do traballador determina a situación de alta deste no Réxime da Seguridade Social que corresponda en razón da súa actividade ou a da súa empresa, cos dereitos e obrigas inherentes á devandita situación conforme as normas reguladoras do Réxime en que aquel quede encadrado. 1.º En todos os casos, as altas cuxas solicitudes fosen presentadas con carácter previo á prestación de servizos unicamente serán efectivas, respecto dos dereitos e obrigas inherentes á esa situación de alta, a partir do día en que se inicie a actividade".

Tras as consideracións anteriores, a solución á controversia resolta na Sentenza da Sala do TSX de Galicia do 12 de decembro de 2022, non debería, *a priori*, xerar ningunha clase de dúbidas: se a solicitude de alta se produciu con ingreso de cotas por autoliquidación, non procedería responsabilidade empresarial ningunha. Se a alta non foi acompañada do ingreso de cotas, si existiría esa responsabilidade.

Con todo, a fundamentación xurídica da sentenza non discorre por eses camiños, senón que xustifica o sentido do seu fallo, exonerando a empregadora de toda responsabilidade no pago do subsidio de IT, en razóns doutra índole que poderían cualificarse de orde social, mesmo, de índole privado e familiar, de aí a elección desta resolución para esta recensión xudicial. Dende logo merece a pena reparar nalgúns dos seus parágrafos que se expresan da

forma seguinte: "don Baldomero morreu o 17 maio 2020 e a súa empregada de fogar, demandante nestes autos, continuou indo ao fogar familiar -o que é totalmente lóxico e explicable- os días seguintes. Non é preciso tampouco xustificar como transcorren, en calquera familia, os momentos posteriores ao falecemento dun dos membros da familia e en concreto, dado o domicilio obxecto da prestación, ao do cabeza de familia dese domicilio, pois é circunstancia para a que basta remitir ás regras do criterio humano (...) E en tal contexto (...) a familia decide a extinción do contrato por falecemento o mesmo mes do seu acaecemento, 14 días despois, coincidindo co fin dese mes e así llo comunican á traballadora". A traballadora "continuou na prestación do 17 ao 31 de maio e incorreu en IT o 28 de maio". É tamén das regras da lóxica que "a familia, superada a dor inicial, prosegue a súa vida poñendo en orde os asuntos do finado e nesa actividade, que tamén é de común coñecemento, tárdanse meses (cando non anos e depende nas máis das ocasións das varias administracións públicas implicadas) en poñer esa orde e nesta tesitura e ante os feitos consumados inmediatos ao falecemento do empregador do fogar en relación co contrato da súa empregada, o 17 de xullo de 2020 preséntase ante a TXSS solicitude de alta da empregada para o escaso lapso temporal do 17 ao 31 de maio de 2020 en que continuou a traballadora asistindo á casa e con contrato en vigor -o do finado-".

A partir desas consideracións, familiares e sociais, pero non xurídicas, a Sala, atendendo ao criterio xurisprudencial do TS con cita de varias sentenzas, considera "que ha de considerarse excesivamente estrita a consecuencia responsabilizadora á empresa, aínda cando a literalidade dos preceptos aplicables, en particular, o art. 167 LXSS (...) puidese levar á esa conclusión". O que propugna o TSX de Galicia é o establecemento de "criterios máis flexibles cando non se acredita unha vontade persistente e rebelde por parte do empresario". Neste caso, considérase que o atraso da empregadora en cursar a alta da traballadora dous meses despois da data correcta, só alcanza a categoría de "incumprimento empresarial leve, ocasional e fortuíto, en relación coa consecuencia responsabilizadora que lle sería

atribuíble". Ocasionalidade que denota que non existe vontade incumpridora, razón pola que non procede atribuírle ningunha clase de responsabilidade.

Se se atende ao sentir e realidade da vida familiar e social, nada que opoñer aos argumentos expresados pola Sala do social do TSX de Galicia. De feito, non son illadas as ocasións nas que a aplicación do Dereito pode resultar un obstáculo para a xustiza, nos supostos nos que a realidade fáctica vai máis aló que a xurídica. Con todo, está a deixarse nun segundo plano os argumentos xurídicos, e quizais, neste conflito, non sexa o máis adecuado, tendo en conta a baixa médica da traballadora, que ninguén discute, e a finalización do seu contrato 3 días despois. Dende logo, a sucesión temporal dos feitos, convida, cando menos, a reflexionar respecto diso.