

SEGURIDADE SOCIAL

Belén Fernández Docampo

*Profesora Contratada Doctora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo*

Palabras clave: Pluriactividade, convenios internacionais, xubilación, recargo de prestacións, pensións

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

DOCTRINA XUDICIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 19 de febreiro de 2016 (recurso de suplicación núm. 1080/2015). Pluriactividade sucesiva en distintos réximes da Seguridade Social. Compatibilidade de pensións de incapacidade permanente total do Réxime Especial do Mar e Réxime Xeral da Seguridade Social.

Normas aplicadas:

Art.º 122 LXSS 1994 (art.º 163 LXSS 2015).

A sentenza que agora se comenta analiza unha das situacións máis descoñecidas da Seguridade Social. A saber, a pluriactividade sucesiva en distintos réximes públicos de protección. E non porque non existan, e cada vez con maior frecuencia, tales supostos de pluriactividade, senón porque se trata dunha realidade que nunca foi obxecto de especial atención e estudo por parte da doutrina científica. Por outro lado, porque a súa normativa reguladora, certamente escasa e antiga, proxecta unha falsa impresión en orde á súa vixencia. Trátase, fundamentalmente, do Decreto

2957/1973, do 16 de novembro, de cómputo recíproco de cotizacións entre réximes especiais da Seguridade Social e o RD 691/1991, do 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotas entre réximes de Seguridade Social. E por último, pola confusión xeneralizada entre esta situación -a de pluriactividade sucesiva- con outra parecida en aparencia, pero totalmente diferente en canto ao seu réxime xurídico -a pluriactividade simultánea e o pluriemprego-. Todo iso provocou que nos encontremos con pronunciamentos xudiciais erróneos, como o de instancia, que tivo que ser revogado polo TSX de Galicia na sentenza obxecto deste comentario.

Baixo estas premisas, o punto de partida sitúase en identificar a referida situación de pluriactividade sucesiva, que é a que acreditaba o actor e recorrente nos presentes autos. E tal situación non é máis que un encadramento sucesivo dun traballador, ao longo da súa vida laboral e en distintos períodos temporais, en diferentes réximes da Seguridade Social. Nos presentes autos, o recorrente estivera de alta no Réxime Especial de Traballadores do Mar, no Réxime Xeral e no Réxime de Traballadores Autónomos, e sempre en distintos períodos temporais.

Ao tratarse de períodos temporais independentes, a pluriactividade sucesiva non presenta particularidades na afiliación ou encadramento nos distintos réximes, nin tampouco na cotización. En cada momento será de aplicación a normativa específica reguladora do respectivo réxime de Seguridade Social no que o traballador se encontre de alta. A problemática pode xurdir á hora de fixar o contido e alcance da acción protectora en tales situacións. Pero repárese que se di que *pode xurdir*, non que vaia xurdir sempre. E *pode xurdir* nos seguintes casos. En primeiro lugar, cando nese deambular de réximes da Seguridade Social, o traballador, en ningún deles, complete todos os requisitos necesarios para acceder á prestación unha vez que xurda a situación de necesidade. E en segundo lugar, cando unha vez xerado o dereito á prestación nun dos réximes, se formule a posibilidade de computar as cotizacións efectuadas noutro para a determinación da súa contía e duración. Pola contra, non

existe ningunha polémica, como acontece no caso axuizado na sentenza do TSX de Galicia, cando o encadramento en distintos réximes xera duplicidade protectora por acreditarse en cada réxime de tránsito todos os requisitos necesarios para acceder a unha prestación.

A posibilidade de xerar unha soa prestación nun só réxime de Seguridade Social computando as cotizacións efectuadas noutro -principio de conservación de dereitos-, foi obxecto de regulación específica nas normas antes mencionadas, o Decreto 2957/1973, de 16 de novembro, e o RD 691/1991, do 12 de abril. En síntese, procédese a totalizar todos os períodos polos que se transitou a través da técnica do cómputo recíproco de cotizacións. Agora ben, o que non foi obxecto de regulación, porque non a require, é a duplicidade protectora xerada polo cumprimento de todos os requisitos para acceder a distintas prestacións en distintos réximes da Seguridade Social, como acreditaba o recorrente nos presentes autos. En efecto, durante varios anos, dende 1972 e 1989, e posteriormente, entre 1995 e 1999, o actor estivo de alta no Réxime Especial de Traballadores do Mar no que lle foi recoñecida unha pensión de incapacidade permanente total (IPT) para a súa profesión habitual de mariñeiro de baixura. Con posterioridade á devandita declaración, en concreto, entre os anos 2002 e 2005, causou novamente alta no Réxime Xeral da Seguridade Social, e máis tarde, entre 2005 e 2006, no Réxime Especial de Autónomos. Foi neste último Réxime no que se iniciou expediente para o recoñecemento ao actor dunha IPT por accidente non laboral como empresario de hostalaría. Pero ao constar que o afiliado xa percibía unha pensión de incapacidade no Réxime de Traballadores do Mar, o INSS iniciou os trámites pertinentes co fin de que o ISM revisase o grao de incapacidade xa recoñecida en orde a recoñecelo unha soa pensión de incapacidade. Máis alá dos requisitos acreditados no Réxime do Mar, o actor reunía os necesarios para xerar unha segunda pensión de incapacidade permanente, e aínda que nada se especifique na sentenza, suponse que coa aplicación da técnica do cómputo recíproco entre as cotizacións efectuadas no Réxime Xeral e o de Autónomos.

A tese do INSS levou mesmo a comunicar ao actor un acordo sobre percepción indebida de prestacións.

Desconforme con todo o sucedido, o actor iniciou os trámites oportunos para a súa impugnación, primeiro administrativa e posteriormente xudicial. E xa en sede xudicial se viu obrigado a interpoñer recurso de suplicación, pois como foi anticipado máis arriba, o xuíz de instancia, nun fallo tecnicamente erróneo, desestimou a súa petición. Por sorte, a Sala do Social do TSX de Galicia puxo orde nun suposto que á vista resulta certamente complexo, pero que presenta doada solución, pois como tamén se dixo se se xeran distintas prestacións, en distintos réximes, en función das cotizacións efectuadas en cada un deles, non procede a aplicación de ningunha norma de totalización, nin de cómputo recíproco de cotizacións e menos aínda, como dispón a sentenza do TSX, a regra sobre incompatibilidade de pensións do Réxime Xeral do art.º 122 LXSS 1994 -na actualidade, art.º 163 LXSS 2015-.

En definitiva, para a Sala de Galicia a solución ao conflito é clara e, polo tanto, recoñece a compatibilidade das pensións xeradas en distintos réximes da Seguridade Social polos que se transitou en períodos diferentes, e iso pola sinxela e única razón de que non hai norma ningunha que o impide. En todo caso, por se a alguén lle puidese quedar algunha dúbida, achega varias sentenzas do TS, entre elas, a do 12 de maio de 2010 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3316/2009), 20 de xaneiro de 2011 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 708/2010) e 14 de xullo de 2014 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3038/2013).

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 14 de abril de 2016 (recurso de suplicación núm. 3349/2015). Complemento por mínimos en pensións recoñecidas en virtude de convenios internacionais. Aboamento pola Seguridade Social española no suposto de que o outro Estado non faga efectivo o pagamento da parte que lle corresponde.

Normas aplicadas:

Art.º 50 LXSS 1994 (art.º 59 LXSS 2015).

Art.º 14 RD 1045/2013, do 27 de decembro.

Convenio de Seguridade Social entre España e Venezuela, do 12 de maio de 1988.

Son dous os temas analizados na presente sentenza. Por un lado, o complemento a mínimos nas pensións recoñecidas en virtude de convenios internacionais e, por outro, a responsabilidade da Seguridade Social española no aboamento de parte da pensión no suposto de que o outro Estado non faga efectivo o pagamento da contía que lle corresponda. O Estado incumpridor das súas obrigas, neste suposto, a República Bolivariana de Venezuela. Polo tanto, resulta aplicable o Convenio de Seguridade Social entre España e Venezuela, do 12 de maio de 1988.

Segundo consta nos antecedentes de feito da sentenza de suplicación, a D. Agapito, que desenvolvera a súa actividade laboral en Venezuela e en España, o INSS recoñeceu a súa pensión de xubilación por importe, a cargo da Seguridade Social española, de 144.02 euros mensuais, contía resultante da aplicación da porcentaxe correspondente polos anos cotizados en España, máis un complemento a mínimos e outro por residencia. O traballador xubilado acredita 792 días cotizados en España -entre 2008 e 2011- e 6.104 días de cotización en Venezuela -entre 1970 e 2008-. Aínda que nada se especifica nos feitos da sentenza, sobreenténdese que o INSS efectuou os cálculos sobre a base do art.º 11 do Convenio Hispano-Venezolano de Seguridade Social de 1988. En canto á porcentaxe de pensión a cargo de Venezuela, non consta que D. Agapito a veña percibindo.

Ante o non pagamento do importe da pensión na contía que lle corresponde aboar a Venezuela, D. Agapito reclama o seu dereito a percibila da Seguridade Social española. En concreto, na contía mínima de xubilación que estea prevista para maiores de 65 anos con cónxuxe a cargo e todo iso con efectos dende o día no que o INSS o recoñeceu a condición de pensionista de xubilación.

Así formulados os termos do conflito, a cuestión litixiosa de fondo versa sobre o alcance da responsabilidade dun Estado, polos incumprimentos doutro, á hora de aboar a

contía de calquera pensión á que estivesen obrigados, cada un dunha parte, en virtude da aplicación dun convenio internacional. Pero como se dixo ao principio, directamente relacionado con este tema encóntrase o réxime dos complementos a mínimos das pensións. Non en van, no seu escrito de demanda, o actor reclama a España o pagamento da pensión da que é titular por Venezuela, pero faino na contía mínima prevista para maiores de 65 anos con cónxuxe a cargo.

E tal petición, nos termos descritos, é atendida integralmente polo xulgado do social que condena ao INSS e a TXSS a aboar ao actor a contía da pensión no importe solicitado, isto é, no mínimo previsto para cada anualidade. Non conformes, os demandados interpoñen o correspondente recurso de suplicación por infracción do ordenamento xurídico, en concreto, do art.º 14.3 RD 1045/2013, do 27 de decembro, de revalorización das pensións do Sistema da Seguridade Social e outras prestacións públicas para o exercicio de 2014. En síntese, segundo interpretan o contido do devandito precepto, España só terá que garantir e polo tanto aboar, a *diferenza* entre a contía da pensión real -a calculada polas regras do convenio bilateral en función dos anos de cotización- e a contía da pensión mínima. O que non poderá esixirse a España, en ningún caso, é o aboamento íntegro da devandita pensión mínima ante o non pagamento por parte da estranxeira, pois o aludido precepto só se refire a un complemento que garanta ao beneficiario a diferenza ata un mínimo. Como sustento de tal interpretación, achegábanse algunhas sentenzas, entre outras, a do TSX de Galicia do 13 de xuño de 2011 (recurso de suplicación núm. 1739/2001), na que queda patente que non é posible impoñer a un Estado unha responsabilidade subsidiaria polas pensións impagadas por outro Estado.

Agora ben, esa doutrina foi posteriormente modificada e así pono de manifesto e con acerto, a Sala do Social do TSX Galicia. E a tal fin, cita a xurisprudencia do TS, en concreto, a sentenza do 21 de marzo de 2006 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 5090/2004), que resolve unha cuestión similar á formulada en Galicia

seguindo outra do 22 de novembro de 2005 (recurso de casación para a unificación de doutrina 5031/2004). Segundo o TS, a finalidade dos complementos a mínimos nun Estado social e democrático de dereito é garantir, a toda persoa que dedicou a súa vida ao traballo, uns ingresos suficientes por debaixo dos cales se está en situación legal de pobreza unha vez acontecida a continxencia que o separa da actividade. Esta é a interpretación que debe defenderse do art.º 50 LXSS 1994 - na actualidade, art.º 59 LXSS 2015- cando ordena computar aos efectos de alcanzar o límite da contía mínima as cantidades percibidas como rendas do capital ou do traballo persoal, supostos nos que a norma se refire a cantidades percibidas e non a cantidades devindicadas. E ese mesmo sentido ha de darse ao contido do art.º 14.3 RD 1045/2013, do 27 de decembro. Do que se trata é de garantir ao beneficiario, mentres resida en territorio español, o complemento necesario cando a suma dos importes reais das pensións é inferior á pensión mínima. E fálase de importes reais, non ideais, cos que o beneficiario debe atender ás súas necesidades que, dende logo, non poden verse satisfeitas co importe de utópicas pensións recoñecidas e que non son satisfeitas.

En definitiva, o TSX de Galicia segue correctamente unha doutrina xurisprudencial, certamente consolidada, malia a que aínda existen algunhas reticencias por parte dos organismos xestores da Seguridade Social para aceptala, toda vez que supón un importante desembolso por incumprimentos doutros estados cara aos seus asegurados.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 29 de abril de 2016 (recurso de suplicación núm. 1858/2015). Pensión de xubilación. Determinación da data inicial da remuneración. Denegación inicial e recoñecemento posterior sobre a base de novos datos.

Normas aplicadas:

Art.º 43.1 LXSS 1994 (art.º 53.1 LXSS 2015).

Convenio de Seguridade Social entre España e Venezuela, do 12 de maio de 1988.

O conflito que deu lugar á sentenza que agora se comenta xorde a raíz da determinación da data de efectos económicos da pensión de xubilación recoñecida á actora ao abeiro do Convenio Hispano-Venezolano de Seguridade Social, do 12 de maio de 1988, toda vez que para o seu recoñecemento foi necesaria a tramitación de dúas solicitudes.

A primeira solicitude de recoñecemento de pensión de xubilación, cursada pola actora á Seguridade Social española, foille denegada por non acreditar suficientes cotizacións en Venezuela. A solicitude fora presentada o 30 de novembro de 2011 e a resolución denegatoria do INSS foi ditada o do 10 de maio de 2012.

No mes de xaneiro de 2013, o expediente foi revisado de oficio pola Seguridade Social española a raíz de recibir unha nova certificación de cotizacións da actora en Venezuela. Efectuada a revisión, a entidade xestora recoñécelle a prestación de xubilación polo importe correspondente e con data de efectos económicos do 12 de setembro de 2012, isto é, 3 meses antes da entrada no INSS da certificación de cotizacións remitida por Venezuela.

Desconforme a pensionista coa data de fixación de efectos económicos da súa pensión, impúgnaa ante o xulgado do social que estima integramente a súa demanda e declara o dereito da súa comunidade hereditaria -enténdese que a actora faleceu- a "cobrar a pensión de xubilación na contía recoñecida, con efectos económicos dende a data da solicitude desta, o 30 de novembro de 2011". Para o xulgador *a quo* produciuse un erro material no recoñecemento da prestación que obrigou á entidade xestora a rectificar a resolución denegatoria inicial, polo que quebra a aplicación da regra xeral da retroactividade máxima dos efectos económicos aos tres meses anteriores dende a solicitude do art.º 43.1 LXSS -agora art.º 53.1 LXSS 2015-.

Como era de esperar, o INSS interpuxo o correspondente recurso de suplicación contra a sentenza de instancia, ao entender infrinxido o aludido art.º 43.1 LXSS 1994. E o recorrente teno claro: a sentenza do xulgado do social

confunde os dous parágrafos do devandito precepto que regulan o réxime de retroactividade dos efectos económicos das prestacións en dúas situacións diferentes. A primeira, a de concesión inicial, cuxos efectos económicos han de retrotraerse, como máximo, aos tres meses anteriores á solicitude. E a segunda, a de revisión dunha prestación inicialmente concedida, cuxos efectos económicos tamén se retrotraen, pero esta vez, aos tres meses anteriores á nova solicitude. O problema formúlase, segundo o recorrente, coa excepción a esta segunda regra tamén prevista no propio art.º 43.1 LXSS 1994, que dispón que "a retroactividade máxima non operará nos supostos de rectificación de erros materiais, de feito ou aritméticos". E segundo o INSS, aquí radica o desatino do xulgador de instancia, ao entender que a remisión dos novos datos de cotización por parte de Venezuela ao expediente de xubilación da actora, xeraron un erro material no sentido da súa resolución, e polo tanto debe quedar sen efecto a regra da retroactividade máxima, de aí o fallo de instancia que ordena que os efectos económicos da pensión recoñecida -rectificada, segundo o seu parecer- fíxense na data da primeira solicitude, isto é, o 30 de novembro de 2011.

E se o recorrente o tiña claro, máis claro teno a Sala do Social do TSX de Galicia, como se evidencia da lectura dos fundamentos xurídicos da sentenza do 29 de abril de 2016. E malia iso, non escatima esforzos pois argumenta o seu fallo -estimatorio do recurso de suplicación- en varias disposicións normativas, xurisprudencia do TS e, mesmo, en doutrina xudicial da mesma Sala de Galicia.

Sen excluír os motivos do recorrente, o TSX precisa que no caso agora axuizado se está ante unha *concesión inicial* dunha prestación e non ante a revisión doutra anterior, pois os novos datos de cotización remitidos por Venezuela non existían no momento da primeira solicitude da pensión, foron determinantes para a súa concesión e eran totalmente descoñecidos para o INSS. Tal descoñecemento é, precisamente, a razón fundamental pola que o TSX, con grande acerto, descarta que se trate dunha revisión en pro dunha *concesión ex novo*. Nin sequera co argumento da existencia dun erro material, de feito ou aritmético que

permitise a inaplicación da retroactividade máxima aos tres meses. Polo tanto, segundo o tan reiterado art.º 43.1 LXSS 1994 e dado que se trata dunha solicitude inicial dunha prestación de xubilación, os seus efectos económicos produciranse "a partir dos tres meses anteriores á data en que se presente a correspondente solicitude". Agora ben, téñase en conta que neste caso, tras a chegada dos novos datos procedentes de Venezuela, non houbo propiamente unha solicitude de recoñecemento de pensión de xubilación, senón que a revisión do expediente se incoou de oficio por parte do INSS. Con estes antecedentes, o TSX fixa como data de efectos económicos da pensión a de tres meses antes da entrada no INSS da nova certificación remitida por Venezuela. E aínda que *a priori* non puidese parecerlo, hai que advertir que tamén aquí o TSX de Galicia resolveu de conformidade co contido do art.º 43.1 LXSS 1994, pois ao non haber solicitude expresa, a data de efectos hai que referila ao momento no que puido incoarse a referida solicitude e só púidoo ser dende que se tivo constancia das novas cotizacións a través da certificación de Venezuela.

Todo o aquí manifestado queda debidamente xustificado pola Sala do Social do TSX de Galicia, coa achega dos correspondentes preceptos legais, máis alá do art. 43 LXSS 1994, entre eles, art.º 178 LXSS 1994 -na actualidade, art.º 230 LXSS 2015- e art.º 57.3 LRX-PAC 1992 -hoxe, art.º 39 LPAC-, pero tamén con cita de xurisprudencia do TS e doutrina xudicial. E a xurisprudencia unificada do TS foi determinante, e dela, o TSX de Galicia destaca a súa especial sensibilidade nestas situacións, sobre todo cando o erro é da entidade xestora -todo o contrario do que acontece no caso de autos- que é a que está en condicións máis favorables para a axeitada determinación da efectividade das prestacións. E cítase, entre outras, as seguintes: 25 de marzo de 1993 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 690/1992) e do 5 de xuño de 1998 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3983/1997).

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 18 de maio de 2016 (recurso de suplicación núm. 4715/2015). Recarga de prestacións por omisión de medidas de seguridade. Enfermidade profesional. Responsabilidade solidaria. Prestación sucesiva de servizos para distintas empresas e relacións de subcontratación interempresarial.

Normas aplicadas:

Art.º 123 LXSS 1994 (art.º 164 LXSS 2015)

Arts. 14, 24 e 42 LPRL.

Art.º 96 LRXS.

Orde, de 16 de outubro de 1991, pola que se aproba a Instrución Técnica Complementaria 07.1.04 do capítulo VII do Regulamento Xeral de normas básicas de seguridade mineira (BOE do 30 de outubro de 1991).

Na sentenza que agora se comenta, a Sala do Social do TSX de Galicia resolve un conflito sobre un dos temas máis tradicionais do Dereito do Traballo e da Seguridade Social, a responsabilidade empresarial polo incumprimento das obrigas de seguridade e saúde laboral, en particular, no aboamento da recarga sobre as prestacións da Seguridade Social. A peculiaridade da sentenza, e de aí que se optase polo seu comentario, é o seu correcto tratamento e fundamentación, e por tanto, a súa resolución, nun suposto especialmente complexo por tratarse dunha prestación de servizos sucesiva para distintas empresas e por existir, entre algunhas de tales entidades, relacións xurídicas de contratación e subcontratación. E todo iso, ademais, nunha actividade especialmente sensible no ámbito da prevención de riscos laborais, a minaría a ceo aberto, en concreto, nas canteiras.

Os feitos que deron lugar á sentenza foron, en síntese, os seguintes. O actor, tamén recorrente en suplicación, prestou servizos, sucesivamente e durante máis de 10 anos, para varias empresas dedicadas á actividade das canteiras. En concreto, dende 1989 ata 2003. A súa profesión habitual, ata o ano 2004, era a de operario de canteiras. Descoñécese a súa actividade nos anos posteriores. No ano 2009, o INSS declarouno afecto dunha incapacidade

permanente en grao absoluto, derivada de enfermidade profesional, en concreto, silicose. No ano 2013, solicitou a iniciación do expediente de declaración da recarga de prestacións polo incumprimento empresarial de medidas de seguridade e saúde no traballo. Tras a tramitación do referido expediente, no ano 2014, a dirección provincial do INSS denegou a petición de responsabilidade empresarial declarando que non procedía recarga ningunha sobre as prestacións económicas derivadas da súa enfermidade profesional "ao non se deducir relación causa-efecto entre a omisión de medidas de seguridade e a enfermidade diagnosticada". Contra a devandita resolución o demandante interpuxo a correspondente reclamación previa, que foi desestimada por resolución definitiva. Só entón o traballador puido continuar coa súa impugnación en vía xudicial, primeiro ante o xulgado do social, que tampouco estimou a súa petición, e posteriormente ante a Sala do Social do TSX de Galicia, coa interposición do correspondente recurso de suplicación que deu lugar á sentenza que agora se comenta.

Pero antes de entrar na análise dos seus fundamentos xurídicos, é preciso consignar unha serie de datos certamente relevantes para comprender o sentido do seu fallo. En primeiro lugar, que o traballador-recorrente, ademais de interpoñer a súa demanda e posterior recurso de suplicación, contra o INSS e TXSS, o fixo tamén contra todas as empresas de canteiras nas que prestara servizos sucesivamente dende o ano 1989 ata 2003. En segundo lugar, que nesa prestación sucesiva de servizos, houbo un período no que na súa actividade laboral concorrián simultaneamente dúas empresas diferentes. Por un lado, a entidade empregadora que lle contratara e que dirixía o desenvolvemento da súa actividade -GRISPÉREZ, SL-. E por outro, o titular da canteira onde se realizaban os traballos -CANTEIRAS VILAFRÍA, SL-, que contratara coa primeira, a execución de determinadas obras. En todo caso, máis alá dos períodos nos que o actor prestou os seus servizos para GRISPÉREZ, SL en canto subcontratista de CANTEIRAS VILAFRÍA, SL-, houbo outros nos que foi contratado directamente por esta última. En terceiro lugar, de todas as

empresas demandadas -en total 8- só compareceron en xuízo 3 delas, en concreto, CANTEIRAS VILAFRÍA, SL, GRISPÉREZ, SL, e outra máis, cuxa denominación é LEMOS ROMERO, SL. E xa por último, no expediente administrativo de responsabilidade por recarga quedou acreditado que durante o período 1989 a 2003 non constan partes de baixa por enfermidade profesional, nin por período de observación, nin ningún proceso de incapacidade temporal do recorrente.

Neste contexto e tras a desestimación da demanda de instancia, interponse recurso de suplicación co fin de revisar algúns dos feitos probados e denunciar a infracción de certas normas do ordenamento xurídico, en concreto, o art.º 123 LXSS -hoxe art.º 164 LXSS-, o art.º 14 LPRL e a Orde de 16-10-1991 pola que se aproba a Instrución Técnica Complementaria 07.1.04 do capítulo VII do Regulamento de normas básicas de seguridade mineira.

En canto ás revisións fácticas propostas, só se admite unha das solicitadas e iso faise -con grande acerto por parte da Sala-, por basearse en probas documentais, en concreto, sobre a base dun Informe da Consellería de Industria respecto dos Plans de labores presentados por unha das empresas nas que prestara servizos o actor. E en tal documentación quedan acreditados certos incumprimentos empresariais preventivos. En particular, consta que "no ano 1989 existe tal elevado nivel de po que satura o ambiente de traballo e no ano 1991 esíxese por parte da inspección provincial de minas que os martelos perforadores deben ir provistos de captadores de po ou inxección de auga, ou no seu defecto os operarios deberán utilizar máscaras antipo".

Os argumentos da Sala ás revisións xurídicas presentadas polo recorrente evidencian un coñecemento cabal e completo da normativa preventiva en xeral e, máis particular, do significado e alcance dos seguintes conceptos: o deber de seguridade empresarial; o deber de vixilancia nas contratas e subcontratas de propia actividade e executadas no centro de traballo da empresa principal; a causalidade entre o incumprimento empresarial e o dano causado ao traballador; e por último, o réxime de solidariedade na responsabilidade preventiva empresarial. E

todo isto nunha actividade con riscos específicos -o po de sílice e os seus efectos como causante de silicose- e cunha normativa preventiva de carácter moi técnico.

En fin, sobre todos os conceptos anteriores, a interpretación da Sala do Social do TSX pode compendiarse da forma que se expón a continuación:

Sobre o deber de seguridade empresarial do art.º 14 LPRL, destácase a súa amplitude e o seu carácter xenérico co fin de garantir unha protección eficaz da saúde e seguridade dos seus traballadores. Tal é así, que o empresario só quedará liberado cando probe que o risco era "inevitable ou imprevisible ou produto dunha imprudencia temeraria do traballador".

No que se refire ao deber de vixilancia nas contratas e subcontratas de propia actividade (art.º 24.3 LPRL) e nas executadas no centro de traballo da principal (art.º 24.2 LPRL) -o que concorre neste caso, no período no que o actor prestaba servizos para GRISPÉREZ, SL na mina de CANTEIRAS VILAFRÍA, SL-, a Sala tradúceo en que correspondía a esta última a realización das "medicións e o control de po", e ademais, "coidar que en todo o centro baixo o seu control se utilizasen as medidas individuais e colectivas de protección".

Sobre a causalidade entre o incumprimento e o dano -elemento decisivo para imputar a responsabilidade da recarga de prestacións-, á Sala non lle cabe ningunha dúbida. E iso é así, toda vez que o demandante traballou "durante máis de dez anos continuados como operario de canteiras, sometido á exposición de po de sílice e está nunha situación de IPA por silicose". Ao respecto, recorda a Sala que son os debedores de seguridade os que deben acreditar o cumprimento de medidas de seguridade, tal e como esixe o art.º 96.2 LRXS. E como ningunha das empresas para as que prestou os seus servizos o cumpre -unhas só o fan parcialmente e outras nada acreditan pois non compareceron no proceso-, todas son responsables. A única empregadora que si probou o cumprimento íntegro das medidas de seguridade foi CANTEIRAS VILAFRÍA, SL, pero o fixo respecto do período no que contratara directamente o traballador.

O último elemento que manexou a Sala para impoñer a condena no pagamento da recarga a todas as empresas demandadas, foi o da solidariedade. Ao respecto, non hai que esquecer que aínda que a solidariedade non é a regra xeral, si cabe a súa imposición cando foron dous ou máis os empresarios incumpridores e non é posible discernir a porcentaxe de culpa atribuíble a cada un deles. E este foi o elemento fundamental nesta sentenza e a grande aposta da Sala, a condena solidaria ao aboamento da recarga a todas as empresas nas que prestou servizos sucesivamente durante máis de dez anos o traballador. Pero a súa imposición non se fixo automaticamente, senón que se xustificou, como corresponde, da seguinte forma. A cada unha das empresas nas que prestou servizos o traballador, por non acreditar o cumprimento íntegro de todas as medidas de seguridade. Polo tanto, en todas concorre a relación de causa-efecto. A única empregadora que si acreditou o cumprimento de medidas de seguridade foi CANTEIRAS VILAFRÍA, SL respecto do período no que contratara o traballador. A súa responsabilidade, de forma solidaria, o é pola súa condición de empresa principal e titular do centro de traballo, polos incumprimentos do seu contratista, GRISPÉREZ, SL.

En fin, trátase dunha sentenza xuridicamente correcta, pero ademais, especialmente sensible cunha problemática que afecta a un colectivo importante de traballadores en Galicia, o das canteiras, que a idades moi temperás ven menoscabada a súa saúde pola exposición durante anos ao po de sílice. Pero fronte a esta problemática, real e constatable, a forma de organización da actividade no sector, a través de contratas e subcontratas, permitiu que en non poucas ocasións non se quixese recoñecer a súa parte de responsabilidade ás grandes empresas do sector que son as que realmente se benefician da actividade destes traballadores descentralizando a súa actividade a través dos seus verdadeiros empregadores.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 3 de xuño de 2016 (recurso de suplicación núm. 1316/2016). Revalorización e actualización de pensións. Non procede o incremento de acordo ao IPC por aplicación do RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro.

Normas aplicadas

Art.º 9.3 e 33.3 CE.

Art.º 48 LXSS 1994 e art.º 58 LXSS 2015.

Art.º 2.1 RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro.

A presente Sentenza conforma unha máis das moitas pronunciadas en distintas instancias xudiciais, co fin de valorar a legalidade e constitucionalidade de disposicións normativas aprobadas polo Goberno atendendo ás razóns de "extraordinaria e urxente necesidade" do art.º 86 CE. Trátase, neste caso, do RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, sobre medidas de consolidación e garantía do Sistema de Seguridade Social. En concreto, o conflito versa sobre o seu art.º 2.1 en canto deixaba sen efecto para o exercicio de 2012 a "actualización das pensións" nos termos previstos no art.º 48.1 LXSS 1994 e no correspondente da Lei de Clases Pasivas do Estado.

Agora ben, como acaba de poñerse de manifesto, a presente sentenza do TSX de Galicia, non é a única recaída, nin sobre o RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, nin sobre outros moitos aprobados, con certo abuso, na anterior lexislatura. Por todos é coñecida esta situación e son xa relevantes o número de resolucións ditadas polo TC ao respecto, aínda que non todas co sentido que sería desexable de acordo co contido da Carta Magna. De feito, no momento de ditarse esta sentenza da Sala de Galicia, pasara xa máis de 1 ano dende que o TC na súa sentenza 49/2015, do 5 de marzo, recoñecera a adecuación do contido do referido art.º 2.1 do RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, aos arts. 9.3 CE -principio de irretroactividade das leis- e art.º 33.3 CE -prohibición de expropiación de dereitos-, ambos os dous alegados como infrinxidos no seu recurso de inconstitucionalidade polos deputados recorrentes. Sinalaba o alto Tribunal que a norma contida

no art.º 48.1 LXSS 1994 non constituía un dereito consolidado, nin incorporado ao patrimonio dos pensionistas, senón que se estaba ante unha mera expectativa de dereitos, de aí que a súa supresión -por RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro-, non supoñía a aplicación retroactiva dunha norma sancionadora, nin unha expropiación de dereitos. Por suposto, e como é máis que habitual nos últimos anos en non poucas sentenzas do noso TC, o fallo maioritario vai acompañado do correspondente voto particular dos maxistrados discrepantes.

Volvendo coa temática de fondo da sentenza de Galicia do 3 de xuño de 2016, isto é, a actualización das pensións, non está de máis recordar dende o ano 1997 ata a aprobación da Lei 23/2013, do 23 de decembro, reguladora do factor de sostibilidade, tal actualización era automática e facíase mediante a súa revalorización anual de acordo co IPC previsto para cada anualidade. Así o ordenaba o art.º 48.1 LXSS 1994, dando cumprimento ao mandato do art.º 50 CE. Como é sabido, os problemas da aplicación de tal fórmula comezaron no 2008 coa crise económica. O sistema quebrou nos exercicios de 2010 e 2011, nos que por disposición do RD-Lei 8/2010, do 20 de maio, de medidas extraordinarias para a redución do déficit público e outros preceptos das correspondentes LPXE, se excluíu a revalorización das pensións agás para as mínimas, as do extinguido SOVI e as non contributivas. Para o exercicio de 2012, a revalorización fixouse no 1 por 100, polo tanto, por debaixo do IPC real, e iso de acordo co contido, entre outros, do RD-Lei 20/2011, do 30 de decembro, de medidas urxentes en materia presupostaria, tributaria e financeira para a corrección do déficit público. Polas mesmas razóns, o RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, deixou sen efecto a compensación prevista no art.º 48.1 LXSS 1994. O que sucedeu con posterioridade é de sobra coñecido. Argumentando problemas de índole demográfica e económica e atendendo ás recomendacións da reunión do Pacto de Toledo do ano 2011, a Lei 23/2013, do 23 de decembro, aproba un novo índice de revalorización que é o que pasou á complexa e incomprensible fórmula contida no art.º 58 LXSS 2015.

Neste escenario e con estes antecedentes, é evidente que ao TSX de Galicia lle quedaba pouco marxe de manobra e de aí o sentido do fallo da sentenza comentada. O conflito formuláralo un pensionista de xubilación en relación coa contía da súa pensión percibida durante os anos 2012 e 2013. O pensionista entendía que o INSS lle debía os atrasos resultantes da aplicación do art.º 48 LXSS 1994, toda vez que a súa pensión só fora incrementada nun 1 por 100, mentres que o IPC real fora do 2,9 por 100. Segundo as súas argumentacións, o incremento reclamado non se ve afectado polo art.º 2.1 RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, pois o seu contido vulnera a normativa internacional, entre outros, o art.º 12 da Carta Social Europea e o art.º 65.10 do Convenio núm. 102 da OIT. E tal normativa internacional é a tida en conta polo xulgador de instancia para estimar a demanda do pensionista, e iso malia que no momento de ditarse a sentenza, xa se pronunciara o TC sobre a constitucionalidade do art.º 2.1 RD-Lei 28/2012, do 30 de novembro, na súa sentenza 49/2015. Segundo consta nos fundamentos da de instancia, o fallo do TC "non impide que poida deixarse sen efecto a aplicación do contido da norma discutida por ser contraria a normas internacionais".

Non obstante, a Sala de Galicia non comparte os argumentos do xulgador *a quo* e estima o recurso de suplicación interposto polo INSS. O argumento decisivo para xustificar o seu fallo, é o contido da sentenza do TC 49/2015 cuxos argumentos analiza na súa aplicación ao caso concreto aquí axuizado. E tales argumentos son: a inexistencia de irretroactividade, prohibida polo art.º 9.3 CE, e a inexistencia de expropiación de dereitos, tamén prohibida polo art.º 33.3 CE. Sobre a irretroactividade, a Sala do TSX insiste no que xa deixara claro o TC. Isto é, que a revalorización do art.º 48 LXSS non constitúe un dereito consolidado integrado no patrimonio do pensionista, senón unha mera expectativa de dereito e, como moito, dun dereito condicionado á fixación do seu contido pola correspondente lei de presupostos do Estado se existe diferenza entre o IPC previsto e o acumulado a novembro do exercicio económico correspondente. Iso supón, en

definitiva, un recoñecemento ao lexislador de certa marxe de discrecionalidade á hora de concretar a eventual actualización da revaloración, en función das circunstancias económicas e sociais existentes en cada momento, todo iso coa finalidade de asegurar a suficiencia e solvencia do Sistema de Seguridade Social. E sobre a expropiación prohibida do art.º 33.3 CE, a postura da Sala tamén é evidente. Seguindo a doutrina do TC, en concreto, a sentenza 108/1986, do 29 de xullo, só son expropiables e, polo tanto, indemnizables, a privación de bens e dereitos ou mesmo intereses patrimoniais lexítimos, aínda non garantidos como dereitos subxectivos, pero en ningún caso, o son as expectativas.

En fin, con base neses argumentos, propiciados polo TC, a Sala estima o recurso do INSS e polo tanto desestima a sentenza de instancia. Iso lévaa a denegar a actualización da contía da xubilación do pensionista demandante, deixando sen efecto unha disposición legal aplicable cunha grave afectación, para que negalo, do principio de seguridade xurídica. Pero esta foi a tónica xeral en reclamacións idénticas á formulada en Galicia, entre elas, a defendida nas sentenzas do TSX de Cataluña do 20 de xaneiro (recurso de suplicación núm. 6100/2015) e de 23 e 25 de febreiro de 2016 (recurso de suplicación núm. 6385/2015 e 242/2016).