

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo

belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: Incapacidad permanente; indemnización; responsabilidad.

Palabras chave: Incapacidade permanente; indemnización; responsabilidade.

Keywords: Permanent disability; compensation; liability.

1. DOCTRINA JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 10 de julio de 2018 (recuso de suplicación núm. 1443/2018)

Pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Existencia de lagunas de cotización. Cálculo de la base reguladora: sobre la base mínima del último período cotizado anterior a la laguna en función del número de horas contratadas – trabajo a tiempo parcial-. No existe diferencia de trato con el trabajador cuyo contrato anterior a la laguna lo es a tiempo completo, pues la regla aplicable en ambos casos es la misma.

Normas aplicadas:

Arts. 197, 247 y 248 LGSS/2015

Art. 7 RD 1131/2002, de 31 de octubre

El modo de integrar las lagunas de cotización existentes en la vida laboral del solicitante de una pensión, cuando en el período inmediatamente anterior a la laguna el trabajo lo ha sido a tiempo parcial y la mayoría de las cotizaciones se

acrediten por el desempeño de una actividad a jornada completa, vuelve a conformar la cuestión litigiosa examinada en la presente resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 10 de julio de 2018. Y se dice esto, porque no es la primera vez que la Sala gallega se pronuncia sobre esta materia, habiendo, incluso, planteado cuestión prejudicial ante el TJUE que, contrariamente a las conclusiones del abogado general, no apreció que la normativa española vulnerase la ordenación europea en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Se trata de la controvertida sentencia dictada por el TJUE, el 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13, Cachaldora Fernández). Pero son más, y algunas de ellas bastante criticadas, las resoluciones judiciales recaídas sobre la cuestión controvertida. Como muestra más representativa, puede traerse aquí a colación la sentencia del TC núm. 156/2014, de 25 de septiembre, y la del TS, de 16 de marzo de 2017 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1871/2013). No en vano, la que ahora se comenta, hace suyos la mayoría de los fundamentos jurídicos que han servido para argumentar el fallo de casación y con ello defender que el régimen jurídico de integración de lagunas contemplado en la normativa española no conlleva un trato discriminatorio por razón de sexo.

En concreto, los hechos que han dado lugar a la sentencia del TSJ de Galicia, de 10 de julio de 2018, son los siguientes: doña Emma, actora y recurrida en suplicación en los presentes autos, solicita, primero administrativamente y posteriormente en vía judicial, el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente en grado total y derivada de enfermedad común. A tal fin, y al margen de sus dolencias incapacitantes, que no fueron puestas en duda por ninguno de los juzgadores, acredita las siguientes cotizaciones: 18 años y medio en los que prestó sus servicios en "jornada completa, excepto en dos períodos que trabajó a jornada parcial, del 7 de octubre de 1993 a 6 de diciembre de 1993, y del 19 de octubre de 2015 al 6 de noviembre de 2015". De conformidad con la normativa

aplicable –art. 197.1 y 2 LGSS/2015–, el período que ha de tomarse en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la futura pensión de incapacidad de la actora abarca “desde el 1 de septiembre de 2011 hasta el 30 de abril de 2017”. Se entiende, por lo tanto, aplicable la regla de trabajadores menores de 52 años a los que se les exige menos de ocho años de cotización. Y también, de acuerdo con la regulación pertinente –art. 248.2 LGSS/2015 y art. 7 RD 1131/2002, de 31 de octubre–, la integración de las bases de cotización por las lagunas existentes en ese período, en concreto, desde noviembre de 2015 a noviembre de 2016, ha de llevarse a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, por lo tanto, atendiendo a una jornada del 40 por 100 que es la que se correspondía con el número de horas contratadas en la fecha en la que se interrumpió o extinguío la obligación de cotizar, esto es, el 6 de noviembre de 2015. Así lo defendía el INSS en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia en la que, por el contrario, la prestación había sido calculada con bases correspondientes a jornada completa, incluidas las de períodos sin cotizar y precedidas con trabajos a tiempo parcial. Por lo tanto, tras las operaciones pertinentes, al INSS le resultaba una base reguladora mensual de 919,35 € –así lo reclama en su recurso de suplicación–, frente a la reconocida en la instancia que ascendía a 994,60 €.

La representación procesal de la actora se opuso al recurso del INSS y más allá de insistir en su situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, lo que también había sido impugnado por la entidad gestora, discrepa sobre el modo de integración de sus lagunas de cotización solicitando que se calcule conforme a las bases de una jornada completa al modo efectuado por el juzgador *a quo*. En particular, la polémica se centra en la aplicación o no en este caso del art. 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre. Y se plantea la aplicación del referido precepto y no su interpretación, pues su contenido parece claro y desde luego subsumible en el supuesto concreto enjuiciado. Repárese, así, en su literalidad: “en relación con

las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivadas estas últimas de enfermedad común o de accidente no laboral, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar (...)".

En fin, es evidente que el precepto reglamentario dice lo que dice –integración con la base mínima de cotización correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en la que se extinguió la cotización– y la solicitante de la pensión, en el mes previo a la anualidad sin cotización -19 de octubre a 6 de noviembre de 2015-, trabajaba a tiempo parcial. Para la entidad gestora, la aplicación del precepto reglamentario al caso concreto enjuiciado es indubitable y, a tal efecto, aporta a la causa las sentencias del TJUE, TC y TS mencionadas al principio de este comentario. La parte impugnada se opone alegando el escaso período trabajado a tiempo parcial por lo que resulta más ajustado a derecho que la integración se realice sobre el 100 por 100 de la jornada, lo que se justifica con varias resoluciones de TSJ, entre ellas, la dictada por el TSJ de Baleares de 27 de marzo de 2012 (recurso de suplicación núm. 841/2011).

Frente a las argumentaciones de las partes, la Sala de Galicia lo tiene meridianamente claro y estima íntegramente las alegaciones del INSS. Es decir, la integración de las lagunas del período conflictivo habrá de hacerse con las bases correspondientes al trabajo previo desempeñado por la actora que, en este caso, lo había sido a tiempo parcial. La extensión temporal del mismo en comparación con el resto de cotizaciones acreditadas para calcular la base reguladora de la pensión de incapacidad, resulta indiferente. Para la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, el recurso necesariamente debe prosperar, pues la cuestión planteada ya se encuentra resuelta en casación para la unificación de doctrina, en concreto, por STS de 16 de marzo de 2017 (cit.). Es más, es tal el convencimiento de la Sala gallega sobre la plena aplicación de los argumentos de casación al

litigio planteado aquí en suplicación, que los transcribe literalmente y casi en su integridad. Y no le falta razón, aunque los del TS lo sean sobre la integración de lagunas con períodos de trabajo a tiempo parcial en la determinación de la base reguladora de una pensión de jubilación. En ese caso, el precepto aplicable era la disp. adic. séptima, apartado tercero b), LGSS/1994 que llevaba por título "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial" y que rezaba de la forma que se expone a continuación: "a efecto de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término". Téngase en cuenta que aquel precepto de la LGSS/1994 se corresponde con el actual art. 248.2 LGSS/2015 coincidentes, salvo un término inicial aclaratorio, en su integridad, por lo que, cualquier comentario que se vierta sobre aquél, es válido para éste y, habida cuenta su vigencia, aplicable en la actualidad.

Así las cosas y sin pretensión de exhaustividad, corresponde, por lo tanto, traer aquí a colación alguno de los argumentos expuestos por el TS en su sentencia de 16 de marzo de 2017 (cit.) y que hace suyos la Sala de lo Social del TSJ para justificar su fallo, en particular, en lo que se refiere al contenido de la normativa aplicable coincidente en ambos litigios. En primer lugar, que el texto legal no ordena-y podría haberlo hecho- que en estos supuestos las lagunas deban integrarse con bases mínimas de cotización a tiempo completo, por más que sean las más caracterizadas, por su extensión cronológica, en el período a computar para la determinación de la base reguladora de la pensión. Interpretarlo así sería contrario al art. 3.1 CC. Por el contrario, el legislador precisa que la integración será la "correspondiente al número de horas contratadas en último término", con lo que, tratándose de un caso como el presente, en que solo ha existido uno, aunque breve, período de trabajo a tiempo parcial que resulta

inmediatamente anterior a aquél en que no hubo deber de cotizar, obliga a la conclusión antedicha. En definitiva, con ello se traslada a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización correspondiente al número de horas contratadas. Por lo tanto, no hay una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, pues la regla aplicable es la misma. Lo que ocurre es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma.

No se va a entrar en el resto de argumentaciones del TS y que asume como propias la Sala de lo Social del TSJ, pues sería redundar en la misma idea y que no está –si se atiende al contenido literal de la normativa aplicable– desprovista de razón jurídica, y de ahí el sentido del fallo gallego. De hecho, tales argumentos también se encuentran avalados por el TC y el TJUE en las dos sentencias citadas al principio de este comentario y a las que también se refiere el TSJ de Galicia, aunque no profundice en su contenido, y que son las siguientes: STC 156/2014, de 25 de septiembre, y STJUE, de 14 de abril de 2015.

Quizás sea más útil formular aquí alguna breve reflexión sobre el eterno debate que se proyecta sobre el régimen jurídico de la integración de lagunas. A saber, su eventual colisión con el principio de igualdad de trato, incluso con la prohibición de discriminación por razón de sexo. Y ello al hilo de las siguientes resoluciones del TJUE y TC.

En primer lugar, la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/2011, Elbal Moreno) que declaraba que una normativa interna que exige a los trabajadores a tiempo parcial –en su inmensa mayoría mujeres–, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada de trabajo, es contraria al Derecho europeo, por discriminatoria.

En la misma línea, unos meses más tarde, se pronunció el TC en su sentencia núm. 61/2013, de 14 de marzo, en la que se reconocía que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que experimentaban los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo se encontraban desprovistas de una justificación razonable que guardase la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, por lo que se vulneraba el art. 14 de la CE. Como es sabido, esta doctrina jurisprudencial supuso la modificación de la disp. adic. séptima LGSS/1994, en lo que se refiere al cómputo de los períodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial para causar derecho a una prestación, lo que se materializó con la aprobación del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, en la actualidad, art. 24z LGSS/2015.

Y ya, por último, no puede dejar de citarse la dictada hace poco más de un mes, STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/2018, Villar Laiz), en la que se declara que la normativa española reguladora del cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, es contraria al Derecho de la Unión –en particular, a la Directiva 1979/7, de 19 de diciembre–, si se revela especialmente desventajosa para las trabajadoras. A estos efectos, puntualiza el TJUE, corresponde al organismo remitente –en ese caso, el TSJ de Castilla y León– apreciar si los datos estadísticos relativos a la distribución de trabajadores de sexo masculino y femenino aportados a tales efectos son válidos, representativos y significativos. Sin entrar a analizar ni reflexionar sobre el fondo de la misma, téngase en cuenta que su fallo recae sobre la regulación jurídica de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, ya reformada en su día para cumplir con el Derecho europeo en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social.

En fin, la proporcionalidad exigida por los tribunales entre las cotizaciones requeridas a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de Seguridad Social, parece

respetada en abstracto por el legislador cuando para cubrir las lagunas de cotización se atiende a las efectivamente acreditadas por el solicitante en el momento inmediatamente anterior a la laguna. Se podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores, reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal, pero se ha preferido utilizar una fórmula que responda a criterios de contributividad. Sin embargo, la referida proporcionalidad y, por lo tanto, el respeto al principio de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, parece quebrarse en supuestos concretos como el presente, pues es evidente que integrar un período de lagunas de casi un año con las bases mínimas correspondientes a un trabajo a tiempo parcial por ser éste el ejecutado en el mes previo a la falta de cotización, cuando el resto de las cotizaciones acreditadas por la persona trabajadora para acceder a su pensión lo son a tiempo completo, no encuentra justificación objetiva alguna que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Sin duda, el régimen de integración de lagunas de los arts. 248.2 LGSS/2015 y 7.2 RD 1131/2002 puede tildarse de aleatorio, incluso arbitrario, y quizás habría que replantearse su configuración a fin de no incurrir en desigualdades de trato cuando un mismo trabajador acredite durante su vida laboral cotizaciones a tiempo completo y cotizaciones a tiempo parcial.

Otra cosa es que dicho régimen atente, de forma indirecta, contra la prohibición de discriminación por razón de sexo, como parecía defender el abogado general en las conclusiones del asunto Cachaldora Fernández. Al respecto, como es sabido, los datos estadísticos –número de trabajadoras perjudicadas por la normativa en cuestión– serían fundamentales. Pues bien, parece que aquí no queda más que aplaudir la doctrina del TJUE, en su sentencia de 14 de abril de 2015, y que resolvía una cuestión prejudicial planteada, precisamente, desde el TSJ de Galicia. En fin, la situación litigiosa, trabajador a tiempo completo con

períodos aislados de trabajo a tiempo parcial seguidos por períodos sin cotización, no es propia del colectivo femenino, sino del masculino. En estas circunstancias, y como declaraba el TJUE, "los datos estadísticos (...) no permiten considerar que el colectivo de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal está mayoritariamente compuesto por trabajadores a tiempo parcial y, más concretamente, por trabajadoras".

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 19 de septiembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 1644/2018)

Indemnización de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional causante de una incapacidad permanente. Inexistencia. No se aprecia infracción de la normativa preventiva, ni culpabilidad empresarial.

Normas aplicadas

Art. 157 LGSS/2015

Art. 14 LPRL

Arts. 1101, 1902 y 1903 CC

96.2 LRJS

La presente resolución del TSJ de Galicia, de 19 de septiembre de 2018, pone en evidencia ciertas divergencias de la Sala a la hora de conceptuar, interpretar y asignar las distintas responsabilidades empresariales preventivas, esto es, las derivadas del incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud laboral. Y ello es así, porque si se repara en el contenido fáctico y jurídico de la sentencia, parece que el reconocimiento y declaración de una incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional no implica, necesariamente, la transgresión de la normativa de prevención de riesgos laborales y, en consecuencia, no tiene por qué derivarse ninguna responsabilidad civil o patrimonial del empresario por los daños causados al trabajador, esto es, por su enfermedad. Ahora bien, frente a dicha afirmación, se opone, por un lado, el propio concepto legal de enfermedad profesional como la "contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el

cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional" (art. 157 LGSS/2015). Y, por otro, por la existencia de un deber general empresarial de proteger a sus trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL), deber exigible más allá del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones empresariales más o menos específicas previstas en la LPRL y en el resto de la normativa preventiva. Tal es la amplitud y extensión de ese deber, que el hecho de sufrir algún daño en el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena -en este caso, una enfermedad profesional- parece significar que algo ha fallado en la planificación preventiva empresarial, a menos que el referido daño haya sido el resultado de una causa totalmente ajena a la voluntad del empresario, como puede ser la fuerza mayor o el dolo o imprudencia profesional del propio accidentado. Sin embargo, esta interpretación no es la que parece defender la Sala de Galicia en el fallo de la sentencia de 19 de septiembre de 2018.

El litigio se inicia a raíz de la demanda de reclamación de daños y perjuicios planteada por un trabajador -don Rómulo, actor y recurrente en los presentes autos- por las lesiones físicas padecidas como consecuencia de su trabajo, en concreto, por su situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, así declarada por resolución del INSS el día 12 de febrero de 2016 con base en un dictamen-propuesta del EVI. En dicho dictamen médico se deja constancia del siguiente cuadro clínico "neumoconiosis complicada con masas de FMP categoría A probable asma bronquial alteración ventilatoria restrictiva leve". La base reguladora de su pensión de incapacidad asciende a 2.327,45 euros/mensuales. Frente a la resolución administrativa estimatoria de la incapacidad del demandante, no consta impugnación alguna por lo que se presume su firmeza. Durante su vida laboral, el actor había prestado servicios en distintas empresas, todas ellas del sector extractivo de piedras y rocas. En concreto, desde el

27 septiembre 2002 hasta el 16 septiembre 2005, para PIZCOMPACT S.L.U. Con posterioridad, desde el 22 septiembre 2005 hasta el 30 septiembre 2009, para CANTERAS FERNÁNDEZ S.A. Y, por último, desde el 1 octubre 2009 hasta el 2 diciembre 2015, para CANTERAS FERNÁNDEZ S.L. EXTRACCIÓN S. COM. En esta última mercantil, aun cuando consta que su categoría era la de "serrador", se declara que también realizaba funciones de "distribuidor de pizarra", tal y como se refleja en los antecedentes de hecho de la resolución comentada. Consta también como hecho probado en los presentes autos que la entidad CANTERAS FERNÁNDEZ S.L. EXTRACCIÓN S. COM. tenía concertada póliza de responsabilidad civil con la mercantil MAPFRE. Otros datos que figuran como probados en la relación de antecedentes fácticos son los siguientes: diversos documentos "acreditan la formación proporcionada al demandante por la empresa en relación con la prevención de riesgos". En otros, obran los "resultados de reconocimientos médicos hechos al trabajador todos los años de 2005 a 2014 en que el resultado es apto para su trabajo". En el correspondiente a 2015 el "resultado es apto en observación". Y ya, por último, en el realizado el 31 de diciembre de 2015, "el resultado es no apto". Existen igualmente en los autos "diversas facturas de adquisición por la empresa de equipos de prevención individuales". Y se advierte, también, de la "denuncia presentada por el actor ante el INSS contra la empresa el 22 de diciembre de 2016 solicitando el recargo de prestaciones y (...) resolución del INSS, de 9 de marzo de 2017, denegando dicho recargo".

Tras las consideraciones anteriores y ya en lo que se refiere a la reclamación civil por los daños y perjuicios causados, lo que pretende el aquí actor-recurrente es la condena solidaria de las entidades CANTERAS FERNÁNDEZ S.A., CANTERAS FERNÁNDEZ S.L. EXTRACCIÓN S. COM. y MAPFRE al abono de una indemnización económica –no consta la cantidad reclamada- por haberle sido declarada una incapacidad permanente como consecuencia de haber sufrido una enfermedad profesional. Aunque nada se diga expresamente en la sentencia comentada, dicha petición se

encuentra debidamente justificada en base a las distintas finalidades a las que, frente a una contingencia profesional, responden, por un lado, el cuadro de prestaciones económicas de Seguridad Social y, por otro, la responsabilidad civil empresarial por daños y perjuicios.

Así pues, acaecida una contingencia profesional, la Seguridad Social proporciona una cobertura objetiva consistente en una prestación económica –en este caso, una pensión de incapacidad permanente- para hacer frente a la situación de necesidad derivada del abandono del trabajo habitual por resultar incompatible con las lesiones padecidas. La falta de salario queda, por lo tanto, suplida con la pensión económica de incapacidad que le sea reconocida al beneficiario. Las circunstancias subjetivas que rodean al riesgo o contingencia causante de la incapacidad – culpa, incumplimiento, dolo, etc.- resultan, a estos efectos, totalmente indiferentes. Esto es, una vez determinado el carácter profesional o común de la contingencia causante de la incapacidad, a la Seguridad Social solo le interesa comprobar que el eventual beneficiario acredita los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación económica correspondiente.

Por el contrario, la responsabilidad civil empresarial – también denominada patrimonial- atiende al modo de causación de la lesión –el accidente o la enfermedad- padecida por el trabajador, y solo surge cuando quede acreditado –de la forma que se verá a continuación- un incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, aun cuando dicho incumplimiento lo sea por simple culpa o negligencia. Es decir, para su reconocimiento no es necesaria una intención transgresora. Repárese al respecto en el contenido de los arts. 1101 y 1902 CC. La amplitud del deber de seguridad empresarial –Art. 14 LPRL- y la exigencia de responsabilidad civil por la mera actuación culpable o negligente empresarial, la han hecho merecedora del calificativo de “responsabilidad objetiva”.

Pues bien, planteada la reclamación civil de daños y perjuicios por don Rómulo, no fue resuelta a su favor, ni en

la instancia, ni en suplicación. En síntesis, entre otras razones, se alegan las siguientes: que “no se ha acreditado que las dolencias del actor deriven del polvo de sílice, puesto que no consta en las actuaciones una analítica concluyente al respecto”; que no ha quedado “acreditado la exposición continua del actor al polvo de sílice, pues el actor ejerció funciones de distribuidor de pizarra, no de aserrador, en su centro de trabajo, es más tampoco se ha acreditado que exista una exposición por encima de niveles prohibidos. Además, la empresa ha dotado al trabajador de los medios de protección adecuados”; y, también, que la entidad gestora ha denegado el “recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo” por lo que “no cabe apreciar por parte del empresario un incumplimiento de las medidas impuestas por la legislación de seguridad e higiene en el trabajo”. Para la Sala de Galicia, de todos estos hechos no puede desprenderse “una actuación reveladora de culpa o negligencia (...) causalmente relevante (arts. 1902, 1903 y 1101 y concordantes del CC), ya que de conformidad con la doctrina unificada sentada por la Sala 4^a del TS (...) la responsabilidad del empresario (...) es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido clásico y tradicional, sin acudir a criterios de responsabilidad cuasiobjetiva o por el riesgo, al existir ya una normativa específica de protección -de naturaleza estrictamente objetiva- del accidente de trabajo y enfermedad profesional”.

Ahora bien, frente a todo lo anterior, pasan aquí a exponerse algunas reflexiones, que quizás sirvan para replantearse la posición anterior en pro del reconocimiento de cierta responsabilidad civil empresarial en la incapacidad sufrida por el trabajador como consecuencia de su enfermedad profesional, y por lo tanto su deber de indemnizarle por los daños y perjuicios causados. En primer lugar, repárese de nuevo en la definición de enfermedad profesional proporcionada por el art. 157 LGSS/2015, en particular, en su primer párrafo en el que se identifica como aquella “contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena (...). A poco que se reflexione sobre el

particular, es evidente que, tratándose de enfermedad profesional, su causa se encuentra en el trabajo y si el trabajo ha sido la razón de la lesión, también la reparación ha de enmarcarse en el ámbito laboral y, por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad empresarial. Esto es lo que se conoce como teoría del riesgo profesional, teoría cuya validez, sin explicar las razones, descarta el TSJ de Galicia. En segundo lugar, sobre la dependencia o independencia de las responsabilidades empresariales preventivas: para el TSJ de Galicia, la denegación del recargo de prestaciones de la Seguridad Social significa que no ha quedado acreditado un incumplimiento empresarial de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, pues así se determina expresamente en la sentencia comentada. Pero, como es sabido, eso no es exactamente así, pues ambas responsabilidades –civil y recargo- son independientes y compatibles entre sí y ello porque ambas responden a distintos fundamentos y atienden a distintas razones. En definitiva, un mismo accidente puede dar lugar a una responsabilidad civil por daños y sin embargo no tiene por qué generar un recargo de prestaciones de la Seguridad Social. Y, por último, en cuanto a la prueba del incumplimiento empresarial a partir del cual se puede derivar la eventual responsabilidad civil, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia atiende al art. 217 LEC y por lo tanto imputa al demandante la carga de acreditar el daño y la culpabilidad empresarial. Sin embargo, no menciona, ni aplica el art. 96.2 LJS y su inversión probatoria en todos aquellos “procesos sobre responsabilidades derivadas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” –como es el caso aquí enjuiciado- en los que es a los “deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo” a los que corresponde “probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de la responsabilidad”.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 26 de noviembre de 2018 (recuso de suplicación núm. 1544/2018)

Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones: responsabilidad subsidiaria de la empresa subcontratista durante el tiempo de duración de la obra subcontratada, sin perjuicio de la obligación de anticipo por la Mutua y responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS.

Normas aplicadas:

Arts. 167, 168 y 195 LGSS/2015

Art. 42 ET

Art. 99 LRJS

RD 171/2004, de 30 de enero.

Son dos las cuestiones jurídicas fundamentales que se resuelven en la presente sentencia del TSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2018. La primera, la prohibición de reserva de liquidación, regulada en el art. 99 LJS. Y la segunda, la determinación del carácter solidario o subsidiario en la fijación de la responsabilidad empresarial de la empresa principal de una contrata en orden al pago de prestaciones de Seguridad Social por infracotización de la contratista, para lo cual es necesario tener en consideración el contenido de los arts. 42.2 ET y 168 LGSS/2015.

De un modo muy sumario, pues los datos que constan en la relación de antecedentes de la sentencia comentada son muchos y muy detallados, lo que complica ciertamente su lectura y comprensión, los hechos que han dado lugar al proceso son los siguientes. Don Alejandro –demandante y recurrente en suplicación- estuvo prestando servicios por cuenta de la entidad ISALCOR VALGA, S.L., desde el día 23/04/2012 al 03/08/2012 y, de nuevo, desde el día 20/08/2012 hasta el 17/09/2012 que pasó a situación de IT derivada de accidente de trabajo. Transcurrido algo más de un año, en concreto, el 27/11/2013, el INSS reconoció al actor en situación de IPT para su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo y, por lo tanto, su derecho a percibir la prestación económica correspondiente. Sobre esta última afirmación, téngase en cuenta que no

cabe hacer declaración de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, si no se acreditan los requisitos necesarios para causar derecho a la prestación económica (art. 195 LGSS/2015). Durante la vigencia de la IT, la mercantil ISALCOR VALGA, S.L. extinguió, por razones económicas, el contrato de trabajo que la vinculaba con el demandante. En concreto, y tras cumplimentar el preaviso de quince días previsto legalmente, el despido objetivo se hizo efectivo en fecha 13/10/2013. En ese momento, la empresa acababa de ser declarada en situación de concurso voluntario de acreedores -septiembre 2013-. Poco tiempo después -octubre 2013-, dejó de tener movimientos contables, hasta llegar a presentar ante la AEAT la solicitud de baja censal por dejar de ejercer todas las actividades empresariales -noviembre 2013-.

El resto de elementos fácticos que constan en los antecedentes de la sentencia analizada y que se consideran decisivos para poder comprender las razones que llevaron al actor a impugnar la extinción de su contrato de trabajo y el sentido de la resolución de la Sala gallega, son los siguientes:

En primer lugar, la entidad ISALCOR VALGA, S.L. había sido subcontratada por la empresa ATESVI, S.L. para la "realización de trabajos necesarios para la ejecución de obras por parte de ATESVI, S.L., aportando la subcontratista -ISALCOR VALGA, S.L.- los medios materiales y personales necesarios". Los trabajos subcontratados consistían en la "realización de trabajos de limpieza y reparación de piezas de encofrado en el túnel de Bustelo del Eje Atlántico de Alta Velocidad Rialijo-Padrón". En la ejecución de los trabajos para ATESVI, S.L., es importante tener en cuenta que "la mercantil ISALCOR VALGA, S.L. remitía a sus trabajadores al lugar en que se estuviese ejecutando la obra por ATESVI, S.L. y una vez allí, el encargado de ATESVI -Don Lucas - indicaba a los trabajadores de ISALCOR VALGA, S.L. las piezas que tenían que limpiar o reparar, y el orden de las mismas, no dándole instrucciones sobre la forma de ejecutar después dichas tareas". Por otro lado, ATESVI, S.L. había sido contratada

por la empresa constructora FERROVIAL, S.A. El objeto de la contrata existente entre estas dos últimas entidades era la ejecución de "la obra del túnel de Bustelo del Eje Atlántico de Alta Velocidad Rialño-Padrón".

En segundo lugar, la entidad contratante de ISALCOR, S.L., esto es, ATESVI, S.L., dejó acreditado el cumplimiento de sus obligaciones de coordinación empresarial preventiva. En concreto, en la sentencia se deja constancia expresa de que "ATESVI, S.L. remitió a ISALCOR, S.L. documentación sobre cooperación/coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales". Al respecto, téngase en cuenta el contenido del RD 171/2004, de 30 de enero, en particular, el art. 10. También consta acreditado el cumplimiento por ATESVI, S.L. de los deberes de comprobación del art. 42.1 ET cuando en la resolución comentada se indica que, "a petición de ATESVI, S.L., la TGSS certificó que, a fecha 7/9/2012, ISALCOR no tenía pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas en la Seguridad Social".

En tercer lugar, en la ejecución de la referida obra de construcción participan otras muchas empresas y la posición de cada una en la cadena de contratación está perfectamente definida en la descripción de antecedentes de la sentencia. Ahora bien, de todas ellas, solo se va a hacer referencia a la mercantil CARPINTERÍA METÁLICA TCRE, S.L., al ser la única cuya participación tiene relevancia en la solución de la cuestión litigiosa. Y ello porque dicha entidad - CARPINTERÍA METÁLICA TCRE, S.L.- era la titular del centro de trabajo -naves industriales- donde la mercantil ISALCOR, entre otras, realizaba tareas de "cortado, mecanizado, troquelado y embalaje de carpintería metálica", trabajos a su vez contratados por una tercera empresa.

En cuarto lugar, el 17/9/2012 ocurrió el accidente de trabajo del actor en la ejecución de la obra subcontratada, la del túnel de Bustelo del Eje Atlántico de Alta Velocidad Rialño-Padrón. Recuérdese que el actor era trabajador de ISALCOR, S.L. Tras las investigaciones pertinentes, el INSS propuso la imposición de un recargo prestacional del 30 por

100 con responsabilidad solidaria de ATESVI, S.L., porcentaje, que un tiempo después, fue incrementado por el INSS al 40 por 100 a cargo de ambas empresas. Las dos entidades condenadas tenían concertado el aseguramiento de sus contingencias profesionales en sendas mutuas. A saber, ISALCOR, S.L. en la MUTUA GALLEGA y ATESVI, S.L. en la MUTUA UNIVERSAL.

Por último, y en lo que se refiere a la cuestión litigiosa objeto de comentario en este momento, hay que referir que, más allá de otros conflictos jurídicos que dieron lugar a reclamaciones y demandas varias tras el accidente de trabajo del actor -entre otras, la impugnación de su despido-, la que aquí interesa, y sobre la que trata la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2018, es la que soluciona el conflicto del alcance y calificación de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones por infracotización de la empleadora del beneficiario. Con carácter previo y toda vez que ya había sido dictada una sentencia condenatoria en la instancia, se atiende también a la cuestión de la prohibición de reserva de liquidación regulada en el art. 99 LJS.

Así las cosas, y dejando para el momento final la reserva de liquidación, corresponde ahora analizar y, en su caso, valorar la solución de la Sala de Galicia a la cuestión planteada por el actor en orden a la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social por infracotización de su empresario. En concreto, la aludida petición, en forma de recurso de suplicación, se planteó para solicitar la ampliación -de forma solidaria o subsidiaria- de la condena impuesta a su entidad empleadora en la instancia -ISALCOR- a la empresa contratista -ATESVI-, y ello en base a los arts. 42 ET y 168 LGSS. La liquidación y extinción de la empleadora -ISALCOR- a finales de 2013 hacía de la solución del conflicto una cuestión fundamental para los intereses del actor, pues tras la IT derivada del accidente de trabajo sufrido en el mes de septiembre de 2012, fue declarado en IP. Y ello pese al deber de anticipo de las prestaciones por parte de las entidades gestoras y de

las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social ex art. 167.3 LGSS.

Pues bien, para solucionar el conflicto, la Sala de Galicia no escatima esfuerzos y reflexiona, a través del contenido de diversas sentencias del TS, sobre la interpretación que deba darse a los dos preceptos en cuestión, el 42 ET y el 168 LGSS/2015 (art. 127 LGSS/1994). Y es verdad que son muchos los conflictos que genera la interpretación de estos dos artículos, en parte coincidentes, de ahí la importancia del fallo. Sin embargo -dicho con el debido respeto y sin dejar de reconocer su acierto-, el modo en que la Sala ha optado por exponer sus argumentos no clarifica demasiado la doctrina que deba aplicarse en estos casos. Es posible que ello se deba a su deseo de querer dar respuesta a todos y cada uno de los motivos de impugnación de las partes – recurrente y recurrida-, pero, sería deseable, en una cuestión tan polémica como la que aquí se trata, una mayor claridad y contundencia, lo que, probablemente, coadyuvaría a evitar conflictos futuros. Y esta situación es evidente en un litigio como el presente, en el que concurre, sin lugar a dudas, el supuesto de hecho del art. 168.1 LGSS/2015. A saber, contrata de obra o servicio, responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones de Seguridad Social y situación de insolvencia. Es fin, no se niega que no haya que reflexionar sobre el contenido del art. 42.2 ET por su eventual aplicación a los presentes autos. Pero quizás habría que haberse detenido algo más en el 168.1 LGSS/2015, que es el que parece que realmente resulta de aplicación. Nótese que el art. 168 LGSS/2015 regula la imputación de la responsabilidad prevista en el art. 167 LGSS/2015 –responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social-. Y el art. 42.2 ET, el alcance de las obligaciones de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de propia actividad. Es decir, el art. 168.1 LGSS/2015 llega más allá que el art. 42.2 ET. De hecho, el propio art. 168.1 LGSS/2015 comienza señalando que "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y

subcontratas de obras y servicios (...)" . Y una de las cuestiones en las que, aun a modo de lege ferenda, podría haberse planteado la Sala era y es la extensión de la responsabilidad del art. 168.1 LGSS/2015 al "propietario" de la obra, tal y como reconoce expresamente el precepto, lo que supondría, en el litigio de referencia, la extensión a la entidad constructora FERROVIAL. Eso sí, en las cuestiones en las que sí entra, justifica, y con razón, la "responsabilidad subsidiaria" de ATESVI en el abono de las prestaciones de Seguridad Social debidas al actor recurrente. Y ello por aplicación del art. 168.1 LGSS/2015 que, como se comentó con anterioridad, le resulta de plena aplicación al supuesto litigioso. Pero también por el art. 42.2 ET -y aquí con cierta vaguedad de contenidos-, pues se dispone que se extenderá "durante el tiempo de duración de la obra contratada".

Sobre la prohibición de reserva de liquidación, proscrita por el art. 99 LRJS, tan solo un breve comentario: la Sala de Galicia entiende que el juzgador a quo no ha vulnerado la referida prohibición toda vez que la sentencia de instancia ofrece "a la vista de su contenido, datos o parámetros bastantes para establecer, mediante solución matemática, el importe de las diferencias por la prestación litigiosa (IT) que puedan corresponder al trabajador demandante, sin que en ningún caso se le ocasione efectiva y real indefensión". Y la Sala de lo Social parece estar en lo cierto, pues en el caso de condena cantidades líquidas, lo que exige la normativa es que se determine dicha cuantía y, como es sabido, ello se podrá hacer directamente o indirectamente estableciendo las bases para su cuantificación para una posterior operación aritmética, al igual que se permite en el art. 219 LEC. Y eso es lo que ha hecho el juzgador de instancia en el fallo de su sentencia y que se reproduce en la ahora comentada.