

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

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

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

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

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

1. SEGURIDADE SOCIAL DOS TRABALLADORES MIGRANTES. ACCESO Á PENSIÓN DE XUBILACIÓN ANTICIPADA. REQUISITOS: IMPORTE MÍNIMO DA PENSIÓN A PERCIBIR. ASIMILACIÓN DE PRESTACIÓNS.

STXUE, SALA OITAVA, SECCIÓN 1ª, DO 5 DE DECEMBRO DE 2019– ASUNTOS ACUMULADOS A.B.T. (C-398/18) E J.P.K.F.B. (C-428/18) E INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL E TESOURERÍA XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL (ECLI:EU:C:2019:1050)

O TXUE resolve unha cuestión prexudicial exposta polo TSX de Galicia en termos idénticos ante dous litixios suscitados por mor da denegación dunha pensión de xubilación anticipada a dous traballadores migrantes, que o TXUE decide acumular e resolver conxuntamente.

O INSS xustifica a súa decisión co argumento de que o importe da pretensión que se pretende causar non alcanzaba a contía da pensión mensual mínima que lles correspondería aos potenciais beneficiarios pola súa situación familiar ao cumprir a idade ordinaria de xubilación, requisito esixido polo art. 208 LXSS para acceder á

xubilación anticipada. En ambos os casos, o traballador acreditaba períodos de cotización en España e en Alemaña, así como o dereito a unha pensión de xubilación en Alemaña cuxa suma á pensión de xubilación anticipada que podía causar en España superaba folgadoamente a contía da pensión mínima que lle correspondería ao cumprir a idade de xubilación. Tras as reclamacións previas presentadas polos interesados e a confirmación da denegación polo INSS, os traballadores interpuxeron demandas ante os Xulgados do Social núm. 2 de Ourense e da Coruña. Os dous xulgados desestiman as demandas ao considerar que o importe da «pensión a percibir» que, para causar o dereito a percibir unha pensión de xubilación anticipada, debe ser, ex art. 208 LXSS, superior ao importe da pensión mínima aplicable ao interesado ao cumprir a idade ordinaria de xubilación, é o importe da pensión real xerada a cargo do Reino de España, que en ambos os casos era inferior á contía da pensión mínima correspondente, sen computar para estes efectos a pensión da mesma natureza que puidese percibir doutro ou outros Estados membros. Realizan, pois, unha interpretación teleolóxica da norma e teñen en conta o obxectivo do lexislador de manter dentro do mercado laboral a persoas que aínda non chegaron á idade legal de xubilación e evitar complementar ata o mínimo legal pensións de xubilación.

Ante a desestimación da demanda, os traballadores interpuxeron senllos recursos de suplicación ante o TSX de Galicia. Este tribunal considera que deben computarse as pensións xeradas tanto en España como en Alemaña, cuxa suma excede da contía da pensión mínima española e, por tanto, de acordo co art. 14.3 do Real decreto 1170/2015, sobre revalorización de pensións de 2016, o traballador non tería dereito a un complemento de mínimos, nin representarían unha carga para o sistema de seguridade social español.

O tribunal, con todo, eleva unha cuestión prexudicial ao TXUE, formulada en termos idénticos en ambos os asuntos, para preguntar se a interpretación do INSS constitúe unha discriminación contraria ao dereito da UE e, en concreto, ao art. 48 TFUE, na medida en que un traballador con dereito a

unha pensión causada en polo menos dous Estados membros pode non ter dereito a tal pensión de xubilación anticipada, mentres que un traballador con dereito a unha pensión da mesma contía, pero a cargo exclusivamente do Reino de España, tería dereito a ela.

O Tribunal reconduce a análise da cuestión prexudicial ao Regulamento núm. 883/2004, que inclúe expresamente no seu ámbito de aplicación as prestacións anticipadas de vellez -arts. 1.x) e 3.1.d)-. A conformidade do Dereito interno con este Regulamento non se formula en relación co requisito en si mesmo senón coa interpretación das institucións competentes e os tribunais españois, que unicamente inclúen no cálculo da «pensión a percibir» a causada a cargo do Reino de España, sen computar outras pensións equivalentes xeradas noutros Estados membros ás que puidese ter dereito o interesado.

Seguindo o criterio do Avogado Xeral nas súas conclusións, o Tribunal considera aplicable ás controversias o art. 5.a) do Regulamento que recolle o principio de asimilación de prestacións, de ingresos e de feitos, introducido previamente pola xurisprudencia do propio TXUE, ao estimar que a pensión á que teñen dereito os traballadores constitúe un «gozo de prestacións de seguridade social», no sentido da devandita disposición, pois se o seu importe superase o da pensión mínima aplicable, xerarían dereito á pensión de xubilación anticipada.

Por conseguinte, as autoridades competentes deben ter en conta non só o gozo das prestacións de seguridade social adquiridas polo interesado en virtude da lexislación dese Estado, senón tamén o gozo das "prestacións equivalentes" adquiridas en calquera outro Estado membro. Compete, con todo, ao tribunal remitente a comprobación de que as pensións son equivalentes.

E considera que pode resultar contrario ao art. 4 do Regulamento e indirectamente discriminatorios a esixencia polo Dereito nacional de requisitos que, aínda cando se apliquen con independencia da nacionalidade, prexudican fundamentalmente ou en maior medida aos traballadores migrantes, a menos que a diferenza de trato teña unha xustificación obxectiva e a medida supere o xuízo de

adecuación e proporcionalidade. O Tribunal entende que non estaría xustificado o trato discriminatorio para traballadores migrantes, aínda cando poida perseguir obxectivos de interese xeral, como a diminución do recurso á xubilación anticipada e evitar cargas adicionais ao sistema de seguridade social, pois a medida non é proporcionada.

2. COMPLEMENTO POR MÍNIMOS. RENDEMENTOS DE TRABALLO E RENDEMENTOS SUBSTITUTIVOS. PENSIÓNS OU RENDAS PERCIBIDAS DUNHA ENTIDADE ESTRANXEIRA. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA. VOTO PARTICULAR.

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

A sentenza de casación unificadora estima o recurso interposto polo INSS e casa a STSX de Galicia do 30 de marzo de 2017. O obxecto do litixio era determinar se a renda que percibe a actora dun fondo de pensións para empregados do Hotel Intercontinental Génève, no que prestou servizos durante o tempo de traballo en Suíza, debe computarse a efectos de establecer se ten dereito a percibir os complementos por mínimos da pensión causada no RETA a cargo da Seguridade Social española. A pensionista é perceptora tamén dunha pensión de invalidez absoluta recoñecida pola Seguridade Social Suíza.

A pensión española causada no RETA ascendía a 19 € mensuais, aínda que se lle asignou un complemento a mínimos á pensión da actora. En 2015, o INSS requírelle unha declaración de ingresos e xustificantes das dúas pensións que percibe de Suíza e declara indebidamente percibida certa contía do complemento nas dúas anualidades anteriores. Os seus ingresos superan o límite de rendas previsto no Real decreto anual sobre revalorización de pensións, se se computa a renda mensual que percibe do fondo de pensións como pensión concorrente a efectos da aplicación do complemento de mínimos. A xuízo do INSS, debe computarse ao ter a consideración de ingresos ou complemento de traballo -rendementos

substitutivos das rendas de traballo das que se xerou o dereito á súa percepción-.

Tras a desestimación da reclamación administrativa previa, o Xulgado do Social núm. 4 de Pontevedra en instancia revoga e deixa sen efecto a resolución do INSS e o TSX de Galicia en suplicación desestima o recurso. Ampáranse os tribunais na doutrina da STS do 3 de novembro de 2011, rcud. 4615/2010 e en que a prestación do fondo foille recoñecida á actora por unha entidade suíza atendendo exclusivamente ás cotizacións ingresadas e en aplicación da súa propia lexislación, sen ter en conta as cotizacións en España e sen ser recoñecida ao amparo dun convenio bilateral ou multilateral de Seguridade Social.

É importante destacar que a normativa de Seguridade Social de Suíza impón a obrigaición a todas as empresas de concertar un seguro obrigatorio que garanta esa renda complementaria como parte do seu sistema público, e por este motivo ten carácter de pensión pública e non de fondo privado de pensións.

O INSS invoca de contraste a STSX de Valencia do 20 de xaneiro de 2009, rec. 1130/2008, en relación coa pensión de xubilación dun traballador migrante, ao que se recoñecen, polos períodos traballados en Francia, dúas pensións do sistema de Seguridade Social francés, unha básica e outra complementaria, que se computa tamén como renda substitutiva do traballo a efectos do complemento por mínimos, con independencia da súa natureza, ao considerarse determinante que a súa percepción obedeza a substituír as rendas de traballo que a xeraron.

Tanto o art. 59 LXSS, como a LPXE e o RD de revalorización de pensións de cada anualidade, condicionan o dereito á percepción do complemento por mínimos ao requisito de que o beneficiario da pensión a complementar non perciba rendementos do traballo, do capital ou de actividades económicas e ganancias patrimoniais, ou que, de percibilos, tales rendementos sexan inferiores á contía establecida para cada exercicio e teña dereito á diferenza. O TS, tendo en conta a natureza asistencial do complemento por mínimos e a súa finalidade de garantir ao beneficiario uns ingresos

suficientes, por baixo dos cales se está en situación legal de pobreza, toma como referencia do concepto de rendementos de traballo, para o complemento por mínimos, o concepto aplicable a efectos do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas, conforme ao establecido no art. 59 LXSS. Ese concepto inclúe todo tipo de rendas que perciba o beneficiario en razón da prestación de servizos laborais que puidese estar a realizar ou realizase no pasado, xa se cualifique como rendimento do traballo ou como rendimento substitutivo das rendas de traballo. Entre eles, as prestacións económicas e plans de pensións a cargo de calquera empresa, mesmo se son xeradas ou percibidas dunha entidade estranxeira.

É precisamente neste extremo e en relación coas pensións recoñecidas en aplicación de normas internacionais no que se produce un cambio de criterio. En concreto, en relación co RD de revaloración de pensións de vixencia anual e a previsión sobre a revalorización das pensións recoñecidas en aplicación de normas internacionais e o complemento de mínimos.

O RD impón á Seguridade Social española a obrigaón de garantir a contía da pensión mínima aos residentes en España, nos supostos nos que lle corresponde pagar unha parte a *pro rata temporis*, cando a suma das pensións española e estranxeira recoñecidas, non alcance ese mínimo. Con todo, establece unha excepción á consideración como ingresos ou rendementos de traballo das prestacións percibidas con cargo á entidade estranxeira. Esa excepción foi a utilizada polo TSX de Galicia, sobre a base da interpretación da STS do 3 de novembro de 2011, para excluír do cómputo a prestación do fondo recoñecida á actora pola entidade suíza. O TS entende agora, en cambio, que esta excepción non pretende excluír esta clase de prestacións do cómputo de ingresos que debe terse en conta para o complemento por mínimos senón facer compatibles as fórmulas previstas para que a Seguridade Social española poida complementar as pensións percibidas dunha entidade estranxeira cos mínimos cando legalmente proceda, sen excluír esa clase de prestacións do cómputo dos ingresos que deben terse en conta para determinar o

complemento. Outra interpretación, a xuízo do Pleno, incorrería en *ultra vires*, outorgaría un tratamento desigual e inxustificado aos beneficiarios das pensións, en razón de que sexa nacional ou estranxeira a entidade da que perciben esas outras prestacións e mantería o dereito ao complemento con independencia da contía da prestación percibida da entidade estranxeira, en contra da propia natureza e finalidade dos complementos.

Conclúe o TS que, para calcular o dereito ao complemento por mínimos, a doutrina correcta é a que obriga a contabilizar todas as prestacións que o pensionista poida percibir dunha entidade estranxeira, que serán consideradas ingresos ou rendementos do traballo, rectificando en tal sentido a doutrina da STS do 3 de novembro de 2011, que eximía de tal cómputo as pensións recoñecidas no estranxeiro sobre a base exclusivamente das cotizacións ingresadas naquel país sen ter en conta o cotizado en España.

Discrepa do criterio maioritario a maxistrada Viroles Piñol, que emite voto particular. Á marxe da falta de contradición coa sentenza de contraste, difire tamén do fondo. En particular, non comparte a aplicación das normas do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas e destaca que a pensión recoñecida á actora pola prestación dos seus servizos en Suíza, non se trata dunha pensión recoñecida ao amparo dun convenio bilateral ou multilateral de Seguridade Social. A prestación do fondo foi recoñecida con base exclusivamente nas cotizacións ingresadas nese Estado e en aplicación da súa propia lexislación, sen que se computase cotización ningunha española. Conclúe o seu razoamento afirmando que a solución axustada a dereito era a contida na STS do 3 de novembro de 2011.

3. COMPATIBILIDADE DE PENSIÓNS EN RÉXIME DE PLURIACTIVIDADE. PENSIÓN DE XUBILACIÓN DO RÉXIME DE TRABALLADORES DO MAR E PENSIÓN DE INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL NO RÉXIME XERAL.

**STX, SALA DO SOCIAL, DE 20 SETEMBRO 2019 –
RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 1758/2019 –
ECLI:ES:TSXGAL:2019:5122**

Desestima a Sala o recurso de suplicación interposto polo Instituto Social da Mariña contra a sentenza do 10 de decembro de 2018, do Xulgado do Social núm. 5 de Vigo. Na declaración de feitos probados recóllese que en 1995 foille recoñecida ao actor unha pensión de incapacidade permanente total no Réxime Xeral para o desempeño da profesión de electricista –de "mantemento de guindastres", segundo indica o ditame proposta-, tras sufrir senllos accidentes de traballo en 1991 e 1994 e permanecer en situación de incapacidade temporal, con recaída e unha intervención por hernia discal, como consecuencia das secuelas derivadas dos accidentes. Na época na que sofre o segundo accidente achábase afiliado ao Réxime Especial de Traballadores do Mar prestando servizos como electricista de altura. Ao longo da súa vida laboral iniciada no ano 1966, completou 8.150 días ao Réxime Xeral, 242 días ao RETA e 6.128 días ao Réxime Especial do Mar. En vía xudicial, foille recoñecida a compatibilidade da pensión con traballos desenvolvidos como mecánico en planta de elaboración frigorífica e como mecánico naval para distintas empresas. En 2017, recoñécese a favor do actor a pensión de xubilación do Réxime Especial de Traballadores do Mar, pero o ISM comunícalle que a dita pensión devíña incompatible coa de invalidez permanente, debendo optar o beneficiario nun prazo de 10 días hábiles pola que considerase máis conveniente, baixo a advertencia de que, a falta de elección, entenderíase efectuada a opción pola pensión que viña percibindo ata entón. Tras a desestimación da reclamación administrativa previa, o actor presentou demanda e o maxistrado de instancia recoñece o dereito a compatibilizar ambas as pensións ata o tope máximo previsto legalmente.

O recurso de suplicación artículase sobre a base de que o actor na época en que sufriu o accidente achábase afiliado ao Réxime Especial de Traballadores do Mar e que, aínda que a resolución pola que se recoñece a incapacidade permanente emitea o INSS, ao tratarse dunha prestación do

mar debeu ser recoñecida polo ISM, aínda que ao derivar de accidente de traballo, é pagada polo INSS, previo ingreso do capital custo pola Mutua. Ata 2001 entendíase que, ao xerar o recoñecemento da prestación unha obrigaçión de pago para o INSS, debía ser esa entidade a que recoñecese a prestación. Desde entón compete ao ISM o recoñecemento das prestacións derivadas de accidente de traballo acaecido no mar, aínda cando o pago efectivo o siga efectuando o INSS.

Na relación de feitos probados, con todo, dise que o recoñecemento da incapacidade permanente total para o desempeño da profesión de electricista derivase das secuelas consecuencia dos dous accidentes e que o ditame proposta indica que a súa profesión era a de "mantemento de guindastres" e que a súa patoloxía gardaba conexión co accidente protagonizado no ano 1991. Precisamente, esa foi a situación invalidante estimada compatible con outras ocupacións por sentenza xudicial firme.

Entende a Sala que, en principio e salvo os supostos de incompatibilidade establecidos polo lexislador, non existe obstáculo algún para que un mesmo beneficiario poida percibir dous ou máis pensións procedentes de distintos réximes da Seguridade Social. As pensións procedentes de distintos réximes son compatibles, sen necesidade de acudir ao cómputo recíproco de cotizacións, que, precisamente, aplicárase só para o caso de que o traballador non reunise os períodos de carencia precisos para causar dereito á pensión.

Si existe, en cambio, en cada un dos réximes do sistema de Seguridade Social unha regra xeral sobre incompatibilidade entre as súas pensións, salvo que se dispoña o contrario legal ou regulamentariamente. Esa regra impide, en principio, a unha mesma persoa beneficiarse do gozo simultáneo de dous ou máis pensións recoñecidas dentro dun mesmo réxime. E esa incompatibilidade é a que formula o ISM no recurso, por aplicación do art. 18 da Lei 47/2015, do 21 de outubro, reguladora da protección social das persoas traballadoras do sector marítimo- pesqueiro.

Con todo, a Sala, coincide co parecer do Maxistrado de instancia e considera que as referidas prestacións de

invalidez e xubilación non derivan ambas do RETM, senón que a invalidez, recoñecida no ano 1995, cáusase no Réxime Xeral, e a pensión de xubilación, recoñecida en 2017, no RETM. Confirma, por tanto, a súa compatibilidade.

4. ACCIDENTES DE TRABAJO.- AGRESIÓN FÍSICA POLO CÓNIXE DA ADMINISTRADORA ÚNICA. INCUMPRIMENTO EMPRESARIAL DOS DEBERES DE SEGURIDADE E PREVENCIÓN. INDEMNIZACIÓN DE DANOS E PREXUIZOS POLAS SECUELAS FÍSICAS E DANO MORAL CONSECUENCIA DA AGRESIÓN. CONTÍA STSX DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DO 18 DE OUTUBRO DE 2019- RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 2520/2019-ECLI:ES:TSXGAL:2019:5834.

A sentenza estima o recurso, en contra do criterio de instancia. O accidente produciuse pola agresión física ao traballador, mentres prestaba servizos nunha obra de construción, por parte do cónxuxe da administradora única da sociedade empregadora, integrado tamén no círculo reitor desta. As doenzas debeñen nunha incapacidade permanente total recoñecida ao traballador como consecuencia do accidente, non polas consecuencias físicas da agresión -unha ferida contusa en beizo superior que tardou cinco días en curar sen incapacidade para traballar e sen restar ningunha secuela-, senón polas consecuencias psíquicas derivadas do conflito laboral xerado tras a agresión -un trastorno de adaptación mixto como reacción á tensión coas limitacións orgánicas e/ou funcionais consistentes en sintomatoloxía psicopatolóxica de forma mantida sen apreciarse criterios de gravidade, precisando tratamento médico de mantemento habitual con seguimento médico especializado estreito, moderada diminución de capacidade funcional-.

A débeda de seguridade do empresario do art. 14 LPRL comprende a súa obrigaición de salvagardar a saúde dos traballadores da súa empresa fronte a todos os riscos, sexan da clase que sexan -físicos, químicos, biolóxicos, psicosociais, ambientais, mecánicos ou ergonómicos-. Por tanto, debe incluír a obrigaición de protección fronte á

violencia no traballo que o propio empregador ou persoas da súa contorna poden cometer. Esas violencias atópanse desenvolvidas, máis especificamente, no Acordo Marco Europeo sobre acoso e violencia no lugar de traballo (2007), e no Acordo-Guía Multisectorial sobre violencia e acoso de terceiros (2010).

Non obstante, a Sala considera unicamente indemnizables as secuelas físicas e o dano moral asociado a estas en clave de vulneración do art. 15 CE -dereito fundamental á integridade-, sen considerar as consecuencias psíquicas subseguintes ao conflito laboral. Iso reduce sensiblemente a indemnización solicitada. Con todo, fixa a indemnización en 15.000 €, ao valorar as circunstancias persoais e profesionais do traballador –idade, antigüidade na empresa, categoría profesional, salario, compatibilidade con outros traballos-; a gravidade e culpabilidade do incumprimento empresarial -unha agresión constitutiva de delito doloso leve realizada por persoa de cuxas accións a empresa debe responder civilmente-; e a percepción en contía de 26.136 euros da indemnización establecida en convenio colectivo e cuxa detracción da contía que puidesen ser recoñecidas pola responsabilidade civil da empresa ordena o propio convenio. En canto á posible imputación de responsabilidades á aseguradora coa que a empresa tiña concertada póliza de seguro de responsabilidade civil, a Sala exímea de responsabilidade pola exclusión da agresión da póliza.

5. RECARGA DE PRESTACIÓNS.- OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. IMPRUDENCIA NON TEMERARIA DO TRABALLADOR. FALTA DE FORMACIÓN ESPECÍFICA PARA O EFECTO.

STX DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DO 29 DE OUTUBRO DE 2019- RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 3014/2019-ECLI:ES:TSXGAL:2019:5834.

Confirma a Sala a sentenza de instancia, que considera axustadas a dereito as resolucións administrativas impugnadas polas partes. O traballador, cuxa profesión habitual é a de pintor, sofre un accidente de traballo ao caer tras perder o equilibrio mentres estaba subido a unha

escaleira de man, dentro da súa xornada laboral, realizando tarefas de inventario do material almacenado. En concreto, cando baixaba da escaleira suxeitando coas dúas mans unha caixa duns quince quilogramos. A empresa fixera entrega ao traballador dos EPIS e de documentación relativa ao procedemento para a manipulación correcta de cargas, na que consta que se evitará manexar cargas subindo costas, chanzos ou escaleiras. Tamén doutra documentación de prevención (manual de primeiros auxilios, elección e utilización de extintores de incendios portátiles, normas de actuación ao recibir ordes de evacuación, consellos de prudencia no manexo de máquinas de carpintería, fichas de normas de seguridade de ferramentas manuais...) O actor recibiu tamén formación de traballos en talleres mecánicos, estando incluída no temario a manipulación de cargas. Non consta, en cambio, que recibise EPIS ou formación específica para a realización de tarefas de inventario de material almacenado, que non son propias do seu traballo habitual, como é a realización de tarefas de inventario de material almacenado, nin de que se incluíron na avaliación de riscos os existentes na realización desa tarefa. Tampouco consta que se puxesen a disposición do traballador para garantir que a mobilidade dunha caixa desas características fose segura. Considérase, en consecuencia, incumprido o art . 16 LPRL.

O art. 96.2 LXS atribúe aos debedores de seguridade a carga de probar a adopción das medidas necesarias para previr ou evitar o risco, así como calquera factor excluínente ou minorador da súa responsabilidade e non permite apreciar como elemento exonerador da responsabilidade a culpa non temeraria do traballador nin a que responda ao exercicio habitual do traballo ou á confianza que este inspira. Entende a Sala que o precepto modifica parcialmente a doutrina xurisprudencial que esixía, como requisitos xerais para a imposición da recarga: a) que a empresa cometese algunha infracción consistente no incumprimento dalgunha medida de seguridade xeral ou especial, e que iso resulte cumpridamente acreditado; b) Que medie relación de causalidade entre a infracción e o resultado danoso, o cal ha de resultar certamente probado;

c) Que exista culpa ou negligencia por parte da empresa; d) Que esa culpa ou negligencia sexa apreciable á vista da dilixencia esixible, que resulta ser a propia dun prudente empregador, atendidos criterios de normalidade e razoabilidade.

No caso de autos, aínda que o actor podía ter coñecementos xerais de manipulación de cargas e saber que non debía manipular cargas subindo costas, chanzos ou escaleiras, non pode entenderse, a xuízo da Sala, que actuou con imprudencia temeraria senón máis ben coa confianza de que podía realizar a tarefa, ante a ausencia dunha conciencia clara de perigo na situación concreta. En consecuencia, non se admite a ruptura do nexos causal entre o incumprimento da normativa de prevención e o accidente pola actuación do traballador, que liberaría ao empresario de responsabilidade en materia de recarga.

6. PENSIÓN DE XUBILACIÓN.- BASE REGULADORA. TRABALLADOR MIGRANTE. APLICACIÓN DE CONVENIO BILATERAL. BASES MEDIAS.

STX DE GALICIA, SALA DO SOCIAL, SECCIÓN 1ª, DE 13 NOVEMBRO DE 2019- RECURSO DE SUPLICACIÓN NÚM. 1999/2019

A Sala confirma a sentenza de instancia do Xulgado do Social núm. 3 da Coruña, que estima a demanda do traballador migrante, sobre revisión da base reguladora da súa pensión de xubilación.

Ao traballador foille recoñecida en 2009 pensión de xubilación en aplicación dos regulamentos comunitarios 1408/1971 e 574/1972, sobre a base das cotizacións reais do asegurado durante os anos inmediatamente anteriores ao pago da última cotización á Seguridade Social española (apartado D do anexo VI do Regulamento 1408/71) e unha porcentaxe aplicable do 100% -por 17.154 días cotizados: 3245 en España e 13.909 en Reino Unido-.

En 2016 solicita ao ISM a revisión da pensión, calculando a base reguladora a partir das bases medias con Reino Unido, en aplicación do art. 16.2 do Convenio entre España e o Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte do 13 de setembro de 1974. A diferenza é substancial pois a base

reguladora pasaría da 10,47 € a 1431,47 €. A primeira calculada tomando en consideración bases remotas efectivamente cotizadas á Seguridade Social española no período inmediatamente anterior á última cotización en España, coas correspondentes lagoas. A segunda, se se tomasen en consideración as bases ficticias ou bases medias dun asegurado que traballase en España no período previo inmediatamente anterior ao feito causante da prestación. Tras a denegación e a posterior desestimación da reclamación administrativa previa, o Xulgado condena ao ISM a que pague as diferenzas desde a data de solicitude da revisión.

A representación xurídica do ISM alega en suplicación aplicación indebida do Convenio hispano-británico e infracción da doutrina da STS do 14 de febreiro de 2018 que rectifica doutrina anterior, en relación co Convenio hispano-belga ao considerar que este convenio, a diferenza do art. 25.1 h) do Convenio hispano-alemán, que se refire á aplicación de bases medias, non contempla as bases medias para o cálculo da base reguladora da pensión de xubilación, como tampouco se contemplan no Convenio hispano-británico.

En relación cos traballadores que prestaron servizos en España e en países da Unión Europea cos que existía Convenio de Seguridade Social, a aplicación dos Regulamentos comunitarios 1408/1971 cede a favor da establecida no Acordo bilateral de que se trate, se dela deriva un trato máis favorable para o asegurado, mesmo aínda que a pensión se cause despois da adhesión de España á UE. No caso do Convenio con Bélxica expresamente se prevía no seu art. 19 que o salario medio tomado en consideración para calcular a pensión nun país debía determinarse "segundo os salarios comprobados durante o período de seguro cumprido no devandito país", facendo referencia, por tanto, aos salarios reais. E entende o ISM, en contra do criterio de instancia, que esa doutrina resulta de aplicación ao presente caso, ao non contemplar o Convenio hispano-británico as bases medias para o cálculo da base reguladora da pensión de xubilación.

O art. 16 do Convenio hispano-británico establece as regras para determinar as pensións de vellez e supervivencia, fixando simplemente criterios para determinar a lexislación aplicable e á totalización dos períodos de cotización e pro rata. Non concreta, en cambio, as bases computables para o cálculo da base reguladora. A Sala opta neste caso por seguir o criterio da sentenza de instancia, baseado na STS do 31 de xaneiro de 2011, que aplica a mesma doutrina que a reproducida respecto do Convenio bilateral de Seguridade Social entre España e os Países Baixos e entende aplicables as bases ficticias ou bases medias dun asegurado que traballase en España no período previo inmediatamente anterior ao feito causante da prestación.