

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Prof.^a Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: Enfermedad profesional, incapacidad permanente, recargo de prestaciones.

Keywords: Professional sickness, permanent invalidity, social security surcharge.

**ENFERMEDAD PROFESIONAL: TENDINITIS
CALCIFICANTE EN HOMBRO. TRABAJADORA
PLURIEMPLEADA: CONSERVA Y LIMPIEZA.
DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO.**

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 14 de octubre de 2016 (nº. rec. 1513/2016)

Normas aplicadas:

Art. 115.2 e) y 116 LGSS 1994 (art. 156.2 e) y 157 LGSS 2015

RD 1299/2006, de 10 de noviembre

Art. 4 LOIEMH

La sentencia que ahora se comenta se refiere a una cuestión tradicional y clásica en el ámbito de la Seguridad Social. Se trata de la calificación común o profesional de una contingencia dada su relevancia para la determinación del régimen jurídico y cuantía de la prestación que de aquélla se derive. En este caso, de una incapacidad temporal (IT) causada por una tendinitis calcificante en

hombro. Ahora bien, lo novedoso de la resolución radica en el enfoque que le otorga la Sala de Galicia –en concreto, el ponente- para su correcta solución y que es la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, tan olvidada, en no pocas ocasiones, en la normativa de Seguridad Social.

En síntesis, los hechos que dieron lugar a la cuestión litigiosa fueron los siguientes: la trabajadora demandante y ahora recurrente en suplicación prestaba simultáneamente servicios en dos actividades por cuenta ajena. La primera y principal -con una jornada de 24 horas semanales-, como operaria en una empresa conservera. La segunda y más residual -aunque en la sentencia no conste la duración de la jornada-, en tareas de limpieza para una comunidad de propietarios. Ambos empresarios o empleadores tenían asegurados los riesgos profesionales del personal a su servicio en distintas mutuas aseguradoras. No consta en los antecedentes de hecho de la sentencia ningún detalle sobre la aparición y eventual evolución de la patología de la demandante. Tan solo se apunta que el día 4 de febrero de 2015 fue iniciado un proceso de IT por contingencias comunes con el diagnóstico de "tendinitis calcificante de hombro".

Disconforme la trabajadora con la calificación de su contingencia como común, primero reclamó administrativamente y posteriormente en vía judicial. Pero ni el INSS, ni el juzgado de lo social, le dieron la razón y confirmaron su carácter no profesional. Por el contrario, la Sala de lo Social del TSJ sí admitió sus alegaciones, estimó su recurso de suplicación y calificó su dolencia de carácter profesional, pues de lo contrario y por las razones que se expondrán a continuación, se estaría materializando una discriminación indirecta por razón de sexo y por lo tanto contraria a la CE y al contenido de la LOIEMH.

Una vez que se lee la argumentación jurídica de la sentencia de suplicación, la decisión del Tribunal parece sencilla, pero habida cuenta del contenido de la regulación de las enfermedades profesionales –el RD 1299/2006- es evidente que su fundamentación solo puede ser el fruto de un

conocimiento completo y exhaustivo del régimen jurídico del principio de igualdad y no discriminación. Y ello es así, porque como se verá a continuación, ninguna de las actividades laborales desarrolladas por la recurrente cuando se le diagnostica la enfermedad –conserva y limpieza- están incluidas en el listado de las posibles causantes de la patología que dio origen a su IT. Al no estar incluidas, para poder calificar la contingencia de laboral habría que acudir a otras vías, como es la de la enfermedad del trabajo y su regulación en el art. 115.2 e) LGSS 1994 (art. 156.2 e) LGSS 2015). No en vano tal pretensión constituyó la petición subsidiaria de la recurrente. Sin embargo la Sala no necesitó acudir de dicho precepto y subsumió la situación de pleno en el art. 116 LGSS (art. 157 LGSS 2015).

En efecto, la trabajadora, en su recurso de suplicación, pone de manifiesto sus dos peticiones: la primera, la consideración de su patología como enfermedad profesional por cumplirse todos los requisitos del art. 116 LGSS 1994 (art. 157 LGSS 2015) aunque ninguna de sus profesiones aparezcan citadas en el cuadro del RD 1299/2006. Y la segunda, y de manera subsidiaria, que su patología sea considerada enfermedad del trabajo, tal y como se define en el art. 115.2 e) LGSS 1994 (art. 156.2 e) LGSS 2015), y por lo tanto sea asimilada a un accidente de trabajo. En este caso, como es sabido y la propia recurrente reconoce que es necesario acreditar la relación de causalidad entre la patología y la actividad laboral. Y a ello dedica parte de las argumentaciones de su recurso, principalmente con las revisiones fácticas solicitadas. La fundamental, y que fue admitida por la Sala de Galicia, se refiere a un informe evacuado por un técnico de un servicio de prevención ajeno, en el que una vez descritas sus tareas quedan claros –y así se hace constar en el informe- los factores de riesgo de su puesto de trabajo en la empresa conservera.

Por supuesto, y como no podía ser de otra manera, la Mutua de la mercantil se opuso al recurso de suplicación. En cuanto a la primera petición, su oposición resultó muy sencilla: las actividades laborales de la trabajadora no estaban incluidas en el RD 1299/2006 y, por lo tanto, queda

totalmente descartada la calificación profesional de la contingencia. Y en cuanto a la segunda petición, su consideración como enfermedad del trabajo del art. 115.2 e) LGSS 1994 (art. 156.2 e) LGSS 2015), también quedaba descartada pues no había quedado acreditada la relación de causalidad entre la actividad laboral y la lesión.

Y así llegamos a los argumentos de la Sala y la conexión de toda esta materia con la prohibición de discriminación por razón de sexo. Y al respecto, de sus acertados argumentos, se pueden extraer tres ideas fundamentales: la primera, que el cuadro de profesiones y actividades del RD 1299/2006 es meramente ejemplificativo. En segundo lugar, para completar esta ejemplificación nada mejor que acudir a las "Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales" elaboradas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo donde, en su apartado referido a las enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos músculo- esqueléticos, figuran muchas condiciones y actividades de riesgo y distintas actividades y ocupaciones de riesgo, listado más amplio que el del RD 1299/2006. Y en tercer y último lugar, y aquí está lo novedoso y más destacable de esta sentencia, que cualquier aplicación literal y restrictiva del RD 1299/2006 supondría una discriminación indirecta por razón de sexo y por lo tanto prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Y ello por las razones que con gran acierto, a la par que sencillez, expone la Sala y ponen de manifiesto, como ya se apuntó más arriba, el dominio del significado y alcance del principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, se apunta que la enfermedad que padece la trabajadora tiene mayor incidencia en las mujeres que en los hombres (así consta en las "Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales"). Por lo tanto, puede hablarse de enfermedad feminizada. Las profesiones a las que se dedicaba la recurrente -profesiones vinculadas a la conserva y a los servicios de limpieza- también están feminizadas. Por todo ello, y para evitar impactos negativos en el colectivo femenino como sucede si se interpreta literalmente el RD 1299/2006, hay que proyectar sobre su contenido el art. 4 LOIEMH y demás disposiciones y por lo

tanto concluir que si de las tareas de las actividades y profesiones mencionadas se presume la causación de la misma patología que sufre la demandante, esa misma conclusión debe predicarse de las profesiones a las que se dedica la trabajadora al coincidir sus tareas. Por supuesto que cabe prueba en contrario que desvirtúe tal presunción, pero al no constar ninguna prueba, la Sala estimó íntegramente su recurso y por lo tanto la calificación profesional de la contingencia.

PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA. COMPATIBILIDAD CON PENSIÓN DE JUBILACIÓN FRANCESA DE EXIGUA CUANTÍA.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2016 (nº. rec. 1490/2016).

Normas aplicadas:

Arts. 139.2 y 141.1 LGSS 1994 (arts. 196.2 y 198.1 LGSS 2015).

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

Art. 53 Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril.

En esta sentencia la Sala de lo Social del TSJ se pronuncia sobre la eventual compatibilidad de una pensión de incapacidad permanente total cualificada, esto es, incrementada en su cuantía en un 20 por 100, con la percepción de una pensión de jubilación francesa. Y resuelve en sentido afirmativo, admitiendo plenamente tal compatibilidad, no solo por lo exiguo de la pensión francesa, que también, sino, fundamentalmente por la aplicación del art. 53 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril y la interpretación del mismo por parte del TJUE. En particular, el TSJ de Galicia alude a la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 1998 (asunto C-143/97).

Según consta en los antecedentes de hecho de la sentencia de suplicación, a don Marcelino, nacido en el año 1950, le fue reconocida una prestación contributiva de incapacidad

permanente total por un importe del 55 por 100 de una base reguladora mensual estimada en 833,55 euros. En el año 2015 y tras alcanzar los 55 años de edad, la cuantía de su pensión fue incrementada de conformidad con lo previsto en el art. 139.2 LGSS 1994 (art. 196.2 LGSS 2015). En concreto, el porcentaje de su base reguladora pasó del 55 al 75 por 100. Así se ordenaba en el art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, cuando concurriesen en el pensionista de incapacidad las circunstancias que más tarde pasaron a ser fijadas en el art. 139.2 LGSS: "cuando por la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior". El referido Decreto 1646/1972 fijaba la edad para poder acceder a dicho incremento en 55 años. El problema que dio lugar a los presentes autos surgió en el año 2014, pues desde el 1 de enero a don Marcelino le había sido reconocida una "exigua" pensión de vejez a cargo de la Seguridad Social francesa. Así las cosas, durante todo el año 2014 el actor estuvo percibiendo de la Seguridad Social española 924,68 euros mensuales por su incapacidad total cualificada y de la francesa 179,88 euros mensuales en concepto de vejez. En el año 2015, su pensión de incapacidad fue revalorizada en poco más de 2 euros mensuales, sin que nada se diga sobre una posible revalorización de la jubilación francesa. En definitiva y en lo que interesa a la Seguridad Social española pues es la cantidad objeto de litigio, el actor percibió en concepto de complemento del 20 por 100 de su prestación de incapacidad permanente total, en el año 2014, 246,85 euros mensuales y en el año 2015, 247,20 euros también en cada paga mensual.

Una vez que el INSS tuvo conocimiento de esa situación – julio de 2015-, dictó resolución rebajando el importe de la pensión en el referido 20 por 100, al tiempo que declaraba indebidamente percibida la misma cantidad desde el 1 de enero de 2014 solicitando, por lo tanto, su reintegro. Don Marcelino, disconforme con la resolución, interpuso la correspondiente reclamación administrativa previa que fue íntegramente desestimada por lo que se vio obligado a

presentar demanda ante el juzgado de lo social. El mes anterior a la presentación de la demanda, había dirigido un escrito a la Seguridad Social francesa renunciando a su pensión de vejez, reiterando su petición tras ser requerido por las autoridades galas acerca del motivo de su renuncia.

Tanto el juzgado de lo social, como la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, le dan la razón al pensionista con unos argumentos claros, precisos e indubitados que parecen querer aplacar un empeñamiento del INSS en no querer admitir una realidad incontestable. Y sus razones se basan no solo en la propia normativa interna de Seguridad Social, sino además, y fundamentalmente, en el contenido del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril y su interpretación por parte del TJUE.

Sobre el derecho interno, en concreto, sobre el contenido de la LGSS, la posición de la Sala, que confirma plenamente lo argumentado en la instancia, no deja lugar a dudas. Y ello lo hace a través de un análisis de cada uno de los preceptos aplicables al supuesto litigioso. Así, comienza por el art. 139.2, párrafo segundo, LGSS 1994 (art. 196.2 LGSS 2015) que prevé el incremento del 20 por 100 de la pensión de incapacidad permanente total cuando concurren las circunstancias en el mismo descritas. Y a continuación, con el art. 141.1 LGSS 1994 (198.1 LGSS 2015). Primero, con su párrafo primero, que reconoce la compatibilidad de la pensión vitalicia de incapacidad permanente total "con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando sus funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total". Y a continuación, con su párrafo segundo, al que precisamente se acoge el INSS para justificar su postura, y recuerda que lo que dispone es que "podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social". Pero tal incompatibilidad aquí no concurre, y en esto incide mucho la Sala, porque el actor no realiza trabajo alguno, sino que lo que percibe es una

pensión de jubilación, de exigua cuantía, presumiblemente por lo trabajado y cotizado en su día en Francia.

Y sobre el contenido del Derecho europeo y su aplicación al presente supuesto, las afirmaciones e interpretación de la Sala gallega todavía son más contundentes. Al respecto, recuerda el contenido literal de algunos apartados del art. 53 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril, de plena aplicación a esta controversia para poner de manifiesto que su significado no ha sido tenido en cuenta por el INSS español. El primero de ellos, art. 53.3 a), que enuncia las reglas de compatibilidad de prestaciones causadas en distintos Estados europeos y sobre esta cuestión dispone que "la institución competente tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro sólo cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero". El segundo, el art. 53.3 d), que ordena la forma de ser aplicada una eventual reducción en el caso de que se reconozca la incompatibilidad. Y sobre esta materia ordena que "si un único Estado miembro aplica cláusulas antiacumulación debido a que el interesado disfruta de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, o bien disfruta de ingresos adquiridos en otros Estados miembros, la prestación debida podrá reducirse solamente en el importe de dichas prestaciones o de dichos ingresos".

En fin, sobre el contenido del aludido art. 53.3 a) y como muy bien argumenta el TSJ de Galicia, la prestación económica de vejez reconocida en Francia no puede condicionar al derecho de don Marcelino al incremento del 20 por 100 de su pensión de incapacidad permanente total, pues la legislación española de Seguridad Social no contiene ninguna previsión específica "que permita tener en cuenta aquélla para impedir ésta y tal carencia normativa cierra la posibilidad de la interpretación sustentada por el INSS y rechazada también en la sentencia de instancia". Como apoyo de esta interpretación, aunque no sería necesario, la Sala de Galicia se esfuerza en aportar una serie de

resoluciones de nuestros TSJ, además de la STJUE de 22 de octubre de 1998 (asunto C-143/97). Y en cuanto al art. 53.3 d), la Sala rechaza la posición del INSS pues lo que considera indebidamente percibido y por lo tanto la cantidad que le reclama al actor es notablemente superior -246,85 euros mensuales/año 2014 y 246,85 euros/año 2015- que la cuantía por vejez que percibe de Francia -179,88 euros mensuales-, por lo que de existir cláusulas antiacumulación, en el sentido de la norma comunitaria, que como acaba de comprobarse no existen, la reducción sería inferior, con lo que se llegaría al absurdo de que el pensionista percibiría una "prestación claramente inferior a la que percibiría pese a que la pensión de jubilación en Francia solo asciende a la exigua cantidad de 179,88 euros mensuales".

Como colofón a todos los argumentos anteriores y pese a la solvencia de los mismos, el TSJ trae a colación la finalidad de cada una de las prestaciones percibidas por el recurrente y en especial la de jubilación sobre la que recuerda que su razón de ser lo es para suplir la falta de rentas procedentes del trabajo en su totalidad y "en este caso no desaparece la finalidad perseguida por el art. 139.2 LGSS pues la escasa cuantía de la pensión de jubilación reconocida al actor en Francia, no sufre el posible vacío de recursos económicos, hasta el extremo que, de mantenerse la supresión del incremento acordado por la Entidad Gestora, le sería más beneficioso renunciar a la pensión de jubilación reconocida en Francia y optar por la de incapacidad total reconocida en España, dado el desequilibrio existente entre la cantidad que venía devengando como complemento de la pensión de invalidez, y la exigua suma reconocida como pensión de jubilación".

En definitiva, el TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y confirma la sentencia de instancia que de forma correcta había reconocido el derecho del actor a continuar percibiendo la pensión de incapacidad con el incremento del 20 por 100, más la devolución a su favor de las cantidades que le fueron descontadas.

RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LA EMPRESA CONTRATISTA EN EL ACCIDENTE SUFRIDO POR UNO DE LOS TRABAJADORES DE SU SUBCONTRATISTA. DEFECTOS DE COORDINACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 21 de octubre de 2016 (nº. rec. 3123/2016).

Normas aplicadas:

Art. 123 LGSS 1994 (art. 164 LGSS 2015)

Arts. 14, 16, 18 y 24 LPRL.

Art. 42.3 TRLISOS 5/2000.

Art. 96 LRJS.

Art. 7 RD 171/2004, de 30 de enero.

De nuevo la Sala de lo Social del TSJ de Galicia vuelve a pronunciarse sobre uno de los temas más tradicionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A saber, la responsabilidad empresarial por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral en el abono del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, en supuestos de pluralidad empresarial. Pero lo novedoso de la misma, y de ahí la inclusión en esta crónica, es el sentido de su fallo pues en lugar de atribuirle en exclusiva a la empresa-empleadora del trabajador accidentado, o como mucho extender solidariamente la responsabilidad a la empresa principal de la contrata, lo asigna en exclusiva a esta última. Y ello lo hace tras constatar que dicha contratista había sido la única incumplidora –infractora- de los deberes en materia de prevención de riesgos laborales cuya omisión fue la causa exclusiva del accidente sufrido por el trabajador recurrente en suplicación.

Los hechos sucedieron de la forma que se describe a continuación. El trabajador accidentado prestaba servicios como operario para la empresa LIMBER MULTISERVICIOS, S.L., que había sido subcontratada por HIJOS DE

J.BARRERAS, S.A. para, entre otras funciones, auxiliar en las maniobras de atraque de un buque. El día 7 de febrero de 2011, cuando se procedía al amarre del referido buque, el trabajador que se encontraba en la popa, intentó desenganchar una estacha que se había enganchado en una noray. En ese momento se puso en marcha la hélice, enganchándose y tensionándose la estacha hasta el punto de romperse y golpeando al trabajador que cayó al mar. Tras permanecer casi un año en IT, le fue reconocida una IPP. En los hechos probados de la sentencia se hace constar que aunque la maniobra de atraque era realizada por empleados de la empresa LIMBER MULTISERVICIOS, S.L., el encargado de la coordinación de las actividades era trabajador de HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. y la maniobra de atraque había sido dirigida por el práctico de la Autoridad Portuaria de Vigo.

A raíz del accidente y por la forma en qué se sucedió, de acuerdo con las actas de la ITSS y demás pruebas obrantes en los autos, el propio INSS ya reconoció en vía administrativa la existencia de responsabilidad empresarial de la entidad HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. y fijó el recargo en el 40 por 100. Ninguna responsabilidad en el accidente le asignó a la empresa-empleadora del accidentado. Al respecto, no está de más recordar aquí que todas las prestaciones económicas derivadas de un AT o EP pueden ser objeto de recargo, incluida la IPP y también las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes. Lo determinante, como dispone expresamente el art. 123 LGSS 1994 (art. 164 LGSS 2015), es que tales prestaciones tengan su causa en un AT o EP por incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral. Es decir, la modalidad de la prestación, periódica o de pago único, resulta indiferente. La resolución del INSS fue impugnada por la mercantil condenada ante el juzgado de lo social que estimó íntegramente la demanda, y por lo tanto, dejó sin efecto el recargo impuesto.

No conforme con el fallo de instancia, el trabajador accidentado lo recurrió en suplicación ante el TSJ de Galicia. Pero no fue el único impugnante. También mostró su

disconformidad el propio INSS que en su recurso también solicitó a la Sala la condena en el abono del recargo a la entidad contratista HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. Como no podía ser de otra forma, la referida mercantil impugnó de contrario el recurso. Nadie solicitó la declaración de responsabilidad empresarial en el accidente del trabajador y, por lo tanto, su condena al abono del recargo a la entidad LIMBER MULTISERVICIOS, S.L.

Pues bien, para resolver el recurso de suplicación, la Sala de Galicia hace un repaso a todos los elementos que conforman el régimen jurídico del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, a fin de comprobar si concurren o no en la presente litis. Una vez confirmada su presencia, y por lo tanto la viabilidad de imponer una condena empresarial por recargo de prestaciones, pasa a analizar la normativa de prevención de riesgos laborales y lo hace desde la perspectiva de la pluralidad empresarial en el mismo centro de trabajo lo que ocurre en el supuesto de autos. Y todo este análisis jurídico lo plantea tras atender, o más bien rechazar, la mayoría de las revisiones fácticas solicitadas en sus respectivos recursos de suplicación por las partes recurrentes. Solo se admitió una revisión de hechos que, por lo que se verá después, es necesario traer ahora a colación. Además había sido solicitada por la mercantil HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. Se pretendía que constase como hecho probado que en vía judicial había quedado sin efecto la sanción administrativa a ella impuesta por "la falta prevista en el art. 12.14 LISOS con ocasión del accidente sufrido por el trabajador (...) mientras prestaba servicios en el astillero de dicha sociedad por cuenta de la empresa LIMBER MULTISERVICIOS S.L.". Como se dijo más arriba, la revisión fue admitida.

Sobre los presupuestos del recargo, la Sala de Galicia recuerda que son los siguientes: que tiene cierto carácter sancionador, por lo que ha de ser objeto de interpretación estricta y restrictiva; que dada su naturaleza punitiva es de aplicación personalísima; que se trata de una responsabilidad empresarial en que si bien no es de naturaleza objetiva, sí tiene escasa incidencia la conducta

del trabajador, y en todo caso ha de existir una omisión de medidas de seguridad y salud por parte de la empresa; que ha de existir un nexo causal entre la infracción de la medida de seguridad y el accidente sufrido por el trabajador; y, por último, el concepto de "empresario infractor", cuestión sobre la que se incide especialmente para disponer expresamente que no puede circunscribirse solo al empleador directo del trabajador accidentado, sino que de lo que se trata es de determinar en el supuesto concreto qué empresarios incumplieron sus obligaciones preventivas. Y si son varios y todos sus incumplimientos tienen relevancia causal respecto del accidente, todos deben ser declarados responsables solidarios del recargo. Por el contrario, si ningún incumplimiento les es imputable de nada han de responder.

En lo que se refiere a la normativa preventiva y en particular a los deberes empresariales de coordinación en los supuestos de pluralidad de empresarios sobre la misma actividad, la Sala insiste en el contenido de los apartados 1, 2 y 3 del art. 24 LPRL y en el art. 42.3 LISOS y ello lo hace con una finalidad muy clara: incidir en el deber de coordinación de actividades empresariales preventivas. Y al respecto recuerda que cuando se trata de una contrata interempresarial, el principal obligado es el empresario principal pues es él y solo él quien debe "vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales". Y esto es lo que debería haber cumplido la mercantil HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. y sin embargo no lo hizo: "en absoluto se ha acreditado la existencia de coordinación, ni en la planificación preventiva, ni en la ejecución de la maniobra ya que el accidente no se produce porque el trabajador no hubiera sido informado del riesgo que puede existir, sino que se produce porque la hélice se pone en marcha y engancha la estacha, tensionando la misma hasta romper, sin que nadie haya advertido al trabajador de la puesta en marcha de la hélice". La referida información había sido suministrada por su empleadora, la empresa LIMBER MULTISERVICIOS S.L. En definitiva, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, si solo ha incumplido la

contratista, solo ella deberá responder del recargo, aun cuando careciese de vínculo laboral alguno con el accidentado.

Una última cuestión que intentó hacer valer la mercantil recurrente para exonerarse de responsabilidad en el abono del recargo: trató de justificar la ruptura del nexo causal por la concurrencia de la imprudencia temeraria del trabajador, y subsidiariamente por caso fortuito. Y para la solución de este motivo de recurso la Sala de Galicia lo ha tenido más que claro. Esto es, se trata de aplicar las reglas de distribución de la carga de la prueba del art. 96.2 LRJS y como la empresa no ha acreditado la existencia de ninguna de esas causas exoneradoras no se admite tal alegación. En definitiva, el recurso se estimó en su integridad y con gran acierto jurídico se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el trabajador recurrente con un incremento en las prestaciones en un 40 por 100 y con cargo a la empresa HIJOS DE BARRERAS S.A.

RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL Y DE LA EMPRESA CONTRATISTA EN EL ACCIDENTE SUFRIDO POR UNO DE SUS TRABAJADORES. INTERVENCIÓN DE UNA TERCERA EMPRESA SUMINISTRADORA DE LA PLATAFORMA EN LA QUE SE PRODUJO EL ACCIDENTE.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 28 de noviembre de 2016 (nº. rec. 162/2016).

Normas aplicadas:

Art. 123 LGSS 1994 (art. 164 LGSS 2015)

Arts. 4.2 d) y 19 ET

Arts. 17, 19, 24 LPRL.

Arts. 3, 4 y 5 RD 1215/1997, de 18 de julio.

Arts 10.3, 6 y 8 de la parte c) del anexo del RD 1627/1997, de 24 de octubre

Art. 96 LRJS

La trascendencia del tema analizado en esta sentencia, la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social en supuestos de pluralidad empresarial, justifica que se le dedique en la misma crónica otro comentario. Pero además, porque en la presente, y a diferencia de la inmediatamente anterior, la condena por recargo se impone solidariamente a las dos empresas implicadas en el accidente de un trabajador: a la empresa principal -ABECONSA- y a la empresa contratista -ANTONIO BLANCO BRAÑA- que era la empleadora del accidentado. En todo caso, en el accidente también estuvo presente una tercera entidad, VILLASUSO ORTEGAL, a la que ABECONSA le había alquilado una plataforma móvil elevadora de personas (pemp) toda vez que su andamio no resultaba operativo. Como es evidente, la diferencia entre la responsabilidad solidaria que se impone en esta sentencia a la empresa principal y a la contratista y la responsabilidad exclusiva reconocida en la anterior, no es arbitraria, ni caprichosa, sino que responde a una correcta interpretación y aplicación de los preceptos reguladores del recargo y a la

consideración de todos los elementos fácticos concurrentes en el accidente causante de las lesiones al trabajador.

Sobre la forma de causación del accidente producido como consecuencia del volcado de la plataforma móvil elevadora de personas, es preciso traer aquí a colación los siguientes datos: el mismo se produjo cuando el trabajador, D. Florentino, prestaba servicios para su empleadora ANTONIO BLANCO BRAÑA, contratista de la empresa principal ABENCONSA y en el centro de trabajo de ésta en una vivienda unifamiliar de Ortigueira. El trabajador se encontraba sobre la cesta de la plataforma colocando remates de aluminio cuando la cesta volcó desde una altura de ocho metros sufriendo diversas lesiones que dieron lugar a prestaciones de Seguridad Social. La caída tuvo lugar por la rotura de la unión vástago-rótula de la plataforma que constituía el sistema de compensación de la cesta, lo que se produjo por un deficiente estado y mantenimiento del equipo. Consta en los hechos probados de la sentencia que cuando comenzaron los trabajos en la plataforma, el día 26 de junio, se comprobó su funcionamiento irregular, de hecho el encargado de la obra llamó a la empresa suministradora para quejarse. Personado un trabajador de dicha empresa puso de manifiesto que todo estaba bien, además de indicarles que no disponían de otro equipo en aquel momento. El día del accidente, el trabajo estaba distribuido de la siguiente forma: Daniel de la empresa ABENCONSA, sobre la cesta, manejaba la pemp; Florentino, también sobre la cesta, instalaba los remates de aluminio; y Roque, desde el suelo, facilitaba el material. Los dos últimos trabajadores lo eran de la empresa ANTONIO BLANCO BRAÑA. En el accidente sufrieron daños graves los operarios que estaban sobre la cesta –Florentino y Daniel-, aunque los presentes autos se refieren únicamente a la problemática con el recargo sobre las prestaciones de la Seguridad Social percibidas por Florentino.

En el informe técnico de las condiciones de la plataforma se concluye que se evidencian múltiples elementos que permiten determinar una falta de mantenimiento general, así como multitud de elementos defectuosos (corrosión,

recubrimiento con cinta aislante, grasa reseca, elementos de agarrotamiento, cilindros con suciedad, óxido y falta de limpieza, etc) lo que obligó a realizar un trabajo en condiciones anormales, que ocasionó la rotura de la unión vástago-rotula que constituye el sistema de compensación de la cesta de trabajo. La misma causa del accidente es la que se hace constar en el informe del ISSGA. Otros datos que constan en los hechos probados de la resolución son: el nivel de formación en materia preventiva recibido por don Florentino, en concreto, curso de "segundo ciclo formación: instalaciones, reparaciones, montajes, estructuras metálicas, cerrajería y carpintería metálica; Primer ciclo de Formación: Aula Permanente o nivel inicial; Prevención de riesgos en carpintería y Primeros auxilios". Y por otro lado, que en "el plan de seguridad de la obra no estaban previstos los trabajos en cuya ejecución se produjo el accidente".

Por la forma en que se sucedieron los hechos y de acuerdo con los datos obrantes en autos, el INSS reconoció la responsabilidad solidaria de las dos empresas, ABECONSA y ANTONIO BLANCO BRAÑA, en el accidente de trabajo acaecido a don Florentino y en consecuencia las condenó solidariamente al abono del recargo del 50 por 100 de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas. No conformes con dicha resolución y tras poner fin a la vía administrativa, las dos entidades la impugnaron ante el juzgado de lo social que desestimó íntegramente sus demandas, obligándolas, por lo tanto, a la interposición del correspondiente recurso de suplicación que, como se verá a continuación, también fue desestimado en su integridad.

Como es natural cada una de las condenadas impugnó la sentencia de instancia por distintas razones, las dos con la vista puesta en la exoneración de su respectiva responsabilidad en el accidente en pro de la responsabilidad exclusiva de la otra, incluso en la de la suministradora de la plataforma elevadora. Sin embargo, la Sala de Galicia, tras un estudio exhaustivo de toda la normativa aplicable, no le dio la razón a ninguna, ni siquiera en el eventual tanto de culpa de la mercantil suministradora del material.

Los motivos del recurso de suplicación alegados por la empresa ANTONIO BLANCO BRAÑA son los más extensos y también en su sentencia de suplicación los fundamentos del TSJ son muy exhaustivos, no en vano se trata de la empresa empleadora del accidentado que sin embargo prestaba servicios en el ámbito de una contrata de ejecución de obra, en la obra de la empresa principal y con equipos de trabajo suministrados por una tercera entidad con la que ella nada había contratado. De hecho, la propia entidad ANTONIO BLANCO BRAÑA aduce expresamente que "la rotura de una pieza oculta de la plataforma móvil arrendada, cuyo mantenimiento no corresponde a las empresas que son parte en el procedimiento, les exime de responsabilidad en el recargo de prestaciones". Por lo tanto, *a priori*, no parecen pocos los elementos que podrían justificar su total exoneración en el accidente y en sus consecuencias y responsabilidades. En fin, que no procedería la aplicación del art. 123 LGSS 1994 (art. 164 LGSS 2015) pues de acuerdo con su contenido no queda acreditada su responsabilidad.

Sin embargo, y aunque de entrada no parece una tarea fácil, el TSJ desmonta en su integridad los motivos de su recurso, y además, por distintas razones lo que no deja espacio a ningún género de dudas en cuanto a su responsabilidad. Y de todas las razones expuestas puede destacarse una en particular. A saber, la deuda de seguridad empresarial que pesa sobre los empresarios frente a sus trabajadores, al margen de las circunstancias concurrentes en la concreta relación de prestación de servicios, como puede ser la existencia de una contrata o la ejecución del trabajo con material suministrado por una tercera empresa, que es lo que acontece en los presentes autos. Al respecto, el TSJ alude al art. 4.2 d) ET y 19 ET, incluso recuerda que dicho deber estaba ya contenido en el art. 7 de la Orden de 7 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de seguridad e higiene en el trabajo. Pero más allá de estos preceptos genéricos, en la sentencia se alude a muchos otros lo que no hace más que confirmar y concretar dicha deuda de seguridad que, como acaba de anticiparse, corresponde al empresario frente a

sus trabajadores dependientes al margen de las circunstancias concurrentes en cada siniestro. Y los fundamentales son los siguientes: el art. 17 LPRL que obliga a los empresarios a "adoptar todas las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sea adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos". El art. 19 LPRL que obliga al empresario a garantizar que "cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva". También, varios preceptos del RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, dado que en este supuesto los equipos no fueron los adecuados. Y por último, menciona como incumplidos los arts 10.3, 6 y 8 de la parte c) del anexo del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. Y es que, según los hechos probados antes indicados, no se habría cumplido con las obligaciones de tales preceptos relativas al uso de cinturones de seguridad y la comprobación de la estabilidad y solidez de los elementos de soporte "previamente a su uso", así como los deberes formativos.

En fin, se mencionan todos esos preceptos para acreditar el elemento que justifica la responsabilidad de la entidad ANTONIO BLANCO BRAÑA en el accidente de Florentino, es decir, la relación de causalidad entre los incumplimientos y el daño: "si se hubiera vigilado el empleo de equipos de protección individual el accidente o no se hubiera producido o al menos sus consecuencias lesivas serían de menor entidad". Y más claro aún es el nexo causal en el caso del "muy deficiente estado de la plataforma, pues la empresa pudo haber paralizado su uso ante la falta de una documentación de mantenimiento adecuada y a la vista de su funcionamiento irregular (...)". Y ya por último, "la empresa no debió de ocupar al trabajador accidentado en el trabajo con la plataforma ante la falta de formación del mismo de carácter específica y previa y suficiente (..) una

formación adecuada hubiera conllevado que el trabajador conociera los riesgos derivados del funcionamiento de tal plataforma, así como los problemas que podían derivarse de su mal estado". Es más, y esto es un elemento fundamental, la rotura del vástago rótula de la plataforma no exonera de responsabilidad a la empleadora, "pues el mal estado era general, y por tanto debió no emplearse la plataforma en especial a la vista de que existía documentación de mantenimiento correspondiente a otro modelo". Además, aun admitiendo que esa rotura no fuera imaginable, "si la empresa hubiera exigido una documentación de mantenimiento adecuada a la arrendadora, si hubiera impartido la formación adecuada y empleado en tal tarea a trabajadores que hubieran recibido la misma, y si conjuntamente con ello hubiera vigilado el uso de los Epis, el resultado lesivo, es más que probable que no se hubiera producido o al menos no con tal intensidad". Por lo que aplicando la regla especial de carga de la prueba del art. 96.2 LRJS correspondía a la empleadora y contratista ANTONIO BLANCO BRAÑA, como deudora de seguridad, probar la adopción de las medidas necesarias para evitar o prevenir el riesgo, lo que no ha hecho. Por lo que la imposición del recargo es adecuada.

Y si la posición de deudor de seguridad justifica la responsabilidad de la empresa empleadora del accidentado, el incumplimiento del deber de vigilancia del art. 24.3 LPRL justifica la condena solidaria a la empresa principal de la contrata, pues la citada empresa principal tenía la obligación de vigilar el cumplimiento por sus contratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, y la falta de tal vigilancia determina que se la considere empresario infractor de acuerdo con el art. 123 LGSS (art. 164 LGSS 2015). Y también en este punto, de acuerdo con el art. 96.2 LRJS, corresponde a la empresa principal la carga de acreditar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo. La falta de acreditación de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de seguridad por parte de su contratista determina su responsabilidad.