

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

Nora María Martínez Yáñez

Prof.^a Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo

Palabras chave: Accidente de traballo *in itinere*, risco durante o embarazo, invalidez permanente, recarga de prestacións, viuvez

Keywords: Work accident *in itinere*, risk during pregnancy, permanent invalidity, benefits surcharge, widow's pension

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, (Sala do social, Sección1ª), núm. 4058/2015, de 14 xullo. Accidente de traballo *in itinere* .

O pronunciamento resolve un recurso de suplicación formalizado pola Mutua Galega de Accidentes de Traballo contra a sentenza ditada polo Xulgado do Social nº 2 de Pontevedra o 30 de decembro de 2013. Os feitos que deron lugar a citada sentenza son os seguintes. A demandante en instancia, dona Tatiana, prestaba servizos para a Xunta de Galicia na Escola Infantil Campolongo, sita en Rúa Xeral Rubín s/n, polígono de Campolongo, Pontevedra, con categoría profesional de técnico especialista en xardín de infancia, en horario de 9:30 h. a 17 h. de luns a venres. O día 20 de setembro de 2011 a demandante abandonou o seu lugar de traballo ás 14:30 h., antes da hora de finalización da xornada laboral, solicitando permiso para iso para o cumprimento dun deber inescusable de conciliación da vida laboral e familiar. En concreto, a causa do permiso concedido tiña que ver coa atención ao seu pai, de 93 anos de idade, enfermo de Alzheimer en estado avanzado e cunha minusvalía de 91%. Ao saír do seu lugar de traballo e dirixirse ao seu domicilio, tivo un accidente de tráfico ao

chocar cun vehículo que non respectou un sinal de STOP. A consecuencia do accidente a actora causou baixa laboral por incapacidade temporal derivada de continxencia común. Tras solicitar a actora a iniciación de expediente de determinación de continxencia, o INSS ditou resolución declarando o carácter común da mesma. Impugnada dita resolución en vía xudicial, o Xulgado do Social de Pontevedra recoñeceu o carácter profesional da baixa.

No recurso de suplicación a Mutua solicita a cualificación do accidente como non laboral, argumentando que ao producirse o accidente no traxecto de volta ao domicilio, pero antes da finalización da xornada laboral e para atender unha urxencia familiar, o motivo do desprazamento foi de carácter privado. Noutras palabras, segundo a Mutua, o desprazamento non resultaba imposto pola obriga de acudir ao traballo, polo que tampouco debe gozar da especial protección que dispensa o artigo 115.2.a) LGSS -hoxe 156.2.a)-.

O Tribunal non comparte a argumentación da Mutua, podendo resumirse o seu razoamento en tres apartados. En primeiro lugar, a saída anticipada do traballo o día de autos non foi caprichosa, senón que se apoia na concesión dun permiso de conciliación por parte da empregadora que o Tribunal habilmente conecta co artigo 34.8 ET, no que se enuncia o dereito a dereito a adaptar a duración e distribución da xornada de traballo para facer efectivo o dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral. En segundo lugar, tamén menciona o Tribunal, nun plano argumentativo secundario, que a parte demandada non acreditou que a saída anticipada do traballo implicase un incremento obxectivo do risco de accidente de tráfico. E, en terceiro lugar, aínda que a lexislación española non contempla a incidencia das razóns de conciliación na definición do accidente de traballo, hai que ter en conta que, a teor do artigo 4 da Lei Orgánica de Igualdade Efectiva de Mulleres e Homes, é preciso integrar e observar o principio de igualdade de trato e oportunidades entre mulleres e homes na aplicación e interpretación das normas xurídicas. Este mandato legal obriga por tanto aos operadores xurídicos a interpretar de modo favorable as situacións nas que entran

en xogo dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, de maneira que quen os exercita non se vexan prexudicados por iso. Expresamente o Tribunal refírese a un “principio pro conciliación”, que ao seu xuízo, é o que levou ao xulgado do social a cualificar o accidente como laboral, cualificación que queda confirmada en suplicación.

Por último, é interesante a referencia que o Tribunal de Xustiza fai respecto do Dereito alemán e francés, nos que expresamente se establece a irrelevancia, para os efectos da definición de accidente de traballo, dos desvíos do traxecto dirixidos ao cumprimento de obrigacións familiares -por exemplo, levar ou recoller a fixos ou familiares a institucións de custodia-. Aínda que no suposto de feito analizado non se dá desvío algún, pois o pai da actora atopábase no domicilio desta, resulta previsible que en casos semellantes, relativos á atención de urxencias familiares, o traxecto en cuestión non sexa entre o traballo e o domicilio, senón entre aquel e o colexio, centros de saúde ou hospitalarios ou outras institucións de custodia. Aínda que en tales circunstancias veríase alterado un dos elementos esenciais do concepto xurisprudencial de accidente *in itinere*, a posición do Tribunal resulta clara ao poñer de manifesto que o mesmo artigo 4 da Lei Orgánica de Igualdade Efectiva de Mulleres e Homes que xa foi citado, obrigaría a unha interpretación protectora de quen exercita o dereito de conciliación, conducindo á cualificación da continxencia como profesional. E aínda cabe preguntarse se esa cualificación podería darse ao accidente sufrido no devandito traxecto, pero non cando concorra unha circunstancia urxente ou excepcional, senón cando no traxecto habitual de regreso ao domicilio, o traballador/a ordinariamente se desvíe a recoller ás persoas ao seu cargo a colexios, centros de día ou outras institucións de custodia. Neste sentido xa hai algunhas sentenzas ditadas en suplicación que aprecian a existencia de accidente *in itinere*, por considerar que tal desvío non é significativo, e sempre que exista unha clara proximidade temporal entre a acción de levar ou recoller a familiares e a entrada ou saída do traballo. Véxanse a este respecto a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, (Sala do social, Sección 2ª) núm. 2/2015 de 8 xaneiro, e a do Tribunal Superior de

Xustiza de Valencia, (Sala do social, Sección 1ª), núm. 2530/2005 de 19 xullo. Pola contra, non cualifica o accidente como *in itinere* a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, (Sala do social, Sección Unica), núm. 2395/2003 de 10 abril.

En definitiva, haberá que seguir analizando ata que punto os dereitos de conciliación deben modular a definición xurisprudencial estrita de accidente *in itinere*.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, (Sala do social, Sección 1ª), núm. 4126/2015, de 14 xullo. Prestación por risco durante o embarazo. Extinción.

A sentenza resolve recurso de suplicación, formalizado en nome e representación de dona Nicolasa, contra sentenza ditada polo Xulgado do Social n. 3 de Santiago de Compostela na que actuou como demandante dona Nicolasa, sendo as partes demandadas o INSS, A TGSS, SPANAIR SA, Mutua Balear de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais e Admón. Concursal Spanair SA.

Os feitos que deron lugar á demanda na instancia son os seguintes. A demandante prestaba servizos para Spanair SA cunha antigüidade do 31 de xaneiro de 2004 coa categoría de auxiliar de voo. O 25 de novembro de 2011 a demandante solicitou a expedición de certificado médico sobre a existencia de risco durante o embarazo. Os servizos médicos da Mutua Balear informaron favorablemente respecto de tal petición, e pola súa banda Spanair SA declarou que non existía na empresa outro posto compatible co estado da demandante. En consecuencia, a Mutua emitiu resolución de data do 19 de decembro de 2011, pola que acordaba aboar á actora a prestación de risco durante embarazo, establecéndose como data de suspensión do contrato de traballo e de inicio da prestación o 3 de decembro de 2011.

O 27 de xaneiro de 2012 o Director Xeneral de Spanair comunicou á Axencia Estatal de Seguridade Aérea a suspensión por tempo indefinido de todas as operacións aéreas de carácter comercial desde ese mesmo día, debido á grave crise financeira da compañía. Ao día seguinte, a empresa demandada dirixiu á actora escrito poñendo no seu

coñecemento que como consecuencia da paralización total de operacións, decidiu concederlle un permiso retribuído desde o día 28 de xaneiro de 2012 ata nova orde por parte da empresa, quedando liberada da obriga de prestar servizos na empresa e de acudir ao seu centro de traballo ou base de asignación. Paralelamente, a Mutua demandada acordou extinguir con efectos do 27 de xaneiro de 2012 a prestación económica por risco durante o embarazo que viña percibindo desde o 3 de decembro de 2011 a cargo da devandita entidade. Na devandita resolución indícase como razón o cesamento da actividade aérea o 27 de xaneiro de 2012, non concorrendo circunstancias que avalen o mantemento da prestación no seu día recoñecida. En auto do 1 de febreiro de 2012 o xulgado do Mercantil declarou á empresa en concurso voluntario de acredores, e procedeu á extinción dos contratos de traballo da totalidade do persoal con efectos do 27 de febreiro de 2012.

Dona Nicolasa oponse á decisión da Mutua, denunciando a infracción do artigo 135.2 LGSS –hoxe 187.2 LGSS–, pois non inclúe nas causas de extinción da prestación de risco durante o embarazo o cesamento de actividade empresarial. O Xulgado do Social desestimou a demanda.

A mesma sorte desestimatoria correrá o recurso de suplicación interposto perante o Tribunal Superior de Xustiza. En efecto, o Tribunal centra a súa atención na situación protexida pola prestación de risco durante o embarazo, que non é outra que a saúde da nai ou do feto, ameazadas por un risco derivado da prestación de servizos nun determinado posto de traballo. Por iso, conclúe que a desaparición de tal ameaza provoca que a prestación perda o seu obxecto. Aínda que tanto o artigo 187.2 LGSS como o artigo 35.3 do Real Decreto 295/2009, do 6 de marzo, que regula as prestacións económicas do sistema da Seguridade Social por maternidade, paternidade, risco durante o embarazo e risco durante a lactación natural, non se refiren ao cesamento da actividade empresarial como causa de extinción da prestación –contemplando con todo outras, como a suspensión do contrato por maternidade, a reincorporación a un posto de traballo compatible ou a extinción do contrato de traballo, que tamén acabou producíndose no suposto de

autos-, é preciso entender que a desaparición do risco leva a extinción da prestación. Por conseguinte, segundo o Tribunal, a situación de permiso retribuído concedido pola empresa, en tanto equivale á localización da traballadora nunha situación dentro do ámbito empresarial sen risco ningún, conduce á extinción da prestación por risco durante o embarazo, aínda que esta causa non estea prevista nos citados preceptos.

A incidencia do cesamento de actividade da empresa na continuidade da prestación por risco durante o embarazo xa xerara diversos litixios que chegaron ás salas de suplicación, e que mesmo deron lugar a unha sentenza do Tribunal Supremo ditada en unificación de doutrina que convén ter en conta. Trátase da sentenza do 10 de decembro de 2014, r.c.ou.d. 3152/2013, na que o Alto Tribunal resolve un suposto moi semellante ao que agora se comenta. É máis, a sentenza de contraste, ditada polo Tribunal Superior de Xustiza das Illas Baleares, tamén versa sobre as vicisitudes dunha prestación de risco durante o embarazo dunha tripulante de cabina de Spanair, afectada polo cesamento de actividade da compañía e pola decisión da Mutua Balear de extinguir a prestación.

A xurisprudencia que senta o Tribunal Supremo é en aparencia contraria á decisión do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que, aínda sendo posterior no tempo, non menciona esta importante sentenza do Alto Tribunal. En efecto, o Tribunal Supremo rexeita que o mero cesamento da actividade da empresa poida provocar en por si a extinción da prestación por risco durante o embarazo, pois esta circunstancia non encaixa en ningunha das causas legal e regulamentariamente previstas. Por conseguinte, a resolución extintiva emitida pola Mutua foi contraria a Dereito e procedía manter a prestación.

Agora ben, tanto na sentenza recorrida ante o Tribunal Supremo como na sentenza de contraste hai un elemento distintivo moi relevante respecto do caso que se expuxo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. E é que mentres nos casos examinados polo Supremo a Mutua procedía a extinguir a prestación mentres que o contrato da traballadora permanecía suspendido por risco durante o embarazo, no caso da sentenza que agora se comenta, a empresa dá por

concluída a suspensión por risco durante o embarazo ao producirse o cesamento de actividades, concedendo á traballadora sen solución de continuidade un permiso retribuído.

É certo que a Mutua Balear non invocou o pase á situación de permiso como causa extintiva da prestación, senón unicamente o cesamento da actividade empresarial, e que do relato fáctico non se desprende que a empresa comunicase esta circunstancia á Mutua, como sen dúbida debería facer. Neste sentido, cabe censurar tanto a resolución da Mutua como a actuación da empresa.

Todo iso devólvenos ao momento de partida: é a enumeración legal das causas de extinción da prestación por risco durante o embarazo unha lista pechada? ou cabe a súa extinción por outras causas non contempladas?

Aínda que o Tribunal Supremo non di expresamente que esteamos ante unha lista pechada, o seu razoamento e o seu fallo conducen a esta conclusión. Agora ben, cousa diferente é que na práctica poidan darse situacións asimilables a algunha das causas legais de extinción. Como se sabe, unha desas causas é a reincorporación da muller traballadora ao seu posto de traballo anterior ou a outro compatible co seu estado. A situación de permiso retribuído, na que se exclúe a obriga de prestar servizos na empresa e de acudir ao posto de traballo, non é certamente unha reincorporación, pero, como sostén o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, si implica situar á traballadora ao amparo dos riscos laborais que afectan o embarazo sen perda retributiva, da mesma maneira que se se lle puidese garantir un posto de traballo compatible. Por tanto, unha interpretación extensiva do artigo 187.2 LGSS permite integrar no precepto legal tamén estes supostos.

A iso cabe engadir que en tales condicións xa non ten sentido continuar co cobro da prestación non só porque o contrato xa non se atopa suspendido por risco durante o embarazo, senón tamén porque a traballadora atópase cobrando o seu salario, de modo que se a este súmase o cobro da prestación atoparíamonos sen dúbida ante unha situación de enriquecemento inxusto.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, (Sala do social, Sección 1ª), núm. 7432/2015 de 17 decembro. Invalidez permanente e as súas prestacións.

A sentenza que agora se comenta é representativa da toma de postura do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia respecto da cualificación do grao de gran invalidez en supostos nos que os solicitantes conservan certo grao de autonomía para realizar algunhas das funcións esenciais da vida diaria.

Os feitos que deron lugar á sentenza son os seguintes. Ao demandante, D. Juan Alberto, recoñecéuselle unha incapacidade permanente absoluta, pero non o grao de gran invalidez, cuxa cualificación reclamou en vía administrativa e posteriormente en vía xudicial. A sentenza de instancia foi favorable á petición do demandante, razón pola que o INSS e a TGSS expuxeron recurso de suplicación perante o Tribunal Superior de Xustiza.

La negativa do INSS ao recoñecemento do grao de gran invalidez obedece á súa interpretación do sentido do artigo 137.6 LGSS –hoxe artigo 194.6 LGSS, na redacción contida na Disposición Transitoria vixésimo sexta, que se manterá vixente ata que non se desenvolva regulamentariamente o disposto no artigo 194.3 LGSS-. Devandito precepto indica literalmente que “se entenderá por gran invalidez a situación do traballador afecto de incapacidade permanente e que, a consecuencia de perdas anatómicas ou funcionais, necesite a asistencia doutra persoa para os actos máis esenciais da vida, tales como vestirse, desprazarse, comer ou análogos”. O INSS atense ao teor literal do precepto, que se refire en plural a actos esenciais da vida, requirindo por tanto que a necesidade de asistencia dunha terceira persoa refírase a diversas actividades da vida diaria.

Tanto no caso exposto na sentenza que agora se analiza como noutras similares ditadas polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no último semestre de 2015, os demandantes presentaban serias limitacións en canto á súa autonomía persoal. No caso de autos tales limitacións procedían dunha perda de mobilidade, dada a necesidade do

actor de desprazarse en cadeira de rodas –véxanse igualmente as SSTSX de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) núm. 4368/2015 de 16 xullo, núm. 2345/2015 de 30 abril, núm. 7137/2015 de 17 decembro-. Noutros casos, aos que o TSX de Galicia aplicará o mesmo razoamento xurídico, é unha incapacidade psíquica ou cognitiva a que impide o autocoidado, e por tanto fai precisa a asistencia de terceiras persoas, aínda que o seu labor se limite á supervisión da persoa incapacitada –véxanse as SSTSX de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) núm. 2351/2015 de 28 abril, núm. 5001/2015 de 29 setembro, núm. 4744/2015 de 14 setembro e núm. 7289/2015 de 17 decembro)-.

Nos feitos probados da sentenza que se comenta e das que xa foron citadas apréciase que estas persoas podían realizar autonomamente determinadas actividades, como vestirse ou comer, especialmente se estas levábanse a cabo no seu fogar ou en contornas adaptadas. Segundo o criterio do INSS, posto que a necesidade de asistencia dunha terceira persoa afectaba a un só dos actos esenciais da vida, e non a varios, non procede a cualificación da incapacidade como gran invalidez.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia combate de forma enérxica e unánime este criterio, destacando que a asistencia dunha terceira persoa, aínda que só sexa para axudar á persoa incapacitada a levantarse ou permanecer de pé, realizar as transferencias á cadeira de rodas, moverse en contornas non adaptadas ou subir costas de certa pendente, xustifica por si mesma a cualificación da incapacidade como gran invalidez –véxase, ademais da sentenza que agora se comenta, a STSX de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) núm. 7361/2015 de 22 decembro-.

Para levar a cabo esta interpretación, que, aínda que se aparta do criterio restritivo usado polo INSS, axústase sen dificultade á letra da lei, o Tribunal recorre a algunhas das escasas sentenzas ditadas polo Tribunal Supremo en unificación de doutrina, pois é ben coñecido que por mor da marcada casuística destes supostos, o Alto Tribunal raramente aprecia a concorrencia da identidade necesaria para admitir a trámite este tipo de recursos. Así pois, a ausencia dunha ampla e consolidada xurisprudencia sobre o

concepto de gran invalidez dificulta aínda máis o labor interpretativo dos Tribunais Superiores de Xustiza.

A pesar de todo, o TSX de Galicia apoia o seu razoamento na sentenza do Tribunal Supremo do 30 de xaneiro de 1989 (repertorio Aranzadi 318/1989), na que se indicaba que para que proceda a cualificación de gran invalidez basta a imposibilidade do inválido para realizar en por si un só dos "actos máis esenciais da vida", engadindo que tampouco é preciso que a necesidade de axuda sexa constante. E tamén trae a colación noutros dos pronunciamentos máis arriba mencionados as recentes sentenzas do Tribunal Supremo do 10 de febreiro de 2015 (rcud nº 1764/2014) e de 3 marzo 2014 (rcud nº 1246/2013), ditadas en casos de cegueira, que recoñecen o grao de gran invalidez "a pesar de que a axuda de terceira persoa soamente a requirise para determinados actos esenciais e mesmo para outros da mesma natureza non permanentemente durante todo o día".

En fin, a sentenza agora comentada, así como o resto das que integran esta doutrina xudicial do TSX de Galicia, poñen de manifesto algunhas das dificultades prácticas que xorden na cualificación do grao de gran invalidez. Dificultades que, aínda que quedan resoltas nos casos que foron obxecto dos pronunciamentos citados, persisten nun plano xeral, pois obviamente non é de esperar que o INSS varíe o seu criterio en atención a esta doutrina xudicial, nin que outros Tribunais Superiores de Xustiza fallen no mesmo sentido que o galego. Deste xeito, as persoas residentes na Comunidade Autónoma galega que polas súas patoloxías precisen atención de terceiros só para un acto esencial da vida, deberán acudir á vía xudicial para obter o recoñecemento do grao de gran invalidez. E, doutra banda, a nivel nacional pódense dar diferenzas ao redor da cualificación xudicial deste grao en casos semellantes aos expostos que dificilmente se xustifican á luz do principio de igualdade que presidirá o acceso ás prestacións do sistema de Seguridade Social.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, (Sala do social, Sección 1ª) Sentenza núm. 6000/2015 de 30 outubro. Recarga de prestacións. Caso fortuíto e imprudencia temeraria.

A sentenza resolve recurso de suplicación interposto polo INSS contra a Tesourería Xeral da Seguridade Social, Cobra Instalaciones y Servicios SA, Tvmac SL, Leon, Ute Cobra Instalaciones y Servicios SA e Initec Energia SA, Maracof SL, despois de que o Xulgado do Social núm. 1 de Vigo revogase as resolucións emitidas polo INSS nas que se impoñía de forma solidaria ás empresas antes mencionadas unha recarga de prestacións por falta de medidas de seguridade dun 30%.

Os feitos que deron lugar ao litixio son os seguintes. D. León, nacido en 1987, traballaba como albanel desde o 19 de febreiro de 2010 para a empresa TVMAC, S.L., dedicada á actividade de construción. Entre outubro de 2007 e xaneiro de 2010 D. León realizou catro cursos de formación en prevención de riscos laborais no sector da construción, cunha duración total de 87 horas. O 30 de xullo de 2010, sendo xa traballador de TVMAC, S.L., D. León recibiu información sobre os riscos que para a seguridade e saúde presentaba o seu posto de traballo, comprometéndose a cumprir as medias de prevención indicadas. Ese mesmo día foi autorizado pola súa empresa para utilizar fresadoras e outras máquinas, sendo designado como recurso preventivo.

O 15 de setembro de 2010 D. León sufriu un accidente de traballo mentres se atopaba nas dependencias de Cobra Instalacións e Servizos, S.A. en Cidade Real, empresa esta que formando UTE con Initec Enerxía, S.A. subcontratou unha obra con Maracof, S.L. e esta á súa vez subcontratou a TVMAC, S.L. Como consecuencia do accidente D. León permaneceu en situación de incapacidade temporal desde ese mesmo día ata o 7 de novembro do citado ano.

O accidente produciuse na forma seguinte: o traballador e un compañeiro estiveron a realizar tarefas cunha fresadora nun foso duns 6 metros de profundidade. Para sacar a fresadora solicitaron a outra empresa que prestaba servizos no mesmo centro de traballo unha máquina elevadora da súa propiedade. Cando un operario da outra empresa estaba a izar a fresadora, seguindo as instrucións do compañeiro de traballo de D. León, o parafuso de peche do plumín da máquina elevadora fallou, de modo que tanto a fresadora como o plumín caeron. Posto que D. León permanecía no

foso, á beira da fresadora, foi golpeado polo plumín no ombreiro e as costas. Á vista dos feitos, a Inspección de Traballo e de Seguridade Social iniciou o expediente de imposición de recarga de prestacións que culminou coa imposición dunha recarga dun 30% de forma solidaria a todas as empresas que conformaban a cadea de contratas e subcontratas.

En definitiva, o suposto de feito da sentenza que agora se analiza volve virar ao redor dun accidente acaecido no contexto dunha cadea de subcontratación no sector da construción, e como consecuencia da interacción de diversos recursos materiais e humanos das distintas empresas implicadas.

A empresa TVMAC, S.L. interpón primeiro reclamación previa, e despois demanda ante a xurisdición social solicitando que se deixase sen efecto a recarga alegando que a máquina coa que se produciu o accidente non era súa nin a poñía a disposición do traballador, que a empresa se adherira ao plan de seguridade da principal e que o traballador estaba ben formado en materia de seguridade e mesmo era o recurso preventivo da empresa. O Xulgado do Social ditou sentenza estimando a demanda e revogando a resolución de imposición da recarga; fallo que o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia confirmou na sentenza que agora se comenta.

A argumentación do TSX para alcanzar este resultado parte da apreciación do cumprimento de todas as obrigas sobre prevención de riscos laborais por parte da empregadora de D. León. A mera constatación deste extremo serviría xa para excluír a imposición da recarga que, como acertadamente indica o Tribunal, esixe un incumprimento das obrigas en materia preventiva. Pero ademais, o Tribunal entende que o accidente foi debido a caso fortuíto, o que novamente excluíría a responsabilidade empresarial. E, finalmente, para pechar a argumentación o Tribunal sinala que a conduta do traballador, designado como recurso preventivo pola súa empresa, constituíu unha imprudencia temeraria, polo que non é posible apreciar nexo causal entre a actuación da empresa e o accidente, e en consecuencia, esta queda liberada da responsabilidade derivada da recarga de

prestacións.

Respecto da argumentación do Tribunal é preciso facer as seguintes consideracións. Como xa se dixo, o TSX de Galicia aprecia neste suposto a existencia de caso fortuíto, que, a teor da xurisprudencia do Tribunal Supremo, é o acontecemento que non pode preverse, pero que previsto puidese ser evitado. Neste caso, a xuízo do Tribunal, resulta imprevisible "a rotura dunha parte dunha máquina que non pertencía á empresa do traballador e que non foi posta á súa disposición". Así pois, máis que ser imprevisible a rotura da máquina -respecto da que habería que comprobar se pasara as correspondentes revisións e se se atopaba en perfecto estado, cuestións que non se mencionan na sentenza-, parece que o imprevisible en opinión do Tribunal é que o traballador se vise implicado no uso dunha máquina dunha terceira empresa que non foi posta á súa disposición. Aínda que os traballadores que participaron nas manobras previas ao accidente non solicitaron permiso para o uso da maquinaria e a realización da operación de izado da fresadora -tampouco consta se había un protocolo específico para autorizar este tipo de actuacións-, resulta aventurado cualificar de caso fortuíto unha situación como a descrita, na que toman parte nunha mesma operación traballadores e máquinas pertencentes a diversas empresas, cando precisamente o accidente sobrevén nun contexto de contratas e subcontratas da propia actividade. Precisamente, o previsible neste escenario é que se dean interaccións entre os recursos humanos e materiais das empresas concorrentes, razón pola cal o artigo 24 LPRL establece obrigas adicionais sobre cada unha das empresas concorrentes, que foron especificadas mediante o Real Decreto 171/2004, do 30 de xaneiro, de coordinación de actividades empresariais.

Polo que respecta á conduta imprudente do traballador, os feitos por si mesmos apuntan cara a unha imprudencia profesional, que non exime de responsabilidade ás empresas, pois tamén debe ser previda en virtude do artigo 15.4 LPRL, máis que cara a unha imprudencia temeraria. O traballador accidentado non manipulou a máquina da outra empresa, que era manexada por un operario desa terceira empresa, presumiblemente autorizado para facelo. A imprudencia

consistiu basicamente en permanecer á beira da fresadora no momento en que era izada, e baixo a máquina elevadora. Esta actuación, que implica a non adopción das medidas de prevención previstas na planificación da actividade preventiva, supón sen dúbida unha imprudencia, aínda que a súa orixe reside máis ben na excesiva confianza que xera o exercicio da actividade profesional. Agora ben, si é certo que o accidentado, pola súa condición de recurso preventivo, tiña un deber especial de vixilancia respecto do cumprimento da normativa de PRL. Por esa razón resulta interesante o criterio do TSX de tachar como imprudencia temeraria unha actuación que, levada a cabo por outro traballador, probablemente debería ser cualificada como imprudencia profesional.

En canto ao cumprimento por parte das empresas condenadas ao pago de recarga da normativa sobre prevención de riscos laborais, procede en primeiro lugar, examinar a actuación da empresa que contrata ao traballador accidentado, TVMAC, S.L., e que interpón a demanda contra as resolucións do INSS. Esta empresa alega que cumpriu coas obrigas formativas, informativas, e que se adheriu ao plan de prevención de riscos laborais da UTE.

En efecto, como sinala o Tribunal, parece que o traballador tiña a suficiente formación en prevención de riscos laborais. Con todo, hai que destacar que dita formación non foi achegada pola empregadora, senón que o traballador xa adquirira a formación con anterioridade á contratación. O que si aparece acreditado é que a empregadora achegou a información relativa aos riscos derivados do posto de traballo.

Neste contexto, hai unha circunstancia que merece especial atención, e é o nomeamento do traballador como recurso preventivo, pois como xa se viu, esta circunstancia tivo unha relevancia singular na apreciación da imprudencia temeraria, e o subseguente fallo. En efecto, a empregadora nomea ao traballador recurso preventivo. Probablemente esta designación faise de conformidade coas esixencias legais, pero hai varios aspectos que convén destacar. En primeiro lugar, sorprende que a empresa designe ao traballador como recurso preventivo cando ela mesma non facilitou formación

en prevención de riscos laborais ao traballador. É certo que a formación recibida con anterioridade á contratación parecía o suficientemente ampla e actualizada, xa que transcorrera pouco tempo desde a súa finalización. Con todo, a designación do traballador para o desenvolvemento de funcións de especial relevancia para garantir non só a súa seguridade e saúde, senón tamén a do resto dos traballadores da empresa e das outras que conforman a cadea de subcontratación probablemente aconsellaban un maior esmero da empregadora en relación coa formación do traballador. En segundo lugar, tamén hai que ter en conta, en canto á designación do traballador como recurso preventivo, que este comezara a prestar servizos para a empregadora tan só cinco meses antes de tal designación. Unha vez máis, cabe pensar que unha maior antigüidade na empresa, que permite non só maior acumulación de experiencia e maior coñecemento por parte da empregadora do perfil do traballador, é aconsellable cando este ten que asumir maiores responsabilidades en materia preventiva. E, en terceiro lugar, tamén nesta liña, hai que facer notar que, cando foi nomeado recurso preventivo, D. León tiña 23 anos. A normativa en materia de prevención de riscos laborais non prevé un trato específico para os traballadores para partir do momento en que cumpren a maioría de idade. Pero si é certo que a mocidade supón un factor de risco, e que mesmo hai disposicións específicas referidas aos traballadores entre 16 e 18 anos, cuxa falta de madurez e experiencia failles máis proclives aos accidentes laborais. Non hai ningunha norma que prohiba designar como recurso preventivo a un traballador novo, pero probablemente o perfil dun traballador de 23 anos, cunha experiencia profesional forzosamente limitada, e unha madurez que a empresa descoñece, non é o máis adecuado para actuar como recurso preventivo.

En definitiva, a empresa, na selección da persoa que tiña que actuar como recurso preventivo, opta por un traballador de 23 anos, cunha antigüidade de cinco meses, e cunha formación en prevención de riscos laborais que non foi impartida nin supervisada pola empresa. Non se vulnera ningún precepto legal de forma específica, pero non parece que a decisión empresarial fose acertada, como demostra o

feito de que tan só dous meses despois de ser nomeado recurso preventivo, o traballador sofre un accidente de traballo derivado do seu comportamento imprudente. Neste sentido, non se pode dicir que a empresa actuase coa dilixencia esixible, propia dun prudente empregador, segundo os criterios de normalidade e razoabilidade que deben rexer a actuación en materia de prevención de riscos laborais.

Aínda que a responsabilidade empresarial en prevención de riscos laborais non é obxectiva, a normativa preventiva esixe ás empresas ir máis aló do cumprimento estrito e formal das normas, para cumprir co espírito da prevención. En particular, o artigo 15.2 LPRL establece que “o empresario tomará en consideración as capacidades profesionais dos traballadores en materia de seguridade e de saúde no momento de encomendarlles as tarefas”, cousa que desde logo, non se fixo neste suposto, actuando a empresa sen a suficiente dilixencia e prudencia.

Por último, hai outro elemento que chama a atención na sentenza agora comentada, e é o feito de que o Tribunal se limite a examinar o cumprimento das súas obrigas por parte da empregadora, cando o accidente prodúcese no contexto dunha cadea de subcontratación na que están implicadas varias empresas. De feito, todas as empresas participantes na cadea de subcontratación foron condenadas de forma solidaria ao pagamento da recarga.

No caso que se analiza, o xulgador só ten en conta que a empresa TVMAC, S.L. adheriuse ao “plan de seguridade e hixiene” (sic.) da UTE, no que se avaliaron os riscos derivados do uso de guindastres, e definíronse medidas preventivas para facer fronte aos riscos de caída de materiais por fallo dos medios de elevación ou erros de manobra, sendo unha delas o evitar o paso de persoas baixo as cargas suspendidas. O feito de que a planificación da actividade preventiva avaliasse os riscos que desencadearon o accidente e previse medidas para combatelos que non foron postas en práctica indica que o fallo no sistema preventivo non se produciu na súa definición, senón na súa posta en práctica.

Resulta sorprendente é que, sendo un caso claro de concorrencia empresarial nun suposto de contratas e subcontratas da propia actividade, o xulgador non se refira

aos deberes de seguridade que pesan sobre todas as empresas implicadas, a teor do artigo 24 LPRL e do Real Decreto 171/2004, do 30 de xaneiro, que desenvolve o devandito precepto, para comprobar o seu correcto cumprimento. Tampouco se examina o suposto á luz dos deberes específicos establecidos no Real Decreto 1627/1997, do 24 de outubro, que establece as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción, nin das disposicións sobre prevención de riscos do Convenio Colectivo do sector da construción.

O fallo do TSX de Galicia, baseado na imprudencia do traballador, que cualifica como temeraria, fai pensar en que el era o único responsable de garantir o cumprimento das normas de seguridade. E con todo, xa o artigo 24 LPRL atribúe a todas as empresas concorrentes diversos deberes de información mutua e de establecemento de medidas de coordinación en materia de prevención de riscos laborais, así como un deber de vixilancia especial á empresa principal cando, como neste caso, trátase de contratas da propia actividade. Nada se di na sentenza acerca desas medidas de coordinación e dese deber de vixilancia que, se funcionasen correctamente, sen dúbida evitarían que o traballador doutra das empresas concorrentes accedese a manipular un guindastre sen cumprir coa normativa preventiva, e causando finalmente un accidente.

En definitiva, trátase dunha sentenza condescendente con empresas que desenvolven a súa actividade nun sector tan perigoso como o da construción, que alenta a concepción tan daniña para a prevención de riscos laborais de que o culpable do accidente é o propio traballador, que non fai uso das amplas posibilidades aplicativas que ofrece a normativa de prevención de riscos laborais, e que desaproveita o poder punitivo e disuasorio da recarga fronte a unhas empresas cuxo escrupuloso cumprimento da normativa preventiva pode poñerse en dúbida.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, (Sala do social, Sección 1ª) Sentenza núm. 6148/2015 de 13 novembro. Mellora voluntaria da pensión de viuvez. Beneficiarios.

A sentenza que agora se comenta é unha mostra das dificultades de articulación que poden xurdir entre a protección social complementaria e as prestacións públicas que se tratan de complementar. A pesar de que o artigo 1.3 da Orde Ministerial do 28 de decembro de 1966, sobre melloras voluntarias da acción protectora do Réxime Xeral da Seguridade Social, evidencia unha certa «publicación» das melloras voluntarias desde a súa creación, entendendo que forman parte, para todos os efectos, da acción protectora da Seguridade Social e atribuíndolles os caracteres das prestacións básicas do sistema de Seguridade Social, o certo é que tales melloras seguen mantendo o seu carácter privado e unha ampla autonomía respecto dos requisitos que rodean ás prestacións públicas. Así pois, a integración das melloras voluntarias na acción protectora da Seguridade Social tan só é parcial, de modo que a súa asimilación ás prestacións de seguridade social provoca numerosos problemas de interpretación e aplicación dos que constitúe un exemplo o pronunciamento que pasamos a examinar.

Os feitos que dan lugar á sentenza son os seguintes. D. Samuel prestou servizos para a Empresa Municipal de Augas da Coruña (EMALCSA) ata a súa xubilación en agosto de 1993. En 1996, en cumprimento da mellora de pensións establecida no artigo 48 do convenio colectivo, acórdase a transformación do sistema de previsión social da devandita empresa, establecéndose a externalización dos compromisos existentes cos actuais pensionistas, mediante a súa integración nun plan de pensións ou mediante unha póliza de seguros cunha entidade aseguradora. Como consecuencia do anterior subscríbese póliza na que figura como continxencia asegurada a supervivencia, a favor da viúva/viúvo.

Con posterioridade, o Xulgado de Primeira Instancia nº 3 da Coruña declara o divorcio de D. Samuel e Dña. Vicenta, aprobándose convenio regulador no que se fixa unha pensión compensatoria a favor desta última. En 2004 D. Samuel comunica a EMALCSA o seu novo matrimonio con Dña. Agostiña, celebrado o 28 de outubro dese mesmo ano. A partir dese momento Dña. Agostiña figura como beneficiaria no Anexo 1 da póliza do seguro de supervivencia.

En 2010, tras o falecemento de D. Samuel, o INSS aproba

pensión de viuvez a favor de Dna. Vicenta en proporción ao tempo de convivencia co causante. Pola súa banda, Dna. Agostiña tamén é perceptora de pensión de viuvez, así como da mellora voluntaria da mesma. Dna. Vicenta presenta demanda contra EMALCSA, VIDACAIXA S.A. DE SEGUROS e Dna. Agostiña coa pretensión de que se lle recoñeza o dereito para percibir o complemento voluntario da pensión de viuvez. O xulgado do Social desestima a demanda, ante o cal a actora formula recurso de suplicación.

O fallo do Tribunal de Xustiza confirma a decisión da instancia, baseándose nos seguintes argumentos. En primeiro lugar, non se aprecia infracción do artigo 174.2.1 LGSS –hoxe 220.1 LGSS–, que establece o dereito para percibir unha pensión de viuvez por parte do ex-cónxuxe do falecido, sempre que xudicialmente fose acredor dunha pensión compensatoria que se extinga á morte do causante, tal como sucedía no caso de autos. De feito, posto que a actora cumpría os requisitos legais, foille recoñecido o dereito para percibir pensión de viuvez en proporción ao tempo de convivencia co causante.

Respecto da mellora voluntaria, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia adopta o criterio xa manifestado pola xurisprudencia e a doutrina xudicial de que a fonte reguladora das melloras voluntarias son os pactos ou regras que as crearan, xa se trate de convenio colectivo, contrato individual ou decisión unilateral do empresario. Por conseguinte, non se trata de aplicar a lexislación de Seguridade Social á mellora voluntaria, senón de analizar os requisitos establecidos pola mesma para a súa concesión, que unicamente terán como límite as normas de orde pública do noso sistema constitucional –véxase, nesta liña, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, (Sala do social), núm. 6532/2002 de 15 outubro–.

O TSX de Galicia subliña que a persoa que figura como beneficiaria na póliza do seguro de supervivencia é Dna. Agostiña, xa que o propio causante xestionou as modificacións oportunas na póliza de seguro tras volver contraer novo matrimonio. Por conseguinte, os termos do contrato impiden que a compañía aseguradora poida resultar obrigada a aboar pago ningún á actora, ao estar esta

vinculada polos mesmos.

En realidade, o peso deste argumento formal é relativo, pois en supostos diferentes ao exposto, nos que se produciu o falecemento da primeira esposa, designada como beneficiaria, contraendo posteriormente o traballador novas nupcias sen alterar os termos do contrato, considerouse razoablemente que o feito de que a viúva non apareza como beneficiaria da mellora voluntaria, non impide o seu dereito para percibila (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, (Sala do social, Sección1ª), núm. 4319/2007 de 2 novembro).

Probablemente por esa relativa debilidade que presenta devandito argumento, en exceso formalista, o TSX de Galicia refórzao con outro argumento material, referido á condición de viúvo/a. En efecto, recorrendo á xurisprudencia do Tribunal Supremo, que indica que "o dereito á pensión de viuvez que corresponde ao cónxuxe supérstite, aínda concorrendo co divorciado, segue sendo pleno, ben que restando da contía da súa pensión a porción que ha de asignarse a este último", o TSX de Galicia considera que a condición de viúva á que se refire o contrato de seguro unicamente é predicable de Dña. Agostiña, que era cónxuxe de D. Samuel no momento do seu falecemento, de modo que só ela pode ser a perceptora da mellora voluntaria –no mesmo sentido, respecto da imposibilidade de considerar viúvo/a a efectos de acceso a melloras voluntarias aos divorciados/as ou a aqueles cuxo matrimonio foi anulado, véxase a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, (Sala do social, Sección4ª), núm. 57/2003 de 31 xaneiro. En cambio, sobre a consideración como viúvo/a a quen están separados legalmente, co seu consecuente acceso ás melloras voluntarias, véxase a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, (Sala do social, Sección1ª), núm. 948/2007 de 9 marzo-.

Cabe preguntarse se o criterio mantido polo TSX de Galicia nesta sentenza sería igualmente aplicable a futuros e hipotéticos casos de reclamación de melloras voluntarias por ex-cónxuxes cando o causante non contraese novo matrimonio, é dicir, cando só haxa un perceptor da pensión de viuvez. En tales supostos, o razoamento do Tribunal, máis

atento á condición real de viúvo/a e aos termos do contrato de seguro, que á titularidade da condición de pensionista de viuvez, levaría a concluír que non teñen dereito ao pagamento da mellora voluntaria. Con todo, non se pode descoñecer que non foi esta a solución aplicada por outros Tribunais Superiores de Xustiza, que nestes supostos admitiron o acceso dos ex-cónxuxes á mellora voluntaria na mesma proporción na que reciben a pensión de viuvez en atención ao período de convivencia co causante –por exemplo, sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, (Sala do social, Sección 4ª), núm. 168/2009 de 27 febreiro sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, (Sala do social), núm. 143/2002 de 18 xaneiro, e sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, (Sala do social, Sección 4ª) núm. 92/1999 de 2 febreiro-.

Probablemente a clave para solucionar todos os supostos relativos ás melloras voluntarias de pensión de viuvez resida en garantir a prioridade do estipulado contractualmente polas partes, tanto se se estableceu un beneficiario específico, coma se o concepto de viúvo/a establecido no convenio ou no contrato constrúese sobre a base da lexislación civil –o cónxuxe supérstite no momento do falecemento, ou ben sobre a base da lexislación de Seguridade Social, entendendo por tal todo aquel que teña dereito á percepción da pensión de viuvez, aínda que sexa nunha parte proporcional. O problema é que non sempre é sinxelo determinar a cal dos dous conceptos referíase quen estipulou e formalizou a mellora voluntaria. Por iso é esencial, unha vez máis, o esforzo dos negociadores por clarificar os termos destas estipulacións, a fin de evitar litixios e improbables esforzos interpretativos aos tribunais.

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nora María Martínez Yáñez

Prof.^a Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

Palabras clave: Accidente de trabajo *in itinere*, riesgo durante el embarazo, invalidez permanente, recargo de prestaciones, viudedad

Keywords: Work accident *in itinere*, risk during pregnancy, permanent invalidity, benefits surcharge, widow's pension

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 4058/2015, de 14 julio. Accidente de trabajo *in itinere*.

El pronunciamiento resuelve un recurso de suplicación formalizado por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra el 30 de diciembre de 2013. Los hechos que dieron lugar la citada sentencia son los siguientes. La demandante en instancia, doña Tatiana, prestaba servicios para la Xunta de Galicia en la Escola Infantil Campolongo, sita en Rúa General Rubín s/n, polígono de Campolongo, Pontevedra, con categoría profesional de técnico especialista en jardín de infancia, en horario de 9:30 h. a 17 h. de lunes de viernes. El día 20 de septiembre de 2011 la demandante abandonó su lugar de trabajo a las 14:30 h., antes de la hora de finalización de la jornada laboral, solicitando permiso para ello para el cumplimiento de un deber inexcusable de conciliación de la vida laboral y familiar. En concreto, la causa del permiso concedido tenía que ver con la atención a su padre, de 93 años de edad, enfermo de Alzheimer en estado avanzado y con una minusvalía de 91%. Al salir de su lugar de trabajo y dirigirse a su domicilio, tuvo un accidente

de tráfico al colisionar con un vehículo que no respetó una señal de STOP. A consecuencia del accidente la actora causó baja laboral por incapacidad temporal derivada de contingencia común. Tras solicitar la actora la iniciación de expediente de determinación de contingencia, el INSS dictó resolución declarando el carácter común de la misma. Impugnada dicha resolución en vía judicial, el Juzgado de lo Social de Pontevedra reconoció el carácter profesional de la baja.

En el recurso de suplicación la Mutua solicita la calificación del accidente como no laboral, argumentando que al producirse el accidente en el trayecto de vuelta al domicilio, pero antes de la finalización de la jornada laboral y para atender una urgencia familiar, el motivo del desplazamiento fue de carácter privado. En otras palabras, según la Mutua, el desplazamiento no resultaba impuesto por la obligación de acudir al trabajo, por lo que tampoco debe gozar de la especial protección que dispensa el artículo 115.2.a) LGSS – hoy 156.2.a)-.

El Tribunal no comparte la argumentación de la Mutua, pudiendo resumirse su razonamiento en tres apartados. En primer lugar, la salida anticipada del trabajo el día de autos no fue caprichosa, sino que se apoya en la concesión de un permiso de conciliación por parte de la empleadora que el Tribunal hábilmente conecta con el artículo 34.8 ET, en el que se enuncia el derecho a derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En segundo lugar, también menciona el Tribunal, en un plano argumentativo secundario, que la parte demandada no acreditó que la salida anticipada del trabajo implicase un incremento objetivo del riesgo de accidente de tráfico. Y, en tercer lugar, aunque la legislación española no contempla la incidencia de las razones de conciliación en la definición del accidente de trabajo, hay que tener en cuenta que, a tenor del artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, es preciso integrar y observar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la aplicación e interpretación de las normas

jurídicas. Este mandato legal obliga por tanto a los operadores jurídicos a interpretar de modo favorable las situaciones en las que entran en juego derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de manera que quienes los ejercitan no se vean perjudicados por ello. Expresamente el Tribunal se refiere a un “principio pro conciliación”, que, a su juicio, es el que ha llevado al juzgado de lo social a calificar el accidente como laboral, calificación que queda confirmada en suplicación.

Por último, es interesante la referencia que el Tribunal de Justicia hace respecto del Derecho alemán y francés, en los que expresamente se establece la irrelevancia, a los efectos de la definición de accidente de trabajo, de los desvíos del trayecto dirigidos al cumplimiento de obligaciones familiares -por ejemplo, llevar o recoger a fijos o familiares a instituciones de custodia-. Aunque en el supuesto de hecho analizado no se da desvío alguno, pues el padre de la actora se encontraba en el domicilio de ésta, resulta previsible que, en casos semejantes, relativos a la atención de urgencias familiares, el trayecto en cuestión no sea entre el trabajo y el domicilio, sino entre aquél y el colegio, centros de salud u hospitalarios u otras instituciones de custodia. Aunque en tales circunstancias se vería alterado uno de los elementos esenciales del concepto jurisprudencial de accidente *in itinere*, la posición del Tribunal resulta clara al poner de manifiesto que el mismo artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres que ya ha sido citado, obligaría a una interpretación protectora de quien ejercita el derecho de conciliación, conduciendo a la calificación de la contingencia como profesional. Y todavía cabe preguntarse si esa calificación podría darse al accidente sufrido en dicho trayecto, pero no cuando concurra una circunstancia urgente o excepcional, sino cuando en el trayecto habitual de regreso al domicilio, el trabajador/a ordinariamente se desvíe a recoger a las personas a su cargo a colegios, centros de día u otras instituciones de custodia. En este sentido ya hay algunas sentencias dictadas en suplicación que aprecian la existencia de accidente *in itinere*, por considerar que tal desvío no es significativo, y siempre

que exista una clara proximidad temporal entre la acción de llevar o recoger a familiares y la entrada o salida del trabajo. Véanse a este respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) núm. 2/2015 de 8 enero, y la del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2530/2005 de 19 julio. Por el contrario, no califica el accidente como *in itinere* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección Unica), núm. 2395/2003 de 10 abril.

En definitiva, habrá que seguir analizando hasta qué punto los derechos de conciliación deben modular la definición jurisprudencial estricta de accidente *in itinere*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4126/2015, de 14 julio. Prestación por riesgo durante el embarazo. Extinción.

La sentencia resuelve recurso de suplicación, formalizado en nombre y representación de Dña. Nicolasa, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n. 3 de Santiago de Compostela en el actuó como demandante Dña. Nicolasa, siendo las partes demandadas el INSS, LA TGSS, SPANAIR SA, Mutua Balear de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y Admón. Concursal Spanair SA.

Los hechos que dieron lugar a la demanda en la instancia son los siguientes. La demandante prestaba servicios para Spanair SA con una antigüedad de 31 de enero de 2004 con la categoría de auxiliar de vuelo. El 25 de noviembre de 2011 la demandante solicitó la expedición de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante el embarazo. Los servicios médicos de la Mutua Balear informaron favorablemente respecto a tal petición, y por su parte Spanair SA declaró que no existía en la empresa otro puesto compatible con el estado de la demandante. En consecuencia, la Mutua emitió resolución de fecha de 19 de diciembre de 2011, por la que acordaba abonar a la actora la prestación de riesgo durante embarazo, estableciéndose como fecha de suspensión del contrato de trabajo y de inicio

de la prestación el 3 de diciembre de 2011.

El 27 de enero de 2012 el Director General de Spanair comunicó a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea la suspensión por tiempo indefinido de todas las operaciones aéreas de carácter comercial desde ese mismo día, debido a la grave crisis financiera de la compañía. Al día siguiente, la empresa demandada dirigió a la actora escrito poniendo en su conocimiento que como consecuencia de la paralización total de operaciones, ha decidido concederle un permiso retribuido desde el día 28 de enero de 2012 hasta nueva orden por parte de la empresa, quedando liberada de la obligación de prestar servicios en la empresa y de acudir a su centro de trabajo o base de asignación. Paralelamente, la Mutua demandada acordó extinguir con efectos de 27 de enero de 2012 la prestación económica por riesgo durante el embarazo que venía percibiendo desde el 3 de diciembre de 2011 a cargo de dicha entidad. En dicha resolución se indica como razón el cese de la actividad aérea el 27 de enero de 2012, no concurriendo circunstancias que avalen el mantenimiento de la prestación en su día reconocida. En auto de 1 de febrero de 2012 el juzgado de lo Mercantil declaró a la empresa en concurso voluntario de acreedores, y procedió a la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla con efectos de 27 de febrero de 2012. Dña. Nicolasa se opone a la decisión de la Mutua, denunciando la infracción del artículo 135.2 LGSS –hoy 187.2 LGSS-, pues no incluye en las causas de extinción de la prestación de riesgo durante el embarazo el cese de actividad empresarial. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda.

La misma suerte desestimatoria correrá el recurso de suplicación interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia. En efecto, el Tribunal centra su atención en la situación protegida por la prestación de riesgo durante el embarazo, que no es otra que la salud de la madre o del feto, amenazadas por un riesgo derivado de la prestación de servicios en un determinado puesto de trabajo. Por ello, concluye que la desaparición de tal amenaza provoca que la prestación pierda su objeto. Aunque tanto el artículo 187.2

LGSS como el artículo 35.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, no se refieren al cese de la actividad empresarial como causa de extinción de la prestación –contemplando sin embargo otras, como la suspensión del contrato por maternidad, la reincorporación a un puesto de trabajo compatible o la extinción del contrato de trabajo, que también acabó produciéndose en el supuesto de autos-, es preciso entender que la desaparición del riesgo conlleva la extinción de la prestación. Por consiguiente, según el Tribunal, la situación de permiso retribuido concedido por la empresa, en tanto equivale a la ubicación de la trabajadora en una situación dentro del ámbito empresarial sin riesgo alguno, conduce a la extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo, aunque esta causa no esté prevista en los citados preceptos.

La incidencia del cese de actividad de la empresa en la continuidad de la prestación por riesgo durante el embarazo ya había generado diversos litigios que llegaron a las salas de suplicación, y que incluso dieron lugar a una sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina que conviene tener en cuenta. Se trata de la sentencia de 10 de diciembre de 2014, r.c.u.d. 3152/2013, en la que el Alto Tribunal resuelve un supuesto muy semejante al que ahora se comenta. Es más, la sentencia de contraste, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, también versa sobre las vicisitudes de una prestación de riesgo durante el embarazo de una tripulante de cabina de Spanair, afectada por el cese de actividad de la compañía y por la decisión de la Mutua Balear de extinguir la prestación.

La jurisprudencia que sienta el Tribunal Supremo es en apariencia contraria a la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que, aún siendo posterior en el tiempo, no menciona esta importante sentencia del Alto Tribunal. En efecto, el Tribunal Supremo rechaza que el mero cese de la actividad de la empresa pueda provocar por sí mismo la extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo,

pues esta circunstancia no encaja en ninguna de las causas legal y reglamentariamente previstas. Por consiguiente, la resolución extintiva emitida por la Mutua fue contraria a Derecho y procedía mantener la prestación.

Ahora bien, tanto en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo como en la sentencia de contraste hay un elemento distintivo muy relevante respecto del caso que se ha planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Y es que mientras en los casos examinados por el Supremo la Mutua procedía a extinguir la prestación mientras que el contrato de la trabajadora permanecía suspendido por riesgo durante el embarazo, en el caso de la sentencia que ahora se comenta, la empresa da por concluida la suspensión por riesgo durante el embarazo al producirse el cese de actividades, concediendo a la trabajadora sin solución de continuidad un permiso retribuido.

Es cierto que la Mutua Balear no invocó el pase a la situación de permiso como causa extintiva de la prestación, sino únicamente el cese de la actividad empresarial, y que del relato fáctico no se desprende que la empresa comunicase esta circunstancia a la Mutua, como sin duda debería haber hecho. En este sentido, cabe censurar tanto la resolución de la Mutua como la actuación de la empresa.

Todo ello nos devuelve al punto de partida: ¿es la enumeración legal de las causas de extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo una lista cerrada? ¿o cabe su extinción por otras causas no contempladas?

Aunque el Tribunal Supremo no dice expresamente que estemos ante una lista cerrada, su razonamiento y su fallo conducen a esta conclusión. Ahora bien, cosa diferente es que en la práctica puedan darse situaciones asimilables a alguna de las causas legales de extinción. Como se sabe, una de esas causas es la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. La situación de permiso retribuido, en la que se excluye la obligación de prestar servicios en la empresa y de acudir al puesto de trabajo, no es ciertamente una reincorporación, pero, como sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sí implica situar a la trabajadora al

amparo de los riesgos laborales que afectan al embarazo sin pérdida retributiva, de la misma manera que si se le pudiera garantizar un puesto de trabajo compatible. Por tanto, una interpretación extensiva del artículo 187.2 LGSS permite integrar en el precepto legal también estos supuestos.

A ello cabe añadir que en tales condiciones ya no tiene sentido continuar con el cobro de la prestación no solo porque el contrato ya no se encuentra suspendido por riesgo durante el embarazo, sino también porque la trabajadora se encuentra cobrando su salario, de modo que si a éste se suma el cobro de la prestación nos encontraríamos sin duda ante una situación de enriquecimiento injusto.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), num. 7432/2015 de 17 diciembre. Invalidez permanente y sus prestaciones.

La sentencia que ahora se comenta es representativa de la toma de postura del Tribunal Superior de Justicia de Galicia respecto de la calificación del grado de gran invalidez en supuestos en los que los solicitantes conservan cierto grado de autonomía para realizar algunas de las funciones esenciales de la vida diaria.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia son los siguientes. Al demandante, D. Juan Alberto, se le reconoció una incapacidad permanente absoluta, pero no el grado de gran invalidez, cuya calificación reclamó en vía administrativa y posteriormente en vía judicial. La sentencia de instancia fue favorable a la petición del demandante, razón por la que el INSS y la TGSS plantearon recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia.

La negativa del INSS al reconocimiento del grado de gran invalidez obedece a su interpretación del sentido del artículo 137.6 LGSS –hoy artículo 194.6 LGSS, en la redacción contenida en la Disposición Transitoria vigésimo sexta, que se mantendrá vigente hasta que no se desarrolle reglamentariamente lo dispuesto en el artículo 194.3 LGSS-. Dicho precepto indica literalmente que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas

anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”. El INSS se atiene al tenor literal del precepto, que se refiere en plural a actos esenciales de la vida, requiriendo por tanto que la necesidad de asistencia de una tercera persona se refiera a diversas actividades de la vida diaria.

Tanto en el caso expuesto en la sentencia que ahora se analiza como en otras similares dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el último semestre de 2015, los demandantes presentaban serias limitaciones en cuanto a su autonomía personal. En el caso de autos tales limitaciones procedían de una pérdida de movilidad, dada la necesidad del actor de desplazarse en silla de ruedas – véanse igualmente las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) num. 4368/2015 de 16 julio, núm. 2345/2015 de 30 abril, num. 7137/2015 de 17 diciembre-. En otros casos, a los que el TSJ de Galicia aplicará el mismo razonamiento jurídico, es una incapacidad psíquica o cognitiva la que impide el autocuidado, y por tanto hace precisa la asistencia de terceras personas, aunque su labor se limite a la supervisión de la persona incapacitada –véanse las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) num. 2351/2015 de 28 abril, num. 5001/2015 de 29 septiembre, num. 4744/2015 de 14 septiembre y num. 7289/2015 de 17 diciembre)-.

En los hechos probados de la sentencia que se comenta y de las que ya han sido citadas se aprecia que estas personas podían realizar autónomamente determinadas actividades, como vestirse o comer, especialmente si éstas se llevaban a cabo en su hogar o en entornos adaptados. Según el criterio del INSS, puesto que la necesidad de asistencia de una tercera persona afectaba a uno solo de los actos esenciales de la vida, y no a varios, no procede la calificación de la incapacidad como gran invalidez.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia combate de forma enérgica y unánime este criterio, destacando que la asistencia de una tercera persona, aunque solo sea para ayudar a la persona incapacitada a levantarse o permanecer de pie, realizar las transferencias a la silla de ruedas,

moverse en entornos no adaptados o subir cuestas de cierta pendiente, justifica por sí misma la calificación de la incapacidad como gran invalidez –véase, además de la sentencia que ahora se comenta, la STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 7361/2015 de 22 diciembre-.

Para llevar a cabo esta interpretación, que, si bien se aparta del criterio restrictivo usado por el INSS, se ajusta sin dificultad a la letra de la ley, el Tribunal recurre a algunas de las escasas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, pues es bien conocido que a causa de la marcada casuística de estos supuestos, el Alto Tribunal raramente aprecia la concurrencia de la identidad necesaria para admitir a trámite este tipo de recursos. Así pues, la ausencia de una amplia y consolidada jurisprudencia sobre el concepto de gran invalidez dificulta aún más la labor interpretativa de los Tribunales Superiores de Justicia.

Pese a todo, el TSJ de Galicia apoya su razonamiento en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989 (repertorio Aranzadi 318/1989), en la que se indicaba que para que proceda la calificación de gran invalidez basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los "actos más esenciales de la vida", añadiendo que tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante. Y también trae a colación en otros de los pronunciamientos más arriba mencionados las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (rcud nº 1764/2014) y de 3 marzo 2014 (rcud nº 1246/2013), dictadas en casos de ceguera, que reconocen el grado de gran invalidez "a pesar de que la ayuda de tercera persona solamente la requiriera para determinados actos esenciales e incluso para otros de la misma naturaleza no permanentemente durante todo el día". En fin, la sentencia ahora comentada, así como el resto de las que integran esta doctrina judicial del TSJ de Galicia, ponen de manifiesto algunas de las dificultades prácticas que surgen en la calificación del grado de gran invalidez. Dificultades que, aunque quedan zanjadas en los casos que han sido objeto de los pronunciamientos citados, persisten en un plano general, pues obviamente no es de esperar que el INSS varíe su criterio en atención a esta doctrina judicial,

ni que otros Tribunales Superiores de Justicia fallen en el mismo sentido que el gallego. De este modo, las personas residentes en la Comunidad Autónoma gallega que por sus patologías precisen atención de terceros solo para un acto esencial de la vida, deberán acudir a la vía judicial para obtener el reconocimiento del grado de gran invalidez. Y, por otro lado, a nivel nacional se pueden dar diferencias en torno a la calificación judicial de este grado en casos semejantes a los expuestos que difícilmente se justifican a la luz del principio de igualdad que ha de presidir el acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 6000/2015 de 30 octubre. Recargo de prestaciones. Caso fortuito e imprudencia temeraria.

La sentencia resuelve recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Tesorería General de la Seguridad Social, Cobra Instalaciones y Servicios SA, Tvmac SL, Leon, Ute Cobra Instalaciones y Servicios SA e Initec Energia SA, Maracof SL, después de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo revocase las resoluciones emitidas por el INSS en las que se imponía de forma solidaria a las empresas entes mencionadas un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad de un 30%.

Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes. D. Leon, nacido en 1987, trabajaba como albañil desde el 19 de febrero de 2010 para la empresa TVMAC, S.L., dedicada a la actividad de construcción. Entre octubre de 2007 y enero de 2010 D. León realizó cuatro cursos de formación en prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción, con una duración total de 87 horas. El 30 de julio de 2010, siendo ya trabajador de TVMAC, S.L., D. León recibió información sobre los riesgos que para la seguridad y salud presentaba su puesto de trabajo, comprometiéndose a cumplir las medias de prevención indicadas. Ese mismo día fue autorizado por su empresa para utilizar fresadoras y otras máquinas, siendo designado como recurso preventivo. El 15 de septiembre de 2010 D. León sufrió un accidente de

trabajo mientras se encontraba en las dependencias de Cobra Instalaciones y Servicios, S.A. en Ciudad Real, empresa ésta que formando UTE con Initec Energía, S.A. subcontrató una obra con Maracof, S.L. y ésta a su vez subcontrató a TVMAC, S.L. Como consecuencia del accidente D. León permaneció en situación de incapacidad temporal desde ese mismo día hasta el 7 de noviembre del citado año. El accidente se produjo en la forma siguiente: el trabajador y un compañero estuvieron realizando tareas con una fresadora en un foso de unos 6 metros de profundidad. Para sacar la fresadora solicitaron a otra empresa que prestaba servicios en el mismo centro de trabajo una máquina elevadora de su propiedad. Cuando un operario de la otra empresa estaba izando la fresadora, siguiendo las instrucciones del compañero de trabajo de D. León, el tornillo de cierre del plumín de la máquina elevadora falló, de modo que tanto la fresadora como el plumín se cayeron. Puesto que D. León permanecía en el foso, al lado de la fresadora, fue golpeado por el plumín en el hombro y la espalda. A la vista de los hechos, la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social inició el expediente de imposición de recargo de prestaciones que culminó con la imposición de un recargo de un 30% de forma solidaria a todas las empresas que conformaban la cadena de contratas y subcontratas.

En definitiva, el supuesto de hecho de la sentencia que ahora se analiza vuelve a girar en torno a un accidente acaecido en el contexto de una cadena de subcontratación en el sector de la construcción, y como consecuencia de la interacción de diversos recursos materiales y humanos de las distintas empresas implicadas.

La empresa TVMAC, S.L. interpone primero reclamación previa, y después demanda ante la jurisdicción social solicitando que se dejase sin efecto el recargo alegando que la máquina con la que se produjo el accidente no era suya ni la había puesto a disposición del trabajador, que la empresa se había adherido al plan de seguridad de la principal y que el trabajador estaba bien formado en materia de seguridad e incluso era el recurso preventivo de la empresa. El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando la demanda y

revocando la resolución de imposición del recargo; fallo que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó en la sentencia que ahora se comenta.

La argumentación del TSJ para alcanzar este resultado parte de la apreciación del cumplimiento de todas las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales por parte de la empleadora de D. León. La mera constatación de este extremo serviría ya para excluir la imposición del recargo que, como acertadamente indica el Tribunal, exige un incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva. Pero además, el Tribunal entiende que el accidente fue debido a caso fortuito, lo que nuevamente excluiría la responsabilidad empresarial. Y, finalmente, para cerrar la argumentación el Tribunal señala que la conducta del trabajador, designado como recurso preventivo por su empresa, constituyó una imprudencia temeraria, por lo que no es posible apreciar nexo causal entre la actuación de la empresa y el accidente, y en consecuencia, ésta queda liberada de la responsabilidad derivada del recargo de prestaciones.

Respecto a la argumentación del Tribunal es preciso hacer las siguientes consideraciones. Como ya se ha dicho, el TSJ de Galicia aprecia en este supuesto la existencia de caso fortuito, que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado. En este caso, a juicio del Tribunal, resulta imprevisible "la rotura de una parte de una máquina que no pertenecía a la empresa del trabajador y que no había sido puesta a su disposición". Así pues, más que ser imprevisible la rotura de la máquina - respecto de la que habría que comprobar si había pasado las correspondientes revisiones y si se encontraba en perfecto estado, cuestiones que no se mencionan en la sentencia-, parece que lo imprevisible en opinión del Tribunal es que el trabajador se viera implicado en el uso de una máquina de una tercera empresa que no había sido puesta a su disposición. Aunque los trabajadores que participaron en las maniobras previas al accidente no solicitaron permiso para el uso de la maquinaria y la realización de la operación de izado

de la fresadora –tampoco consta si había un protocolo específico para autorizar este tipo de actuaciones–, resulta aventurado calificar de caso fortuito una situación como la descrita, en la que toman parte en una misma operación trabajadores y máquinas pertenecientes a diversas empresas, cuando precisamente el accidente sobreviene en un contexto de contratas y subcontratas de la propia actividad. Precisamente, lo previsible en este escenario es que se den interacciones entre los recursos humanos y materiales de las empresas concurrentes, razón por la cual el artículo 24 LPRL establece obligaciones adicionales sobre cada una de las empresas concurrentes, que han sido especificadas mediante el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, de coordinación de actividades empresariales.

Por lo que respecta a la conducta imprudente del trabajador, los hechos por sí mismos apuntan hacia una imprudencia profesional, que no exime de responsabilidad a las empresas, pues también debe ser prevenida en virtud del artículo 15.4 LPRL, más que hacia una imprudencia temeraria. El trabajador accidentado no manipuló la máquina de la otra empresa, que era manejada por un operario de esa tercera empresa, presumiblemente autorizado para hacerlo. La imprudencia consistió básicamente en permanecer al lado de la fresadora en el momento en que era izada, y bajo la máquina elevadora. Esta actuación, que implica la no adopción de las medidas de prevención previstas en la planificación de la actividad preventiva, supone sin duda una imprudencia, aunque su origen reside más bien en la excesiva confianza que genera el ejercicio de la actividad profesional. Ahora bien, sí es cierto que el accidentado, por su condición de recurso preventivo, tenía un deber especial de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa de PRL. Por esa razón resulta interesante el criterio del TSJ de tildar como imprudencia temeraria una actuación que, llevada a cabo por otro trabajador, probablemente debería ser calificada como imprudencia profesional.

En cuanto al cumplimiento por parte de las empresas condenadas al pago de recargo de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, procede en primer lugar,

examinar la actuación de la empresa que contrata al trabajador accidentado, TVMAC, S.L., y que interpone la demanda contra las resoluciones del INSS. Esta empresa alega que ha cumplido con las obligaciones formativas, informativas, y que se ha adherido al plan de prevención de riesgos laborales de la UTE.

En efecto, como señala el Tribunal, parece que el trabajador tenía la suficiente formación en prevención de riesgos laborales. Sin embargo, hay que destacar que dicha formación no fue aportada por la empleadora, sino que el trabajador ya había adquirido la formación con anterioridad a la contratación. Lo que sí aparece acreditado es que la empleadora aportó la información relativa a los riesgos derivados del puesto de trabajo.

En este contexto, hay una circunstancia que merece especial atención, y es el nombramiento del trabajador como recurso preventivo, pues como ya se ha visto, esta circunstancia ha tenido una relevancia singular en la apreciación de la imprudencia temeraria, y el subsiguiente fallo. En efecto, la empleadora nombra al trabajador recurso preventivo. Probablemente esta designación se hace de conformidad con las exigencias legales, pero hay varios aspectos que conviene destacar. En primer lugar, sorprende que la empresa designe al trabajador como recurso preventivo cuando ella misma no ha facilitado formación en prevención de riesgos laborales al trabajador. Es cierto que la formación recibida con anterioridad a la contratación parecía lo suficientemente amplia y actualizada, ya que había transcurrido poco tiempo desde su finalización. Sin embargo, la designación del trabajador para el desarrollo de funciones de especial relevancia para garantizar no solo su seguridad y salud, sino también la del resto de los trabajadores de la empresa y de las otras que conforman la cadena de subcontratación probablemente aconsejaban un mayor esmero de la empleadora en relación con la formación del trabajador. En segundo lugar, también hay que tener en cuenta, en cuanto a la designación del trabajador como recurso preventivo, que éste había comenzado a prestar servicios para la empleadora tan solo cinco meses antes de tal designación. Una vez más,

cabe pensar que una mayor antigüedad en la empresa, que permite no solo mayor acumulación de experiencia y mayor conocimiento por parte de la empleadora del perfil del trabajador, es aconsejable cuando éste ha de asumir mayores responsabilidades en materia preventiva. Y, en tercer lugar, también en esta línea, hay que hacer notar que, cuando fue nombrado recurso preventivo, D. León tenía 23 años. La normativa en materia de prevención de riesgos laborales no prevé un trato específico para los trabajadores a partir del momento en que cumplen la mayoría de edad. Pero sí es cierto que la juventud supone un factor de riesgo, y que incluso hay disposiciones específicas referidas a los trabajadores entre 16 y 18 años, cuya falta de madurez y experiencia les hace más proclives a los accidentes laborales. No hay ninguna norma que prohíba designar como recurso preventivo a un trabajador joven, pero probablemente el perfil de un trabajador de 23 años, con una experiencia profesional forzosamente limitada, y una madurez que la empresa desconoce, no es el más adecuado para actuar como recurso preventivo.

En definitiva, la empresa, en la selección de la persona que había de actuar como recurso preventivo, opta por un trabajador de 23 años, con una antigüedad de cinco meses, y con una formación en prevención de riesgos laborales que no ha sido impartida ni supervisada por la empresa. No se vulnera ningún precepto legal de forma específica, pero no parece que la decisión empresarial haya sido acertada, como demuestra el hecho de que tan solo dos meses después de haber sido nombrado recurso preventivo, el trabajador sufre un accidente de trabajo derivado de su comportamiento imprudente. En este sentido, no se puede decir que la empresa haya actuado con la diligencia exigible, propia de un prudente empleador, según los criterios de normalidad y razonabilidad que deben regir la actuación en materia de prevención de riesgos laborales.

Aunque la responsabilidad empresarial en prevención de riesgos laborales no es objetiva, la normativa preventiva exige a las empresas ir más allá del cumplimiento estricto y formal de las normas, para cumplir con el espíritu de la

prevención. En particular, el artículo 15.2 LPRL establece que “el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas”, cosa que desde luego, no se ha hecho en este supuesto, actuando la empresa sin la suficiente diligencia y prudencia.

Por último, hay otro elemento que llama la atención en la sentencia ahora comentada, y es el hecho de que el Tribunal se limite a examinar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la empleadora, cuando el accidente se produce en el contexto de una cadena de subcontratación en la que están implicadas varias empresas. De hecho, todas las empresas participantes en la cadena de subcontratación fueron condenadas de forma solidaria al pago del recargo.

En el caso que se analiza, el juzgador solo tiene en cuenta que la empresa La empresa TVMAC, S.L. se había adherido al “plan de seguridad e higiene” (sic.) de la UTE, en el que se habían evaluado los riesgos derivados del uso de grúas, y se habían definido medidas preventivas para hacer frente a los riesgos de caída de materiales por fallo de los medios de elevación o errores de maniobra, siendo una de ellas el evitar el paso de personas bajo las cargas suspendidas. El hecho de que la planificación de la actividad preventiva evaluase los riesgos que desencadenaron el accidente y previese medidas para combatirlos que no fueron puestas en práctica indica que el fallo en el sistema preventivo no se produjo en su definición, sino en su puesta en práctica.

Resulta sorprendente es que, siendo un caso claro de concurrencia empresarial en un supuesto de contratas y subcontratas de la propia actividad, el juzgador no se refiera a los deberes de seguridad que pesan sobre todas las empresas implicadas, a tenor del artículo 24 LPRL y del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla dicho precepto, para comprobar su correcto cumplimiento. Tampoco se examina el supuesto a la luz de los deberes específicos establecidos en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, ni de las disposiciones sobre prevención de riesgos del Convenio

Colectivo del sector de la construcción.

El fallo del TSJ de Galicia, basado en la imprudencia del trabajador, que califica como temeraria, hace pensar en que él era el único responsable de garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad. Y sin embargo, ya el artículo 24 LPRL atribuye a todas las empresas concurrentes diversos deberes de información mutua y de establecimiento de medidas de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales, así como un deber de vigilancia especial a la empresa principal cuando, como en este caso, se trata de contratas de la propia actividad. Nada se dice en la sentencia acerca de esas medidas de coordinación y de ese deber de vigilancia que, si hubieran funcionado correctamente, sin duda hubieran evitado que el trabajador de otra de las empresas concurrentes accediese a manipular una grúa sin cumplir con la normativa preventiva, y causando finalmente un accidente.

En definitiva, se trata de una sentencia condescendiente con empresas que desarrollan su actividad en un sector tan peligroso como el de la construcción, que alienta la concepción tan dañina para la prevención de riesgos laborales de que el culpable del accidente es el propio trabajador, que no hace uso de las amplias posibilidades aplicativas que ofrece la normativa de prevención de riesgos laborales, y que desaprovecha el poder punitivo y disuasorio del recargo frente a unas empresas cuyo escrupuloso cumplimiento de la normativa preventiva puede ponerse en entredicho.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 6148/2015 de 13 noviembre. Mejora voluntaria de la pensión de viudedad. Beneficiarios.

La sentencia que ahora se comenta es una muestra de las dificultades de articulación que pueden surgir entre la protección social complementaria y las prestaciones públicas que se tratan de complementar. Pese a que el artículo 1.3 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, sobre mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen

General de la Seguridad Social, evidencia una cierta «publicación» de las mejoras voluntarias desde su creación, entendiendo que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social y atribuyéndoles los caracteres de las prestaciones básicas del sistema de Seguridad Social, lo cierto es que tales mejoras siguen manteniendo su carácter privado y una amplia autonomía respecto de los requisitos que rodean a las prestaciones públicas. Así pues, la integración de las mejoras voluntarias en la acción protectora de la Seguridad Social tan solo es parcial, de modo que su asimilación a las prestaciones de seguridad social provoca numerosos problemas de interpretación y aplicación de los que constituye un ejemplo el pronunciamiento que pasamos a examinar.

Los hechos que dan lugar a la sentencia son los siguientes. D. Samuel prestó servicios para la Empresa Municipal de Aguas de La Coruña (EMALCSA) hasta su jubilación en agosto de 1993. En 1996, en cumplimiento de la mejora de pensiones establecida en el artículo 48 del convenio colectivo, se acuerda la transformación del sistema de previsión social de dicha empresa, estableciéndose la externalización de los compromisos existentes con los actuales pensionistas, mediante su integración en un plan de pensiones o mediante una póliza de seguros con una entidad aseguradora. Como consecuencia de lo anterior se suscribe póliza en la que figura como contingencia asegurada la supervivencia, a favor de la viuda/viudo.

Con posterioridad, el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de La Coruña declara el divorcio de D. Samuel y Dña. Vicenta, aprobándose convenio regulador en el que se fija una pensión compensatoria a favor de esta última. En 2004 D. Samuel comunica a EMALCSA su nuevo matrimonio con Dña. Agustina, celebrado el 28 de octubre de ese mismo año. A partir de ese momento Dña. Agustina figura como beneficiaria en el Anexo 1 de la póliza del seguro de supervivencia.

En 2010, tras el fallecimiento de D. Samuel, el INSS aprueba pensión de viudedad a favor de Dña. Vicenta en proporción al tiempo de convivencia con el causante. Por su parte, Dña.

Agustina también es perceptora de pensión de viudedad, así como de la mejora voluntaria de la misma. Dña. Vicenta presenta demanda contra EMALCSA, VIDACAIXA S.A. DE SEGUROS y Dña. Agustina con la pretensión de que se le reconozca el derecho a percibir el complemento voluntario de la pensión de viudedad. El juzgado de lo Social desestima la demanda, ante lo cual la actora formula recurso de suplicación.

El fallo del Tribunal de Justicia confirma la decisión de la instancia, basándose en los siguientes argumentos. En primer lugar, no se aprecia infracción del artículo 174.2.1 LGSS –hoy 220.1 LGSS–, que establece el derecho a percibir una pensión de viudedad por parte del ex-cónyuge del fallecido, siempre que judicialmente fuera acreedor de una pensión compensatoria que se extinga a la muerte del causante, tal como sucedía en el caso de autos. De hecho, puesto que la actora cumplía los requisitos legales, le fue reconocido el derecho a percibir pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

Respecto de la mejora voluntaria, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia adopta el criterio ya manifestado por la jurisprudencia y la doctrina judicial de que la fuente reguladora de las mejoras voluntarias son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario. Por consiguiente, no se trata de aplicar la legislación de Seguridad Social a la mejora voluntaria, sino de analizar los requisitos establecidos por la misma para su concesión, que únicamente tendrán como límite las normas de orden público de nuestro sistema constitucional –véase, en esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social), núm. 6532/2002 de 15 octubre–.

El TSJ de Galicia subraya que la persona que figura como beneficiaria en la póliza del seguro de supervivencia es Dña. Agustina, ya que el propio causante gestionó las modificaciones oportunas en la póliza de seguro tras volver a contraer nuevo matrimonio. Por consiguiente, los términos del contrato impiden que la compañía aseguradora pueda resultar obligada a abonar pago alguno a la actora, al estar

ésta vinculada por los mismos.

En realidad, el peso de este argumento formal es relativo, pues en supuestos diferentes al planteado, en los que se había producido el fallecimiento de la primera esposa, designada como beneficiaria, contrayendo posteriormente el trabajador nuevas nupcias sin alterar los términos del contrato, se ha considerado razonablemente que el hecho de que la viuda no aparezca como beneficiaria de la mejora voluntaria, no impide su derecho a percibirla (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 4319/2007 de 2 noviembre).

Probablemente por esa relativa debilidad que presenta dicho argumento, en exceso formalista, el TSJ de Galicia lo refuerza con otro argumento material, referido a la condición de viudo/a. En efecto, recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que indica que "el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último", el TSJ de Galicia considera que la condición de viuda a la que se refiere el contrato de seguro únicamente es predicable de Dña. Agustina, que era cónyuge de D. Samuel en el momento de su fallecimiento, de modo que solo ella puede ser la perceptora de la mejora voluntaria –en el mismo sentido, respecto de la imposibilidad de considerar viudo/a a efectos de acceso a mejoras voluntarias a los divorciados/as o a aquellos cuyo matrimonio ha sido anulado, véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección4ª), núm. 57/2003 de 31 enero. En cambio, sobre la consideración como viudo/a a quienes están separados legalmente, con su consiguiente acceso a las mejoras voluntarias, véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 948/2007 de 9 marzo-.

Cabe preguntarse si el criterio mantenido por el TSJ de Galicia en esta sentencia sería igualmente aplicable a futuros e hipotéticos casos de reclamación de mejoras voluntarias por ex-cónyuges cuando el causante no haya contraído nuevo matrimonio, es decir, cuando solo haya un perceptor

de la pensión de viudedad. En tales supuestos, el razonamiento del Tribunal, más atento a la condición real de viudo/a y a los términos del contrato de seguro, que a la titularidad de la condición de pensionista de viudedad, llevaría a concluir que no tienen derecho al pago de la mejora voluntaria. Sin embargo, no se puede desconocer que no ha sido ésta la solución aplicada por otros Tribunales Superiores de Justicia, que en estos supuestos han admitido el acceso de los ex-cónyuges a la mejora voluntaria en la misma proporción en la que reciben la pensión de viudedad en atención al periodo de convivencia con el causante –por ejemplo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª), núm. 168/2009 de 27 febrero sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social), núm. 143/2002 de 18 enero, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4ª) núm. 92/1999 de 2 febrero-.

Probablemente la clave para solucionar todos los supuestos relativos a las mejoras voluntarias de pensión de viudedad resida en garantizar la prioridad de lo estipulado contractualmente por las partes, tanto si se ha establecido un beneficiario específico, como si el concepto de viudo/a establecido en el convenio o en el contrato se construye sobre la base de la legislación civil –el cónyuge supérstite en el momento del fallecimiento, o bien sobre la base de la legislación de Seguridad Social, entendiendo por tal todo aquél que tenga derecho a la percepción de la pensión de viudedad, aunque sea en una parte proporcional. El problema es que no siempre es sencillo determinar a cuál de los dos conceptos se referían quienes estipularon y formalizaron la mejora voluntaria. Por eso es esencial, una vez más, el esfuerzo de los negociadores por clarificar los términos de estas estipulaciones, a fin de evitar litigios e ímprobos esfuerzos interpretativos a los tribunales.