

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: pensión de viudedad, silicosis, enfermedad profesional, jubilación

Keywords: widow benefits, silicosis, professional illness, old age pension

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 de octubre de 2017 (rec. de casación para la unificación de doctrina n.º 3911/2015)

Muy interesante, a la vez que compleja, es la cuestión resuelta por la Sala de lo Social del TS en su sentencia de 11 de octubre de 2017, no en vano, su fallo mayoritario, al rectificar doctrina anterior, se acompaña de un argumentado voto particular. A la complejidad de la cuestión de fondo se añade, además, la utilización de normativa ya derogada lo que obliga a retroceder en el tiempo, con todo lo que ello implica a la hora de su correcta aplicación al supuesto litigioso.

La cuestión que se plantea se ciñe a determinar el modo de cálculo del importe del complemento por mínimos que pudiera aplicarse sobre una pensión de viudedad reconocida a prorrata del tiempo de convivencia con el causante. Y ello porque en estas situaciones de pago a prorrata de una viudedad emerge la siguiente disyuntiva: si la pensión que se reconoce y se abona es única, aunque distribuida entre varios eventuales beneficiarios, o si se trata de pensiones diferentes, reconocidas a distintas personas, todas ellas en cuantía reducida. Al respecto, y antes de exponer los

hechos concretos que dieron lugar a la sentencia que ahora se comenta, es preciso aclarar que el régimen jurídico de la pensión de viudedad sufrió una importante modificación ex Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y que la pensión controvertida objeto de la presente *litis* había sido reconocida con anterioridad a dicha modificación. Así las cosas, hay que tener en cuenta que antes de la Ley 40/2007, el art. 174.2 LGSS 1994 ordenaba que “en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido (...)”. Tras la promulgación de la Ley 40/2007, al párrafo anterior del art. 174.2 LGSS se le añadió el siguiente contenido: “si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”. Pues bien, en el contenido de estos dos preceptos, y en alguno más a los que se aludirá con posterioridad, justifica el TS el sentido de su fallo para desestimar el recurso de casación interpuesto por el ISM contra la sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 10 de septiembre de 2015 (recurso de suplicación núm. 3751/2014).

En la presente *litis*, el fallecido y la beneficiaria de la viudedad –D^a Mariana- habían estado casados desde 1972 hasta que se produjo su separación en el año 1991 y, posteriormente, su divorcio en 1995. No consta en los autos ningún matrimonio posterior por parte de ninguno de los implicados. El fallecimiento del causante se produjo el 1 de enero de 2006. Habida cuenta la normativa vigente en ese momento, D^a Mariana reclamó al ISM la correspondiente pensión de viudedad, que se le reconoció en cuantía correspondiente al 52 por 100, sobre una base reguladora

de 836,80 euros y prorrata, en proporción al período de convivencia con el causante, del 59,95 por 100, que asciende, por lo tanto, a 308,90 euros mensuales. Hasta aquí ningún problema. Téngase en cuenta que el divorcio entre el causante y el eventual beneficiario, ya antes de la reforma de 2007, impedían a este último la percepción íntegra de la pensión de viudedad que pudiera corresponderle -el 52 por 100 de la base reguladora- y de ahí el prorrateo efectuado por el organismo gestor, el ISM. Lo mismo ocurre en la actualidad, si bien, acreditada la separación o el divorcio son muchos más los requisitos exigidos para poder acceder a una parte proporcional de una pensión de viudedad, entre otros, la existencia de una pensión compensatoria (art. 220 LGSS 2015).

El conflicto surge cuando la viuda -única, pues no existen más perceptoras de la viudedad causada por el fallecimiento del causante-, solicita, desde el inicio de su percepción, que su pensión de 308,9 euros sea complementada hasta alcanzar el mínimo previsto reglamentariamente - complemento por mínimos-, petición que fue desestimada en vía administrativa, pero estimada en vía judicial. En concreto, el TSJ de Galicia, en su sentencia de 30 de junio de 2008 (recurso de suplicación núm. 1340/2007) declaraba el "derecho de la actora a percibir un complemento por mínimos en cuantía de 90,03 euros, resultado de aplicar la prorrata de divorcio reconocida a la Sra. Mariana de 56,96 por 100 a la diferencia entre la pensión mínima reconocida para el año 2006 y la pensión reconocida a aquella". Dicho en otros términos, a la diferencia entre lo que percibe doña Mariana como viudedad -308,90 euros- y la pensión mínima correspondiente -466,90 euros-, se le debe aplicar el porcentaje de 56,96 por 100, lo que arroja la cantidad antes mencionada, esto es, los 90,03 euros. Y con tal pronunciamiento se da por finalizada judicialmente aquella petición.

Sin embargo, unos años más tarde, el ISM reabre el conflicto al dictar la siguiente resolución: se procede a "regularizar el contenido económico de la pensión de viudedad que percibe doña Mariana al entender que ha

percibido prestaciones superiores a las que le corresponden en concepto de complemento por mínimos durante el período comprendido entre 2008 y 30-4-2012 (expediente administrativo)". Y tal resolución fue impugnada por la afectada, a la que las instancias judiciales le volvieron a dar la razón, y de ahí que o ISM acuda en casación al TS, lo que ha dado lugar a los autos que ahora se comentan.

Para justificar su recurso de casación, el ISM aporta como sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Galicia de 28 de abril de 2009 (recurso de suplicación núm. 1858/2006) en la que también se decidía sobre la misma cuestión pero con una solución diferente a la que ahora se recurre, pues en aquella ocasión se consideraba que al importe anual mínimo garantizado también "ha de aplicarse el mismo porcentaje correspondiente al tiempo de convivencia", por lo tanto dicho importe mínimo se reducía considerablemente. Como no podía ser de otra forma, junto a la sentencia de contraste, el ISM alega la vulneración de determinados preceptos normativos, entre ellos, art. 45 y 50 LGSS 2015 y varios decretos anuales de revalorización de pensiones. Sobre las razones por las que el ISM reabrió el conflicto, no se va a entrar, pues no constan datos en la sentencia que ahora se comenta.

Para resolver la cuestión de fondo, el TS parte de una premisa fundamental y que ofrece una solución a la disyuntiva planteada al principio de este comentario y que es la siguiente: en los supuestos de separación o divorcio, "la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente en la forma que en ella se determina, reparto que afecta, igualmente, al complemento por mínimos". Ahora bien, y aquí está la clave para entender el sentido del fallo del TS, no es posible identificar, ni equiparar, los supuestos de reparto de la pensión de viudedad entre varios beneficiarios de aquellos otros en los que no existe otra persona con derecho a la misma, como sucede con la que percibe la recurrida, doña Mariana. Esto supone, lo reconoce el propio TS, rectificar una doctrina anterior. Y tal rectificación, la justifica, entre otros, en los siguientes argumentos: la naturaleza y la

finalidad del complemento por mínimos –doctrina consolidada- sobre el que evoca su “autonomía propia, en tanto que han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos (...)”; su “autonomía con la pensión –contributiva- que suplementan”; y su finalidad de “paliar una situación de necesidad”, de forma que su reconocimiento no “atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos”.

Bajo ese escenario, los argumentos del TS parecen claros y dispone que “se hace difícil sostener que pueda cumplirse el objetivo indicado de paliar la situación de necesidad, si la cuantía que se fija como pensión mínima garantizada para cada año es minorada por aplicación del indicado porcentaje en relación con una prestación que, de no complementarse, no alcanzaría por sí sola el umbral económico fijado”. Y por otro lado, no se olvide su autonomía –la del complemento- y la consideración particular de una única beneficiaria de la pensión frente a aquellos supuestos en que son varios múltiples los beneficiarios.

Como es habitual, estos cambios de criterios suelen ir acompañados de votos particulares, normalmente muy fundados y así lo hace el firmado por la Magistrada Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol, si bien su contenido lo es para matizar los fundamentos de la mayoría, sin discrepar por completo de la cuestión de fondo. Y tal matización tiene por finalidad destacar la existencia de un único beneficiario, más que la naturaleza del complemento a mínimos, dejando así abierta la posibilidad de seguir aplicando la doctrina tradicional en los casos de concurrencia de beneficiarios de una misma pensión de viudedad, lo cual puede no faltarle razón. Quizás aquí, como en tantas otras ocasiones, vuelve a ser necesario esa concreción legislativa que terminaría con la presente incerteza jurídica, por lo menos en este supuesto, que sí admite que es posible dicha solución.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 31 de julio de 2017 (n.º rec. 641/2017)

La sentencia objeto del presente comentario dirime el alcance y la cuantía de la responsabilidad civil empresarial por el incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral y que ha provocado en el trabajador demandante una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional por silicosis simple.

Los hechos que dieron lugar a la presente resolución se remontan muchos años atrás, en concreto al año 1991, cuando comienzan a sucederse distintas empresas en la explotación de una cantera. El actor-recurrente, don Roque, estuvo trabajando, con y sin solución de continuidad, para varias de ellas. Algunos años después, y tras pasar un tiempo en incapacidad temporal, fue declarado afecto por el INSS de una "incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional por silicosis simple, síndrome reactivo en grado leve e hiperreactividad bronquial". Ante tal situación, la Mutua FREMAP depositó el capital de la prestación frente a la TGSS por el importe correspondiente. Por otra parte, don Roque percibió de la compañía de seguros AXA SEGUROS la cantidad de 46.000 euros en concepto de mejora voluntaria de convenio prevista para los supuestos de incapacidad permanente total. AXA SEGUROS era la entidad con la que la empresa GRUPIMAR, para la que prestaba servicios el demandante en el momento del hecho causante, tenía concertada en ese momento la mejora. No consta, y así lo deja muy claro la sentencia, que la referida empresa tuviese concertada con AXA póliza de responsabilidad civil derivada de enfermedad profesional.

A continuación, en los hechos probados de la sentencia, se enumeran, de forma más o menos detallada, las distintas obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales cuyo cumplimiento ha quedado debidamente acreditado por parte de todas las empresas destajistas de la cantera e intervinientes en la explotación. Entre ellas, la siguientes: utilización de mascarillas, formación en materia

preventiva, reconocimientos médicos, concertación de la gestión preventiva con servicios de prevención, etc. Y de nuevo, vuelve a hacerse referencia al eventual seguro de responsabilidad civil que tienen concertado algunas de ellas, puntualizando que lo tenían solo algunas, aunque ninguna aseguraba la enfermedad profesional. Precisamente, eso es lo que pretendía el trabajador accidentado, la indemnización por responsabilidad civil derivada de enfermedad profesional.

Aunque en la instancia, la demanda del actor fue estimada parcialmente, el fallo no satisfizo sus expectativas en su integridad, pues solo se condenó a una de las empresas demandadas y en una cantidad ínfima, en concreto, 2.311 euros, de ahí la interposición del correspondiente recurso de suplicación. Los motivos, los siguientes: revisión de hechos probados (art. 193.1 LJS) y la infracción de normas sustantivas (art. 193.2 LJS).

En lo que se refiere a la revisión fáctica, son varias las modificaciones solicitadas por el recurrente, siendo algunas admitidas mientras que otras no. En síntesis, lo que pretendía era precisar y puntualizar algunos datos relativos al incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral, cuya transgresión, según su interpretación, le ha podido provocar la silicosis que padece en la actualidad. A los efectos de este comentario, ninguna de ellas es ciertamente relevante pues afectan a cuestiones puntuales del caso en particular, excepto una que no fue admitida por la Sala de Galicia pues pretendía que se identificase el concepto de "mejoras voluntarias" con "responsabilidad civil por falta de medidas de seguridad", y eso no es así. En concreto, el actor solicitaba "la cantidad de 52.190€ en concepto de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada de falta de medidas de seguridad", modificación que no se admite pues la "equivalencia" con la mejora voluntaria, como criterio de fijación de la cuantía solicitada, se establece en la propia demanda rectora que se invoca.

Y en cuanto a la censura jurídica, son varios –muchos– los preceptos del ordenamiento jurídico que se consideran vulnerados. Es más, tal abundancia normativa –según las

recurridas "cita de normas jurídicas en masa"-, ha sido impugnado de contrario alegando que algunas "ni siquiera se relacionan en la argumentación en tanto que otras no hacen referencia a concretos preceptos o apartados infringidos, invocándose incluso una instrucción de fecha posterior a la prestación de servicios del actor en la última codemandada". Sin embargo, el TSJ las admite pues según sus argumentaciones van a permitir analizar los "supuestos incumplimientos de las demandadas absueltas", lo que va a ser decisivo para la resolución del recurso. Desde luego, tal parecer del TSJ no merece más que críticas positivas, pues si bien no puede negarse que la normativa considerada como infringida es mucha, cuando así se alega por una parte, ello obliga a su análisis y examen para poder pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Es más, para facilitar su estudio y entendimiento, el TSJ aglutina los distintos preceptos en dos grandes grupos y para cada uno de ellos justifica su pronunciamiento sobre el fondo.

El primer grupo de preceptos que se consideran vulnerados es desestimado por la Sala de Galicia y por dos razones muy evidentes pero incontestables: falta de prueba de lo que se alega y sucesión de hechos con anterioridad a la promulgación de la normativa cuya aplicación se pretende. En cuanto a la falta de prueba, lo que solicitaba el recurrente es que se extendiese solidariamente la responsabilidad civil a las empresas principales de su empleadora, pero como ya se advirtió con anterioridad, el motivo no se admite pues no quedó acreditada la existencia de ninguna relación contractual entre las empresas implicadas y además, y esto también fue decisivo, los hechos de los que trae origen la petición ocurrieron con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la LPRL y con ella su art. 24 que impone a las empresas principales de una contrata de propia actividad el deber de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El segundo grupo de normas que el recurrente considera infringidas son varias, fundamentalmente las siguientes: las que exigen a los empresarios el cumplimiento de la

normativa preventiva; el art. 96 LRJS que regula la carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asignándosela al deudor de seguridad y a cualquier concurrente en la producción del resultado lesivo; las normas reguladoras de la silicosis como enfermedad profesional; y también, muy importante, el contenido del art. 7 OGSHT de 1971 que ya reconocía un deber empresarial de seguridad muy amplio, al modo que hoy reconoce el art. 14 LPRL. Concretamente, su apartado 2 ordenaba al empresario "adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa", lo que, entre otras, la STS 29 de noviembre de 1996, interpretaba como obligación empresarial de "búsqueda y adopción de las medidas técnicas necesarias para que no se incumplan las obligaciones empresariales". Bajo ese escenario normativo, el TSJ analiza los eventuales incumplimientos de las distintas empresas implicadas en la actividad laboral del hoy incapacitado por silicosis, o bien en calidad de empleadoras, o bien en calidad de contratistas principales de su empleadora, para concluir con el reconocimiento de responsabilidad solo en aquellos casos en los que ha quedado acreditado un incumplimiento. Y con fundamento en esta idea de partida, el TSJ constata los incumplimientos por parte de dos empresas para las que el recurrente prestó sus servicios en distintas etapas de su vida. Según la Sala, lo que ha existido son déficits preventivos que pudieron "haber elevado sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional incapacitante declarada por exposición continua al polvo de sílice". Así las cosas, tan solo quedaba por determinar el porcentaje de culpa y por lo tanto de indemnización de cada una de las empresas implicadas, y aquí el TSJ lo ha tenido muy claro: responsabilidad mancomunada en función del tiempo trabajado, solución con la que el recurrente

discrepa. Sin embargo, continúa argumentando el TSJ, la "solución de repartir la indemnización en función del tiempo que trabajó para cada una de las diferentes empresas sobre el tiempo total de la prestación de servicios en la actividad de riesgo, es criterio ya establecido por la Sala en sentencias 13 de mayo de 2011, 28 de abril de 2015 o 30 de junio de 2016, que entendemos más justo pues no existe precepto alguno que imponga la solidaridad.

En fin, se trata de un litigio en el que más allá de las cuestiones de partida –contratas, seguros, incumplimientos de normas de seguridad, etc-, el núcleo de la cuestión radica en la solución de la disyuntiva responsabilidad mancomunada *versus* responsabilidad solidaria y la solución, cuando no existen razones probadas y evidentes de solidaridad, es la mancomunidad como regla general en la asunción y distribución de las obligaciones contractuales.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 19 de septiembre de 2017 (n.º rec. 1753/2017)

Son dos las cuestiones fundamentales que se resuelven en la presente sentencia del TSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2017. Por un lado, el reconocimiento del derecho a percibir una pensión de jubilación en virtud del régimen previsto en un convenio internacional. Y por otro, el derecho a percibir y a aplicar el complemento a mínimos sobre dicha pensión cuando así proceda reglamentariamente. El Estado extranjero con el cual existe convenio regulador, la República Bolivariana de Venezuela, por lo que se presume que resulta de aplicación, aunque nada se diga expresamente en la resolución comentada, el Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988 (BOE de 7 de julio de 1990).

Los hechos a raíz de los cuales surgió la cuestión problemática que ahora se resuelve, fueron los siguientes: la actora, ahora recurrida –doña Cándida-, era perceptora

de una pensión de jubilación reconocida al amparo del Convenio Hispano-Venezolano antes citado, con factor *prorrata temporis* a cargo de la Seguridad Social española. En determinada fecha, en concreto, en el mes de abril de 2016, la beneficiaria dejó de percibir la parte de la pensión correspondiente a la Seguridad Social venezolana. Con posterioridad, en el mes de octubre de 2016, el INSS español acordó suspender cautelarmente el “complemento a mínimos” de la referida pensión, por no presentar determinados documentos. Contra dicha resolución, la pensionista interpuso la correspondiente reclamación previa, sin que conste ninguna contestación expresa, por lo que se vio obligada a presentar nueva reclamación solicitando la pensión de jubilación en la cuantía mínima correspondiente.

Como fácilmente puede deducirse de la lectura de tales “antecedentes de hecho”, una vez más, Venezuela incumple su deber de abonar las pensiones a todos los trabajadores extranjeros que hubiesen cotizado en aquel país de acuerdo con lo previsto en la normativa internacional. En concreto, en este caso, en el Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988. Por lo tanto, se plantea de nuevo ante los tribunales españoles, y en particular ante los gallegos, la cuestión del alcance y extensión de la responsabilidad del Estado español por los incumplimientos de otro a la hora de abonar la pensión a la que estuviesen obligados, cada uno de su parte correspondiente, en virtud de un convenio internacional. Lógicamente, y como se anticipó al principio de este comentario, directamente relacionada con la cuestión principal se encuentra el reconocimiento de los complementos a mínimos, pues como se desprende de la lectura de la sentencia analizada, la actora-recurrida reclamó al INSS español el abono de una pensión de jubilación, en cuantía mínima de 784,90 euros que es la correspondiente para un titular de 65 años con cónyuge a cargo.

Bajo este escenario de partida, son varios los temas – algunos procesales y otros sustantivos- que resuelve con gran acierto la Sala de Galicia en su sentencia de 19 de

septiembre de 2017 y sobre todos ellos se va a reflexionar a continuación.

En primer lugar, sobre la revisión de hechos probados, de nuevo el TSJ de Galicia se ve obligado a recordar a las partes, especialmente a la recurrente, la naturaleza del recurso de suplicación y el alcance del contenido del art. 193 b) LGSS. Así las cosas, sobre su naturaleza, la Sala recuerda su carácter extraordinario –al contrario que el de apelación- y por lo tanto los límites con los que se encuentra el juzgador *ad quem* a la hora de valorar las pruebas. Y sobre esta cuestión, vuelven a ser visibilizadas las dos ideas fundamentales en las que se sustenta la interpretación del contenido del art. 193 b). La primera, que solo pueden ser revisados en suplicación hechos probados, “a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”. Y la segunda, que tal revisión solo será procedente cuando se ponga de manifiesto un error del juzgador *a quo*. Al respecto, una de las pretensiones del INSS recurrente en suplicación era levantar ciertas dudas sobre la posibilidad de que el Estado venezolano estuviese cumpliendo sus obligaciones con la pensionista y que fuese la propia pensionista la que ocultase la cuenta corriente de ingreso. Ahora bien, para dar por válida tal pretensión del INSS, el TSJ advierte que tendría que haber seguido los trámites del art. 233 LRJS que ordena la “admisión de documentos nuevos” a la causa, lo que, sin embargo, no se hizo. Pero es que, además, el TSJ no se limita a desestimar tal posibilidad, sino que lo argumenta *in extenso*, lo cual es ciertamente loable, haciendo una comparativa entre el anterior art. 231 LPL y el vigente 233 LRJS. Y ello siempre con la vista puesta en la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y sus consecuencias inherentes. En este contexto, resulta muy interesante la reflexión vertida por la Sala cuando advierte que el éxito de esta clase de recursos “está íntimamente ligado al relato fáctico, cuya modificación debe a su vez ser solicitada por el recurrente, no debiendo la Sala -en principio- suplir la inactividad de las partes en este sentido”, lo que, ante la duda, ha llevado en algún caso al TS a declarar la nulidad de actuaciones y evitar que el recurso –en ese caso, de casación- se

transformara en una segunda instancia (STS de 5 de enero de 2000, r.c.u.d. 4385/1998). En fin, queda patente la importancia y trascendencia de la actividad de las partes, en fase de recurso, aun de carácter extraordinario, si lo que buscan es el éxito de su pretensión.

Todos esos defectos procesales obligaron al TSJ a inadmitir el referido documento y también su contenido. De lo contrario, se causaría en la parte contraria una total indefensión pues "no era ese el momento para discutir sobre la falsedad e interpretación del contenido del documento". Es más, y ya volviendo al contenido del art. 193 b) LRJS y en relación con el resto de revisiones fácticas solicitadas, hay que destacar un dato importante que subraya el TSJ y que evidencia la inexistencia de error por parte del juzgador *a quo*: "desde abril de 2016, la atora no percibe pensión de la SS Venezolana" (hecho acreditado). Pero una cosa "es que la pensión esté activa (que es lo que parece desprenderse de los documentos en los que se apoya la recurrente) y otra cosa es que la pensión se esté abonando, que es a lo que se refiere -para negarlo- la Juez a quo en su relato fáctico".

Como cuestión sustantiva y como segundo motivo del recurso (art. 193 c) LRJS), se discute el derecho de la pensionista a percibir de la SS española una pensión de jubilación incrementada hasta el mínimo previsto reglamentariamente, y ello de acuerdo con el art. 59 LGSS, RD 1170/2015, de 29 de diciembre y RD 746/2016, de 30 de diciembre. Y tal solicitud se cursó a la SS española toda vez que la venezolana no cumple con su obligación. El problema está ahí, precisamente, en el incumplimiento de Venezuela: la actora no percibe su pensión de jubilación a la que tiene derecho, de ahí que la solicite a la administración española, además complementada para alcanzar el mínimo previsto legalmente. Y el TSJ le dio la razón, de ahí la interposición del recurso de suplicación por parte de los órganos gestores internos. Pero la Sala lo tuvo claro y no albergó ninguna clase de dudas: el carácter asistencial de los "complementos a mínimos" y la consideración de que los importes a tener en cuenta han de ser los "reales" y no los

ideales, son las premisas de partida para concluir con el reconocimiento del derecho de la pensionista a percibir de la SS española la jubilación en la cuantía reclamada. Y los argumentos son tres fundamentales que permiten vislumbrar la naturaleza y finalidad de los complementos a mínimos en cuanto institución fundamental para justificar el cumplimiento del art. 41 CE, en particular cuando se refiere a la existencia de un "régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad". No se trata ahora de transcribir con otros términos el contenido de la sentencia comentada, pero no está de más traer aquí a colación algunas de sus estipulaciones: cuando se habla de importes reales de pensiones se refiere a aquellos "con los que el beneficiario debe atender a sus necesidades que no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas y por las que, en tanto no se hagan efectivas, tampoco han de soportar cargas fiscales". Cuando no se percibe cantidad alguna en concepto de pensión, "por causa imputable al Organismo gestor de la Seguridad Social de otro país con el que existe convenio bilateral, el beneficiario se haya más necesitado de protección que aquel que percibe de ambos Estados una prestación inferior a la mínima", por lo tanto, debe reconocérsele el complemento por residencia hasta la cuantía mínima reconocida en España. La finalidad de este complemento es "garantizar unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad". En fin, la Sala de la Social del TSJ de Galicia da por solucionado, al menos hasta el límite que le permite la legislación interna, la difícil situación en la que se encuentran tantos gallegos que después de trabajar en Venezuela durante la mayor parte de su vida laboral, regresaron a Galicia y dejan de percibir sus pensiones o las perciben en una ridícula cuantía, aunque para ello se vean obligados a iniciar los trámites judiciales con todo lo que ello implica y con el agravante de que, en no poco casos, se trata de personas con edad elevada.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 25 de octubre de 2017 (n.º rec. 2203/2017)

De nuevo, un órgano jurisdiccional ha de decidir sobre la calificación, común o profesional, de una contingencia sufrida por un trabajador. En este caso, la decisión le corresponde al TSJ de Galicia y así lo hace en su sentencia de 25 de octubre de 2017. Y como es sabido, la cuestión no es baladí, pues las diferencias entre unas y otras contingencias a la hora de determinar los requisitos de acceso a las correspondientes prestaciones y a la de calcular su cuantía difieren ostensiblemente, siendo mucho más flexibles los requisitos vinculados a las contingencias profesionales que a las comunes.

El relato de hechos que dio lugar a la presente resolución, ha sido el siguiente: el día 13 de abril de 2015, cuando D. Pelayo se encontraba prestando servicios en la ciudad de Landskrona (Suecia) para supervisar los trabajos de pintado de un buque, sufrió un mareo con desvanecimiento y a pesar de ser asistido médicamente, falleció en el hospital a donde fue trasladado. Quedó acreditado que la causa de la defunción fue una trombosis pulmonar. La entidad empleadora, Pinturas Hempel, S.A., remitió parte de accidente de trabajo a Fraternidad-Muprespa, Mutua de Trabajo y Accidentes Profesionales de la Seguridad Social que, el día 7 de mayo, dictó resolución declarando que el fallecimiento lo había sido por enfermedad común. La actividad que el fallecido desarrollaba en la empresa Pinturas Hempel, S.A., implicaba desplazamientos en la zona norte de España, pero también por el extranjero, constando en el último año viajes a Portugal y Madagascar, encontrándose desde el 9 de abril de 2014 en Suecia. Por otra parte, en cuanto a normativa de prevención de riesgos laborales, hay que significar que consta en los autos que la empleadora había cumplido con su deber de evaluar los distintos puestos de trabajo y los equipos de protección

individual (EPIs) y en los diferentes reconocimientos médicos el fallecido había sido declarado apto para su puesto de trabajo, si bien con la recomendación, en los dos últimos años, de adecuar su peso.

D. Pelayo, el fallecido, dejó viuda e hijos que no conformes con la calificación de la contingencia por parte de la Mutua iniciaron los trámites pertinentes para su revocación, primero en vía administrativa y después en vía judicial. Con todo, tal discrepancia no impidió que a la viuda se le pudiese reconocer la correspondiente pensión de viudedad. Ahora bien, como se expuso al principio de este comentario, la cuantía de algunas prestaciones –entre ellas, la de viudedad- va a depender de la calificación de la contingencia causante y siempre será superior si dicha contingencia es profesional.

En vía administrativa, la reclamación de la viuda, en nombre y representación de la comunidad hereditaria de D. Pelayo, fue desestimada. Y lo mismo, su demanda ante el Juzgado de lo Social competente, de ahí la interposición del recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Los motivos, los siguientes: la revisión de los hechos declarados probados (art. 193 b) LRJS) y la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia (art. 193 c) LRJS). Tras un análisis y estudio de tales motivos, impugnados de contrario por el INSS, por la Mutua y por la mercantil empleadora, el TSJ de Galicia estima el recurso con revocación del fallo de instancia y por lo tanto declara que “el fallecimiento del trabajador D. Pelayo deriva de contingencia profesional condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración”.

Sobre el primero de los motivos, la “revisión de hechos declarados probados”, poco hay que aportar, y no porque el motivo no haya sido admitido –que también-, sino porque el TSJ de Galicia se limita a recordar una doctrina, más que conocida y reiterada, sobre la que prácticamente ya no queda nada por descubrir. Se trata de aquella que atiende a la naturaleza extraordinaria del referido recurso y sus efectos a la hora de pretender la revisión de los hechos declarados probados en la instancia. De entrada, como

dispone el art. 193 b) LRJS, tal revisión fáctica en vía de recurso solo se va a permitir "a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas". Pero, además, como puntualiza la Sala, siempre que "tales pruebas, documentos y pericias evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia (...)". Y aquí está el elemento clave sobre el que incide el TSJ: el "error valorativo del juzgador" y siempre que el alegado resulte de un "medio hábil revisorio". Así las cosas, han de rechazarse argumentos de parte, conjeturas, interpretaciones valorativas. En fin, como muy correctamente glosa el TSJ, lo que hay que preservar son los criterios objetivos del juzgador sin que sea posible sustituirlos por los subjetivos de las partes. Tal doctrina no es más que el resultado de la configuración del proceso laboral español como un proceso en única instancia, de tal manera que contra las sentencias no se va a permitir nunca una revisión completa de los hechos y del derecho -lo que conformaría una segunda instancia-, sino solo recursos extraordinarios, entre ellos, el de suplicación, caracterizado por la restricción de sus motivos, limitando la revisión de las pruebas a aquéllas cuya valoración quede al margen de la intermediación. Ahora bien, sobre la concreta pretensión de la recurrente, poco aclara la sentencia del TSJ de Galicia más que parece que lo que pretendía era "acreditar la existencia de determinados hechos para los que se ampara en la documental unida a la causa ya analizada por la magistrada de instancia y de la que extrae conclusiones de carácter eminentemente valorativas".

El siguiente motivo del recurso de suplicación, la "infracción de las normas sustantivas", sí que fue admitido por el TSJ y de ahí la estimación del recurso y, en consecuencia, la revocación de la sentencia de instancia. En concreto, la actora-recurrente alegó la infracción de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, pues según ella, tal presunción no fue desvirtuada por prueba alguna en contrario. En sus propios términos, la trombosis pulmonar sufrida por su marido fallecido conforma un accidente "producido en tiempo y lugar de trabajo, por lo que ha de ser considerado como accidente laboral, pues se trata de una presunción legal, por lo tanto la carga de la prueba de

que no constituye tal accidente, esto es, que pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo no guarda relación directa con el trabajo le corresponde a las demandadas lo que no ha sido verificado”.

Para resolver el recurso planteado, el TSJ, con gran claridad de argumentos, expone la doctrina que debe aplicarse en estos casos y ello lo hace a partir de la distinción existente entre la definición legal de accidente de trabajo del art. 156.1 LGSS y la presunción, también legal, de laboralidad ex art. 156.3 LGSS. Y al hilo de esta distinción, profundiza en una de las cuestiones fundamentales para resolver esta litis. A saber, la relación de causalidad que ha de concurrir siempre entre el trabajo y la lesión para que la contingencia sea calificada como profesional. Así las cosas, sobre los accidentes ocurridos en tiempo y lugar de trabajo y haciendo suya una doctrina del TS proclamada en la sentencia de 9 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2932/2004), recuerda que su comisión no se debe “exclusivamente al azar, sino que el empresario es quien domina o debe dominar el medio en el que se desarrolla la actividad laboral y es su deber preservar la salud y la integridad física de los trabajadores”, y de ahí el contenido del 156.3 LGSS. A continuación, y con gran profusión, el TSJ se detiene en todos y cada uno de los elementos que conforman el ámbito objetivo del art. 156.3 LGSS. Y de todos ellos hay que destacar dos en particular y que van a resultar decisivos para la solución del conflicto planteado. El primero, que la única forma de destruir la presunción *iuris tantum* de laboralidad es la presentación de una prueba de cargo suficiente. Según el TSJ, haciendo una llamada a la doctrina del TS, es necesario que quede acreditado de “manera suficiente (...) la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado” y ello se producirá, “bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal” (sentencias TS de 18 de diciembre de 2013 y 10 diciembre de 2014). Y el segundo, porque desde antiguo se sabe que “la presunción *iuris tantum* de laboralidad (...) alcanza a las

genéricas enfermedades de trabajo (...) y ello porque en el término lesión (...) también han de comprenderse las enfermedades de súbita aparición o desenlace”.

Toda esa doctrina general, el TSJ de Galicia la aplica al concreto fallecimiento de don Pelayo y concluye calificando la contingencia de profesional, pues la causa del fallecimiento, la trombosis pulmonar, en cuanto enfermedad, entra dentro del concepto de lesión del art. 156.3 LGSS. También, porque no se ha practicado ninguna prueba que evidencie “a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba y el siniestro”. Al respecto, no es admisible alegar que el causante era un hombre con masa corporal aumentada cuya reducción había sido aconsejada médicamente. Para la Sala, el origen multifactorial de la lesión permite afirmar que tiene relación al menos indirecta con el trabajo. Y por último, y como factor determinante, el que la lesión tenga una etiología común no excluye que el trabajo pueda ser un factor desencadenante.

Es indudable que la cuestión aquí planteada es una de las más habituales de las que se cuestionan ante los tribunales del orden social y nada va a objetarse frente al pronunciamiento y fundamentos de la Sala de Galicia en la sentencia que aquí acaba de comentarse. Pero no puede dejar de reconocerse que, en no pocas ocasiones, todo lo relativo a la calificación o no de una contingencia como laboral pasa más por argumentos casuísticos que jurídicos, lo que genera cierta incertidumbre e inseguridad con la que habría que terminar. Pese a que la balanza se incline las más de las veces en favor de la laboralidad, no estaría de más centrar los esfuerzos en debates más dogmáticos y hermenéuticos, en definitiva, más jurídicos.