

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: incapacidad, jubilación, accidente de trabajo, clasificación profesional.

Keywords: disability, retirement, workplace accident, job classification.

Palabras chave: incapacidade, xubilación, accidente de traballo, clasificación profesional.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 y 18 de marzo de 2019 (recursos de casación ud. núm. 2448/2018 y 42/2018)

RESUMEN: Compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total – cualificada– reconocida por la Seguridad Social española con la de jubilación a cargo de otro Estado de la Unión Europea de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia del TXUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16, asunto Blanco Marqués).

NORMAS APLICADAS:

Art. 196.2 LGSS.

Art. 6 RD 1643/1972, de 23 de junio.

Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril.

Las dos sentencias aquí seleccionadas ofrecen una cumplida muestra de la nueva doctrina del TS sobre la compatibilidad

del incremento de la pensión de incapacidad permanente total (IPT), que la convierte en cualificada, y reconocida por la Seguridad Social española, con la de jubilación a cargo de otro Estado europeo, ya se trate de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) y de Suiza. En definitiva, de los incluidos en el ámbito de aplicación de los reglamentos europeos en esta materia. En la actualidad, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Como es sabido, su aprobación supuso la derogación del anterior, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Ahora bien, antes de proseguir con el comentario de ambas resoluciones, hay que advertir que su tratamiento conjunto responde a varios motivos. Por un lado, su similitud, o más bien, la identidad en las cuestiones fácticas planteadas, y por otro, el sentido y argumentos jurídicos de sus respectivos fallos. Pero es que, además, porque los dos conflictos surgieron en la CA de Galicia y, por lo tanto, resuelven sendos recursos de casación interpuestos contra fallos de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, recursos que fueron íntegramente desestimados por el TS quedando plenamente confirmados los fallos de la Sala gallega.

En otro orden de consideraciones, conviene también indicar que la modificación de la doctrina jurisprudencial antes referida tuvo como causa la sentencia del TXUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16, *asunto Blanco Marqués*), determinante, a su vez, de la adopción de la sentencia del TS de 29 de junio de 2018 (recurso de casación ud. núm. 4102/2016), dictada por el Pleno de la Sala de lo Social, que fue la que realmente operó el cambio de doctrina en el ámbito interno. Haciendo gala de un pasado con una importante cifra de emigrantes, también en este caso –el de la sentencia TS de 29 de junio de 2018– el conflicto fáctico procedía de la CA de Galicia. Y en cuanto a sus argumentaciones jurídicas, hay que señalar que van a ser

reproducidas literalmente en las dos del mes de marzo de 2019, ahora comentadas. Tal interconexión –fáctica y jurídica- y antes de entrar a fondo en las resoluciones que son objeto del presente comentario, parece que exige una reflexión, siquiera breve, a la doctrina establecida en la del TXUE.

En fin, la sentencia del TXUE de 15 de marzo de 2018 resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el TSJ de Castilla y León. A saber, la compatibilidad o no de la pensión de IPT cualificada reconocida al Sr. Blanco Marqués teniendo en cuenta, exclusivamente, las cotizaciones al régimen español de Seguridad Social, con la de jubilación a cargo de la Seguridad Social suiza concedida, únicamente, en función de las cotizaciones abonadas al régimen suizo. Como se verá a continuación, el TXUE reconoce y admite tal compatibilidad y sus argumentos van a ser los que con posterioridad aplique el TS, y sobre ellos se volverá a continuación. Basta por ahora dejar aquí muestra de los límites materiales y personales de la cuestión litigiosa planteada, pues, al igual que ante el TXUE, van a ser también determinantes para la resolución de los posteriores conflictos por el TS: la compatibilidad objeto de análisis ha de ser de pensiones sujetas a la legislación de distintos Estados europeos, es decir, reconocidas y abonadas por distintos Estados, que son las que quedan incluidas bajo el ámbito de aplicación del régimen diseñado por los Reglamentos de Seguridad Social, esto es, el Reglamento núm. 1408/71 en el caso de la sentencia Blanco Marqués y el Reglamento núm. 883/2004 en el caso de las del TS y que son objeto del presente comentario. Por lo tanto, sus criterios no resultarán extensibles cuando las pensiones en conflicto sean reconocidas por el Sistema español de Seguridad Social.

Al igual que en el conflicto que dio origen a la cuestión prejudicial resuelta por el TXUE el 15 de marzo de 2018, también en las del TS de 14 y de 18 de marzo de 2019, la compatibilidad se plantea entre el incremento de la IPT reconocida por la Seguridad Social española y la pensión de jubilación reconocida por la Seguridad Social suiza. Como es sabido, pero no está de más traer aquí a colación, en el

régimen español de Seguridad Social, el incremento de la pensión de IPT –el 20 por 100- se prevé en aquellos casos en que por la “edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia” de la persona beneficiaria “se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior” (art. 196.2 LGSS). La edad a la que puede accederse al incremento ha quedado fijada por el art. 6.2 del RD 1643/1972, de 23 de junio, en 55 años. Y en cuanto a las circunstancias laborales, la misma disposición reglamentaria, en su apartado 6.4 indica que “el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo”. Pues bien, con este marco normativo –el interno, pero también el europeo de coordinación- y antes de cualquier valoración sobre el sentido del fallo de las sentencias comentadas, entre las muchas cuestiones fácticas y jurídicas que se mencionan en su contenido y que van a ser determinantes para la resolución del conflicto, hay que destacar las siguientes:

En primer lugar, que la normativa europea de coordinación de sistemas de Seguridad Social – Reglamento núm. 883/2004- solo atiende a las prestaciones satisfechas en distintos Estados.

En segundo lugar, que las acumulaciones de las prestaciones de invalidez –en la terminología actual, incapacidad- y de vejez –en la terminología actual, jubilación- se consideran de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento núm. 883/2004 (art. 53.1). Por otra parte, de acuerdo con la sentencia TXUE antes citada y en lo que se refiere al sistema español de Seguridad Social, hay que tener en cuenta que el concepto de incapacidad incluye la cualificada, por lo tanto, incluye el incremento porcentual, lo que significa que el referido incremento queda dentro del ámbito aplicativo del art. 53.1 del Reglamento núm. 883/2004.

Y tercero, que una disposición nacional que busque como efecto la prohibición de acumulación de prestaciones, como así parece pretenderlo el art. 6.4 del RD 1643/1972, no va a producir tal efecto, porque según el art. 53.3 a) del Reglamento núm. 883/2004 solo se tendrán en cuenta “las

prestaciones o ingresos adquiridos en otro Estado miembro (...) cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o ingresos adquiridos en el extranjero". Y esta previsión –la percepción de pensiones generadas en otros Estados- no está incluida en el art. 6.4 del RD 1643/1972, ni en ningún otro precepto del ordenamiento jurídico español, por lo que la única conclusión posible es la imposibilidad de aplicar la incompatibilidad. No hay que olvidar, además, que las pensiones cuya compatibilidad se pretende, tanto en la sentencia de 14 de marzo como en la de 18 de marzo, se han generado en períodos de cotización diferentes y, por lo tanto, se trata de supuestos en los que no se ha operado la totalización de períodos de cotización en ambos ordenamientos.

En definitiva, con base en todos estos argumentos, en particular la inexistencia de una regla en la normativa interna reguladora de la incapacidad permanente total que dote de relevancia a las prestaciones o ingresos adquiridos en el extranjero, la Sala de lo Social del TS admite la compatibilidad pretendida. Ahora bien, sin criticar jurídicamente tales argumentos, pues la normativa es la que es y así ha de ser aplicada, el estudio de la cuestión planteada en estas sentencias y en las que las precedieron, hace surgir ciertos planteamientos sobre los que convendría reflexionar y que en este momento pasan únicamente a mencionarse, pues no es el momento ni el lugar de su solución. De entrada, una eventual desigualdad con el tratamiento que se otorgaría al pensionista que recibe su pensión de jubilación con cargo a la Seguridad Social española. También, cierta incongruencia entre la regulación y justificación de la incapacidad permanente total cualificada con la admisión de la compatibilidad de la incapacidad permanente total absoluta y la gran invalidez con el desempeño de un trabajo. Y por último, la misma incongruencia de la ordenación de la incapacidad permanente total cualificada en relación con las políticas de envejecimiento activo que propugnan la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 19 y 21 de febrero de 2019 (recursos de suplicación núm. 3248/2018 y 2973/2018)****RESUMEN: Trabajadores de servicios portuarios. Encuadramiento: Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REMAR). Criterio determinante: contenido funcional de las labores desempeñadas al margen de la existencia de una relación laboral común o especial. Consideración de la clasificación profesional del sector de la estiba portuaria.****NORMAS APLICADAS:**

Art. 130 Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

Art. 3 Ley 47/2015, de 21 de octubre.

IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Las dos sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 19 y 21 de febrero de 2019 (recursos de suplicación núm. 3248/2018 y 2973/2018) resuelven sendos conflictos surgidos a raíz del encuadramiento en alguno de los regímenes de Seguridad Social –General vs Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (en adelante, REMAR)- de determinadas actividades profesionales portuarias que, como se comprobará a continuación, van a quedar incluidas entre las que integran el sector de la estiba y desestiba, y de ahí que la solución judicial, en los dos supuestos, se haya decantado en favor del REMAR. A estos efectos, la norma convencional de aplicación es el vigente, a día de hoy, IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Y las actividades controvertidas las que, tras su examen por la Sala de Galicia, van a quedar encuadradas, respectivamente, en el grupo III – “controlador de mercancías”- y en el grupo IV –“capataz”- de la clasificación profesional de los trabajadores portuarios establecida en el art. 12 del referido IV Acuerdo.

Sobre las razones que justifican el encuadramiento de tales actividades en el REMAR se volverá de inmediato. Ahora bien, habida cuenta la singularidad de la prestación de servicios portuarios y la complejidad de su régimen legal, en parte por los muchos cambios normativos operados en los últimos años, no está de más hacer aquí una mención, siquiera breve, a alguno de sus hitos fundamentales, labor que viene facilitada por el contenido de las dos resoluciones que ahora se comentan. Y tales hitos son los siguientes:

En primer término, el Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, norma que define los servicios portuarios y su régimen de prestación. Y entre tales servicios portuarios, se incluyen "las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado" (art. 130.1 Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre). A continuación, el mismo precepto relaciona en detalle lo que comprenden las actividades de estiba, desestiba y transbordo.

Y, en segundo lugar, el ya derogado Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, por el que se regula el servicio público de estiba y desestiba de buques, que diseñaba la relación laboral especial de la estiba portuaria caracterizada por la existencia de una relación triangular entre entidades públicas, las empresas estibadoras y los estibadores, relación concurrente, en algunos supuestos, con una relación laboral común. Las reformas operadas sobre el régimen de la relación laboral especial, en particular, sobre la naturaleza y configuración de sus entidades, fueron varias. Ahora bien, la decisiva y la que sitúa la cuestión en el escenario vigente, ha sido la que ha tenido como origen la doctrina contenida en la sentencia del TXUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13, asunto *Comisión Europea*

contra Reino de España). Como es sabido, la condena a España lo fue por vulneración de la libertad de establecimiento del art. 49 del TFUE, y de ahí la necesaria modificación de todo el régimen legal por el que se desarrolla la prestación de servicios de manipulación de mercancías en el servicio portuario español. Esa fue la finalidad de la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la sentencia europea. Dicho de otra forma, con su aprobación desaparece la relación laboral especial y se genera la relación laboral común, liberalizándose en su totalidad la prestación de servicios. El régimen laboral vigente se completa con la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. En todo caso, hay que advertir que en la fecha en la que ocurrieron los hechos que son objeto de enjuiciamiento en las sentencias comentadas, todavía estaba vigente para los estibadores portuarios la relación laboral especial a través de las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios –SAGEP– (Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general). Y si cuanto antecede atiende al régimen laboral de los trabajadores portuarios, el régimen de Seguridad Social se presenta bastante más sencillo, pues la única disposición normativa objeto de aplicación va a ser la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, y así se deja patente en las dos sentencias. Entre otras cuestiones, la referida Ley actualiza y pone al día la normativa existente, definiendo mejor y con más detalle los trabajadores integrados en el REMAR, separados entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta

propia (arts. 3 y 4). Más allá de la regulación del REMAR, la norma también se dedica a la ordenación de la protección social más específica de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

Pues bien, de la interpretación conjunta de la referida normativa laboral en combinación con la de protección social aplicable, emerge la solución de los conflictos planteados por la entidad gestora del REMAR, el ISM, en los dos litigios que dieron lugar a las sentencias del TSJ de Galicia de 19 y 21 de febrero de 2019. Además, en ambos supuestos, la pretensión fue desestimada en la instancia y confirmada en suplicación.

El conflicto de base en los dos casos –año 2010- había sido la revisión de oficio del alta en el REMAR de dos trabajadores portuarios, su declaración como alta indebida y, por lo tanto, el encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social. Entre algunas de las razones apuntadas por la entidad gestora destaca la que atendía a las funciones desempeñadas por aquéllos –como se dijo con anterioridad, “controlador de mercancías” y “capataz”- y, como tales, su exclusión de la actividad de estiba y desestiba (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO). Es más, en ambas resoluciones consta literalmente que el ISM procedía a encuadrarlos en el Régimen General porque concluía que “el estibador portuario es aquel que mantiene una relación laboral especial con una sociedad estatal o el que cedido por esta a una empresa estibadora, mantiene con esta última una relación laboral común, teniendo suspendida la especial con la sociedad estatal, no pudiendo considerarse como estibadores portuarios a los contratados libremente por empresas estibadoras sin provenir de sociedades estatales” (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO). En los dos conflictos, los trabajadores demandados habían sido contratados directamente por una empresa dedicada a la actividad portuaria –Galigrain S.A- dedicada a la actividad de estiba y desestiba, carga y descarga de buques, tránsito, manipulación y almacenamiento de todo tipo de mercancías.

A raíz de todos esos datos, la posición del ISM era clara: contratación directa por una empresa estibadora, relación

laboral común y actividades diferentes a las propiamente comprendidas en la estiba. Por lo tanto, encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por razones que no procede traer aquí a colación, las dos resoluciones administrativas tardaron varios años en poder examinarse ante el orden social de la jurisdicción, y cuando al fin lo fueron ya habían sido desestimadas en la vía contencioso-administrativa, con lo que el demandante y posterior recurrente en suplicación pasaba a ser entonces el ISM. Y aquí es el momento en el que entra la valoración jurídica del encuadramiento por parte de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Y sus argumentos lo son, precisamente, para defender la posición contraria de la entidad gestora, esto es, el encuadramiento de los demandados en el REMAR, tal y como había sucedido en los primeros años de su contratación por Galigrain S.A. Y para justificarlo, la Sala, con acierto, acude a la legislación vigente –laboral y de Seguridad Social- aplicable a los trabajadores portuarios, pero también, a su normativa convencional –el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria-. También va a tener en cuenta los respectivos certificados aportados por la empresa en los que se describen, de forma detallada, el contenido de las funciones que integraban las respectivas categorías profesionales con las que habían sido contratados los dos demandados. Y con todos esos elementos, conjuntamente, elabora una doctrina en la que lo determinante, dice la Sala del TSJ de Galicia en la sentencia de 19 de febrero de 2019, es el “contenido funcional de las labores desempeñadas por el trabajador y no la naturaleza, especial o común, que les une con sus respectivas empresas” (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO, apartado 4). La de 21 de febrero de 2019 no lo dispone así expresamente, pero lo deja entrever cuando transcribe el contenido literal de diversos preceptos contenidos en algunas de las normas reguladoras del trabajo de la estiba y desestiba (entre otras, el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo y el Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre), a fin de visibilizar –por lo menos, eso es lo que parece- la amplitud del contenido funcional de dicha actividad, de ahí su

denominación, en ocasiones, como "servicios portuarios de manipulación de mercancías" (art. 130 Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre). Aunque no sea de aplicación a los supuestos de autos, idéntica denominación es la utilizada por el Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo). La clasificación profesional establecida en el art. 12 del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria viene a confirmar todo lo anterior. Es decir, el ámbito funcional del IV Acuerdo (art. 3) se extiende a todas las "relaciones laborales entre las Empresas y los Trabajadores descritos en el ámbito personal que realicen las actividades de manipulación de mercancía consistentes en carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte, de conformidad con lo establecido en el art 130 Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que, en todo caso, se asumen como pactadas en el presente convenio". Y todas esas actividades están perfectamente descritas en la clasificación establecida por su art. 12 y a la que ya se ha hecho mención con anterioridad.

En definitiva, si la actividad portuaria de manipulación de mercancías que se realice y cuyo encuadramiento en la Seguridad Social se pretenda, queda incluida entre las identificadas como actividades de estiba y desestiba en sus disposiciones normativas aplicables, pero también, en las identificadas y definitivas como actividades incluidas en el sector de la estiba portuaria por el IV Acuerdo, la solución deviene incontestable, a saber, el encuadramiento lo será en el REMAR. Y será en el REMAR porque así se dispone en el art. 3 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre. Es más, por si quedara alguna duda, el propio art. 3 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, puntualiza que, a efectos de su encuadramiento, la consideración de estibadores portuarios depende de la realización de las actividades relacionadas en el art. 130 del Real-Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

En fin, el mérito de la Sala en las dos resoluciones aquí referidas, más allá de la claridad de sus argumentos

jurídicos, operación ya de por sí difícil por la complejidad de la normativa aplicable, radica en el detalle en el que ha entrado al intentar y conseguir subsumir las funciones laborales para las que habían sido contratados los demandados en ambos pleitos con los correspondientes grupos profesionales definidos en el art. 12 del IV Acuerdo, y a partir de ahí poder justificar su correcto y ajustado encuadramiento en el REMAR.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de abril de 2019 (recurso de suplicación núm. 3602/2018)

RESUMEN: Accidente de trabajo *in itinere*. Se estima. Accidente de tráfico ocurrido como consecuencia de la realización de una tarea de conciliación dentro del trayecto trabajo-domicilio y en el tiempo próximo posterior a la hora de salida del trabajo. Actividad de conciliación: recogida del marido que esperaba a la trabajadora accidentada al salir de una reunión de trabajo.

NORMAS APLICADAS:

Art. 156.2.a) LGSS.

Como es sabido, una de las cuestiones jurídicas que genera mayor litigiosidad en el ámbito de la Seguridad Social es la calificación –profesional o no– de las contingencias protegidas, en particular, de los accidentes, pues la casuística existente es múltiple, variada, incluso, podría decirse que inagotable. Y más cuando se trata de un accidente *in itinere*, como es el enjuiciado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en su Sentencia de 8 de abril de 2019 y que es objeto del presente comentario.

Pero es que, además, frente a tal variada casuística asoma una definición legal muy genérica y no desarrollada reglamentariamente, lo que ha propiciado en parte tal litigiosidad y, por qué no decirlo, una doctrina judicial no pocas veces contradictoria. Con todo, tal contradicción, las más de las veces, no ha sido caprichosa, sino que emerge como resultado de la búsqueda de una evolución del concepto que responda a la realidad social y temporal en la que procede su aplicación. En este sentido, basta recordar

aquí algunos pronunciamientos judiciales, muy mediáticos en su momento, y que son muestra de la referida evolución y de la aplicación de la *máxima* de intentar adaptar la interpretación de las normas a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas. Uno de ellos, el contenido en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de junio de 2014 (recurso de suplicación núm. 618/2014), que considera accidente de trabajo *in itinere* el padecido por el trabajador al regresar de su trabajo a su domicilio en patinete, y ello porque la Sala interpreta que el concepto *medio de transporte idóneo* debe ser evolutivo y adaptado a la realidad social en la que se interpreta y, en aquel supuesto, no se aprecia ningún obstáculo para no considerar idóneo el patinete o monopatín de cara al referido desplazamiento. Otro pronunciamiento relevante a los fines pretendidos es el contenido en la STS (Sala de lo Social) de 26 de diciembre de 2013 (recurso de casación ud. núm. 2315/2012) en la que pese a haber ocurrido el accidente –de tráfico– muchas horas antes de la hora de inicio de la jornada laboral (el accidente había ocurrido a las 21:15 horas de un domingo y la jornada comenzaba el lunes a las 8:00 horas) y en un itinerario cuyo destino no era el centro de trabajo sino la residencia “laboral” a la que el accidentado se desplazaba todas las semanas desde su domicilio habitual en otra población, la Sala también aprecia la existencia de accidente de trabajo *in itinere*. Tal y como consta en los fundamentos jurídicos de la resolución, concurre, por un lado, el elemento teleológico, pues “la finalidad principal de viaje sigue estando determinada por el trabajo”. Y, por otro, el cronológico, pues, “aunque el accidente tiene lugar a las 21:15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8:00 horas de lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada”. Es más, “aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al

lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral". Según la Sala del TS, tal interpretación es la que procede "porque la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social como impone el art. 3 CC" y es esta realidad la que impone cambios que obligan a los trabajadores a ajustes en su lugar de trabajo que no siempre puede traducirse en un cambio de domicilio y que en muchos casos tiene carácter temporal, de ahí la necesidad de una interpretación flexible y adaptada a las circunstancias del caso.

En fin, la definición legal de accidente *in itinere* a la que se hacía referencia con anterioridad es la contenida en el art. 156.2.a) LGSS, que dispone que "tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo". Pues bien, es el contenido de este precepto, ciertamente genérico, el que ha sido y sigue siendo objeto de una profusa interpretación judicial, como es la que se realiza en este caso por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en su sentencia de 8 de abril de 2019.

Pero antes de entrar a valorarla jurídicamente, resulta imprescindible recordar aquí el modo y forma en que ocurrió el accidente -de tráfico- cuya calificación de laboralidad -accidente *in itinere*- se pretende. Dicho accidente ocurría cuando la demandante, Dña. María Consuelo, el día 20 de octubre de 2015 sobre las 22:00 horas y después de haber acabado su jornada laboral a las 21:50 h, salía en su vehículo particular de su centro de trabajo en Santiago de Compostela en el que prestaba servicios como limpiadora, y se dirigía hacia su domicilio, pero en el trayecto se dirigió por una calle determinada de la ciudad -Clara Campoamor- con el fin de recoger a su marido que le esperaba al salir de una reunión de trabajo. A las 22:10 h y en dicho trayecto la trabajadora sufrió un accidente de tráfico que le ocasionó las dolencias que se derivan del expediente administrativo y en virtud de las cuales se le reconoció en situación de IT desde esa fecha, hechos no discutidos.

Retomando la perspectiva jurídica, hay que recordar que en el accidente *in itinere* no juega la presunción de laboralidad

del art. 156.3 LGSS de la que sí goza el ocurrido "durante el tiempo y en el lugar de trabajo". Y así se encarga de recordarlo la sentencia que ahora se comenta (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO). En consecuencia, al no estar revestido por la referida presunción, adquiere una dimensión especial la actividad probatoria tendente a acreditar todos y cada uno de los elementos que conforman el concepto el accidente *in itinere* y que, en definitiva, tienden a acreditar la relación existente entre el accidente y el trabajo desarrollado por la persona accidentada, de ahí su calificación como laboral. Y tales elementos son los cuatro que se mencionan a continuación y que con la misma o similar terminología suelen ser analizados en mayor o menor medida en todas las sentencias que resuelven un conflicto de esta naturaleza. Como son de sobra conocidos, simplemente aquí van a mencionarse e identificarse sin más consideraciones doctrinales. Y son los siguientes: el elemento teleológico, que implica que el viaje está determinado por el trabajo, es decir, el objetivo del desplazamiento es entrar o salir del trabajo. El elemento geográfico, que requiere que el accidente ocurra en el camino de ida o de vuelta al trabajo, en el trayecto habitual o normal. El elemento cronológico, que exige que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto. Y, por último, la idoneidad del transporte, que supone que el trayecto se realice con un medio adecuado -idóneo- para el desplazamiento pretendido, ya sea privado o público.

Por supuesto, la sentencia gallega que ahora se comenta, aunque con alguna variedad en su denominación, comprueba si todos aquellos elementos concurren en el accidente de tráfico sufrido por la trabajadora. Y una vez que se procede a la lectura pausada de la misma, se puede afirmar que, sobre dos de ellos, el cronológico y la idoneidad del transporte, no existe nada digno de reseñar en un comentario de esta naturaleza, pero sí sobre los otros dos, el teleológico y el geográfico. En fin, es sobre estos dos últimos a partir de los que la Sala gallega aplica esa evolución conceptual e interpretación normativa de acuerdo con la realidad social a la que se aludía con anterioridad, y

con ello poder justificar, con tino, su concurrencia en este caso y, por lo tanto, la calificación del accidente de tráfico controvertido como accidente *in itinere*. A tal fin, la Sala invoca lo que ella denomina "amplitud y flexibilidad de enjuiciamiento" de acuerdo con la doctrina establecida por el TS (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO).

Así pues, sobre el elemento teleológico, defiende la Sala gallega que debe interpretarse "en un sentido favorable a aquellas soluciones favorecedoras de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras -principio pro conciliación-", como es la que concurre en este caso, en que el accidente se produce con ocasión o como consecuencia de la realización de una tarea de conciliación dentro del trayecto y del tiempo en el que la trabajadora sale de su trabajo y se dirige a su domicilio y que consiste en recoger a su marido que salía de una reunión de trabajo. En ese contexto, recuerda la Sala de Galicia, "no podemos obviar que todas aquellas interrupciones derivadas de la conciliación de la vida personal o familiar constituyen desviaciones que obedecen a un patrón usual y normal de conducta".

Y sobre el elemento geográfico, que la Sala califica de topográfico, también se defiende su plena concurrencia, pues "el accidente ocurre en el trayecto hacia su domicilio sin desviación que pueda considerarse, o al menos no se ha constatado ni declarado probada una desviación irrazonable, salvo para poder coincidir con la recogida de su marido que acababa de salir de una reunión de su trabajo, lo que tampoco acreditó un incremento del riesgo normal o corriente derivado de otro posible habitual trayecto de vuelta".

En fin, y ya para concluir, más allá de que la cuestión de la calificación laboral o no de un accidente ocurrido fuera del tiempo y del lugar de trabajo esté revestida de un gran casuismo que complica sobremanera la obtención de reglas generales, la argumentación jurídica a la que acude la Sala del TSJ de Galicia en su sentencia de 8 de abril de 2019, esto es, el cumplimiento de la LO 3/2007, de 22 de marzo y el ejercicio de los derechos de conciliación, es ciertamente relevante, sobre todo en un contexto -europeo y estatal-

como el presente en el que el t3pico de la conciliaci3n sigue ostentando una posici3n ciertamente relevante. Como prueba de ello, t3ngase en cuenta la reciente aprobaci3n de la Directiva (UE) 2019/1158, de 12 de julio, relativa a la conciliaci3n de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva (UE) 2010/18 del Consejo. Y en el 3mbito interno, no se olvide la promulgaci3n del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garant3a de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupaci3n, en el que son varias las medidas de conciliaci3n introducidas en el ordenamiento jur3dico interno.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 11 de abril y 28 de mayo de 2019 (recursos de suplicaci3n n3m. 4802/2018 y 398/2019)

RESUMEN: Pensi3n de jubilaci3n activa: compatibilidad *versus* incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y el 100 por 100 de la pensi3n de jubilaci3n. Aut3nomos individuales y aut3nomos societarios. Interpretaci3n de los requisitos legales de la LGSS: mantenimiento del nivel de empleo. Fallos contradictorios y voto particular.

NORMAS APLICADAS:

Art. 214, art. 305 y Disposici3n final sexta bis de la LGSS
Las dos sentencias aqu3 referidas, dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, resuelven de forma contradictoria id3ntica cuesti3n litigiosa. A saber, la compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la pensi3n 3ntegra de jubilaci3n (100 por ciento), de acuerdo con los requisitos previstos en la ley, en concreto, en el art. 214 de la LGSS. As3, dicho precepto, tras establecer, en su apartado 1, la compatibilidad entre la "pensi3n de jubilaci3n (...) con la realizaci3n de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista" (art. 214.1 LGSS), su apartado 2 dispone que la cuant3a de la pensi3n compatible "ser3 equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial (...)". No obstante, indica su p3rrafo

segundo, "si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento" (art. 214.2 LGSS).

En las dos demandas que iniciaron sendos procedimientos y que concluyeron con las dos sentencias dictadas por la Sala de Galicia ahora comentadas, los actores –trabajadores autónomos- solicitaban al INSS y a la TGSS sus correspondientes pensiones de jubilación activa por realización de trabajos por cuenta propia (214.1 LGSS) y en cuantía del 100 por ciento de sus respectivas bases reguladoras, pues, en ambos casos, los demandantes alegaban tener contratado al menos, un trabajador por cuenta ajena (art. 214.2 LGSS).

Por otra parte, y este dato ha sido decisivo para orientar el sentido de los fallos judiciales, los demandantes eran socios y administradores de sus respectivas sociedades de capital en las que poseían el control efectivo de las mismas, y todo ello de conformidad con lo previsto en el art. 305.2 LGSS. En la sentencia de 11 de abril de 2019, la sociedad limitada Juan A. Blanco Electro-Mueble, S.L. la habían constituido – se supone a partes iguales- el actor y su esposa y tenía contratados 3 empleados. En la sentencia de 28 de mayo de 2019, la empresa Transportes Álvarez Blanco S.L. también la habían constituido el actor y su esposa por mitad y contaba con 5 trabajadores. En el momento de la jubilación de los dos actores, el nivel de empleo de sus respectivas sociedades se mantiene.

Así las cosas, el núcleo de la discusión jurídica en las dos resoluciones radica, precisamente, en el tipo de autónomo que está solicitando la compatibilidad de su pensión de jubilación íntegra (100 por ciento) con el ejercicio de trabajos por cuenta propia, a saber, un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad empleadora y no un autónomo individual. Por otra parte, nadie discute la referida compatibilidad, pero en cuantía del 50 por ciento (214.2, párrafo primero, LGSS). El problema radica en el incremento hasta el 100 por ciento, ya que, por tratarse de autónomos societarios, no existe unanimidad judicial a la hora de interpretar el cumplimiento de los requisitos del

párrafo segundo del art. 214.2 LGSS. Es decir, la contratación –por parte del autónomo jubilado- de, al menos, un trabajador por cuenta ajena.

Para conocer la distinción entre un autónomo individual y un autónomo societario con control de la sociedad, hay que detenerse en el contenido del art. 305 LGSS, ya mencionado con anterioridad, como así hacen ambas resoluciones de Galicia. Así, el art. 305.1 LGSS define al autónomo individual como aquella persona física, mayor de dieciocho años, que realiza de “forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo”. Y el art. 305.2 LGSS, al societario, entendido como aquel que ejerce “las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social”. Esta última es la situación concurrente en los dos demandantes, ahora recurrentes en suplicación, y de ahí su consideración indubitada e incontestable de autónomos societarios.

Por otra parte, se mencionaba antes también que en el caso de los autónomos la percepción del 100 por ciento de la pensión se hacía depender de la contratación de un trabajador por cuenta ajena, según dispone el párrafo segundo del art. 214.2 LGSS.

Con base en estas disposiciones normativas y en la realidad que acreditan los demandantes –autónomos societarios-, la Sala de lo Social de Galicia, en su sentencia de 11 de abril de 2019, desestima el recurso de suplicación, confirma la sentencia de instancia y, por lo tanto, deniega al actor la compatibilidad entre su trabajo por cuenta propia y su pensión íntegra de jubilación (el 100 por ciento, no el 50 por ciento), pues entiende que el requisito exigido por el párrafo segundo del art. 214.2 LGSS “solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando

como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del apartado 1 del artículo 305 del mismo texto legal, pues solo en este supuesto el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación". La sentencia acude, a continuación, al espíritu de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que fue la que permitió a los autónomos la percepción del 100 por ciento de la pensión de jubilación, y recuerda que lo que se pretende con esa reforma es que "no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario". Y es evidente, continúa señalando la sentencia, que el hecho de la "jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que éste es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir o cesar a trabajadores como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa" (FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO). En definitiva, con estas argumentaciones, concretas y precisas, la Sala de lo Social del TSJ en la primera sentencia, no se plantea más posibilidades. Desde luego, no es baladí que, en supuestos análogos, otros tribunales hayan resuelto en el mismo sentido. Así, la propia sentencia, cita las siguientes resoluciones: TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2018 y 23 de enero y 6 de marzo de 2019. Y también, TSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018 y 29 de enero de 2019. A las que se pueden añadir la del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2019 (recurso de suplicación núm. 46/2019).

Todo lo contrario, y sin escatimar argumentos, se decide en la sentencia de 28 de mayo de 2019. La situación fáctica de partida es idéntica a la que ha dado lugar a la resolución del mes anterior, sin embargo, el fallo de la Sala se ha decantado por la estimación del recurso de suplicación y por lo tanto la revocación de la sentencia de instancia, lo que supone el reconocimiento de la "compatibilidad total de su pensión de jubilación -la del demandante-recurrente- con el trabajo que viene realizando como autónomo (...) en tanto mantenga la actividad y el nivel de empleo" (FALLO de la sentencia). Desde luego, los argumentos son varios y todos ellos correctamente fundamentados, lo que ya *a priori*

anticipa la dificultad de la solución de la contradicción judicial. A continuación, van a exponerse los fundamentales.

De entrada, el ponente –LOUSADA AROCHENA– acude a las características y finalidades de las políticas de empleo adheridas a las medidas de envejecimiento activo, aplicables ambas a las normas que ordenan la solución del conflicto planteado y que en todo caso excluyen –por si a alguien le pudiese surgir alguna duda– la necesidad de contratar a un nuevo trabajador en el momento de la jubilación, porque ello, “aunque supondría atribuir una mayor intensidad a la medida de política de empleo, sería crear una exigencia que no contempla ni en el art. 214.2 de la LGSS, que solo habla de *tener contratado*”. Eso sí, continúa señalando la sentencia, “en el momento en que se extinga el contrato del trabajador o se disminuya ese nivel de empleo (214.5 de la LGSS) se perdería el derecho a la compatibilidad con el 100% de la pensión, sin perjuicio de poderse mantener en el 50% cuando se mantenga la actividad, pero sin embargo se incumpla la exigencia del empleo”. (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO). Es decir, al igual que en la de 11 de abril de 2019, tampoco aquí existe duda alguna sobre la compatibilidad del trabajo por cuenta propia y el 50 por ciento de la pensión de jubilación cuando el solicitante sea un autónomo societario. Lo que aporta la del mes de mayo, en relación con la de abril, es la *innecesariedad* de acreditar una nueva contratación por parte del jubilado –autónomo individual o societario, no se especifica– en el momento de su jubilación. A tal fin, se incide en la expresión del párrafo segundo del 214.2 de la LGSS, “tener contratado” a un trabajador por cuenta ajena, y con ello deja claro que si el jubilado ya era autónomo –sigue sin entrar en la condición de autónomo individual o societario– “y continúa la actividad como autónomo (...) le obliga a mantener el nivel de empleo por simple lógica con la medida de política de empleo que inspira la reforma legal” (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO).

Es a continuación de dejar sentadas estas dos premisas - compatibilidad del trabajo por cuenta propia y el 50 por ciento de la pensión de jubilación y la innecesariedad de

acreditar una nueva contratación en el momento de la jubilación- cuando el ponente, en representación del criterio de la mayoría de la Sala, entra a analizar si la realización de un trabajo por cuenta propia del párrafo segundo del art. 214.2 de la LGSS se refiere exclusivamente al autónomo individual, como así proclama la sentencia de 11 de abril de 2019, o se extiende también al autónomo societario con control de la sociedad, y con ello su total aplicación al supuesto aquí enjuiciado. Y son varios los argumentos que se exponen en la sentencia para justificar la segunda de las opciones, entre ellos, la normativa internacional y europea vigente en el contexto de la prohibición de discriminación por razón de edad y las recomendaciones de seguimiento del Pacto de Toledo en orden a lograr mayor permeabilidad entre la vida activa y pasiva. Como es sabido, unas y otras inspiraron la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, que diseñó el régimen jurídico que permite la compatibilización de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia y ajena y que en la actualidad conforma el contenido del art. 214 LGSS (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO).

Ahora bien, más allá de esos argumentos, en la sentencia se ponen de manifiesto otros dos, que parecen ser los decisivos a fin de justificar la reclamada compatibilidad. Pero su contribución a la solución del conflicto no parece reducirse a una cuestión meramente cuantitativa (la existencia de más o menos argumentos para defender una opción), sino que, por su contenido sustantivo, pueden ser determinantes a la hora de unificar doctrina para esta concreta problemática ante la Sala de lo Social del TS. Y ello es así, pues combinan argumentos de Derecho positivo con políticas sociales vigentes o que deberán ponerse en práctica en un futuro no muy lejano. Así, en la sentencia comentada, el ponente reflexiona sobre el contenido del art. 214.2 de la LGSS, pero no aisladamente, sino bajo el escenario de la política de envejecimiento activo y la política de empleo, que son las que han inspirado su contenido. Y dichas políticas se cumplen en su integridad, indica la sentencia, si la contratación de un trabajador por cuenta ajena se hace "a través de la sociedad de la cual tiene su

control efectivo –se refiere al autónomo recurrente- siempre que se mantenga el nivel de empleo, como efectivamente se hace”. Y ello, continúa señalando la sentencia, “no solo es acorde con la letra de la norma, sino que también es la que mejor se ajusta a la finalidad de la política de envejecimiento activo respetando a la vez la finalidad de mantenimiento del nivel de empleo en la empresa” (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO).

El segundo de los argumentos llega más allá y hace referencia a futuras legislaciones que habrán de ser aprobadas en virtud del contenido de la Disposición final sexta bis de la LGSS, legislación que deberá continuar por la senda de favorecer ese envejecimiento activo. Y ello toda vez que la finalidad de la referida Disposición final es extender la posibilidad de compatibilizar hasta el 100 por 100 a los demás trabajadores por cuenta propia “lo que supondría permitir esa compatibilidad total a los que no tienen contratados otros trabajadores” (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO). Téngase en cuenta que la referida Disposición final sexta bis de la LGSS indica que “con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la LGSS”.

La Sala concluye sus argumentos oponiéndose a una doctrina que se niegue a reconocer a un empresario – autónomo- en quien *de facto* lo es, con independencia de que formalmente lo sea la sociedad. Y como tal empresario, dicho autónomo puede cesar en su actividad, como consecuencia de su jubilación, y puede, también, reducir el nivel de empleo de dicha sociedad, no en vano es quien ostenta el control efectivo de la misma. Y es en esa posibilidad de reducir el nivel de empleo, sobre la que el ponente hace recaer la finalidad de política de empleo inspiradora del art. 214.2 de la LGSS. En definitiva, además de todo lo anterior, esta interpretación supone privilegiar la

realidad y evitar distinciones meramente formales entre quienes, "aun constituyendo una sociedad formalmente contratante dentro de los cauces de la legalidad vigente, continúan siendo en la realidad los empresarios de hecho y, como tales empresarios de hecho, cumplen con las exigencias materiales establecidas en la norma en relación con el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa que regentan" (FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO, *in fine*).

La complejidad del tema y los pronunciamientos contradictorios existentes hasta ahora, hacen que la existencia de un VOTO PARTICULAR –suscrito por el magistrado MARIÑO COTELO- no resulte extraño. El peso de su argumentación para justificar la compatibilidad, al igual que sucede en la sentencia de 11 de abril de 2019, radica en que el autónomo se halle integrado en el RETA como persona física y no como representante, socio, administrador, etc., de una sociedad o entidad, lo que sucede en la *litis* que ha dado lugar al presente procedimiento. Como apoyo de esta teoría, el magistrado disidente del fallo mayoritario trae a colación varias sentencias de TSJ que así lo corroboran. Por otra parte, el hecho de que se trate de un autónomo societario hace de imposible cumplimiento el hecho de tener contratados, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, pues la que contrata y la que mantiene el nivel de empleo es la mercantil, no el autónomo jubilado (VOTO PARTICULAR: FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO).

En fin, habida cuenta el estado de la cuestión y la inexistencia de resolución alguna del TS sobre este particular hasta la fecha, solo queda esperar a su pronunciamiento en unificación de doctrina y con ello zanjar definitivamente la polémica en un tema tan relevante y tan necesario en el contexto actual.