

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

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

Palabras chave: Incapacidade permanente; indemnización; responsabilidade

Palabras clave: Incapacidad permanente; indemnización; responsabilidad.

Keywords: Permanent disability; compensation; liability.

1. DOCTRINA XUDICIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 10 de xullo de 2018 (recuso de suplicación núm. 1443/2018)

Pensión de incapacidade permanente total derivada de enfermidade común. Existencia de lagoas de cotización. Cálculo da base reguladora: sobre a base mínima do último período cotizado anterior á lagoa en función do número de horas contratadas –traballo a tempo parcial-. Non existe diferenza de trato co traballador cuxo contrato anterior á lagoa é a tempo completo, pois a regra aplicable en ambos os casos é a mesma.

Normas aplicadas:

Arts. 197, 247 e 248 LXSS/2015

Art. 7 RD 1131/2002, do 31 de outubro

O modo de integrar as lagoas de cotización existentes na vida laboral do solicitante dunha pensión, cando no período inmediatamente anterior á lagoa o traballo foi a tempo parcial e a maioría das cotizacións acredítense polo

desempeño dunha actividade a xornada completa, volve conformar a cuestión litixiosa examinada na presente resolución da Sala do social do TSX de Galicia, do 10 de xullo de 2018. E dise isto, porque non é a primeira vez que a Sala galega se pronuncia sobre esta materia, formulando, mesmo, cuestión prexudicial ante o TXUE que, contrariamente ás conclusións do avogado xeral, non apreciou que a normativa española vulnerase a ordenación europea en materia de igualdade e non discriminación por razón de sexo. Trátase da controvertida sentenza ditada polo TXUE, o 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13, Cachaldora Fernández). Pero son máis, e algunhas delas bastante criticadas, as resolucións xudiciais recaídas sobre a cuestión controvertida. Como mostra máis representativa, pode traerse aquí a colación a sentenza do TC núm. 156/2014, do 25 de setembro, e a do TS, do 16 de marzo de 2017 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 1871/2013). Non en balde, a que agora se comenta fai seus a maioría dos fundamentos xurídicos que serviron para argumentar o fallo de casación e con iso defender que o réxime xurídico de integración de lagoas contemplado na normativa española non comporta un trato discriminatorio por razón de sexo.

En concreto, os feitos que deron lugar á sentenza do TSX de Galicia, do 10 de xullo de 2018, son os seguintes: dona Emma, demandante e recorrida en suplicación nos presentes autos, solicita, primeiro administrativamente e posteriormente en vía xudicial, o recoñecemento dunha pensión de incapacidade permanente en grao total e derivada de enfermidade común. A tal fin, e á marxe das súas doenzas incapacitantes, que non foron postas en dúbida por ningún dos xulgadores, acredita as seguintes cotizacións: 18 anos e medio nos que prestou os seus servizos en "xornada completa, excepto en dous períodos que traballou a xornada parcial, do 7 de outubro de 1993 ao 6 de decembro de 1993, e do 19 de outubro de 2015 ao 6 de novembro de 2015". De conformidade coa normativa aplicable –art. 197.1 e 2 LXSS/2015–, o período que ha de tomarse en conta para o cálculo da base reguladora da

futura pensión de incapacidade da demandante abarca “dende o 1 de setembro de 2011 ata o 30 de abril de 2017”. Enténdese, por tanto, aplicable a regra de traballadores menores de 52 anos aos que se lles esixe menos de oito anos de cotización. E tamén, de acordo coa regulación pertinente –art. 248.2 LXSS/2015 e art. 7 RD 1131/2002, do 31 de outubro-, a integración das bases de cotización polas lagoas existentes nese período, en concreto, dende novembro do 2015 a novembro de 2016, ha de levarse a cabo coa base mínima de cotización de entre as aplicables en cada momento, por tanto, atendendo a unha xornada do 40 por 100 que é a que se correspondía co número de horas contratadas na data na que se interrompeu ou extinguiu a obriga de cotizar, isto é, o 6 de novembro de 2015. Así o defendía o INSS no recurso de suplicación interposto contra a sentenza de instancia na que, pola contra, a prestación fora calculada con bases correspondentes a xornada completa, incluídas as de períodos sen cotizar e precedidas con traballos a tempo parcial. Por tanto, tras as operacións pertinentes, ao INSS resultáballe unha base reguladora mensual de 919,35 € -así o reclama no seu recurso de suplicación-, fronte á recoñecida na instancia que ascendía a 994,60 €.

A representación procesual da demandante opúxose ao recurso do INSS e máis aló de insistir na súa situación de incapacidade permanente total derivada de enfermidade común, o que tamén fora impugnado pola entidade xestora, discrepa sobre o modo de integración das súas lagoas de cotización solicitando que se calcule conforme ás bases dunha xornada completa ao modo efectuado polo xulgador *a quo*. En particular, a polémica céntrase na aplicación ou non neste caso do art. 7.2 RD 1131/2002, do 31 de outubro. E exponse a aplicación do referido precepto e non a súa interpretación, pois o seu contido parece claro e dende logo subsumible no suposto concreto axuizado. Repárese, así, na súa literalidade: “en relación coas pensións de xubilación e de incapacidade permanente, derivadas estas últimas de enfermidade común ou de accidente non laboral, a integración dos períodos durante os

que non houberse obriga de cotizar levarase a cabo coa base mínima de cotización de entre as aplicables en cada momento, correspondente ao número de horas contratadas na data en que se interrompeu ou extinguiu a obriga de cotizar (...)”. En fin, é evidente que o precepto regulamentario di o que di –integración coa base mínima de cotización correspondente ao número de horas contratadas na data na que se extinguiu a cotización- e a solicitante da pensión, no mes previo á anualidade sen cotización -19 de outubro ao 6 de novembro de 2015-, traballaba a tempo parcial. Para a entidade xestora, a aplicación do precepto regulamentario ao caso concreto axuizado non admite dúbida e, a ese fin, achega á causa as sentenzas do TXUE, TC e TS mencionadas ao principio deste comentario. A parte impugnada oponse alegando o escaso período traballado a tempo parcial polo que resulta máis axustado a dereito que a integración se realice sobre o 100 por 100 da xornada, o que se xustifica con varias resolucións de TSX, entre elas, a ditada polo TSX de Baleares do 27 de marzo de 2012 (recurso de suplicación núm. 841/2011).

Fronte ás argumentacións das partes, a Sala de Galicia teno muy claro e estima integramente as alegacións do INSS. É dicir, a integración das lagoas do período conflitivo haberá de facerse coas bases correspondentes ao traballo previo desempeñado pola demandante que, neste caso, fora a tempo parcial. A súa extensión temporal en comparación co resto de cotizacións acreditadas para calcular a base reguladora da pensión de incapacidade, resulta indiferente. Para a Sala do social do TSX de Galicia, o recurso necesariamente debe prosperar, pois a cuestión exposta xa se atopa resolta en casación para a unificación de doutrina, en concreto, por STS do 16 de marzo de 2017 (cit.). É máis, é tal o convencemento da Sala galega sobre a plena aplicación dos argumentos de casación ao litixio exposto aquí en suplicación, que os transcribe literalmente e case na súa integridade. E non lle falta razón, aínda que os do TS sexan sobre a integración de lagoas con períodos de traballo a tempo parcial na determinación da base reguladora dunha pensión de xubilación. Nese caso, o precepto aplicable era a

disp. adic. sétima, apartado terceiro b), LXSS/1994, que levaba por título "normas aplicables aos traballadores contratados a tempo parcial" e que rezaba da forma que se expón a continuación: "a efecto das pensións de xubilación e de incapacidade permanente, derivada de enfermidade común, a integración dos períodos durante os que non houberse obriga de cotizar levarase a cabo coa base mínima de cotización de entre as aplicables en cada momento, correspondente ao número de horas contratadas en último termo". Téñase en conta que aquel precepto da LXSS/1994 correspóndese co actual art. 248.2 LXSS/2015, coincidentes, salvo un termo inicial aclaratorio, na súa integridade, polo que, calquera comentario que se verta sobre aquel, é válido para este e, tendo en conta a súa vixencia, aplicable na actualidade.

Así as cousas e sen pretensión de exhaustividade, corresponde, por tanto, traer aquí a colación algún dos argumentos expostos polo TS na súa sentenza do 16 de marzo de 2017 (cit.) e que fai seus a Sala do social do TSX para xustificar o seu fallo, en particular, no que se refire ao contido da normativa aplicable coincidente en ambos os litixios. En primeiro lugar, que o texto legal non ordena -e podería facelo- que nestes supostos as lagoas deban integrarse con bases mínimas de cotización a tempo completo, por máis que sexan as máis caracterizadas, pola súa extensión cronolóxica, no período a computar para a determinación da base reguladora da pensión. Interpretalo así sería contrario ao art. 3.1 CC. Pola contra, o lexislador precisa que a integración será a "correspondente ao número de horas contratadas en último termo", co que, tratándose dun caso como o presente, en que só existiu un, aínda que breve, período de traballo a tempo parcial que resulta inmediatamente anterior a aquel en que non houbo deber de cotizar, obriga á conclusión antedita. En definitiva, con iso trasládase aos traballadores contratados a tempo parcial a mesma regra que rexe con carácter xeral para os traballadores contratados a xornada completa: as lagoas de cotización integranse coa base mínima de cotización

correspondente ao número de horas contratadas. Por tanto, non hai unha diferenza de trato entre traballadores a tempo completo e traballadores a tempo parcial, pois a regra aplicable é a mesma. O que ocorre é que a base mínima de cotización é diferente en cada caso e o lexislador decidiu cubrir a lagoa coa correspondente ao contrato anterior ao comezo desta.

Non se vai a entrar no resto de argumentacións do TS e que asume como propias a Sala do social do TSX, pois sería redundar na mesma idea e que non está –se se atende ao contido literal da normativa aplicable- desprovista de razón xurídica, e de aí o sentido do fallo galego. De feito, tales argumentos tamén se atopan avalados polo TC e o TXUE nas dúas sentenzas citadas ao principio deste comentario e ás que tamén se refire o TSX de Galicia, aínda que non afonde no seu contido, e que son as seguintes: STC 156/2014, do 25 de setembro, e STXUE, de 14 de abril de 2015.

Quizais sexa máis útil formular aquí algunha breve reflexión sobre o eterno debate que se proxecta sobre o réxime xurídico da integración de lagoas. A saber, a súa eventual colisión co principio de igualdade de trato, mesmo coa prohibición de discriminación por razón de sexo. E iso ao fío das seguintes resolucións do TXUE e TC.

En primeiro lugar, a STXUE do 22 de novembro de 2012 (asunto C-385/2011, Elbal Moreno) que declaraba que unha normativa interna que esixe aos traballadores a tempo parcial -na súa inmensa maioría mulleres-, en comparación cos traballadores a tempo completo, un período de cotización proporcionalmente maior para acceder a unha pensión de xubilación en contía proporcionalmente reducida á parcialidade da súa xornada de traballo, é contraria ao dereito europeo, por discriminatoria.

Na mesma liña, uns meses máis tarde, pronunciouse o TC na súa sentenza núm. 61/2013, do 14 de marzo, na que se recoñecía que as diferenzas de trato en canto ao cómputo dos períodos de carencia que experimentaban os traballadores a tempo parcial respecto aos traballadores a tempo completo atopábanse desprovistas dunha

xustificación razoable que gardase a debida proporcionalidade entre a medida adoptada, o resultado producido e a finalidade pretendida, polo que se vulneraba o art. 14 da CE. Como é sabido, esta doutrina xurisprudencial supuxo a modificación da disp. adic. sétima LXSS/1994, no que se refire ao cómputo dos períodos de carencia dos traballadores a tempo parcial para causar dereito a unha prestación, o que se materializou coa aprobación do RD-lei 11/2013, do 2 de agosto, na actualidade, art. 247 LXSS/2015.

E xa, por último, non pode deixar de citarse a ditada hai pouco máis dun mes, STXUE do 8 de maio de 2019 (asunto C-161/2018, Villar Laiz), na que se declara que a normativa española reguladora do cálculo da pensión de xubilación dos traballadores a tempo parcial, é contraria ao dereito da Unión –en particular, á Directiva 1979/7, do 19 de decembro-, se se revela especialmente desvantaxosa para as traballadoras. Para estes efectos, puntualiza o TXUE, corresponde ao organismo remitente –nese caso, o TSX de Castela e León- apreciar se os datos estatísticos relativos á distribución de traballadores de sexo masculino e feminino achegados a tales efectos son válidos, representativos e significativos. Sen entrar a analizar nin reflexionar sobre o seu fondo, téñase en conta que o seu fallo recae sobre a regulación xurídica de cálculo da pensión de xubilación dos traballadores a tempo parcial, xa reformada no seu día para cumprir co Dereito europeo en materia de igualdade e non discriminación por razón de sexo no ámbito da Seguridade Social.

En fin, a proporcionalidade esixida polos tribunais entre as cotizacións requiridas aos traballadores a tempo completo e aos traballadores a tempo parcial para causar dereito a unha prestación de Seguridade Social, parece respectada en abstracto polo lexislador cando para cubrir as lagoas de cotización se atende ás efectivamente acreditadas polo solicitante no momento inmediatamente anterior á lagoa. Poderíase optar por cubrir a lagoa cunha cantidade igual para todos os traballadores, recoñecendo así o carácter asistencial ou non contributivo da ficción legal, pero

preferiuse utilizar unha fórmula que responda a criterios de contributividade. Con todo, a referida proporcionalidade e, por tanto, o respecto ao principio de igualdade de trato entre os traballadores a tempo completo e os traballadores a tempo parcial, parece crebase en supostos concretos como o presente, pois é evidente que integrar un período de lagoas de case un ano coas bases mínimas correspondentes a un traballo a tempo parcial por ser este o executado no mes previo á falta de cotización, cando o resto das cotizacións acreditadas pola persoa traballadora para acceder á súa pensión son a tempo completo, non atopa xustificación obxectiva ningunha que garde a debida proporcionalidade entre a medida adoptada, o resultado producido e a finalidade pretendida. Sen dúbida, o réxime de integración de lagoas dos arts. 248.2 LXSS/2015 e 7.2 RD 1131/2002 pode tacharse de aleatorio, mesmo arbitrario, e quizais habería que reformularse a súa configuración a fin de non incorrer en desigualdades de trato cando un mesmo traballador acredite durante a súa vida laboral cotizacións a tempo completo e cotizacións a tempo parcial.

Outra cousa é que ese réxime atente, de forma indirecta, contra a prohibición de discriminación por razón de sexo, como parecía defender o avogado xeral nas conclusións do asunto Cachaldora Fernández. Respecto diso, como é sabido, os datos estatísticos –número de traballadoras prexudicadas pola normativa en cuestión- serían fundamentais. Pois ben, parece que aquí non queda máis que aplaudir a doutrina do TXUE, na súa sentenza do 14 de abril de 2015, e que resolvía unha cuestión prexudicial exposta, precisamente, dende o TSX de Galicia. En fin, a situación litixiosa, traballador a tempo completo con períodos illados de traballo a tempo parcial seguidos por períodos sen cotización, non é propia do colectivo feminino, senón do masculino. Nestas circunstancias, e como declaraba o TXUE, “os datos estatísticos (...) non permiten considerar que o colectivo de traballadores prexudicados pola normativa nacional controvertida no litixio principal

está maioritariamente composto por traballadores a tempo parcial e, máis concretamente, por traballadoras”.

2. Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 19 de setembro de 2018 (recurso de suplicación núm. 1644/2018)

Indemnización de danos e prexuízos derivados de enfermidade profesional causante dunha incapacidade permanente. Inexistencia. Non se aprecia infracción da normativa preventiva, nin culpabilidade empresarial.

Normas aplicadas

Art. 157 LXSS/2015

Art. 14 LPRL

Arts. 1101, 1902 e 1903 CC

96.2 LRXS

A presente resolución do TSX de Galicia, do 19 de setembro de 2018, pon en evidencia certas diverxencias da Sala á hora de conceptuar, interpretar e asignar as distintas responsabilidades empresariais preventivas, isto é, as derivadas do incumprimento empresarial da normativa de seguridade e saúde laboral. E iso é así, porque se se repara no contido fáctico e xurídico da sentenza, parece que o recoñecemento e declaración dunha incapacidade permanente derivada de enfermidade profesional non implica, necesariamente, a transgresión da normativa de prevención de riscos laborais e, en consecuencia, non ten por que derivarse ningunha responsabilidade civil ou patrimonial do empresario polos danos causados ao traballador, isto é, pola súa enfermidade. Agora ben, fronte a esta afirmación, oponse, por unha banda, o propio concepto legal de enfermidade profesional como a “contraída como consecuencia do traballo executado por conta allea nas actividades que se especifiquen no cadro que se aprobe polas disposicións de aplicación e desenvolvemento desta lei, e que estea provocada pola acción dos elementos ou substancias que no devandito cadro se indiquen para cada enfermidade profesional” (art. 157 LXSS/2015). E, por outro, pola existencia dun deber

xeral empresarial de protexer aos seus traballadores fronte aos riscos laborais (art. 14.1 LPRL), deber esixible máis aló do cumprimento de todas e cada unha das obrigas empresariais máis ou menos específicas previstas na LPRL e no resto da normativa preventiva. Tal é a amplitude e extensión dese deber, que o feito de sufrir algún dano no exercicio dun traballo por conta allea – neste caso, unha enfermidade profesional- parece significar que algo fallou na planificación preventiva empresarial, a menos que o referido dano fose o resultado dunha causa totalmente allea á vontade do empresario, como pode ser a forza maior ou o dolo ou imprudencia profesional do propio accidentado. Con todo, esta interpretación non é a que parece defender a Sala de Galicia no fallo da sentenza do 19 de setembro de 2018.

O litixio iníciase por mor da demanda de reclamación de danos e prexuízos exposta por un traballador –don Rómulo, actor e recorrente nos presentes autos- polas lesións físicas padecidas como consecuencia do seu traballo, en concreto, pola súa situación de incapacidade permanente total derivada de enfermidade profesional, así declarada por resolución do INSS o día 12 de febreiro de 2016 con base nun ditame-proposta do EVI. No devandito ditame médico déixase constancia do seguinte cadro clínico “neumoconiosis complicada con masas de FMP categoría A probable asma bronquial alteración ventilatoria restritiva leve”. A base reguladora da súa pensión de incapacidade ascende a 2.327,45 euros/mensuais. Fronte á resolución administrativa estimatoria da incapacidade do demandante, non consta impugnación algunha, polo que se presume a súa firmeza. Durante a súa vida laboral, o actor prestara servizos en distintas empresas, todas elas do sector extractivo de pedras e rocas. En concreto, dende o 27 setembro 2002 ata o 16 setembro 2005, para PIZCOMPACT SLU, Con posterioridade, dende o 22 setembro 2005 ata o 30 setembro 2009, para CANTERAS FERNÁNDEZ, SA. E, por último, dende o 1 outubro 2009 ata o 2 decembro 2015, para CANTERAS FERNÁNDEZ SL EXTRACCIÓN S. COM. Nesta última mercantil, aínda cando consta que a súa

categoría era a de "serrador", declárase que tamén realizaba funcións de "distribuidor de lousa", tal e como se reflicte nos antecedentes de feito da resolución comentada. Consta tamén como feito probado nos presentes autos que a entidade CANTERAS FERNÁNDEZ S.L EXTRACCIÓN S. COM. tiña concertada póliza de responsabilidade civil coa mercantil MAPFRE. Outros datos que figuran como probados na relación de antecedentes fácticos son os seguintes: diversos documentos "acreditan a formación proporcionada ao demandante pola empresa en relación coa prevención de riscos". Noutros, obran os "resultados de recoñecementos médicos feitos ao traballador todos os anos de 2005 a 2014 en que o resultado é apto para o seu traballo". No correspondente a 2015 o "resultado é apto en observación". E xa, por último, no realizado o 31 de decembro de 2015, "o resultado é non apto". Existen igualmente nos autos "diversas facturas de adquisición pola empresa de equipos de prevención individuais". E advírtese, tamén, da "denuncia presentada polo actor ante o INSS contra a empresa o 22 de decembro de 2016 solicitando a recarga de prestacións e (...) resolución do INSS, do 9 de marzo de 2017, denegando esa recarga".

Tras as consideracións anteriores e xa no que se refire á reclamación civil polos danos e prexuízos causados, o que pretende o aquí actor-recorrente é a condena solidaria das entidades CANTERAS FERNÁNDEZ S.A., CANTERAS FERNÁNDEZ SL EXTRACCIÓN S. COM. e MAPFRE ao pago dunha indemnización económica -non consta a cantidade reclamada- por serlle declarada unha incapacidade permanente como consecuencia de sufrir unha enfermidade profesional. Aínda que nada se diga expresamente na sentenza comentada, a petición atópase debidamente xustificada con base nas distintas finalidades ás que, fronte a unha continxencia profesional, responden, por unha banda, o cadro de prestacións económicas de Seguridade Social e, por outro, a responsabilidade civil empresarial por danos e prexuízos.

Así pois, acaecida unha continxencia profesional, a Seguridade Social proporciona unha cobertura obxectiva

consistente nunha prestación económica – neste caso, unha pensión de incapacidade permanente- para facer fronte á situación de necesidade derivada do abandono do traballo habitual por resultar incompatible coas lesións padecidas. A falta de salario queda, por tanto, suplida coa pensión económica de incapacidade que lle sexa recoñecida ao beneficiario. As circunstancias subxectivas que rodean o risco ou continxencia causante da incapacidade – culpa, incumprimento, dolo etc.- resultan, para estes efectos, totalmente indiferentes. Isto é, unha vez determinado o carácter profesional ou común da continxencia causante da incapacidade, á Seguridade Social só lle interesa comprobar que o eventual beneficiario acredita os requisitos necesarios para ter dereito á prestación económica correspondente.

Pola contra, a responsabilidade civil empresarial – tamén denominada patrimonial- atende ao modo de causación da lesión – o accidente ou a enfermidade- padecida polo traballador, e só xorde cando quede acreditado – da forma que se verá a continuación- un incumprimento empresarial das súas obrigas en materia de seguridade e saúde laboral, aínda cando o incumprimento sexa por simple culpa ou negligencia. É dicir, para o seu recoñecemento non é necesaria unha intención transgresora. Repárese respecto diso no contido dos arts. 1101 e 1902 CC. A amplitude do deber de seguridade empresarial – Art. 14 LPRL- e a esixencia de responsabilidade civil pola mera actuación culpable ou negligente empresarial, fixérona merecedora do cualificativo de “responsabilidade obxectiva”.

Pois ben, exposta a reclamación civil de danos e prexuízos por don Rómulo, non foi resolta ao seu favor, nin na instancia, nin en suplicación. En síntese, entre outras razóns, aléganse as seguintes: que “non se acreditou que as doenzas do actor deriven do po de sílice, debido a que non consta nas actuacións unha análise concluínte respecto diso”; que non quedou “acreditado a exposición continua do actor ao po de sílice, pois o actor exerceu funcións de distribuidor de lousa, non de aserrador, no seu centro de traballo, é máis, tampouco se acreditou que exista unha exposición por encima de niveis prohibidos. Ademais, a

empresa dotou ao traballador dos medios de protección adecuados"; e, tamén, que a entidade xestora denegou a "recarga de prestacións por falta de medidas de seguridade e hixiene no traballo" polo que "non cabe apreciar por parte do empresario un incumprimento das medidas impostas pola lexislación de seguridade e hixiene no traballo". Para a Sala de Galicia, de todos estes feitos non pode desprenderse "unha actuación reveladora de culpa ou negligencia (...) causalmente relevante (arts. 1902, 1903 e 1101 e concordantes do CC), xa que de conformidade coa doutrina unificada sentada pola Sala 4ª do TS (...) a responsabilidade do empresario (...) é a responsabilidade subxectiva e culpabilista no seu sentido clásico e tradicional, sen acudir a criterios de responsabilidade cuasiobxectiva ou polo risco, ao existir xa unha normativa específica de protección -de natureza estritamente obxectiva- do accidente de traballo e enfermidade profesional".

Agora ben, fronte a todo o anterior, pasan aquí a expoñerse algunhas reflexións, que quizais sirvan para reformularse a posición anterior en prol do recoñecemento de certa responsabilidade civil empresarial na incapacidade sufrida polo traballador como consecuencia da súa enfermidade profesional, e por tanto o seu deber de indemnizalo polos danos e prexuízos causados. En primeiro lugar, repárese de novo na definición de enfermidade profesional proporcionada polo art. 157 LXSS/2015, en particular, no seu primeiro parágrafo no que se identifica como aquela "contraída como consecuencia do traballo executado por conta allea (...)". A pouco que se reflexione sobre o particular, é evidente que, tratándose de enfermidade profesional, a súa causa atópase no traballo e se o traballo foi a razón da lesión, tamén a reparación ha de enmarcarse no ámbito laboral e, por tanto, no ámbito da responsabilidade empresarial. Isto é o que se coñece como teoría do risco profesional, teoría cuxa validez, sen explicar as razóns, descarta o TSX de Galicia. En segundo lugar, sobre a dependencia ou independencia das responsabilidades empresariais preventivas: para o TSX de Galicia, a denegación da recarga de prestacións da

Seguridade Social significa que non quedou acreditado un incumprimento empresarial de medidas de seguridade e hixiene no traballo, pois así se determina expresamente na sentenza comentada. Pero, como é sabido, iso non é exactamente así, pois ambas as responsabilidades –civil e recarga- son independentes e compatibles entre si e iso porque ambas responden a distintos fundamentos e atenden a distintas razóns. En definitiva, un mesmo accidente pode dar lugar a unha responsabilidade civil por danos e, con todo, non ten por que xerar unha recarga de prestacións da Seguridade Social. E, por último, en canto á proba do incumprimento empresarial a partir do cal se pode derivar a eventual responsabilidade civil, a Sala do social do TSX de Galicia atende ao art. 217 LAC e por tanto imputa ao demandante a carga de acreditar o dano e a culpabilidade empresarial. Con todo, non menciona, nin aplica o art. 96.2 LXS e a súa inversión probatoria en todos aqueles “procesos sobre responsabilidades derivadas dos accidentes de traballo e enfermidades profesionais” –como é o caso aquí axuizado- nos que é aos “debedores de seguridade e aos concorrentes na produción do resultado lesivo” aos que corresponde “probar a adopción das medidas necesarias para previr ou evitar o risco, así como calquera factor excluín-te ou minorador da responsabilidade”.

3. Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 26 de novembro de 2018 (recuso de suplicación núm. 1544/2018)

Imputación de responsabilidades respecto das prestacións: responsabilidade subsidiaria da empresa subcontratista durante o tempo de duración da obra subcontratada, sen prexuízo da obriga de anticipo pola Mutua e responsabilidade subsidiaria do INSS e da TXSS.

Normas aplicadas:

Arts. 167, 168 e 195 LXSS/2015

Art. 42 ET

Art. 99 LRXS

RD 171/2004, do 30 de xaneiro

Son dúas as cuestións xurídicas fundamentais que se resolven na presente sentenza do TSX de Galicia do 26 de novembro de 2018. A primeira, a prohibición de reserva de liquidación, regulada no art. 99 LXS. E a segunda, a determinación do carácter solidario ou subsidiario na fixación da responsabilidade empresarial da empresa principal dunha contrata respecto do pago de prestacións de Seguridade Social por infracotización da contratista, para o que é necesario ter en consideración o contido dos arts. 42.2 ET e 168 LXSS/2015.

Dun modo moi sumario, pois os datos que constan na relación de antecedentes da sentenza comentada son moitos e moi detallados, o que complica certamente a súa lectura e comprensión, os feitos que deron lugar ao proceso son os seguintes. Don Alejandro –demandante e recorrente en suplicación- estivo a prestar servizos por conta da entidade ISALCOR VALGA, SL, dende o día 23/04/2012 ao 03/08/2012 e, de novo, dende o día 20/08/2012 ata o 17/09/2012, en que pasou a situación de IT derivada de accidente de traballo. Transcorrido algo máis dun ano, en concreto, o 27/11/2013, o INSS recoñeceu ao actor en situación de IPT para a súa profesión habitual derivada dun accidente de traballo e, por tanto, o seu dereito para percibir a prestación económica correspondente. Sobre esta última afirmación, téñase en conta que non cabe facer declaración de incapacidade permanente en ningún dos seus graos, se non se acreditan os requisitos necesarios para causar dereito á prestación económica (art. 195 LXSS/2015). Durante a vixencia da IT, a mercantil ISALCOR VALGA, SL, extinguiu, por razóns económicas, o contrato de traballo que a vinculaba co demandante. En concreto, e tras cubrir o preaviso de quince días previsto legalmente, o despedimento obxectivo fíxose efectivo en data 13/10/2013. Nese momento, a empresa acababa de ser declarada en situación de concurso voluntario de acredores –setembro 2013-. Pouco tempo despois –outubro 2013-, deixou de ter movementos contables, ata chegar a presentar ante a AEAT a solicitude de baixa censal por

deixar de exercer todas as actividades empresariais – novembro 2013-.

O resto de elementos fácticos que constan nos antecedentes da sentenza analizada e que se consideran decisivos para poder comprender as razóns que levaron ao actor a impugnar a extinción do seu contrato de traballo e o sentido da resolución da Sala galega, son os seguintes:

En primeiro lugar, a entidade ISALCOR VALGA, SL, fora subcontratada pola empresa ATESVI, SL, para a “realización de traballos necesarios para a execución de obras por parte de ATESVI, SL, achegando a subcontratista –ISALCOR VALGA, SL- os medios materiais e persoais necesarios”. Os traballos subcontratados consistían na “realización de traballos de limpeza e reparación de pezas de encofrado no túnel de Bustelo do Eixo Atlántico de Alta Velocidade Rialíño- Padrón”. Na execución dos traballos para ATESVI, SL, é importante ter en conta que “a mercantil ISALCOR VALGA, SL, remitía aos seus traballadores ao lugar en que se estivese executando a obra por ATESVI, SL, e unha vez alí, o encargado de ATESVI -don Lucas - indicaba aos traballadores de ISALCOR VALGA, SL, as pezas que tiñan que limpar ou reparar, e a orde destas, non dándolle instrucións sobre a forma de executar despois as tarefas”. Doutra banda, ATESVI, SL, fora contratada pola empresa construtora FERROVIAL, SA. O obxecto de contrata existente entre estas dúas últimas entidades era a execución de “a obra do túnel de Bustelo do Eixo Atlántico de Alta Velocidade Rialíño- Padrón”.

En segundo lugar, a entidade contratante de ISALCOR, SL, isto é, ATESVI, SL, deixou acreditado o cumprimento das súas obrigas de coordinación empresarial preventiva. En concreto, na sentenza déixase constancia expresa de que “ATESVI, SL, remitiu a ISALCOR, SL, documentación sobre cooperación/coordinación empresarial en materia de prevención de riscos laborais”. Respecto diso, téñase en conta o contido do RD 171/2004, do 30 de xaneiro, en particular, o art. 10. Tamén consta acreditado o cumprimento por ATESVI, SL, dos deberes de comprobación do art. 42.1 ET cando na resolución comentada se indica

que, "a pedimento de ATESVI, SL, a TXSS certificou que, a data 7/9/2012, ISALCOR non tiña pendente de ingreso ningunha reclamación por débedas xa vencidas na Seguridade Social".

En terceiro lugar, na execución da referida obra de construción participan outras moitas empresas e a posición de cada unha na cadea de contratación está perfectamente definida na descrición de antecedentes da sentenza. Agora ben, de todas elas, só se vai facer referencia á mercantil CARPINTERÍA METÁLICA TECRE, SL, ao ser a única cuxa participación ten relevancia na solución da cuestión litixiosa. E iso porque esa entidade - CARPINTERÍA METÁLICA TECRE, SL- era a titular do centro de traballo -naves industriais- onde a mercantil ISALCOR, entre outras, realizaba tarefas de "cortado, mecanizado, cuñado e embalaxe de carpintería metálica", traballos á súa vez contratados por unha terceira empresa.

En cuarto lugar, o 17/9/2012 ocorreu o accidente de traballo do actor na execución da obra subcontratada, a do túnel de Bustelo do Eixo Atlántico de Alta Velocidade Rialíño- Padrón. Lémbrese que o actor era traballador de ISALCOR, SL. Tras as investigacións pertinentes, o INSS propuxo a imposición dunha recarga prestacional do 30 por 100 con responsabilidade solidaria de ATESVI, SL, porcentaxe que, un tempo despois, foi incrementado polo INSS ao 40 por 100 a cargo de ambas as empresas. As dúas entidades condenadas tiñan concertado o aseguramento das súas continxencias profesionais en senllas mutuas. A saber, ISALCOR, SL, na MUTUA GALLEGA e ATESVI, SL, na MUTUA UNIVERSAL.

Por último, e no que se refire á cuestión litixiosa obxecto de comentario neste momento, hai que referir que, máis aló doutros conflitos xurídicos que deron lugar a reclamacións e demandas varias tras o accidente de traballo do actor - entre outras, a impugnación do seu despedimento-, a que aquí interesa, e sobre a que trata a Sentenza da Sala do social do TSX de Galicia do 26 de novembro de 2018, é a que soluciona o conflito do alcance e cualificación da responsabilidade empresarial en orde ao pago de

prestacións por infracotización da empregadora do beneficiario. Con carácter previo e tendo en conta que xa fora ditada unha sentenza condenatoria na instancia, aténdese tamén á cuestión da prohibición de reserva de liquidación regulada no art. 99 LXS.

Así as cousas, e deixando para o momento final a reserva de liquidación, corresponde agora analizar e, no seu caso, valorar a solución da Sala de Galicia á cuestión exposta polo actor respecto da responsabilidade empresarial no pago de prestacións de Seguridade Social por infracotización do seu empresario. En concreto, a aludida petición, en forma de recurso de suplicación, expúxose para solicitar a ampliación -de forma solidaria ou subsidiaria- da condena imposta á súa entidade empregadora na instancia -ISALCOR- á empresa contratista -ATESVI-, e iso con base nos arts. 42 ET e 168 LXSS. A liquidación e extinción da empregadora -ISALCOR- a finais de 2013 facía da solución do conflito unha cuestión fundamental para os intereses do actor, pois tras a IT derivada do accidente de traballo sufrido no mes de setembro de 2012, foi declarado en IP. E iso pese ao deber de anticipo das prestacións por parte das entidades xestoras e das mutuas colaboradoras da Seguridade Social ex art. 167.3 LXSS.

Pois ben, para solucionar o conflito, a Sala de Galicia non escatima esforzos e reflexiona, a través do contido de diversas sentenzas do TS, sobre a interpretación que deba darse aos dous preceptos en cuestión, o 42 ET e o 168 LXSS/2015 (art. 127 LXSS/1994). E é verdade que son moitos os conflitos que xera a interpretación destes dous artigos, en parte coincidentes, de aí a importancia do fallo. Con todo -dito co debido respecto e sen deixar de recoñecer o seu acerto-, o modo en que a Sala optou por expoñer os seus argumentos non clarifica demasiado a doutrina que deba aplicarse nestes casos. É posible que iso se deba ao seu desexo de querer dar resposta a todos e cada un dos motivos de impugnación das partes -recorrente e recorrida-, pero, sería desexable, nunha cuestión tan polémica como a que aquí se trata, unha maior claridade e contundencia, o que, probablemente, coadxuvaría a evitar conflitos futuros.

E esta situación é evidente nun litixio como o presente, no que concorre, sen dúbida, o suposto de feito do art. 168.1 LXSS/2015. A saber, contrata de obra ou servizo, responsabilidade empresarial respecto do pago de prestacións de Seguridade Social e situación de insolvencia. En fin, non se nega que non haxa que reflexionar sobre o contido do art. 42.2 ET pola súa eventual aplicación aos presentes autos. Pero quizais habería que deterse algo máis no 168.1 LXSS/2015, que é o que parece que realmente resulta de aplicación. Nótese que o art. 168 LXSS/2015 regula a imputación da responsabilidade prevista no art. 167 LXSS/2015 -responsabilidade por incumprimento das obrigas de Seguridade Social-. E o art. 42.2 ET, o alcance das obrigas de Seguridade Social no ámbito das contratas e subcontratas de propia actividade. É dicir, o art. 168.1 LXSS/2015 chega máis aló que o art. 42.2 ET. De feito, o propio art. 168.1 LXSS/2015 comeza sinalando que “sen prexuízo do disposto no art. 42.2 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores para as contratas e subcontratas de obras e servizos (...)”. E unha das cuestións que, aínda a modo de *lege ferenda*, podería formularse a Sala era e é a extensión da responsabilidade do art. 168.1 LXSS/2015 ao “propietario” da obra, tal e como recoñece expresamente o precepto, o que supoñería, no litixio de referencia, a extensión á entidade construtora FERROVIAL. Iso si, nas cuestións nas que si entra, xustifica, e con razón, a “responsabilidade subsidiaria” de ATESVI no pago das prestacións de Seguridade Social debidas ao actor-recorrente. E iso por aplicación do art. 168.1 LXSS/2015 que, como se comentou con anterioridade, lle resulta de plena aplicación ao suposto litixioso. Pero tamén polo art. 42.2 ET –e aquí con certa vaguidade de contidos-, pois se dispón que se estenderá “durante o tempo de duración da obra contratada”.

Sobre a prohibición de reserva de liquidación, proscrita polo art. 99 LRXS, tan só un breve comentario: a Sala de Galicia entende que o xulgador *a quo* non vulnerou a referida prohibición tendo en conta que a sentenza de instancia ofrece “á vista do seu contido, datos ou parámetros

bastantes para establecer, mediante solución matemática, o importe das diferenzas pola prestación litixiosa (IT) que poidan corresponder ao traballador demandante, sen que en ningún caso se lle ocasione efectiva e real indefensión". E a Sala do social parece estar no certo, pois no caso de condena a cantidades líquidas, o que esixe a normativa é que se determine a contía e, como é sabido, iso poderase facer directamente ou indirectamente establecendo as bases para a súa cuantificación para unha posterior operación aritmética, do mesmo xeito que se permite no art. 219 LAC. E iso é o que fixo o xulgador de instancia no fallo da súa sentenza e que se reproduce na agora comentada.