

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade 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 XURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPREMO

Sentenzas do Tribunal Supremo (Sala do social) do 14 e 18 de marzo de 2019 (recursos de casación ud. núm. 2448/2018 e 42/2018)

RESUMO: Compatibilidade do incremento da pensión de incapacidade permanente total –cualificada– recoñecida pola Seguridade Social española coa de xubilación a cargo doutro Estado da Unión Europea de conformidade coa doutrina establecida na sentenza do TXUE do 15 de marzo de 2018 (C-431/16, *asunto Blanco Marqués*).

NORMAS APLICADAS:

Art. 196.2 LXSS.

Art. 6 RD 1643/1972, do 23 de xuño.

Regulamento (CE) núm. 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 de abril.

As dúas sentenzas aquí seleccionadas ofrecen unha cumprida mostra da nova doutrina do TS sobre a

compatibilidade do incremento da pensión de incapacidade permanente total (IPT), que a converte en cualificada, e recoñecida pola Seguridade Social española, coa de xubilación a cargo doutro Estado europeo, xa se trate da Unión Europea (UE), do Espazo Económico Europeo (EEE) ou de Suíza. En definitiva, dos incluídos no ámbito de aplicación dos regulamentos europeos nesta materia. Na actualidade, o Regulamento (CE) núm. 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 de abril, sobre a coordinación dos sistemas de Seguridade Social. Como é sabido, a súa aprobación supuxo a derogación do anterior, o Regulamento (CEE) núm. 1408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade.

Agora ben, antes de proseguir co comentario de ambas as resolucións, hai que advertir que o seu tratamento conxunto responde a varios motivos. Por unha banda, a súa similitude, ou máis ben, a identidade nas cuestións fácticas expostas, e por outro, o sentido e argumentos xurídicos dos seus respectivos fallos. Pero é que, ademais, porque os dous conflitos xurdiron na CA de Galicia e, por tanto, resolven senllos recursos de casación interpostos contra fallos da Sala do social do TSX de Galicia, recursos que foron integramente desestimados polo TS quedando plenamente confirmados os fallos da Sala galega.

Noutra orde de consideracións, convén tamén indicar que a modificación da doutrina xurisprudencial antes referida tivo como causa a sentenza do TXUE do 15 de marzo de 2018 (C-431/16, *asunto Blanco Marqués*), determinante, á súa vez, da adopción da sentenza do TS do 29 de xuño de 2018 (recurso de casación ud. núm. 4102/2016), ditada polo Pleno da Sala do social, que foi a que realmente operou o cambio de doutrina no ámbito interno. Facendo gala dun pasado cunha importante cifra de emigrantes, tamén neste caso –o da sentenza TS do 29 de xuño de 2018– o conflito fáctico procedía da CA de Galicia. E en canto ás súas argumentacións xurídicas, hai que sinalar que van ser reproducidas literalmente nas dúas do mes de marzo de

2019, agora comentadas. Tal interconexión –fáctica e xurídica- e antes de entrar a fondo nas resolucións que son obxecto do presente comentario, parece que esixe unha reflexión, sequera breve, á doutrina establecida na do TXUE.

En fin, a sentenza do TXUE do 15 de marzo de 2018 resolve unha cuestión prexudicial interposta polo TSX de Castela e León. A saber, a compatibilidade ou non da pensión de IPT cualificada recoñecida ao Sr. Blanco Marqués tendo en conta, exclusivamente, as cotizacións ao réxime español de Seguridade Social, coa de xubilación a cargo da Seguridade Social suíza concedida, unicamente, en función das cotizacións pagadas ao réxime suízo. Como se verá a continuación, o TXUE recoñece e admite tal compatibilidade e os seus argumentos van ser os que con posterioridade aplique o TS, e sobre eles volverase a continuación. Basta por agora deixar aquí mostra dos límites materiais e persoais da cuestión litixiosa exposta, pois, do mesmo xeito que ante o TXUE, van ser tamén determinantes para a resolución dos posteriores conflitos polo TS: a compatibilidade obxecto de análise ha de ser de pensións suxeitas á lexislación de distintos Estados europeos, é dicir, recoñecidas e pagadas por distintos Estados, que son as que quedan incluídas baixo o ámbito de aplicación do réxime deseñado polos Regulamentos de Seguridade Social, isto é, o Regulamento núm. 1408/71 no caso da sentenza Blanco Marqués e o Regulamento núm. 883/2004 no caso das do TS e que son obxecto do presente comentario. Por tanto, os seus criterios non resultarán extensibles cando as pensións en conflito sexan recoñecidas polo Sistema español de Seguridade Social.

Do mesmo xeito que no conflito que deu orixe á cuestión prexudicial resolta polo TXUE o 15 de marzo de 2018, tamén nas do TS do 14 e do 18 de marzo de 2019, a compatibilidade expónse entre o incremento da IPT recoñecida pola Seguridade Social española e a pensión de xubilación recoñecida pola Seguridade Social suíza. Como é sabido, pero non está de máis traer aquí a colación, no réxime español de Seguridade Social, o incremento da pensión de IPT –o 20 por 100- prevese naqueles casos en

que pola "idade, falta de preparación xeral ou especializada e circunstancias sociais e laborais do lugar de residencia" da persoa beneficiaria "se presuma a dificultade de obter emprego en actividade distinta da habitual anterior" (art. 196.2 LXSS). A idade á que pode accederse ao incremento quedou fixada polo art. 6.2 do RD 1643/1972, do 23 de xuño, en 55 anos. E en canto ás circunstancias laborais, a mesma disposición regulamentaria, no seu apartado 6.4, indica que "o incremento quedará en suspenso durante o período en que o traballador obteña un emprego". Pois ben, con este marco normativo –o interno, pero tamén o europeo de coordinación- e antes de calquera valoración sobre o sentido do fallo das sentenzas comentadas, entre as moitas cuestións fácticas e xurídicas que se mencionan no seu contido e que van ser determinantes para a resolución do conflito, hai que destacar as seguintes:

En primeiro lugar, que a normativa europea de coordinación de sistemas de Seguridade Social – Regulamento núm. 883/2004- só atende ás prestacións satisfeitas en distintos Estados.

En segundo lugar, que as acumulacións das prestacións de invalidez –na terminoloxía actual, incapacidade- e de vellez –na terminoloxía actual, xubilación- considéranse da mesma natureza no sentido do Regulamento núm. 883/2004 (art. 53.1). Por outra banda, de acordo coa sentenza TXUE antes citada e no que se refire ao sistema español de Seguridade Social, hai que ter en conta que o concepto de incapacidade inclúe a cualificada, por tanto, inclúe o incremento porcentual, o que significa que o referido incremento queda dentro do ámbito aplicativo do art. 53.1 do Regulamento núm. 883/2004.

E terceiro, que unha disposición nacional que busque como efecto a prohibición de acumulación de prestacións, como así parece pretendelo o art. 6.4 do RD 1643/1972, non vai producir tal efecto, porque segundo o art. 53.3 a) do Regulamento núm. 883/2004 só se terán en conta "as prestacións ou ingresos adquiridos noutro Estado membro (...) cando a lexislación que aplique estableza que se teñan en conta as prestacións ou ingresos adquiridos no estranxeiro". E esta previsión –a percepción de pensións

xeradas noutros Estados- non está incluída no art. 6.4 do RD 1643/1972, nin en ningún outro precepto do ordenamento xurídico español, polo que a única conclusión posible é a imposibilidade de aplicar a incompatibilidade. Non hai que esquecer, ademais, que as pensións cuxa compatibilidade se pretende, tanto na sentenza do 14 de marzo como na do 18 de marzo, se xeraron en períodos de cotización diferentes e, por tanto, trátase de supostos nos que non se operou a totalización de períodos de cotización en ambos os ordenamentos.

En definitiva, con base en todos estes argumentos, en particular a inexistencia dunha regra na normativa interna reguladora da incapacidade permanente total que dote de relevancia ás prestacións ou ingresos adquiridos no estranxeiro, a Sala do social do TS admite a compatibilidade pretendida. Agora ben, sen criticar xuridicamente tales argumentos, pois a normativa é a que é e así ha de ser aplicada, o estudo da cuestión exposta nestas sentenzas e nas que as precederon, fai xurdir certas formulacións sobre as que conviría reflexionar e que neste momento pasan unicamente a mencionarse, pois non é o momento nin o lugar da súa solución. De entrada, unha eventual desigualdade co tratamento que se outorgaría ao pensionista que recibe a súa pensión de xubilación con cargo á Seguridade Social española. Tamén, certa incongruencia entre a regulación e xustificación da incapacidade permanente total cualificada coa admisión da compatibilidade da incapacidade permanente total absoluta e a gran invalidez co desempeño dun traballo. E por último, a mesma incongruencia da ordenación da incapacidade permanente total cualificada en relación coas políticas de envellecemento activo que propugnan a compatibilidade do traballo coa pensión de xubilación.

DOCTRINA XUDICIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA

Sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 19 e 21 de febreiro de 2019 (recursos de suplicación núm. 3248/2018 e 2973/2018)

RESUMO: Traballadores de servizos portuarios. Encadramento: Réxime Especial de Traballadores do Mar (REMAR). Criterio determinante: contido funcional dos labores desempeñados á marxe da existencia dunha relación laboral común ou especial. Consideración da clasificación profesional do sector da estiba portuaria.

NORMAS APLICADAS:

Art. 130 Real decreto lexislativo 2/2011, do 5 de setembro.

Art. 3 Lei 47/2015, do 21 de outubro.

IV Acordo para a regulación das relacións laborais no sector da estiba portuaria.

As dúas sentenzas da Sala do social do TSX de Galicia do 19 e 21 de febreiro de 2019 (recursos de suplicación núm. 3248/2018 e 2973/2018) resollen senllos conflitos xurdidos a raíz do encadramento nalgún dos réximes de Seguridade Social –Xeral vs Réxime Especial da Seguridade Social dos Traballadores do Mar (en diante, REMAR)- de determinadas actividades profesionais portuarias que, como se comprobará a continuación, van quedar incluídas entre as que integran o sector da estiba e desestiba, e por iso é polo que a solución xudicial, nos dous supostos, se decantou en favor do REMAR. Para estes efectos, a norma convencional de aplicación é o vixente, a día de hoxe, IV Acordo para a regulación das relacións laborais no sector da estiba portuaria. E as actividades controvertidas as que, tras o seu exame pola Sala de Galicia, van quedar encadradas, respectivamente, no grupo III –“controlador de mercadorías”- e no grupo IV –“capataz”- da clasificación profesional dos traballadores portuarios establecida no art. 12 do referido IV Acordo.

Sobre as razóns que xustifican o encadramento de tales actividades no REMAR volverase de inmediato. Agora ben, tendo en conta a singularidade da prestación de servizos portuarios e a complexidade do seu réxime legal, en parte polos moitos cambios normativos operados nos últimos anos, non está de máis facer aquí unha mención, sequera breve, a algún dos seus fitos fundamentais, labor que vén

facilitada polo contido das dúas resolucións que agora se comentan. E tales fitos son os seguintes:

En primeiro termo, o Real decreto lexislativo 2/2011, do 5 de setembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de portos do Estado e da mariña mercante, norma que define os servizos portuarios e o seu réxime de prestación. E entre tales servizos portuarios, inclúense "as actividades de carga, estiba, desestiba, descarga e transbordo de mercadorías, obxecto de tráfico marítimo, que permitan a súa transferencia entre buques, ou entre estes e terra ou outros medios de transporte. Para ter a consideración de actividades incluídas neste servizo deberán realizarse integramente dentro da zona de servizo do porto e gardar conexión directa e inmediata cunha concreta operación de carga, descarga ou transbordo dun buque determinado" (art. 130.1 Real decreto lexislativo 2/2011, do 5 de setembro). A continuación, o mesmo precepto relaciona en detalle o que comprenden as actividades de estiba, desestiba e transbordo.

E, en segundo lugar, o xa derogado Real decreto-lei 2/1986, do 23 de maio, polo que se regula o servizo público de estiba e desestiba de buques, que deseñaba a relación laboral especial da estiba portuaria caracterizada pola existencia dunha relación triangular entre entidades públicas, as empresas estibadoras e os estibadores, relación concorrente, nalgúns supostos, cunha relación laboral común. As reformas operadas sobre o réxime da relación laboral especial, en particular, sobre a natureza e configuración das súas entidades, foron varias. Agora ben, a decisiva e a que sitúa a cuestión no escenario vixente, foi a que tivo como orixe a doutrina contida na sentenza do TXUE do 11 de decembro de 2014 (C-576/13, asunto *Comisión Europea contra Reino de España*). Como é sabido, a condena a España foi por vulneración da liberdade de establecemento do art. 49 do TFUE, e de aí a necesaria modificación de todo o réxime legal polo que se desenvolve a prestación de servizos de manipulación de mercadorías no servizo portuario español. Esa foi a finalidade da aprobación do Real decreto-lei 8/2017, do 12 de maio, polo que se modifica o réxime dos traballadores para a prestación do

servizo portuario de manipulación de mercadorías dando cumprimento á sentenza europea. Dito doutra forma, coa súa aprobación desaparece a relación laboral especial e xérase a relación laboral común, liberalizándose na súa totalidade a prestación de servizos. O réxime laboral vixente complétase coa aprobación da Real decreto-lei 9/2019, do 29 de marzo, polo que se modifica a Lei 14/1994, do 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal, para a súa adaptación á actividade da estiba portuaria e conclúese a adaptación legal do réxime dos traballadores para a prestación do servizo portuario de manipulación de mercadorías. En todo caso, hai que advertir que na data na que ocorreron os feitos que son obxecto de axuízamento nas sentenzas comentadas, aínda estaba vixente para os estibadores portuarios a relación laboral especial a través das Sociedades Anónimas de Xestión de Estibadores Portuarios –SAGEP– (Lei 33/2010, do 5 de agosto, de modificación da Lei 48/2003, do 26 de novembro, de réxime económico e de prestación de servizos nos portos de interese xeral).

E se canto antecede atende ao réxime laboral dos traballadores portuarios, o réxime de Seguridade Social preséntase bastante máis sinxelo, pois a única disposición normativa obxecto de aplicación vai ser a Lei 47/2015, do 21 de outubro, reguladora da protección social das persoas traballadoras do sector marítimo-pesqueiro, e así se deixa patente nas dúas sentenzas. Entre outras cuestións, a referida Lei actualiza e pon ao día a normativa existente, definindo mellor e con máis detalle os traballadores integrados no REMAR, separados entre traballadores por conta allea e traballadores por conta propia (arts. 3 e 4). Máis aló da regulación do REMAR, a norma tamén se dedica á ordenación da protección social máis específica das persoas traballadoras do sector marítimo-pesqueiro.

Pois ben, da interpretación conxunta da referida normativa laboral en combinación coa de protección social aplicable, emerxe a solución dos conflitos expostos pola entidade xestora do REMAR, o ISM, nos dous litixios que deron lugar ás sentenzas do TSX de Galicia do 19 e 21 de febreiro de

2019. Ademais, en ambos os supostos, a pretensión foi desestimada na instancia e confirmada en suplicación.

O conflito de base nos dous casos –ano 2010- fora a revisión de oficio da alta no REMAR de dous traballadores portuarios, a súa declaración como alta indebida e, por tanto, o encadramento no Réxime Xeral da Seguridade Social. Entre algunhas das razóns apuntadas pola entidade xestora destaca a que atendía ás funcións desempeñadas por aqueles –como se dixo con anterioridade, “controlador de mercadorías” e “capataz”- e, como tales, a súa exclusión da actividade de estiba e desestiba (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO). É máis, en ambas as resolucións consta literalmente que o ISM procedía a encadralos no Réxime Xeral porque concluía que “o estibador portuario é aquel que mantén unha relación laboral especial cunha sociedade estatal ou o que cedido por esta a unha empresa estibadora, mantén con esta última unha relación laboral común, tendo suspendida a especial coa sociedade estatal, non podendo considerarse como estibadores portuarios os contratados libremente por empresas estibadoras sen provir de sociedades estatais” (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO). Nos dous conflitos, os traballadores demandados foran contratados directamente por unha empresa dedicada á actividade portuaria –Galigrain, SA- dedicada á actividade de estiba e desestiba, carga e descarga de buques, tránsito, manipulación e almacenamento de todo tipo de mercadorías.

Por mor de todos eses datos, a posición do ISM era clara: contratación directa por unha empresa estibadora, relación laboral común e actividades diferentes ás propiamente comprendidas na estiba. Por tanto, encadramento no Réxime Xeral da Seguridade Social.

Por razóns que non procede traer aquí a colación, as dúas resolucións administrativas tardaron varios anos en poder examinarse ante a orde social da xurisdición e, cando ao fin o foron, xa foran desestimadas na vía contencioso-administrativa, co que o demandante e posterior recorrente en suplicación pasaba a ser entón o ISM. E aquí é o momento no que entra a valoración xurídica do encadramento por parte da Sala do social do TSX de Galicia.

E os seus argumentos o son, precisamente, para defender a posición contraria da entidade xestora, isto é, o encadramento dos demandados no REMAR, tal e como sucedera nos primeiros anos da súa contratación por Galigrain, SA. E para xustificalo, a Sala, con acerto, acode á lexislación vixente –laboral e de Seguridade Social-aplicable aos traballadores portuarios, pero tamén, á súa normativa convencional –o IV Acordo para a regulación das relacións laborais no sector da estiba portuaria-. Tamén vai ter en conta os respectivos certificados achegados pola empresa nos que se describen, de forma detallada, o contido das funcións que integraban as respectivas categorías profesionais coas que foran contratados os dous demandados. E con todos eses elementos, conxuntamente, elabora unha doutrina na que o determinante, di a Sala do TSX de Galicia na sentenza do 19 de febreiro de 2019, é o “contido funcional dos labores desempeñados polo traballador e non a natureza, especial ou común, que lles une coas súas respectivas empresas” (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO, apartado 4). A do 21 de febreiro de 2019 non o dispón así expresamente, pero déixao entrever cando transcribe o contido literal de diversos preceptos contidos nalgunhas das normas reguladoras do traballo da estiba e desestiba (entre outras, o Real decreto-lei 2/1986, do 23 de maio e o Real decreto lexislativo 2/2011, do 5 de setembro), a fin de visibilizar –polo menos, iso é o que parece- a amplitude do contido funcional da devandita actividade, de aí a súa denominación, en ocasións, como “servizos portuarios de manipulación de mercadorías” (art. 130 Real decreto lexislativo 2/2011, do 5 de setembro). Aínda que non sexa de aplicación aos supostos de autos, idéntica denominación é a utilizada polo Real decreto-lei 8/2017, do 12 de maio). A clasificación profesional establecida no art. 12 do IV Acordo para a regulación das relacións laborais no sector da estiba portuaria vén confirmar todo o anterior. É dicir, o ámbito funcional do IV Acordo (art. 3) esténdese a todas as “relacións laborais entre as Empresas e os Traballadores descritos no ámbito persoal que realicen as actividades de manipulación de mercadoría consistentes en carga, estiba, desestiba,

descarga e transbordo de mercadorías que permitan a súa transferencia entre buques, ou entre estes e terra ou outros medios de transporte, de conformidade co establecido no art 130 Real decreto legislativo 2/2011, do 5 de setembro, que, en todo caso, se asumen como pactadas no presente convenio". E todas esas actividades están perfectamente descritas na clasificación establecida polo seu art. 12 e á que xa se fixo mención con anterioridade.

En definitiva, se a actividade portuaria de manipulación de mercadorías que se realice e cuxo encadramento na Seguridade Social se pretenda, queda incluída entre as identificadas como actividades de estiba e desestiba nas súas disposicións normativas aplicables, pero tamén, nas identificadas e definitivas como actividades incluídas no sector da estiba portuaria polo IV Acordo, a solución devén incontestable, a saber, o encadramento será no REMAR. E será no REMAR porque así se dispón no art. 3 da Lei 47/2015, do 21 de outubro. É máis, por se quedase algunha dúbida, o propio art. 3 da Lei 47/2015, do 21 de outubro, puntualiza que, a efectos do seu encadramento, a consideración de estibadores portuarios depende da realización das actividades relacionadas no art. 130 do Real decreto legislativo 2/2011, do 5 de setembro.

En fin, o mérito da Sala nas dúas resolucións aquí referidas, máis aló da claridade dos seus argumentos xurídicos, operación xa de seu difícil pola complexidade da normativa aplicable, radica no detalle no que entrou ao tentar e conseguir subsumir as funcións laborais para as que foran contratados os demandados en ambos os preitos cos correspondentes grupos profesionais definidos no art. 12 do IV Acordo, e a partir de aí poder xustificar o seu correcto e axustado encadramento no REMAR.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 8 de abril de 2019 (recurso de suplicación núm. 3602/2018)

RESUMO: Accidente de traballo *in itinere*. Estímase. Accidente de tráfico ocorrido como consecuencia da realización dunha tarefa de conciliación dentro do traxecto traballo-domicilio e no tempo próximo

posterior á hora de saída do traballo. Actividade de conciliación: recollida do marido que esperaba á traballadora accidentada ao saír dunha reunión de traballo.

NORMAS APLICADAS:

Art. 156.2.a) LXSS.

Como é sabido, unha das cuestións xurídicas que xera maior litixiosidade no ámbito da Seguridade Social é a cualificación –profesional ou non– das continxencias protexidas, en particular, dos accidentes, pois a casuística existente é múltiple, variada, mesmo, podería dicirse que inesgotable. E máis cando se trata dun accidente *in itinere*, como é o axuizado pola Sala do social do TSX de Galicia na súa Sentenza do 8 de abril de 2019 e que é obxecto do presente comentario.

Pero é que, ademais, fronte a tal variada casuística asoma unha definición legal moi xenérica e non desenvolvida regulamentariamente, o que propiciou en parte tal litixiosidade e, por que non dicilo, unha doutrina xudicial non poucas veces contraditoria. Con todo, tal contradición, as máis das veces, non foi caprichosa, senón que emerxe como resultado da procura dunha evolución do concepto que responda á realidade social e temporal na que procede a súa aplicación. Neste sentido, basta lembrar aquí algúns pronunciamentos xudiciais, moi mediáticos no seu momento, e que son mostra da referida evolución e da aplicación da *máxima* de tentar adaptar a interpretación das normas á realidade social do tempo no que han de ser aplicadas. Un deles, o contido na STSX de Cataluña (Sala do social) do 12 de xuño de 2014 (recurso de suplicación núm. 618/2014), que considera accidente de traballo *in itinere* o padecido polo traballador ao regresar do seu traballo ao seu domicilio en patinete, e iso porque a Sala interpreta que o concepto *medio de transporte idóneo* debe ser evolutivo e adaptado á realidade social na que se interpreta e, naquel suposto, non se aprecia ningún obstáculo para non considerar idóneo o patinete ou monopatín de cara ao referido desprazamento. Outro pronunciamento relevante aos fins pretendidos é o contido na STS (Sala do social) do 26 de decembro de 2013 (recurso de casación ud. núm.

2315/2012) na que a pesar de ocorrer o accidente –de tráfico- moitas horas antes da hora de inicio da xornada laboral (o accidente ocorrera ás 21:15 horas dun domingo e a xornada comezaba o luns ás 8:00 horas) e nun itinerario cuxo destino non era o centro de traballo senón a residencia “laboral” á que o accidentado se desprazaba todas as semanas dende o seu domicilio habitual noutra poboación, a Sala tamén aprecia a existencia de accidente de traballo *in itinere*. Tal e como consta nos fundamentos xurídicos da resolución, concorre, por unha banda, o elemento teleolóxico, pois “a finalidade principal de viaxe segue estando determinada polo traballo”. E, por outro, o cronolóxico, pois, “aínda que o accidente ten lugar ás 21:15 horas do domingo cando o traballo comezaba ás 8:00 horas de luns, o certo é que se viaxaba dende un punto que foi definido como o domicilio do traballador ata o lugar de residencia habitual e facelo a aquela hora, para despois dun descanso, poder incorporarse ao día seguinte ao traballo ha de considerarse como unha opción adecuada”. É máis, “aínda que o accidente se produce nun itinerario cuxo destino non é o lugar do traballo, ese dirixirse á residencia laboral non rompe a relación entre traxecto e traballo, pois vaise ao lugar de residencia laboral para dende este ir ao traballo nunhas condicións máis convenientes para a seguridade e para o propio rendemento laboral”. Segundo a Sala do TS, tal interpretación é a que procede “porque a interpretación das normas debe adaptarse á realidade social como impón o art. 3 CC” e é esta realidade a que impón cambios que obrigan aos traballadores a axustes no seu lugar de traballo que non sempre pode traducirse nun cambio de domicilio e que en moitos casos ten carácter temporal, de aí a necesidade dunha interpretación flexible e adaptada ás circunstancias do caso.

En fin, a definición legal de accidente *in itinere* á que se facía referencia con anterioridade é a contida no art. 156.2.a) LXSS, que dispón que “terán a consideración de accidente de traballo: a) Os que sufra o traballador ao ir ou ao volver do lugar de traballo”. Pois ben, é o contido deste precepto, certamente xenérico, o que foi e segue sendo obxecto dunha profusa interpretación xudicial, como é a que

se realiza neste caso pola Sala do social do TSX de Galicia na súa sentenza do 8 de abril de 2019.

Pero antes de entrar a valorala xuridicamente, resulta imprescindible lembrar aquí o modo e forma en que ocorreu o accidente -de tráfico- cuxa cualificación de laboralidade – accidente *in itinere* – se pretende. O devandito accidente ocorría cando a demandante, D.^a María Consuelo, o día 20 de outubro de 2015 sobre as 22:00 horas e despois de acabar a súa xornada laboral ás 21:50 h, saía no seu vehículo particular do seu centro de traballo en Santiago de Compostela no que prestaba servizos como limpadora, e dirixíase cara ao seu domicilio, pero no traxecto dirixiuse por unha rúa determinada da cidade –Clara Campoamor– co fin de recoller o seu marido que a agardaba ao saír dunha reunión de traballo. Ás 22:10 h e no devandito traxecto a traballadora sufriu un accidente de tráfico que lle ocasionou as doenzas que se derivan do expediente administrativo e en virtude das cales se atopa en situación de IT dende esa data, feitos non discutidos.

Retomando a perspectiva xurídica, hai que lembrar que no accidente *in itinere* non xoga a presunción de laboralidade do art. 156.3 LXSS da que si goza o ocorrido “durante o tempo e no lugar de traballo”. E así se encarga de lembralo a sentenza que agora se comenta (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO). En consecuencia, ao non estar revestido pola referida presunción, adquire unha dimensión especial a actividade probatoria tendente a acreditar todos e cada un dos elementos que conforman o concepto o accidente *in itinere* e que, en definitiva, tenden a acreditar a relación existente entre o accidente e o traballo desenvolvido pola persoa accidentada, de aí a súa cualificación como laboral. E tales elementos son os catro que se mencionan a continuación e que coa mesma ou similar terminoloxía adoitan ser analizados en maior ou menor medida en todas as sentenzas que resollen un conflito desta natureza. Como son dabondo coñecidos, simplemente aquí van mencionarse e identificarse sen máis consideracións doctrinais. E son os seguintes: o elemento teleolóxico, que implica que a viaxe está determinada polo traballo, é dicir, o obxectivo do desprazamento é entrar ou saír do traballo. O elemento

xeográfico, que require que o accidente ocorra no camiño de ida ou de volta ao traballo, no traxecto habitual ou normal. O elemento cronolóxico, que esixe que o accidente se produza dentro do tempo prudencial que normalmente se invirte no traxecto. E, por último, a idoneidade do transporte, que supón que o traxecto se realice cun medio adecuado –idóneo– para o desprazamento pretendido, xa sexa privado ou público.

Por suposto, a sentenza galega que agora se comenta, aínda que con algunha variedade na súa denominación, comproba se todos aqueles elementos concorren no accidente de tráfico sufrido pola traballadora. E unha vez que se procede á súa lectura pausada, pódese afirmar que, sobre dous deles, o cronolóxico e a idoneidade do transporte, non existe nada digno de apuntar nun comentario desta natureza, pero si sobre os outros dous, o teleolóxico e o xeográfico. En fin, é sobre estes dous últimos a partir dos que a Sala galega aplica esa evolución conceptual e interpretación normativa de acordo coa realidade social á que se aludía con anterioridade, e con iso poder xustificar, con tino, a súa concorrencia neste caso e, por tanto, a cualificación do accidente de tráfico controvertido como accidente *in itinere*. A tal fin, a Sala invoca o que ela denomina “amplitude e flexibilidade de axuizamento” de acordo coa doutrina establecida polo TS (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO).

Así pois, sobre o elemento teleolóxico, defende a Sala galega que debe interpretarse “nun sentido favorable a aquelas solucións favorecedoras da conciliación da vida persoal, familiar e laboral das persoas traballadoras - principio pro conciliación-”, como é a que concorre neste caso, en que o accidente se produce con ocasión ou como consecuencia da realización dunha tarefa de conciliación dentro do traxecto e do tempo no que a traballadora sae do seu traballo e se dirixe ao seu domicilio e que consiste en recoller o seu marido que saía dunha reunión de traballo. Nese contexto, lembra a Sala de Galicia, “non podemos obviar que todas aquelas interrupcións derivadas da conciliación da vida persoal ou familiar constitúen

desviacións que obedecen a un patrón usual e normal de conduta”.

E sobre o elemento xeográfico, que a Sala cualifica de topográfico, tamén se defende a súa plena concorrancia, pois “o accidente ocorre no traxecto cara ao seu domicilio sen desviación que poida considerarse, ou polo menos non se constatou nin declarou probada unha desviación irrazoable, salvo para poder coincidir coa recollida do seu marido que acababa de saír dunha reunión do seu traballo, o que tampouco acreditou un incremento do risco normal ou corrente derivado doutro posible habitual traxecto de volta”. En fin, e xa para concluír, máis aló de que a cuestión da cualificación laboral ou non dun accidente ocorrido fóra do tempo e do lugar de traballo estea revestida dun gran casuismo que complica excesivamente a obtención de regras xerais, a argumentación xurídica á que acode a Sala do TSX de Galicia na súa sentenza do 8 de abril de 2019, isto é, o cumprimento da LO 3/2007, do 22 de marzo, e o exercicio dos dereitos de conciliación, é certamente relevante, sobre todo nun contexto –europeo e estatal– como o presente, no que o tópico da conciliación segue ostentando unha posición certamente relevante. Como proba diso, téñase en conta a recente aprobación da Directiva (UE) 2019/1158, do 12 de xullo, relativa á conciliación da vida familiar e profesional dos proxenitores e os coidadores e pola que se derroga a Directiva (UE) 2010/18 do Consello. E no ámbito interno, non se esqueza a promulgación da Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, de medidas urxentes para garantía da igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no emprego e a ocupación, no que son varias as medidas de conciliación introducidas no ordenamento xurídico interno.

Sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 11 de abril e 28 de maio de 2019 (recursos de suplicación núm. 4802/2018 e 398/2019)

RESUMO: Pensión de xubilación activa: compatibilidade *versus* incompatibilidade entre o traballo por conta propia e o 100 por 100 da pensión

de xubilación. Autónomos individuais e autónomos societarios. Interpretación dos requisitos legais da LXSS: mantemento do nivel de emprego. Fallos contraditorios e voto particular.

NORMAS APLICADAS:

Art. 214, art. 305 e Disposición final sexta bis da LXSS.

As dúas sentenzas aquí referidas, ditadas pola Sala do social do TSX de Galicia, resolven de forma contraditoria idéntica cuestión litixiosa. A saber, a compatibilidade entre o traballo por conta propia e a pensión íntegra de xubilación (100 por cento), de acordo cos requisitos previstos na lei, en concreto, no art. 214 da LXSS. Así, o devandito precepto, tras establecer, no seu apartado 1, a compatibilidade entre a “pensión de xubilación (...) coa realización de calquera traballo por conta allea ou por conta propia do pensionista” (art. 214.1 LXSS), o seu apartado 2 dispón que a contía da pensión compatible “será equivalente ao 50 por cento do importe resultante no recoñecemento inicial (...)”. Con todo, indica o seu parágrafo segundo, “se a actividade se realiza por conta propia e se acredita ter contratado, polo menos, a un traballador por conta allea, a contía da pensión compatible co traballo alcanzará o 100 por cento” (art. 214.2 LXSS).

Nas dúas demandas que iniciaron senllos procedementos e que concluíron coas dúas sentenzas ditadas pola Sala de Galicia agora comentadas, os demandantes –traballadores autónomos- solicitaban ao INSS e á TXSS as súas correspondentes pensións de xubilación activa por realización de traballos por conta propia (214.1 LXSS) e en contía do 100 por cento das súas respectivas bases reguladoras, pois, en ambos os casos, os demandantes alegaban ter contratado polo menos, un traballador por conta allea (art. 214.2 LXSS).

Por outra banda, e este dato foi decisivo para orientar o sentido dos fallos xudiciais, os demandantes eran socios e administradores das súas respectivas sociedades de capital nas que posuían o control efectivo, e todo iso de conformidade co previsto no art. 305.2 LXSS. Na sentenza do 11 de abril de 2019, a sociedade limitada Juan A. Blanco Electro-Mueble, SL, constituíranla –suponse a partes iguais-

o demandante e a súa esposa e tiña contratados 3 empregados. Na sentenza do 28 de maio de 2019, a empresa Transportes Álvarez Blanco, SL, tamén a constituían o demandante e a súa esposa por metade e contaba con 5 traballadores. No momento da xubilación dos dous demandantes, o nivel de emprego das súas respectivas sociedades mantense.

Así as cousas, o núcleo da discusión xurídica nas dúas resolucións radica, precisamente, no tipo de autónomo que está a solicitar a compatibilidade da súa pensión de xubilación íntegra (100 por cento) co exercicio de traballos por conta propia, a saber, un autónomo societario co efectivo control da sociedade empregadora e non un autónomo individual. Por outra banda, ninguén discute a referida compatibilidade, pero en contía do 50 por cento (214.2, parágrafo primeiro, LXSS). O problema radica no incremento ata o 100 por cento, xa que, por tratarse de autónomos societarios, non existe unanimidade xudicial á hora de interpretar o cumprimento dos requisitos do parágrafo segundo do art. 214.2 LXSS. É dicir, a contratación –por parte do autónomo xubilado– de, polo menos, un traballador por conta allea.

Para coñecer a distinción entre un autónomo individual e un autónomo societario con control da sociedade, hai que deterse no contido do art. 305 LXSS, xa mencionado con anterioridade, como así fan ambas as resolucións de Galicia. Así, o art. 305.1 LXSS define o autónomo individual como aquela persoa física, maior de dezaioito anos, que realiza de “forma habitual, persoal, directa, por conta propia e fóra do ámbito de dirección e organización doutra persoa, unha actividade económica ou profesional a título lucrativo”. E o art. 305.2 LXSS, o societario, entendido como aquel que exerce “as funcións de dirección e xerencia que implica o desempeño do cargo de conselleiro ou administrador, ou presten outros servizos para unha sociedade de capital, a título lucrativo e de forma habitual, persoal e directa, sempre que posúan o control efectivo, directo ou indirecto, daquela. Entenderase, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cando as accións ou participacións do traballador supoñan, polo menos, a metade do capital

social". Esta última é a situación concorrente nos dous demandantes, agora recorrentes en suplicación, e de aí a súa consideración indubidable e incontestable de autónomos societarios.

Por outra banda, mencionábase antes tamén que no caso dos autónomos a percepción do 100 por cento da pensión se facía depender da contratación dun traballador por conta allea, segundo dispón o parágrafo segundo do art. 214.2 LXSS.

Con base nestas disposicións normativas e na realidade que acreditan os demandantes –autónomos societarios–, a Sala do social de Galicia, na súa sentenza do 11 de abril de 2019, desestima o recurso de suplicación, confirma a sentenza de instancia e, por tanto, denega ao demandante a compatibilidade entre o seu traballo por conta propia e a súa pensión íntegra de xubilación (o 100 por cento, non o 50 por cento), pois entende que o requisito esixido polo parágrafo segundo do art. 214.2 LXSS "só pode ser acreditado polo pensionista de xubilación que, actuando como persoa física, quedase incluído no campo de aplicación do RETA en virtude do apartado 1 do artigo 305 do mesmo texto legal, pois só neste suposto o traballador por conta allea é contratado polo traballador autónomo titular da pensión de xubilación". A sentenza acode, a continuación, ao espírito da Lei 6/2017, do 24 de outubro, que foi a que posibilitou aos autónomos a percepción do 100 por cento da pensión de xubilación, e lembra que o que se pretende con esa reforma é que "non se extingan postos de traballo como consecuencia da xubilación do empresario". E é evidente, continúa sinalando a sentenza, que o feito da "xubilación do empresario só se produce nos casos nos que este é unha persoa física, pois a persoa xurídica non pode despedir ou cesar a traballadores como consecuencia da xubilación dun dos socios ou do xerente da empresa" (FUNDAMENTO XURÍDICO SEGUNDO). En definitiva, con estas argumentacións, concretas e precisas, a Sala do social do TSX na primeira sentenza, non se formulan máis posibilidades. Dende logo, non é banal que, en supostos análogos, outros tribunais resolvesen no mesmo sentido. Así, a propia sentenza, cita as seguintes resolucións: TSX de

Castela e León (Valladolid) do 6 de novembro de 2018 e 23 de xaneiro e 6 de marzo de 2019. E tamén, TSX de Asturias do 26 de decembro de 2018 e 29 de xaneiro de 2019. Ás que se poden engadir a do TSX de Madrid do 11 de xullo de 2019 (recurso de suplicación núm. 46/2019).

Todo o contrario, e sen escatimar argumentos, decídese na sentenza do 28 de maio de 2019. A situación fáctica de partida é idéntica á que deu lugar á resolución do mes anterior, non obstante, o fallo da Sala decantouse pola estimación do recurso de suplicación e por tanto a revogación da sentenza de instancia, o que supón o recoñecemento da "compatibilidade total da súa pensión de xubilación -a do demandante-recorrente- co traballo que vén realizando como autónomo (...) en tanto manteña a actividade e o nivel de emprego" (FALLO da sentenza). Dende logo, os argumentos son varios e todos eles correctamente fundamentados, o que xa *a priori* anticipa a dificultade da solución da contradición xudicial. A continuación, van expoñerse os fundamentais.

De entrada, o relator -LOUSADA AROCHENA- acode á características e finalidades das políticas de emprego adheridas ás medidas de envellecemento activo, aplicables ambas ás normas que ordenan a solución do conflito exposto e que en todo caso exclúen -por se a alguén lle puidese xurdir algunha dúbida- a necesidade de contratar a un novo traballador no momento da xubilación, porque iso, "aínda que supoñería atribuír unha maior intensidade á medida de política de emprego, sería crear unha esixencia que non se contempla nin no art. 214.2 da LXSS, que só fala de *ter contratado*". Iso si, continúa sinalando a sentenza, "no momento en que se extinga o contrato do traballador ou se diminúa ese nivel de emprego (214.5 da LXSS) perderíase o dereito á compatibilidade co 100% da pensión, sen prexuízo de poderse manter no 50% cando se manteña a actividade, pero non obstante se incumpra a esixencia do emprego". (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO). É dicir, do mesmo xeito que na do 11 de abril de 2019, tampouco aquí existe dúbida ningunha sobre a compatibilidade do traballo por conta propia e o 50 por cento da pensión de xubilación cando o solicitante sexa un

autónomo societario. O que achega a do mes de maio, en relación coa de abril, é a *innecesariedade* de acreditar unha nova contratación por parte do xubilado –autónomo individual ou societario, non se especifica- no momento da súa xubilación. A tal fin, incídese na expresión do parágrafo segundo do 214.2 da LXSS, “ter contratado” a un traballador por conta allea, e con iso deixa claro que se o xubilado xa era autónomo –segue sen entrar na condición de autónomo individual ou societario- “e continúa a actividade como autónomo (...) obrígalle a manter o nivel de emprego por simple lóxica coa medida de política de emprego que inspira a reforma legal” (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO).

É a continuación de deixar sentadas estas dúas premisas -compatibilidade do traballo por conta propia e o 50 por cento da pensión de xubilación e a innecesariedade de acreditar unha nova contratación no momento da xubilación- cando o relator, en representación do criterio da maioría da Sala, entra a analizar se a realización dun traballo por conta propia do parágrafo segundo do art. 214.2 da LXSS se refire exclusivamente ao autónomo individual, como así proclama a sentenza do 11 de abril de 2019, ou se estende tamén ao autónomo societario con control da sociedade, e con iso a súa total aplicación ao suposto aquí axuizado. E son varios os argumentos que se expoñen na sentenza para xustificar a segunda das opcións, entre eles, a normativa internacional e europea vixente no contexto da prohibición de discriminación por razón de idade e as recomendacións de seguimento do Pacto de Toledo para lograr maior permeabilidade entre a vida activa e pasiva. Como é sabido, unhas e outras inspiraron a aprobación da Real decreto-lei 5/2013, do 15 de marzo, que deseñou o réxime xurídico que permite a compatibilización da pensión de xubilación e o traballo por conta propia e allea e que na actualidade conforma o contido do art. 214 LXSS (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO).

Agora ben, máis aló deses argumentos, na sentenza póñense de manifesto outros dous, que parecen ser os decisivos a fin de xustificar a reclamada compatibilidade. Pero a súa contribución á solución do conflito non parece

reducirse a unha cuestión meramente cuantitativa (a existencia de máis ou menos argumentos para defender unha opción), senón que, polo seu contido substantivo, poden ser determinantes á hora de unificar doutrina para esta concreta problemática ante a Sala do social do TS. E iso é así, pois combinan argumentos de Dereito positivo con políticas sociais vixentes ou que deberán poñerse en práctica nun futuro non moi afastado. Así, na sentenza comentada, o relator reflexiona sobre o contido do art. 214.2 da LXSS, pero non illadamente, senón baixo o escenario da política de envellecemento activo e a política de emprego, que son as que inspiraron o seu contido. E as ditas políticas cúmprense na súa integridade, indica a sentenza, se a contratación dun traballador por conta allea se fai “a través da sociedade da cal ten o seu control efectivo –refírese ao autónomo recorrente- sempre que se manteña o nivel de emprego, como efectivamente faise”. E iso, continúa sinalando a sentenza, “non só é acorde coa letra da norma, senón que tamén é a que mellor se axusta á finalidade da política de envellecemento activo respectando á vez a finalidade de mantemento do nivel de emprego na empresa” (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO).

O segundo dos argumentos chega máis aló e fai referencia a futuras lexislacións que haberán de ser aprobadas en virtude do contido da Disposición final sexta bis da LXSS, lexislación que deberá continuar pola senda de favorecer ese envellecemento activo. E iso tendo en conta que a finalidade da referida Disposición final é estender a posibilidade de compatibilizar ata o 100 por 100 aos demais traballadores por conta propia “o que supoñería permitir esa compatibilidade total aos que non teñen contratados outros traballadores” (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO). Téñase en conta que a referida Disposición final sexta bis da LXSS indica que “con posterioridade, e dentro do ámbito do diálogo social, e dos acordos no seo do Pacto de Toledo, procederase a aplicar ao resto da actividade por conta propia e ao traballo por conta allea o mesmo réxime de compatibilidade establecido entre a pensión de xubilación contributiva e a realización de traballos regulado no

parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 214 da LXSS”.

A Sala conclúe os seus argumentos opoñéndose a unha doutrina que se negue a recoñecer a un empresario – autónomo- en quen *de facto* o é, con independencia de que formalmente o sexa a sociedade. E como tal empresario, o devandito autónomo pode cesar na súa actividade, como consecuencia da súa xubilación, e pode, tamén, reducir o nivel de emprego da devandita sociedade, non en balde é quen ostenta o seu control efectivo. E é nesa posibilidade de reducir o nivel de emprego, sobre a que o relator fai recaer a finalidade de política de emprego inspiradora do art. 214.2 da LXSS. En definitiva, ademais de todo o anterior, esta interpretación supón privilexiar a realidade e evitar distincións meramente formais entre quen, “aínda constituíndo unha sociedade formalmente contratante dentro das canles da legalidade vixente, continúan sendo na realidade os empresarios de feito e, como tales empresarios de feito, cumpren coas esixencias materiais establecidas na norma en relación co mantemento do nivel de emprego na empresa que rexentan” (FUNDAMENTO XURÍDICO TERCEIRO, *in fine*).

A complexidade do tema e os pronunciamentos contraditorios existentes ata o de agora, fan que a existencia dun VOTO PARTICULAR –subscrito polo maxistrado MARIÑO COTELO- non resulte estraño. O peso da súa argumentación para xustificar a compatibilidade, do mesmo xeito que sucede na sentenza do 11 de abril de 2019, radica en que o autónomo se ache integrado no RETA como persoa física e non como representante, socio, administrador, etc., dunha sociedade ou entidade, o que sucede na *litis* que deu lugar ao presente procedemento. Como apoio desta teoría, o maxistrado disidente do fallo maioritario trae a colación varias sentenzas de TSX que así o corroboran. Por outra banda, o feito de que se trate dun autónomo societario fai de imposible cumprimento o feito de ter contratado, polo menos, a un traballador por conta allea, pois a que contrata e a que mantén o nivel de emprego é a mercantil, non o autónomo xubilado (VOTO PARTICULAR: FUNDAMENTO XURÍDICO CUARTO).

En fin, tendo en conta o estado da cuestión e a inexistencia de resolución algunha do TS sobre este particular ata a data, só queda esperar ao seu pronunciamento en unificación de doutrina e con iso resolver definitivamente a polémica nun tema tan relevante e tan necesario no contexto actual.