

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

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

Palabras clave: seguridad social, migrantes, accidente de trabajo, jubilación.

Palabras chave: seguridade social, migrantes, accidente de traballo, xubilación.

Keywords: social security, migrants, accident in the workplace, retirement.

1. SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES. ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA. REQUISITOS: IMPORTE MÍNIMO DE LA PENSIÓN A PERCIBIR. ASIMILACIÓN DE PRESTACIONES.

STJUE, SALA OCTAVA, SECCIÓN 1ª, DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019– ASUNTOS ACUMULADOS A.B.T. (C-398/18) Y J.P.K.F.B. (C-428/18) E INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ECLI:EU:C:2019:1050)

El TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia en términos idénticos ante dos litigios suscitados a causa de la denegación de una pensión de jubilación anticipada a dos trabajadores migrantes, que el TJUE decide acumular y resolver conjuntamente.

El INSS justifica su decisión con el argumento de que el importe de la pretensión que se pretende causar no alcanzaba la cuantía de la pensión mensual mínima que les correspondería a los potenciales beneficiarios por su situación familiar al cumplir la edad ordinaria de jubilación, requisito exigido por el art. 208 LGSS para acceder a la

jubilación anticipada. En ambos casos, el trabajador acreditaba períodos de cotización en España y en Alemania, así como el derecho a una pensión de jubilación en Alemania cuya suma a la pensión de jubilación anticipada que podía causar en España superaba holgadamente la cuantía de la pensión mínima que le correspondería al cumplir la edad de jubilación. Tras las reclamaciones previas presentadas de los interesados y la confirmación de la denegación por el INSS, los trabajadores interpusieron demandas ante los Juzgados de lo Social núm. 2 de Ourense y de A Coruña. Los dos juzgados desestiman las demandas al considerar que el importe de la «pensión a percibir» que, para causar el derecho a percibir una pensión de jubilación anticipada, debe ser, ex art. 208 LGSS, superior al importe de la pensión mínima aplicable al interesado al cumplir la edad ordinaria de jubilación, es el importe de la pensión real generada a cargo del Reino de España, que en ambos casos era inferior a la cuantía de la pensión mínima correspondiente, sin computar a estos efectos la pensión de la misma naturaleza que pudiera percibir de otro u otros Estados miembros. Realizan, pues, una interpretación teleológica de la norma y tienen en cuenta el objetivo del legislador de mantener dentro del mercado laboral a personas que todavía no han llegado a la edad legal de jubilación y evitar complementar hasta el mínimo legal pensiones de jubilación.

Ante la desestimación de la demanda, los trabajadores interpusieron sendos recursos de suplicación ante el TSJ de Galicia. Dicho tribunal considera que deben computarse las pensiones generadas tanto en España como en Alemania, cuya suma excede de la cuantía de la pensión mínima española y, por tanto, de acuerdo con el art. 14.3 del Real Decreto 1170/2015, sobre revalorización de pensiones de 2016, el trabajador no tendría derecho a un complemento de mínimos, ni representarían una carga para el sistema de seguridad social español.

El tribunal, no obstante, eleva una cuestión prejudicial al TJUE, formulada en términos idénticos en ambos asuntos, para preguntar si la interpretación del INSS constituye una discriminación contraria al Derecho de la UE y, en concreto,

al art. 48 TFUE, en la medida en que un trabajador con derecho a una pensión causada en al menos dos Estados miembros puede no tener derecho a tal pensión de jubilación anticipada, mientras que un trabajador con derecho a una pensión de la misma cuantía, pero a cargo exclusivamente del Reino de España, tendría derecho a ella. El Tribunal reconduce el análisis de la cuestión prejudicial al Reglamento núm. 883/2004, que incluye expresamente en su ámbito de aplicación las prestaciones anticipadas de vejez (arts. 1.x) y 3.1.d)-. La conformidad del Derecho interno con este Reglamento no se plantea en relación con el requisito en sí mismo sino con la interpretación de las instituciones competentes y los tribunales españoles, que únicamente incluyen en el cálculo de la «pensión a percibir» la causada a cargo del Reino de España, sin computar otras pensiones equivalentes generadas en otros Estados miembros a las que pudiera tener derecho el interesado.

Siguiendo el criterio del Abogado General en sus conclusiones, el Tribunal considera aplicable a las controversias el art. 5.a) del Reglamento que recoge el principio de asimilación de prestaciones, de ingresos y de hechos, introducido previamente por la jurisprudencia del propio TJUE, al estimar que la pensión a la que tienen derecho los trabajadores constituye un «disfrute de prestaciones de seguridad social», en el sentido de dicha disposición, pues si su importe superase el de la pensión mínima aplicable, generarían derecho a la pensión de jubilación anticipada.

Por consiguiente, las autoridades competentes deben tener en cuenta no solo el disfrute de las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en virtud de la legislación de ese Estado, sino también el disfrute de las «prestaciones equivalentes» adquiridas en cualquier otro Estado miembro. Compete, con todo, al tribunal remitente la comprobación de que las pensiones son equivalentes.

Y considera que puede resultar contrario al art. 4 del Reglamento e indirectamente discriminatorios la exigencia por el Derecho nacional de requisitos que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, perjudican fundamentalmente o en mayor medida a los trabajadores

migrantes, a menos que la diferencia de trato tenga una justificación objetiva y la medida supere el juicio de adecuación y proporcionalidad. El Tribunal entiende que no estaría justificado el trato discriminatorio para trabajadores migrantes, aun cuando pueda perseguir objetivos de interés general, como la disminución del recurso a la jubilación anticipada y evitar cargas adicionales al sistema de seguridad social, pues la medida no es proporcionada.

2. COMPLEMENTO POR MÍNIMOS. RENDIMIENTOS DE TRABAJO Y RENDIMIENTOS SUSTITUTIVOS. PENSIONES O RENTAS PERCIBIDAS DE UNA ENTIDAD EXTRANJERA. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA. VOTO PARTICULAR

STS NÚM. 728/2019, SALA DO SOCIAL, PLENO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019 – RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2158/2017 - ECLI:ES:TS:2019:3693

La sentencia de casación unificadora estima el recurso interpuesto por el INSS y casa la STSJ de Galicia de 30 de marzo de 2017. El objeto de la litis era determinar si la renta que percibe la actora de un fondo de pensiones para empleados del Hotel Intercontinental Génève, en el que prestó servicios durante el tiempo de trabajo en Suiza, debe computarse a efectos de establecer si tiene derecho a percibir los complementos por mínimos de la pensión causada en el RETA a cargo de la Seguridad Social española. La pensionista es perceptora también de una pensión de invalidez absoluta reconocida por la Seguridad Social Suiza.

La pensión española causada en el RETA ascendía a 19 € mensuales, si bien se le asignó un complemento a mínimos a la pensión de la actora. En 2015, el INSS le requiere una declaración de ingresos y justificantes de las dos pensiones que percibe de Suiza y declara indebidamente percibida cierta cuantía del complemento en las dos anualidades anteriores. Sus ingresos superan el límite de rentas previsto en el Real Decreto anual sobre revalorización de pensiones, si se computa la renta mensual que percibe del fondo de pensiones como pensión concurrente a efectos de la aplicación del complemento de mínimos. A juicio del INSS,

debe computarse al tener la consideración de ingresos o complemento de trabajo -rendimientos sustitutivos de las rentas de trabajo de las que se generó el derecho a su percepción-.

Tras la desestimación de la reclamación administrativa previa, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Pontevedra en instancia revoca y deja sin efecto la resolución del INSS y el TSJ de Galicia en suplicación desestima el recurso. Se amparan los tribunales en la doctrina de la STS de 3 de noviembre de 2011, rcud. 4615/2010 y en que la prestación del fondo le fue reconocida a la actora por una entidad suiza atendiendo exclusivamente a las cotizaciones ingresadas en la misma y en aplicación de su propia legislación, sin tener en cuenta las cotizaciones en España y sin haber sido reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social.

Es importante destacar que la normativa de Seguridad Social de Suiza impone la obligación a todas las empresas de concertar un seguro obligatorio que garantice esa renta complementaria como parte de su sistema público, y por este motivo tiene carácter de pensión pública y no de fondo privado de pensiones.

El INSS invoca de contraste la STSJ de Valencia de 20 de enero de 2009, rec. 1130/2008, en relación con la pensión de jubilación de un trabajador migrante, al que se reconocen, por los períodos trabajados en Francia, dos pensiones del sistema de Seguridad Social francés, una básica y otra complementaria, que se computa también como renta sustitutiva del trabajo a efectos del complemento por mínimos, con independencia de su naturaleza, al considerarse determinante que su percepción obedezca a sustituir las rentas de trabajo que la generaron. Tanto el art. 59 LGSS, como la LPGE y el RD de revalorización de pensiones de cada anualidad, condicionan el derecho a la percepción del complemento por mínimos al requisito de que el beneficiario de la pensión a complementar no perciba rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, o que, de percibirlos, tales rendimientos sean

inferiores a la cuantía establecida para cada ejercicio y tenga derecho a la diferencia. El TS, teniendo en cuenta la naturaleza asistencial del complemento por mínimos y su finalidad de garantizar al beneficiario unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, toma como referencia del concepto de rendimientos de trabajo, para el complemento por mínimos, el concepto aplicable a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, conforme a lo establecido en el art. 59 LGSS. Ese concepto incluye todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón de la prestación de servicios laborales que pudiese estar realizando o hubiese realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo de las rentas de trabajo. Entre ellos, las prestaciones económicas y planes de pensiones a cargo de cualquier empresa, incluso si son generadas o percibidas de una entidad extranjera.

Es precisamente en este extremo y en relación con las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales en el que se produce un cambio de criterio. En concreto, en relación con el RD de revaloración de pensiones de vigencia anual y la previsión sobre la revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales y el complemento de mínimos.

El RD impone a la Seguridad Social española la obligación de garantizar la cuantía de la pensión mínima a los residentes en España, en los supuestos en los que le corresponde pagar una parte a *prorrata temporis*, cuando la suma de las pensiones española y extranjera reconocidas, no alcance ese mínimo. Con todo, establece una excepción a la consideración como ingresos o rendimientos de trabajo de las prestaciones percibidas con cargo a la entidad extranjera. Esa excepción fue la utilizada por el TSJ de Galicia, sobre la base de la interpretación de la STS de 3 de noviembre de 2011, para excluir del cómputo la prestación del fondo reconocida a la actora por la entidad suiza. El TS entiende ahora, en cambio, que esta excepción no pretende excluir esta clase de prestaciones del cómputo de ingresos que debe tenerse en cuenta para el complemento por mínimos sino hacer compatibles las fórmulas previstas para

que la Seguridad Social española pueda complementar las pensiones percibidas de una entidad extranjera con los mínimos cuando legalmente proceda, sin excluir esa clase de prestaciones del cómputo de los ingresos que deben tenerse en cuenta para determinar el complemento. Otra interpretación, a juicio del Pleno, incurriría en *ultra vires*, otorgaría un tratamiento desigual e injustificado a los beneficiarios de las pensiones, en razón de que sea nacional o extranjera la entidad de las que perciben esas otras prestaciones y mantendría el derecho al complemento con independencia de la cuantía de la prestación percibida de la entidad extranjera, en contra de la propia naturaleza y finalidad de los complementos.

Concluye el TS que, para calcular el derecho al complemento por mínimos, la doctrina correcta es la que obliga a contabilizar todas las prestaciones que el pensionista pueda percibir de una entidad extranjera, que serán consideradas ingresos o rendimientos del trabajo, rectificando en tal sentido la doctrina de la STS de 3 de noviembre de 2011, que eximía de tal cómputo las pensiones reconocidas en el extranjero sobre la base exclusivamente de las cotizaciones ingresadas en aquel país sin tener en cuenta lo cotizado en España.

Discrepa del criterio mayoritario la Magistrada Viroles Piñol, que emite voto particular. Al margen de la falta de contradicción con la sentencia de contraste, difiere también del fondo. En particular, no comparte la aplicación de las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y destaca que la pensión reconocida a la actora por la prestación de sus servicios en Suiza, no se trata de una pensión reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social. La prestación del fondo fue reconocida con base exclusivamente en las cotizaciones ingresadas en ese Estado y en aplicación de su propia legislación, sin que se computase cotización alguna española. Concluye su razonamiento afirmando que la solución ajustada a derecho era la contenida en la STS de 3 de noviembre de 2011.

3. COMPATIBILIDAD DE PENSIONES EN RÉGIMEN DE PLURIACTIVIDAD. PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRABAJADORES DEL MAR Y PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN EL RÉGIMEN GENERAL.

STSJ, SALA DO SOCIAL, DE 20 SEPTIEMBRE 2019 – RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 1758/2019 – ECLI:ES:TSJGAL:2019:5122

Desestima la Sala el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Social de la Marina contra la sentencia de 10 de diciembre de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo. En la declaración de hechos probados se recoge que en 1995 le fue reconocida al actor una pensión de incapacidad permanente total en el Régimen General para el desempeño de la profesión de electricista –de "mantenimiento de grúas", según indica el dictamen propuesta-, tras sufrir sendos accidentes de trabajo en 1991 y 1994 y permanecer en situación de incapacidad temporal, con recaída y una intervención por hernia discal, como consecuencia de las secuelas derivadas de los accidentes. En la época en la que sufre el segundo accidente se hallaba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar prestando servicios como electricista de altura.

A lo largo de su vida laboral iniciada en el año 1966, ha completado 8.150 días al Régimen General, 242 días al RETA y 6.128 días al Régimen Especial del Mar. En vía judicial, le fue reconocida la compatibilidad de la pensión con trabajos desarrollados como mecánico en planta de elaboración frigorífica y como mecánico naval para distintas empresas. En 2017, se reconoce a favor del actor la pensión de jubilación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, pero el ISM le comunica que dicha pensión devenía incompatible con la de invalidez permanente, debiendo optar el beneficiario en un plazo de 10 días hábiles por la que considerase más conveniente, bajo la advertencia de que, a falta de elección, se entendería efectuada la opción por la pensión que venía percibiendo hasta entonces. Tras la desestimación de la reclamación administrativa previa, el actor presentó demanda y el magistrado de instancia

reconoce el derecho a compatibilizar ambas pensiones hasta el tope máximo previsto legalmente.

El recurso de suplicación se articula sobre la base de que el actor en la época en que sufrió el accidente se hallaba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar y que, si bien la resolución por la que se reconoce la incapacidad permanente la emite el INSS, al tratarse de una prestación del mar debió ser reconocida por el ISM, aunque al derivar de accidente de trabajo, es abonada por el INSS, previo ingreso del capital coste por la Mutua. Hasta 2001 se entendía que, al generar el reconocimiento de la prestación una obligación de pago para el INSS, debía ser esa entidad la que reconociese la prestación. Desde entonces compete al ISM el reconocimiento de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo acaecido en el mar, aun cuando el pago efectivo lo siga efectuando el INSS.

En la relación de hechos probados, no obstante, se dice que el reconocimiento de la incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión de electricista se deriva de las secuelas consecuencia de los dos accidentes y que el dictamen propuesta indica que su profesión era la de "mantenimiento de grúas" y que su patología guardaba conexión con el accidente protagonizado en el año 1991. Precisamente, esa fue la situación invalidante estimada compatible con otras ocupaciones por sentencia judicial firme.

Entiende la Sala que, en principio y salvo los supuestos de incompatibilidad establecidos por el legislador, no existe obstáculo alguno para que un mismo beneficiario pueda percibir dos o más pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social. Las pensiones procedentes de distintos regímenes son compatibles, sin necesidad de acudir al cómputo recíproco de cotizaciones, que, precisamente, se aplicará solo para el caso de que el trabajador no hubiere reunido los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión.

Sí existe, en cambio, en cada uno de los regímenes del sistema de Seguridad Social una regla general sobre incompatibilidad entre sus pensiones, salvo que se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. Esa regla impide,

en principio, a una misma persona beneficiarse del disfrute simultáneo de dos o más pensiones reconocidas dentro de un mismo régimen. Y esa incompatibilidad es la que plantea el ISM en el recurso, por aplicación del art. 18 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

Sin embargo, la Sala, coincide con el parecer del Magistrado de instancia y considera que las referidas prestaciones de invalidez y jubilación no derivan ambas del RETM, sino que la invalidez, reconocida en el año 1995, se causa en el Régimen General, y la pensión de jubilación, reconocida en 2017, en el RETM. Confirma, por tanto, su compatibilidad.

4. ACCIDENTES DE TRABAJO.- AGRESIÓN FÍSICA POR EL CÓNYUGE DE LA ADMINISTRADORA ÚNICA. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE LOS DEBERES DE SEGURIDAD Y PREVENCIÓN. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LAS SECUELAS FÍSICAS Y DAÑO MORAL CONSECUENCIA DE LA AGRESIÓN. CUANTÍA

STSJ DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DE 18 DE OCTUBRE DE 2019- RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 2520/2019- ECLI:ES:TSJGAL:2019:5834

La sentencia estima el recurso, en contra del criterio de instancia. El accidente se produjo por la agresión física al trabajador, mientras prestaba servicios en una obra de construcción, por parte del cónyuge de la administradora única de la sociedad empleadora, integrado también en el círculo rector de esta. Las dolencias devienen en una incapacidad permanente total reconocida al trabajador como consecuencia del accidente, no por las consecuencias físicas de la agresión -una herida contusa en labio superior que tardó cinco días en curar sin incapacidad para trabajar y sin restar ninguna secuela-, sino por las consecuencias psíquicas derivadas del conflicto laboral generado tras la agresión -un trastorno de adaptación mixto como reacción al estrés con las limitaciones orgánicas y/o funcionales consistentes en sintomatología psicopatológica de forma mantenida sin apreciarse criterios de gravedad, precisando

tratamiento médico de mantenimiento habitual con seguimiento médico especializado estrecho, moderada disminución de capacidad funcional-.

La deuda de seguridad del empresario del art. 14 LPRL comprende su obligación de salvaguardar la salud de los trabajadores de su empresa frente a todos los riesgos, sean de la clase que sean -físicos, químicos, biológicos, psicosociales, ambientales, mecánicos o ergonómicos-. Por tanto, debe incluir la obligación de protección frente a la violencia en el trabajo que el propio empleador o personas de su entorno pueden cometer. Esas violencias se encuentran desarrolladas, más específicamente, en el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (2007), y en el Acuerdo-Guía Multisectorial sobre violencia y acoso de terceros (2010).

Con todo, la Sala considera únicamente indemnizables las secuelas físicas y el daño moral asociado a las mismas en clave de vulneración del art. 15 CE -derecho fundamental a la integridad-, sin considerar las consecuencias psíquicas subsiguientes al conflicto laboral. Ello reduce sensiblemente la indemnización solicitada. Con todo, fija la indemnización en 15.000 €, al valorar las circunstancias personales y profesionales del trabajador del trabajador -edad, antigüedad en la empresa, categoría profesional, salario, compatibilidad con otros trabajos-; la gravedad y culpabilidad del incumplimiento empresarial -una agresión constitutiva de delito doloso leve realizada por persona de cuyas acciones la empresa debe responder civilmente-; y la percepción en cuantía de 26.136 euros de la indemnización establecida en convenio colectivo y cuya detracción de la cuantía que pudieran ser reconocidas por la responsabilidad civil de la empresa ordena el propio convenio.

En cuanto a la posible imputación de responsabilidades a la aseguradora con la que la empresa tenía concertada póliza de seguro de responsabilidad civil, la Sala la exime de responsabilidad por la exclusión de la agresión de la póliza.

5. RECARGO DE PRESTACIONES.- OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. IMPRUDENCIA NO

TEMERARIA DEL TRABAJADOR. FALTA DE FORMACIÓN ESPECÍFICA AL EFECTO**STSJ DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DE 29 DE OCTUBRE DE 2019– RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 3014/2019- ECLI:ES:TSJGAL:2019:5834**

Confirma la Sala la sentencia de instancia, que considera ajustadas a derecho las resoluciones administrativas impugnadas por las partes. El trabajador, cuya profesión habitual es la de pintor, sufre un accidente de trabajo al caer tras perder el equilibrio mientras estaba subido a una escalera de mano, dentro de su jornada laboral, realizando tareas de inventario del material almacenado. En concreto, cuando bajaba de la escalera sujetando con las dos manos una caja de unos quince kilogramos. La empresa había hecho entrega al trabajador de los EPIS y de documentación relativa al procedimiento para la manipulación correcta de cargas, en la que consta que se evitará manejar cargas subiendo cuestas, escalones o escaleras. También de otra documentación de prevención (manual de primeros auxilios, elección y utilización de extintores de incendios portátiles, normas de actuación al recibir órdenes de evacuación, consejos de prudencia en el manejo de máquinas de carpintería, fichas de normas de seguridad de herramientas manuales...) El actor recibió también formación de trabajos en talleres mecánicos, estando incluida en el temario la manipulación de cargas. No consta, en cambio, que recibiese EPIS o formación específica para la realización de tareas de inventario de material almacenado, que no son propias de su trabajo habitual, cual es la realización de tareas de inventario de material almacenado, ni de que se hayan incluido en la evaluación de riesgos los existentes en la realización de dicha tarea. Tampoco consta que se hayan puesto a disposición del trabajador para garantizar que la movilidad de una caja de esas características fuera segura. Se considera, en consecuencia, incumplido el art. 16 LPRL. El art. 96.2 LJS atribuye a los deudores de seguridad la carga de probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad y no permite apreciar como elemento exonerador de la responsabilidad la

culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira. Entiende la Sala que el precepto modifica parcialmente la doctrina jurisprudencial que exigía, como requisitos generales para la imposición del recargo: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado; b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado; c) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa; d) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

En el caso de autos, si bien el actor podía tener conocimientos generales de manipulación de cargas y saber que no debía de evitar manipular cargas subiendo cuestras, escalones o escaleras, no puede entenderse, a juicio de la Sala, que actuó con imprudencia temeraria sino más bien con la confianza de que podía realizar la tarea, ante la ausencia de una conciencia clara de peligro en la situación concreta. En consecuencia, no se admite la ruptura del nexo causal entre el incumplimiento de la normativa de prevención y el accidente por la actuación del trabajador, que liberaría al empresario de responsabilidad en materia de recargo.

6. PENSIÓN DE JUBILACIÓN.- BASE REGULADORA. TRABAJADOR MIGRANTE. APLICACIÓN DE CONVENIO BILATERAL. BASES MEDIAS.

STSJ DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DE 13 NOVIEMBRE DE 2019- RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 1999/2019

La Sala confirma la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, que estima la demanda del trabajador migrante, sobre revisión de la base reguladora de su pensión de jubilación.

Al trabajador le fue reconocida en 2009 pensión de jubilación en aplicación de los reglamentos comunitarios

1408/1971 y 574/1972, sobre la base de las cotizaciones reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (apartado D del anexo VI del Reglamento 1408/71) y un porcentaje aplicable del 100% -por 17.154 días cotizados: 3245 en España y 13.909 en Reino Unido-.

En 2016 solicita al ISM la revisión de la pensión, calculando la base reguladora a partir de las bases medias con Reino Unido, en aplicación del art. 16.2 del Convenio entre España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 13 de septiembre de 1974. La diferencia es sustancial pues la base reguladora pasaría de los 10,47 € a 1431,47 €, La primera calculada tomando en consideración bases remotas efectivamente cotizadas a la Seguridad Social española en el período inmediatamente anterior a la última cotización en España, con las correspondientes lagunas. La segunda, si se tomasen en consideración las bases ficticias o bases medias de un asegurado que hubiese trabajado en España en el período previo inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación. Tras la denegación y la posterior desestimación de la reclamación administrativa previa, el Juzgado condena al ISM a que abone las diferencias desde la fecha de solicitud de la revisión.

La representación jurídica del ISM alega en suplicación aplicación indebida del Convenio hispano-británico e infracción de la doctrina de la STS de 14 de febrero de 2018 que rectifica doctrina anterior, en relación con el Convenio hispano-belga al considerar que este convenio, a diferencia del art. 25.1 h) Convenio hispano-alemán, que se refiere a la aplicación de bases medias, no contempla la bases medias para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, como tampoco se contemplan en el Convenio hispano-británico.

En relación con los trabajadores que han prestado servicios en España y en países de la Unión Europea con los que existía Convenio de Seguridad Social, la aplicación de los Reglamentos comunitarios 1408/1971 cede a favor de la establecida en el Acuerdo bilateral de que se trate, si de la misma deriva un trato más favorable para el asegurado, incluso aunque la pensión se cause después de la adhesión

de España a la UE. En el caso del Convenio con Bélgica expresamente se preveía en su art. 19 que el salario medio tomado en consideración para calcular la pensión en un país debía determinarse "según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país", haciendo referencia, por tanto, a los salarios reales. Y entiende el ISM, en contra del criterio de instancia, que esa doctrina resulta de aplicación al presente caso, al no contemplar el Convenio hispano-británico la bases medias para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.

El art. 16 del Convenio hispano-británico establece las reglas para determinar las pensiones de vejez y supervivencia, fijando simplemente criterios en orden a determinar la legislación aplicable y a la totalización de los periodos de cotización y prorata. No concreta, en cambio, las bases computables para el cálculo de la base reguladora. La Sala opta en este caso por seguir el criterio de la sentencia de instancia, basado en la STS de 31 de enero de 2011, que aplica la misma doctrina que la reproducida respecto del Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos y entiende aplicables las bases ficticias o bases medias de un asegurado que hubiese trabajado en España en el período previo inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación.