

SEGURIDAD SOCIAL

Belén Fernández Docampo

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social
Universidad de Vigo

Palabras clave: Pluriactividad, convenios internacionales, jubilación, recargo de prestaciones, pensiones

Keywords: Pluriactivity, international conventions, retirement, surcharge performance, old age pensions

DOCTRINA JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de febrero de 2016 (recurso de suplicación núm. 1080/2015). Pluriactividad sucesiva en distintos regímenes de la Seguridad Social. Compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente total del Régimen Especial del Mar y Régimen General de la Seguridad Social.

Normas aplicadas:

Art. 122 LGSS 1994 (art. 163 LGSS 2015).

La sentencia que ahora se comenta analiza una de las situaciones más desconocidas de la Seguridad Social. A saber, la pluriactividad sucesiva en distintos regímenes públicos de protección. Y no porque no existan, y cada vez con mayor frecuencia, tales supuestos de pluriactividad, sino porque se trata de una realidad que nunca ha sido objeto de especial atención y estudio por parte de la doctrina científica. Por otro lado, porque su normativa reguladora, ciertamente escasa y antigua, proyecta una

falsa impresión en orden a su vigencia. Se trata, fundamentalmente, del Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, de cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes especiales de la Seguridad Social y el RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social. Y por último, por la confusión generalizada entre esta situación –la de pluriactividad sucesiva– con otra parecida en apariencia, pero totalmente diferente en cuanto a su régimen jurídico –la pluriactividad simultánea y el pluriempleo–. Todo ello ha provocado que nos encontremos con pronunciamientos judiciales erróneos, como el de instancia, que ha tenido que ser revocado por el TSJ de Galicia en la sentencia objeto de este comentario.

Bajo estas premisas, el punto de partida se sitúa en identificar la referida situación de pluriactividad sucesiva, que es la que acreditaba el actor y recurrente en los presentes autos. Y tal situación no es más que un encuadramiento sucesivo de un trabajador, a lo largo de su vida laboral y en distintos períodos temporales, en diferentes regímenes de la Seguridad Social. En los presentes autos, el recurrente había estado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en el Régimen General y en el Régimen de Trabajadores Autónomos, y siempre en distintos períodos temporales.

Al tratarse de períodos temporales independientes, la pluriactividad sucesiva no presenta particularidades en la afiliación o encuadramiento en los distintos regímenes, ni tampoco en la cotización. En cada momento será de aplicación la normativa específica reguladora del respectivo régimen de Seguridad Social en el que el trabajador se encuentre de alta. La problemática puede surgir a la hora de fijar el contenido y alcance de la acción protectora en tales situaciones. Pero repárese que se dice que *puede surgir*, no que vaya a surgir siempre. Y *puede surgir* en los siguientes casos. En primer lugar, cuando en ese deambular de regímenes de la Seguridad Social, el trabajador, en ninguno de ellos, complete todos los requisitos necesarios para acceder a la prestación una vez que surja la situación de necesidad. Y en segundo lugar, cuando una vez generado el

derecho a la prestación en uno de los regímenes, se plantee la posibilidad de computar las cotizaciones efectuadas en otro para la determinación de su cuantía y duración. Por el contrario, no existe ninguna polémica, como ocurre en el caso enjuiciado en la sentencia del TSJ de Galicia, cuando el encuadramiento en distintos regímenes genera duplicidad protectora por acreditarse en cada régimen de tránsito todos los requisitos necesarios para acceder a una prestación.

La posibilidad de generar una sola prestación en un solo régimen de Seguridad Social computando las cotizaciones efectuadas en otro –principio de conservación de derechos-, ha sido objeto de regulación específica en las normas antes mencionadas, el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, y el RD 691/1991, de 12 de abril. En síntesis, se procede a totalizar todos los períodos por los que se ha transitado a través de la técnica del cómputo recíproco de cotizaciones. Ahora bien, lo que no ha sido objeto de regulación, porque no la requiere, es la duplicidad protectora generada por el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a distintas prestaciones en distintos regímenes de la Seguridad Social, como acreditaba el recurrente en los presentes autos. En efecto, durante varios años, desde 1972 y 1989, y posteriormente, entre 1995 y 1999, el actor estuvo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar en el que le fue reconocida una pensión de incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual de marinero de bajura. Con posterioridad a dicha declaración, en concreto, entre los años 2002 y 2005, causó nuevamente alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y más tarde, entre 2005 y 2006, en el Régimen Especial de Autónomos. Fue en este último Régimen en el que se inició expediente para el reconocimiento al actor de una IPT por accidente no laboral como empresario de hostelería. Pero al constar que el afiliado ya percibía una pensión de incapacidad en el Régimen de Trabajadores del Mar, el INSS inició los trámites pertinentes a fin de que el ISM revisase el grado de incapacidad ya reconocida en orden a reconocerle una sola pensión de incapacidad. Más allá de los requisitos acreditados en el Régimen del Mar, el

actor reunía los necesarios para generar una segunda pensión de incapacidad permanente, y aunque nada se especifique en la sentencia, se supone que con la aplicación de la técnica del cómputo recíproco entre las cotizaciones efectuadas en el Régimen General y el de Autónomos. La tesis del INSS le llevó incluso a comunicar al actor un acuerdo sobre percepción indebida de prestaciones.

Disconforme con todo lo sucedido, el actor inició los trámites oportunos para su impugnación, primero administrativa y posteriormente judicial. Y ya en sede judicial se vio obligado a interponer recurso de suplicación, pues como fue anticipado más arriba, el juez de instancia, en un fallo técnicamente erróneo, desestimó su petición. Por suerte, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia puso orden en un supuesto que a la vista resulta ciertamente complejo, pero que presenta fácil solución, pues como también se dijo si se generan distintas prestaciones, en distintos regímenes, en función de las cotizaciones efectuadas en cada uno de ellos, no procede la aplicación de ninguna norma de totalización, ni de cómputo recíproco de cotizaciones y menos aún, como dispone la sentencia del TSJ, la regla sobre incompatibilidad de pensiones del Régimen General del art. 122 LGSS 1994 –en la actualidad, art. 163 LGSS 2015-.

En definitiva, para la Sala de Galicia la solución al conflicto es clara y, por lo tanto, reconoce la compatibilidad de las pensiones generadas en distintos regímenes de la Seguridad Social por los que se ha transitado en períodos diferentes, y ello por la sencilla y única razón de que no hay norma alguna que lo impide. En todo caso, por si a alguien le pudiera quedar algún resquicio de duda, aporta varias sentencias del TS, entre ellas, la de 12 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3316/2009), 20 de enero de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 708/2010) y 14 de julio de 2014 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3038/2013).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de abril de 2016 (recurso de suplicación núm. 3349/2015). Complemento por mínimos en pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales. Abono por la Seguridad Social española en el supuesto de que el otro Estado no haga efectivo el pago de la parte que le corresponde.

Normas aplicadas:

Art. 50 LGSS 1994 (art. 59 LGSS 2015).

Art. 14 RD 1045/2013, de 27 de diciembre.

Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988.

Son dos los temas analizados en la presente sentencia. Por un lado, el complemento a mínimos en las pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales y, por otro, la responsabilidad de la Seguridad Social española en el abono de parte de la pensión en el supuesto de que el otro Estado no haga efectivo el pago de la cuantía que le corresponda. El Estado incumplidor de sus obligaciones, en este supuesto, la República Bolivariana de Venezuela. Por lo tanto, resulta aplicable el Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988.

Según consta en los antecedentes de hecho de la sentencia de suplicación, a Don Agapito, que había desarrollado su actividad laboral en Venezuela y en España, el INSS le reconoció su pensión de jubilación por importe, a cargo de la Seguridad Social española, de 144.02 euros mensuales, cuantía resultante de la aplicación del porcentaje correspondiente por los años cotizados en España, más un complemento a mínimos y otro por residencia. El trabajador jubilado acredita 792 días cotizados en España –entre 2008 y 2011- y 6.104 días de cotización en Venezuela –entre 1970 y 2008-. Aunque nada se especifica en los hechos de la sentencia, se sobreentiende que el INSS efectuó los cálculos en base al art. 11 del Convenio Hispano-Venezolano de Seguridad Social de 1988. En cuanto al porcentaje de pensión a cargo de Venezuela, no consta que D. Agapito la venga percibiendo.

Ante el impago del importe de la pensión en la cuantía que le corresponde abonar a Venezuela, D. Agapito reclama su derecho a percibirla de la Seguridad Social española. En concreto, en la cuantía mínima de jubilación que esté prevista para mayores de 65 años con cónyuge a cargo y todo ello con efectos desde el día en el que el INSS le reconoció la condición de pensionista de jubilación.

Así planteados los términos del conflicto, la cuestión litigiosa de fondo versa sobre el alcance de la responsabilidad de un Estado, por los incumplimientos de otro, a la hora de abonar la cuantía de cualquier pensión a la que estuviesen obligados, cada uno de una parte, en virtud de la aplicación de un convenio internacional. Pero como se dijo al principio, directamente relacionado con este tema se encuentra el régimen de los complementos a mínimos de las pensiones. No en vano, en su escrito de demanda, el actor reclama a España el pago de la pensión de la que es titular por Venezuela, pero lo hace en la cuantía mínima prevista para mayores de 65 años con cónyuge a cargo.

Y tal petición, en los términos descritos, es atendida íntegramente por el juzgado de lo social que condena al INSS y a TGSS a abonar al actor la cuantía de la pensión en el importe solicitado, esto es, en el mínimo previsto para cada anualidad.

No conformes, los demandados interponen el correspondiente recurso de suplicación por infracción del ordenamiento jurídico, en concreto, del art. 14.3 RD 1045/2013, de 27 de diciembre, de revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social y otras prestaciones públicas para el ejercicio de 2014. En síntesis, según interpretan el contenido de dicho precepto, España solo tendrá que garantizar y por lo tanto abonar, la *diferencia* entre la cuantía de la pensión real –la calculada por las reglas del convenio bilateral en función de los años de cotización– y la cuantía de la pensión mínima. Lo que no podrá exigirse a España, en ningún caso, es el abono íntegro de dicha pensión mínima ante el impago por parte de la extranjera, pues el aludido precepto solo se refiere a un complemento que garantice al beneficiario la diferencia hasta un mínimo. Como sustento de tal interpretación, se

aportaban algunas sentencias, entre otras, la del TSJ de Galicia de 13 de junio de 2011 (recurso de suplicación núm. 1739/2001), en la que queda patente que no es posible imponer a un Estado una responsabilidad subsidiaria por las pensiones impagadas por otro Estado.

Ahora bien, esa doctrina fue posteriormente modificada y así lo pone de manifiesto y con acierto, la Sala de lo Social del TSJ Galicia. Y a tal fin, cita la jurisprudencia del TS, en concreto, la sentencia de 21 de marzo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5090/2004), que resuelve una cuestión similar a la planteada en Galicia siguiendo otra de 22 de noviembre de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5031/2004). Según el TS, la finalidad de los complementos a mínimos en un Estado social y democrático de derecho es garantizar, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, unos ingresos suficientes por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza una vez ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad. Esta es la interpretación que debe defenderse del art. 50 LGSS 1994 –en la actualidad, art. 59 LGSS 2015– cuando ordena computar a los efectos de alcanzar el límite de la cuantía mínima las cantidades percibidas como rentas del capital o del trabajo personal, supuestos en los que la norma se refiere a cantidades percibidas y no a cantidades devengadas. Y ese mismo sentido ha de darse al contenido del art. 14.3 RD 1045/2013, de 27 de diciembre. De lo que se trata es de garantizar al beneficiario, mientras resida en territorio español, el complemento necesario cuando la suma de los importes reales de las pensiones es inferior a la pensión mínima. Y se habla de importes reales, no ideales, con los que el beneficiario debe atender a sus necesidades que, desde luego, no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas. En definitiva, el TSJ de Galicia sigue correctamente una doctrina jurisprudencial, ciertamente consolidada, pese a la que todavía existen algunas reticencias por parte de los organismos gestores de la Seguridad Social para aceptarla, toda vez que supone un importante desembolso por incumplimientos de otros estados hacia sus asegurados.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de abril de 2016 (recurso de suplicación núm. 1858/2015). Pensión de jubilación. Determinación de la fecha inicial del devengo. Denegación inicial y reconocimiento posterior en base a nuevos datos.

Normas aplicadas:

Art. 43.1 LGSS 1994 (Art. 53.1 LGSS 2015).

Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988.

El conflicto que dio lugar a la sentencia que ahora se comenta surge a raíz de la determinación de la fecha de efectos económicos de la pensión de jubilación reconocida a la actora al amparo del Convenio Hispano-Venezolano de Seguridad Social, de 12 de mayo de 1988, toda vez que para su reconocimiento fue necesaria la tramitación de dos solicitudes.

La primera solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación, cursada por la actora a la Seguridad Social española, le fue denegada por no acreditar suficientes cotizaciones en Venezuela. La solicitud había sido presentada el 30 de noviembre de 2011 y la resolución denegatoria del INSS fue dictada el de 10 de mayo de 2012. En el mes de enero de 2013, el expediente fue revisado de oficio por la Seguridad Social española a raíz de haber recibido una nueva certificación de cotizaciones de la actora en Venezuela. Efectuada la revisión, la entidad gestora le reconoce la prestación de jubilación por el importe correspondiente y con fecha de efectos económicos de 12 de septiembre de 2012, esto es, 3 meses antes de la entrada en el INSS de la certificación de cotizaciones remitida por Venezuela.

Disconforme la pensionista con la fecha de fijación de efectos económicos de su pensión, la impugna ante el juzgado de lo social que estima íntegramente su demanda y declara el derecho de su comunidad hereditaria –se entiende que la actora ha fallecido– a “cobrar la pensión de jubilación en la cuantía reconocida, con efectos económicos desde la fecha de la solicitud de la misma, el 30 de noviembre de 2011”. Para el juzgador *a quo* se ha

producido un error material en el reconocimiento de la prestación que ha obligado a la entidad gestora a rectificar la resolución denegatoria inicial, por lo que quiebra la aplicación de la regla general de la retroactividad máxima de los efectos económicos a los tres meses anteriores desde la solicitud del art. 43.1 LGSS –ahora art. 53.1 LGSS 2015-. Como era de esperar, el INSS interpuso el correspondiente recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, al entender infringido el aludido art. 43.1 LGSS 1994. Y el recurrente lo tiene claro: la sentencia del juzgado de lo social confunde los dos párrafos de dicho precepto que regulan el régimen de retroactividad de los efectos económicos de las prestaciones en dos situaciones diferentes. La primera, la de concesión inicial, cuyos efectos económicos han de retrotraerse, como máximo, a los tres meses anteriores a la solicitud. Y la segunda, la de revisión de una prestación inicialmente concedida, cuyos efectos económicos también se retrotraen, pero esta vez, a los tres meses anteriores a la nueva solicitud. El problema se plantea, según el recurrente, con la excepción a esta segunda regla también prevista en el propio art. 43.1 LGSS 1994, que dispone que “la retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos”. Y según el INSS, aquí radica el desatino del juzgador de instancia, al entender que la remisión de los nuevos datos de cotización por parte de Venezuela al expediente de jubilación de la actora, han generado un error material en el sentido de su resolución, y por lo tanto debe quedar sin efecto la regla de la retroactividad máxima, de ahí el fallo de instancia que ordena que los efectos económicos de la pensión reconocida –rectificada, según su parecer- se fijen en la fecha de la primera solicitud, esto es, el 30 de noviembre de 2011. Y si el recurrente lo tenía claro, más claro lo tiene la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, como se evidencia de la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 29 de abril de 2016. Y pese a ello, no escatima esfuerzos pues argumenta su fallo –estimatorio del recurso de suplicación- en varias disposiciones normativas, jurisprudencia del TS e, incluso, en doctrina judicial de la misma Sala de Galicia.

Sin excluir los motivos del recurrente, el TSJ precisa que en el caso ahora enjuiciado se está ante una *concesión inicial* de una prestación y no ante la revisión de otra anterior, pues los nuevos datos de cotización remitidos por Venezuela no existían en el momento de la primera solicitud de la pensión, fueron determinantes para su concesión y eran totalmente desconocidos para el INSS. Tal desconocimiento es, precisamente, la razón fundamental por la que el TSJ, con gran acierto, descarta que se trate de una revisión en pro de una *concesión ex novo*. Ni siquiera con el argumento de la existencia de un error material, de hecho o aritmético que permitiese la inaplicación de la retroactividad máxima a los tres meses. Por lo tanto, según el tan reiterado art. 43.1 LGSS 1994 y dado que se trata de una solicitud inicial de una prestación de jubilación, sus efectos económicos se producirán “a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”. Ahora bien, téngase en cuenta que en este caso, tras la llegada de los nuevos datos procedentes de Venezuela, no ha habido propiamente una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación, sino que la revisión del expediente se incoó de oficio por parte del INSS. Con estos antecedentes, el TSJ fija como fecha de efectos económicos de la pensión la de tres meses antes de la entrada en el INSS de la nueva certificación remitida por Venezuela. Y aunque *a priori* no pudiera parecerlo, hay que advertir que también aquí el TSJ de Galicia ha resuelto de conformidad con el contenido del art. 43.1 LGSS 1994, pues al no haber solicitud expresa, la fecha de efectos hay que referirla al momento en el que pudo haberse incoado la referida solicitud y solo lo pudo ser desde que se tuvo constancia de las nuevas cotizaciones a través de la certificación de Venezuela.

Todo lo aquí manifestado queda debidamente justificado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con la aportación de los correspondientes preceptos legales, más allá del art. 43 LGSS 1994, entre ellos, art. 178 LGSS 1994 –en la actualidad, art. 230 LGSS 2015- y art. 57.3 LRJ-PAC 1992 – hoy, art. 39 LPAC-, pero también con cita de jurisprudencia del TS y doctrina judicial. Y la jurisprudencia unificada del TS ha sido determinante, y de ella, el TSJ de Galicia destaca

su especial sensibilidad en estas situaciones, sobre todo cuando el error es de la entidad gestora –todo lo contrario de lo que acontece en el caso de autos- que es la que está en condiciones más favorables para la adecuada determinación de la efectividad de las prestaciones. Y se citan, entre otras, las siguientes: 25 de marzo de 1993 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 690/1992) y de 5 de junio de 1998 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3983/1997).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de mayo de 2016 (recurso de suplicación núm. 4715/2015). Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad. Enfermedad profesional. Responsabilidad solidaria. Prestación sucesiva de servicios para distintas empresas y relaciones de subcontratación interempresarial.

Normas aplicadas:

Art. 123 LGSS 1994 (art. 164 LGSS 2015)

Arts. 14, 24 y 42 LPRL.

Art. 96 LRJS.

Orden, de 16 de octubre de 1991, por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria 07.1.04 del capítulo VII del Reglamento General de normas básicas de seguridad minera (BOE de 30 de octubre de 1991).

En la sentencia que ahora se comenta, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia resuelve un conflicto sobre uno de los temas más tradicionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la responsabilidad empresarial por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral, en particular, en el abono del recargo sobre las prestaciones de la Seguridad Social. La peculiaridad de la sentencia, y de ahí que se haya optado por su comentario, es su correcto tratamiento y fundamentación, y por ende, su resolución, en un supuesto especialmente complejo por tratarse de una prestación de servicios sucesiva para distintas empresas y por existir, entre algunas de tales entidades, relaciones jurídicas de contratación y subcontratación. Y todo ello, además, en una actividad

especialmente sensible en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la minería a cielo abierto, en concreto, en las canteras.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron, en síntesis, los siguientes. El actor, también recurrente en suplicación, prestó servicios, sucesivamente y durante más de 10 años, para varias empresas dedicadas a la actividad de las canteras. En concreto, desde 1989 hasta 2003. Su profesión habitual, hasta el año 2004, era la de operario de canteras. Se desconoce su actividad en los años posteriores. En el año 2009, el INSS lo declaró afecto de una incapacidad permanente en grado absoluto, derivada de enfermedad profesional, en concreto, silicosis. En el año 2013, solicitó la iniciación del expediente de declaración del recargo de prestaciones por el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Tras la tramitación del referido expediente, en el año 2014, la dirección provincial del INSS denegó la petición de responsabilidad empresarial declarando que no procedía recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas de su enfermedad profesional "al no deducirse relación causa-efecto entre la omisión de medidas de seguridad y la enfermedad diagnosticada". Contra dicha resolución el demandante interpuso la correspondiente reclamación previa, que fue desestimada por resolución definitiva. Solo entonces el trabajador pudo continuar con su impugnación en vía judicial, primero ante el juzgado de lo social, que tampoco estimó su petición, y posteriormente ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, con la interposición del correspondiente recurso de suplicación que dio lugar a la sentencia que ahora se comenta.

Pero antes de entrar en el análisis de sus fundamentos jurídicos, es preciso consignar una serie de datos ciertamente relevantes para comprender el sentido de su fallo. En primer lugar, que el trabajador-recurrente, además de interponer su demanda y posterior recurso de suplicación, contra el INSS y TGSS, lo hizo también contra todas las empresas de canteras en las que había prestado servicios sucesivamente desde el año 1989 hasta 2003. En segundo lugar, que en esa prestación sucesiva de servicios,

hubo un período en el que en su actividad laboral concurrían simultáneamente dos empresas diferentes. Por un lado, la entidad empleadora que le había contratado y que dirigía el desarrollo de su actividad –GRISPÉREZ, S.L.-. Y por otro, la titular de la cantera donde se realizaban los trabajos –CANTERAS VILAFRÍA, S.L.-, que había contratado con la primera, la ejecución de determinadas obras. En todo caso, más allá de los períodos en los que el actor prestó sus servicios para GRISPÉREZ, S.L. en cuanto subcontratista de CANTERAS VILAFRÍA, S.L.-, hubo otros en los que fue contratado directamente por esta última. En tercer lugar, de todas las empresas demandadas –en total 8- solo comparecieron en juicio 3 de ellas, en concreto, CANTERAS VILAFRÍA, S.L., GRISPÉREZ, S.L., y otra más, cuya denominación es LEMOS ROMERO, S.L. Y ya por último, en el expediente administrativo de responsabilidad por recargo quedó acreditado que durante el período 1989 a 2003 no constan partes de baja por enfermedad profesional, ni por período de observación, ni ningún proceso de incapacidad temporal del recurrente.

En este contexto y tras la desestimación de la demanda de instancia, se interpone recurso de suplicación a fin de revisar algunos de los hechos probados y denunciar la infracción de ciertas normas del ordenamiento jurídico, en concreto, el art. 123 LGSS –hoy art. 164 LGSS-, el art. 14 LPRL y la Orden de 16-10-1991 por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria 07.1.04 del capítulo VII del Reglamento de normas básicas de seguridad minera.

En cuanto a las revisiones fácticas propuestas, sólo se admite una de las solicitadas y ello se hace –con gran acierto por parte de la Sala-, por basarse en pruebas documentales, en concreto, en base a un Informe de la Consellería de Industria respecto de los Planes de labores presentados por una de las empresas en las que había prestado servicios el actor. Y en tal documentación quedan acreditados ciertos incumplimientos empresariales preventivos. En particular, consta que “en el año 1989 existe tal elevado nivel de polvo que satura el ambiente de trabajo y en el año 1991 se exige por parte de la inspección provincial de minas que los martillos perforadores deben ir

provistos de captadores de polvo o inyección de agua, o en su defecto los operarios deberán utilizar mascarillas antipolvo”.

Los argumentos de la Sala a las revisiones jurídicas presentadas por el recurrente evidencian un conocimiento cabal y completo de la normativa preventiva en general y, más particular, del significado y alcance de los siguientes conceptos: el deber de seguridad empresarial; el deber de vigilancia en las contratas y subcontratas de propia actividad y ejecutadas en el centro de trabajo de la empresa principal; la causalidad entre el incumplimiento empresarial y el daño causado al trabajador; y por último, el régimen de solidaridad en la responsabilidad preventiva empresarial. Y todo esto en una actividad con riesgos específicos –el polvo de sílice y sus efectos como causante de silicosis- y con una normativa preventiva de carácter muy técnico.

En fin, sobre todos los conceptos anteriores, la interpretación de la Sala de lo Social del TSJ puede compendiarse de la forma que se expone a continuación:

Sobre el deber de seguridad empresarial del art. 14 LPRL, se destaca su amplitud y su carácter genérico con el fin de garantizar una protección eficaz de la salud y seguridad de sus trabajadores. Tal es así, que el empresario solo quedará liberado cuando pruebe que el riesgo era “inevitable o imprevisible o producto de una imprudencia temeraria del trabajador”.

En lo que se refiere al deber de vigilancia en las contratas y subcontratas de propia actividad (art. 24.3 LPRL) y en las ejecutadas en el centro de trabajo de la principal (art. 24.2 LPRL) –lo que concurre en este caso, en el período en el que el actor prestaba servicios para GRISPÉREZ, S.L. en la mina de CANTERAS VILAFRÍA, S.L.-, la Sala lo traduce en que correspondía a esta última la realización de las “mediciones y el control pulvígeno”, y además, “cuidar que en todo el centro bajo su control se utilizaran las medidas individuales y colectivas de protección”.

Sobre la causalidad entre el incumplimiento y el daño –elemento decisivo para imputar la responsabilidad del recargo de prestaciones-, a la Sala no le cabe ninguna duda. Y ello es así, toda vez que el demandante trabajó

“durante más de diez años continuados como operario de canteras, sometido a la exposición de polvo de sílice y está en una situación de IPA por silicosis”. Al respecto, recuerda la Sala que son los deudores de seguridad los que deben acreditar el cumplimiento de medidas de seguridad, tal y como exige el art. 96.2 LRJS. Y como ninguna de las empresas para las que prestó sus servicios lo cumple –unas solo lo hacen parcialmente y otras nada acreditan pues no comparecieron en el proceso–, todas son responsables. La única empleadora que sí probó el cumplimiento íntegro de las medidas de seguridad fue CANTERAS VILAFRÍA, S.L. pero lo hizo respecto del período en el que había contratado directamente al trabajador.

El último elemento que manejó la Sala para imponer la condena en el pago del recargo a todas las empresas demandadas, ha sido el de la solidaridad. Al respecto, no hay que olvidar que aunque la solidaridad no es la regla general, sí cabe su imposición cuando han sido dos o más los empresarios incumplidores y no es posible discernir el porcentaje de culpa atribuible a cada uno de ellos. Y éste fue el elemento fundamental en esta sentencia y la gran apuesta de la Sala, la condena solidaria al abono del recargo a todas las empresas en las que prestó servicios sucesivamente durante más de diez años el trabajador. Pero su imposición no se hizo automáticamente, sino que se justificó, como corresponde, de la siguiente forma. A cada una de las empresas en las que prestó servicios el trabajador, por no haber acreditado el cumplimiento íntegro de todas las medidas de seguridad. Por lo tanto, en todas concurre la relación de causa-efecto. La única empleadora que sí acreditó el cumplimiento de medidas de seguridad fue CANTERAS VILAFRÍA, S.L. respecto del período en el que había contratado al trabajador. Su responsabilidad, de forma solidaria, lo es por su condición de empresa principal y titular del centro de trabajo, por los incumplimientos de su contratista, GRISPÉREZ, S.L.

En fin, se trata de una sentencia jurídicamente correcta, pero además, especialmente sensible con una problemática que afecta a un colectivo importante de trabajadores en Galicia, el de las canteras, que a edades muy tempranas

ven menoscabada su salud por la exposición durante años al polvo de sílice. Pero frente a esta problemática, real y constatable, la forma de organización de la actividad en el sector, a través de contratas y subcontratas, ha permitido que en no pocas ocasiones no se haya querido reconocer su parte de responsabilidad a las grandes empresas del sector que son las que realmente se benefician de la actividad de estos trabajadores descentralizando su actividad a través de sus verdaderos empleadores.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de junio de 2016 (recurso de suplicación núm. 1316/2016). Revalorización y actualización de pensiones. No procede el incremento de acuerdo al IPC por aplicación del RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre.

Normas aplicadas

Art. 9.3 y 33.3 CE.

Art. 48 LGSS 1994 y art. 58 LGSS 2015.

Art. 2.1 RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre.

La presente Sentencia conforma una más de las muchas pronunciadas en distintas instancias judiciales, a fin de valorar la legalidad y constitucionalidad de disposiciones normativas aprobadas por el Gobierno atendiendo a las razones de "extraordinaria y urgente necesidad" del art. 86 CE. Se trata, en este caso, del RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, sobre medidas de consolidación y garantía del Sistema de Seguridad Social. En concreto, el conflicto versa sobre su art. 2.1 en cuanto dejaba sin efecto para el ejercicio de 2012 la "actualización de las pensiones" en los términos previstos en el art. 48.1 LGSS 1994 y en el correspondiente de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Ahora bien, como acaba de ponerse de manifiesto, la presente sentencia del TSJ de Galicia, no es la única recaída, ni sobre el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, ni sobre otros muchos aprobados, con cierto abuso, en la anterior legislatura. Por todos es conocida esta situación y son ya relevantes el número de resoluciones dictadas por el TC al respecto, aunque no todas con el sentido que sería

deseable de acuerdo con el contenido de la Carta Magna. De hecho, en el momento de dictarse esta sentencia de la Sala de Galicia, había pasado ya más de 1 año desde que el TC en su sentencia 49/2015, de 5 de marzo, había reconocido la adecuación del contenido del referido art. 2.1 del RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, a los arts. 9.3 CE –principio de irretroactividad de las leyes- y art. 33.3 CE –prohibición de expropiación de derechos-, ambos alegados como infringidos en su recurso de inconstitucionalidad por los diputados recurrentes. Señalaba el alto Tribunal que la norma contenida en el art. 48.1 LGSS 1994 no constituía un derecho consolidado, ni incorporado al patrimonio de los pensionistas, sino que se estaba ante una mera expectativa de derechos, de ahí que su supresión –por RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre-, no suponía la aplicación retroactiva de una norma sancionadora, ni una expropiación de derechos. Por supuesto, y como es más que habitual en los últimos años en no pocas sentencias de nuestro TC, el fallo mayoritario va acompañado del correspondiente voto particular de los magistrados discrepantes.

Volviendo con la temática de fondo de la sentencia de Galicia de 3 de junio de 2016, esto es, la actualización de las pensiones, no está de más recordar desde el año 1997 hasta la aprobación de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad, tal actualización era automática y se hacía mediante su revalorización anual de acuerdo con el IPC previsto para cada anualidad. Así lo ordenaba el art. 48.1 LGSS 1994, dando cumplimiento al mandato del art. 50 CE. Como es sabido, los problemas de la aplicación de tal fórmula comenzaron en el 2008 con la crisis económica. El sistema quebró en los ejercicios de 2010 y 2011, en los que por disposición del RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y otros preceptos de las correspondientes LPGE, se excluyó la revalorización de las pensiones excepto para las mínimas, las del extinguido SOVI y las no contributivas. Para el ejercicio de 2012, la revalorización se fijó en el 1 por 100, por lo tanto, por debajo del IPC real, y ello de acuerdo con el contenido, entre otros, del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de

medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Por las mismas razones, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, dejó sin efecto la compensación prevista en el art. 48.1 LGSS 1994. Lo que sucedió con posterioridad es de sobra conocido. Argumentando problemas de índole demográfica y económica y atendiendo a las recomendaciones de la reunión del Pacto de Toledo del año 2011, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, aprueba un nuevo índice de revalorización que es el que ha pasado a la compleja e incomprensible fórmula contenida en el art. 58 LGSS 2015. En este escenario y con estos antecedentes, es evidente que al TSJ de Galicia le quedaba poco margen de maniobra y de ahí el sentido del fallo de la sentencia comentada. El conflicto lo había planteado un pensionista de jubilación en relación con la cuantía de su pensión percibida durante los años 2012 y 2013. El pensionista entendía que el INSS le debía los atrasos resultantes de la aplicación del art. 48 LGSS 1994, toda vez que su pensión solo había sido incrementada en un 1 por 100, mientras que el IPC real había sido del 2.9 por 100. Según sus argumentaciones, el incremento reclamado no se ve afectado por el art. 2.1 RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, pues su contenido vulnera la normativa internacional, entre otros, el art. 12 de la Carta Social Europea y el art. 65.10 del Convenio núm. 102 de la OIT. Y tal normativa internacional es la tenida en cuenta por el juzgador de instancia para estimar la demanda del pensionista, y ello pese a que en el momento de dictarse la sentencia, ya se había pronunciado el TC sobre la constitucionalidad del art. 2.1 RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, en su sentencia 49/2015. Según consta en los fundamentos de la de instancia, el fallo del TC "no impide que pueda dejarse sin efecto la aplicación del contenido de la norma discutida por ser contraria a normas internacionales".

Sin embargo, la Sala de Galicia no comparte los argumentos del juzgador *a quo* y estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS. El argumento decisivo para justificar su fallo, es el contenido de la sentencia del TC 49/2015 cuyos argumentos analiza en su aplicación al caso

concreto aquí enjuiciado. Y tales argumentos son: la inexistencia de irretroactividad, prohibida por el art. 9.3 CE, y la inexistencia de expropiación de derechos, también prohibida por el art. 33.3 CE. Sobre la irretroactividad, la Sala del TSJ insiste en lo que ya había dejado claro el TC. Esto es, que la revalorización del art. 48 LGSS no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, de un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la correspondiente ley de presupuestos del Estado si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente. Ello supone, en definitiva, un reconocimiento al legislador de cierto margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización, en función de las circunstancias económicas y sociales existentes en cada momento, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema de Seguridad Social. Y sobre la expropiación prohibida del art. 33.3 CE, la postura de la Sala también es evidente. Siguiendo la doctrina del TC, en concreto, la sentencia 108/1986, de 29 de julio, solo son expropiables y, por lo tanto, indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos, aun no garantizados como derechos subjetivos, pero en ningún caso lo son las expectativas.

En fin, con base en esos argumentos, propiciados por el TC, la Sala estima el recurso del INSS y por lo tanto desestima la sentencia de instancia. Ello le lleva a denegar la actualización de la cuantía de la jubilación del pensionista demandante, dejando sin efecto una disposición legal aplicable con una grave afectación, para qué negarlo, del principio de seguridad jurídica. Pero esta ha sido la tónica general en reclamaciones idénticas a la planteada en Galicia, entre ellas, la defendida en las sentencias del TSJ de Cataluña de 20 de enero (recurso de suplicación núm. 6100/2015) y de 23 y 25 de febrero de 2016 (recurso de suplicación núm. 6385/2015 y 242/2016).