

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: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ de GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 5 de julio de 2022 (recurso de suplicación núm. 454/2022); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 6 de julio de 2022 (recurso de suplicación núm. 2021/2022); y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 26 de julio de 2022 (recurso de suplicación núm. 2286/2022).

RESUMEN: fecha de efectos del reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica solicitado por el trabajador varón con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA contra el INSS: se retrotrae a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LGSS, tanto en su redacción anterior a la actual (disposición final 2^a Uno de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para 2016), como la vigente (Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico).

Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Se analizan conjuntamente las tres resoluciones del TSJ de Galicia referidas en la rúbrica, porque las tres resuelven de forma idéntica el conflicto planteado sobre la misma cuestión litigiosa. A saber, la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica sobre la pensión de jubilación cuando es solicitado por un trabajador varón con posterioridad a la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/19, WA contra el INSS, en el sentido de retrotraerlo a la fecha del hecho causante de la pensión sobre la que se aplica. No obstante, hay que precisar, que, en la actualidad, el referido complemento ya no existe, pues ha sido sustituido por el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Pero es que la referida sustitución ha sido motivada, en parte, por el fallo de la Sentencia del TJUE antes referida, de ahí la procedencia de esta reseña.

En cualquier caso, el momento de transición entre uno y otro complemento, que es en el que se publican las sentencias aquí reseñadas, obliga a exponer, siquiera brevemente, las líneas generales del régimen jurídico de ambos, el derogado y el vigente.

El derogado, regulado en la redacción anterior del art. 60 LGSS, tras su introducción por la disposición final 2^a Uno de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para 2016, buscaba reconocer a las mujeres su aportación demográfica a la Seguridad Social por los hijos, naturales o adoptados, que hubiesen tenido, siempre que fuesen al menos dos, y además fuesen beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Su existencia se justificaba en el principio de reparto y solidaridad

intergeneracional y, en consecuencia, su sostenibilidad dependía en gran medida de la evolución intergeneracional. Quedaba así introducido el concepto de *cotización demográfica*, que consideraba el número de hijos que se aportan a la sociedad, en cuanto son la clave para la sostenibilidad futura del Sistema de Seguridad Social, y que se superponía al de *cotización económica* que era el tradicional. Eso sí, y aunque las bondades de su configuración eran muchas, su implantación arrojaba determinadas sombras. Entre otras, dejaba fuera a las mujeres que solo hubiesen tenido un hijo y solo se reconocía a las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2016. Pero, sin duda, su aspecto más polémico fue su eventual efecto discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que los hombres varones no figuraban en su lista de beneficiarios. Desde luego, si su implantación se basaba en premiar la aportación demográfica a la sociedad, la de los hombres es tan necesaria como la de las mujeres, de ahí que su exclusión parecía totalmente injustificada.

Fue el TJUE, en el asunto C-450/19, WA contra el INSS, antes aludido, en el que quedó patente el carácter discriminatorio por razón de sexo del contenido del art. 60 LGSS, por lo tanto, contrario a la Directiva 79/7/CE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Y ello es así porque, según el TJUE, resulta discriminatorio un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres, con al menos dos hijos, "mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento" (apartado 67). Ello obligó al legislador español a redefinir la configuración del referido complemento, lo que tuvo lugar en febrero de 2021, mediante la aprobación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico y que dio lugar al contenido del art. 60 LGSS tal y como se conoce en la actualidad.

Desde entonces, la justificación de su existencia ya no es la aportación demográfica de las mujeres a la sociedad, sino la

necesidad de reducir la brecha de género en las pensiones, en cuanto fiel reflejo de la discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas, tal y como se pone de manifiesto en el preámbulo de la norma de urgencia. A lo que se añade que el nuevo complemento sí respeta la jurisprudencia del TJUE pues deja la “puerta abierta para que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento” (preámbulo RD-ley 3/2021, de 2 de febrero). En definitiva, se combina una *acción positiva* en favor de las mujeres, cuando ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, con la previsión de una *puerta abierta* para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable. En coherencia con la finalidad del complemento –la reducción de la brecha de género- su vigencia temporal se vincula a reducir la aludida brecha en las pensiones de jubilación por debajo del 5 por 100.

Como es sabido, bajo la vigencia del art. 60 LGSS, en su redacción original, fueron varias las reclamaciones judiciales de trabajadores varones solicitando el complemento de maternidad alegando discriminación por razón de sexo, debate que dio por zanjado el TJUE en el asunto C-450/18, WA contra el INSS. Según el TJUE, la norma española atenta contra el principio de igualdad de trato en lo relativo al cálculo de las prestaciones de Seguridad Social, lo que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, tal y como dispone el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Y ello por varios motivos. Entre otros, porque una norma que concede un “trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados (...)” que el dispensado a las mujeres en la misma situación, “puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7” (apartado 40). Además, como ya se indicó con anterioridad, si el objetivo de la norma es recompensar “la aportación

demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres" (apartado 46). Y, por último, porque "la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera" (apartado 52).

Asumida la discriminación y, por lo tanto, reconocido a los trabajadores varones la posibilidad de reclamar el complemento bajo la vigencia de la redacción original del art. 60 LGSS, el conflicto quedaba limitado a su fecha de efectos económicos. Y la disyuntiva oscilaba entre su carácter retroactivo, referido a la fecha del hecho causante de la prestación complementada, que debía ser posterior a enero 2016 –confirmar- o a la fecha de la solicitud del complemento. Como es fácil presagiar, la cuestión no es menor.

Para resolver el debate, son varios los argumentos que con gran destreza y conocimiento maneja la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en las 3 resoluciones que conforman esta reseña, entre ellos, los siguientes:

En primer lugar, que las "sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales –en alusión a las del TJUE- no tienen valor constitutivo, sino puramente declarativo", por lo tanto, son "sentencias interpretativas" (FD CUARTO Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de julio de 2022 y FD CUARTO Sentencia del TSJ de Galicia, de 6 de julio de 2022). A continuación, que, por regla general, los efectos de las sentencias prejudiciales son *ex tunc*, lo que significa, según explica el propio TJUE que la interpretación que se hace en el ejercicio de sus competencias de una norma de Derecho de la Unión, "aclara y precisa el significado y alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor". Esto es, a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelve sobre la petición de interpretación. Solo de forma excepcional podría el TJUE,

aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. No obstante, para que opere esta limitación es necesario que concurran dos criterios esenciales. A saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (FD CUARTO, apartado 1, Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de julio de 2022). Por último, siguiendo con las alusiones a la doctrina del TJUE, la Sala de lo Social de Galicia apela al efecto útil de las sentencias para defender la retroacción de efectos, toda vez que, teniendo en cuenta la sucesión de hechos y evolución jurídica del complemento, se hacía extremadamente difícil que el beneficiario hubiese podido ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación –en todo caso, posterior a 2016- lo que provocó la demora en la reclamación (FD CUARTO, apartado 2, Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de julio de 2022 Y FD CUARTO, apartado 2, Sentencia del TSJ de Galicia, de 6 de julio de 2022 y FD CUARTO Sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de julio de 2022). En consecuencia, con un criterio acertado, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia estima los recursos y retrotrae los efectos del complemento a la fecha del hecho causante de la pensión de la que trae causa.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 18 de noviembre de 2022 (recurso de suplicación núm. 6866/2021).

RESUMEN: compatibilidad plena entre una pensión de incapacidad permanente total del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REMAR) con una pensión de jubilación del Régimen General (RG). No procede la aplicación de la institución del cómputo recíproco de cotizaciones, aun cuando el acceso a la pensión de jubilación lo haya sido con edad reducida por aplicación de los períodos de cotización como trabajador del mar.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 163, 205 y 206 de la LGSS.

Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social.

Muy interesante resulta el fallo contenido en la presente resolución del TSJ de Galicia, pues trata un tema ciertamente complejo, cual es, la compatibilidad de pensiones generadas en distintos Regímenes de la Seguridad Social y la posible aplicación del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas. Ahora bien, vaya por delante, que la Sala gallega no aplica, en este caso, el instituto del cómputo recíproco de cotizaciones ni la totalización de cuotas previstos en el RD 691/1991, de ahí que concluya –parece que acertadamente- con el reconocimiento de las dos pensiones, sin excepción, cuya compatibilidad se cuestiona por la Administración de la Seguridad Social.

En concreto, lo que es objeto de litigio es la posible compatibilidad entre una pensión de incapacidad permanente total del REMAR y la pensión de jubilación con cargo al RG. Según consta en los autos, el trabajador, recurrente en suplicación, acredita cotizaciones independientes en los dos regímenes de la Seguridad Social, y con las acreditadas en cada uno de ellos, respectivamente, ha causado la correspondiente prestación, la de IP, en el REMAR, y la de jubilación, en el RG. La particularidad de lo sucedido, de ahí el conflicto jurídico que es objeto de la resolución ahora analizada, es que el acceso a la pensión de jubilación en el RG, se materializó mucho antes de que el solicitante hubiese cumplido la edad legal de acceso ex art. 205 de la LGSS, pues los años transcurridos de alta en el REMAR permitieron la aplicación de los coeficientes reductores de dicha edad, de acuerdo con lo previsto en el art. 206 LGSS. En concreto, fueron 8 años naturales los bonificados, resultando así el trabajador beneficiario de la pensión de jubilación a la edad de 58 años. La pensión de IPT para su profesión habitual de marinero de altura por el REMAR, le había sido declarada al demandante en el mes de octubre de 2002. Al año siguiente, en 2003, comenzó a cotizar en el RG, tras haber solicitado y

concedida la compatibilidad de su pensión con el puesto de expendedores en una estación de servicio. Fue en el año 2019 -16 años después-, a la edad de 58 años, cuando solicitó la pensión de jubilación en dicho RG con aplicación de los coeficientes reductores del REMAR. Las actividades del REMAR determinantes de la reducción de la edad mínima de jubilación y los coeficientes aplicables a las mismas están determinadas en el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre. Planteado el debate en estos términos, la polémica es clara. O bien se argumenta y se defiende la incompatibilidad de las dos pensiones del Sistema de Seguridad Social, por aplicación de los arts. 163 de la LGSS y su equivalente el art. 18 de la Ley 47/2015, o bien se argumenta y defiende su compatibilidad, por no tratarse de ninguno de los supuestos de incompatibilidad previstos en el art. 5 del RD 691/1991. La primera opción –la *incompatibilidad*– es la que defiende la Administración. La segunda –la *compatibilidad*– es la que defiende el trabajador beneficiario, de ahí la interposición de su demanda y del recurso de suplicación. En cualquier caso, no se trata de elegir libremente entre la aplicación de unos y otros preceptos y justificar, con mayor o menor acierto, la elección, pues es evidente que cada uno de los preceptos anteriores responde a una situación diferente que se puede producir en el ámbito de la Seguridad Social. A saber, el pluriempleo y la pluriactividad, que puede ser simultánea o sucesiva. Dejando fuera el pluriempleo, por tratarse del ejercicio de dos actividades que se encuadran en el mismo Régimen de Seguridad Social, la situación concurrente en los presentes autos es de pluriactividad, que, por materializarse en períodos no coincidentes, se conoce como pluriactividad sucesiva y lleva consigo, como se verá a continuación, el principio de conservación de los derechos de protección social del art. 9.2 LGSS.

La temática de la pluriactividad de actividades en sus múltiples variantes y sus efectos en lo que a encuadramiento, cotización y protección social se refiere, es uno de los grandes temas en materia de Seguridad Social, de gran complejidad técnica y no siempre correctamente enfocado ni resuelto por los tribunales. Pero no es esto lo que le sucede a la Sala gallega que resuelve el conflicto planteado haciendo gala de

un conocimiento exhaustivo de la institución de la pluriactividad sucesiva de actividades y del cómputo recíproco de las cotizaciones, fallando en favor del recurrente y por lo tanto admitiendo la compatibilidad de la pensión de IPT y de la jubilación.

El TSJ de Galicia admite que el art. 163.1 de la LGSS dispone que "las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente (...)" . Y lo mismo su equivalente en el REMAR, el art. 18.1 de la Ley 47/2015 que señala que "las pensiones de este Régimen Especial serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas". Y se traen a colación estos dos preceptos, porque en ellos, entre otros, se basa la Administración de la Seguridad Social para oponerse a la percepción por parte del actor de las dos pensiones, la de IPT y la de jubilación. Sin embargo, como apunta la Sala del TSJ de Galicia en la sentencia ahora comentada, haciendo eco de otras resoluciones anteriores suyas, en concreto, de la de 20 de septiembre de 2019, que "la existencia en cada uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social -general y especiales más comunes- de una regla general sobre incompatibilidad entre sus pensiones impide a una misma persona beneficiarse del disfrute simultáneo de dos o más pensiones reconocidas dentro de un mismo régimen (...)" . Sin embargo, continúa declarando la Sala, "es claro que no existe un precepto de carácter similar como el anterior que recoja la incompatibilidad cuando las pensiones han sido reconocidas en dos o más regímenes, lo que permite presumir, la total compatibilidad de dos o más pensiones cuyo titular las haya obtenido en diferentes regímenes".

Esto último es lo que ha sucedido en los hechos que han dado lugar a la presente sentencia de suplicación: tras la declaración en el año 2002 de una IPT para la profesión habitual de marinero de altura por el REMAR, el afiliado comienza a cotizar en el RG, previa solicitud y concesión de

la compatibilidad de su nueva actividad con su pensión. Y son estas cotizaciones, las vertidas al RG, las que justifican la solicitud de su pensión de jubilación.

De acuerdo con los preceptos antes transcritos y la doctrina judicial apuntada, nada debería obstar a la compatibilidad de las dos pensiones. El problema está en que el recurrente hizo uso del tiempo de cotización en el REMAR para reducir su edad de acceso a la jubilación en el RG. Esto es, de alguna manera, se sirvió de la institución del cómputo recíproco de cotizaciones, pues, en definitiva, hizo valer las cotizaciones abonadas en un régimen de Seguridad Social –REMAR- para generar una pensión en otro régimen diferente –RG-. Y es a partir de esta realidad en la que se basa la Administración de la Seguridad Social para oponerse a la ansiada compatibilidad.

Ahora bien, frente a la alegación de la Administración, el TSJ de Galicia se ampara, acertadamente, en el contenido art. 5.1 del RD 691/1991 para afirmar que cuando una persona acredita cotizaciones en distintos regímenes las dos pensiones serán incompatibles en los siguientes casos: “cuando el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquéllas o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas en otro régimen, tal pensión será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último”. Y es meridianamente claro que ninguna de las dos situaciones se ha producido en la presente *litis*, pues como se afirma expresamente en la sentencia analizada “la consideración de las cotizaciones del REMAR han sido únicamente a los efectos de rebajar la edad de acceso a la pensión de jubilación en el RG del demandante por aplicación de los coeficientes reductores”, pero nada más, por lo que se estima el recurso y se admite la compatibilidad. Entender cualquier otra cosa, vulneraría una norma clara y diáfana, que no plantea dudas interpretativas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 12 de diciembre de 2022 (recurso de suplicación núm. 1766/2022).

RESUMEN: responsabilidad en orden al abono de las prestaciones. Se exonera a la empleadora y se condena a la Mutua. Subsidio de IT iniciado durante el período posterior al fallecimiento del empleador, una vez cursada la baja en la Seguridad Social, pero con mantenimiento de la prestación de servicios. Alta con efectos retroactivos solicitada dos meses después del comienzo de la prestación de servicios.

NORMAS APLICADAS:

Art. 167 LGSS.

Art. 35 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Art. 10 RD 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Ciertamente llamativo resulta el fallo de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, el 12 de diciembre de 2022, al resolver el recurso de suplicación núm. 1766/2022 interpuesto por doña Felicísima, supuesta empleadora de doña Evangelina, trabajadora del servicio del hogar familiar, en la que solicita que se le exonere del abono del subsidio de IT de su trabajadora, toda vez que la responsabilidad de pago corresponde, según la recurrente, a la MUTUA, en cuanto entidad aseguradora de las contingencias en la referida relación laboral. La sentencia de instancia, de la que trae causa el presente recurso, condenaba a Felicísima al abono de dicho subsidio, entre otras razones, por no constar de alta la trabajadora en la fecha del hecho causante de la prestación, de ahí la absolución de la MUTUA. La vía judicial se había iniciado unos meses antes a instancia de la trabajadora, doña Evangelina, tras habersele denegado administrativamente el subsidio de IT solicitado, precisamente, por no constar su alta en un régimen de Seguridad Social. Pues bien, a diferencia de la resolución administrativa –que deniega el subsidio- y de la sentencia de instancia –que condena la empleadora y

absuelve a la mutua del abono de la prestación-, la de suplicación, que ahora se comenta, absuelve a la empleadora y condena a la mutua a dicho pago, por las razones que pasan a comentarse a continuación. Desde luego, antes de entrar a analizarlas, es evidente que la disparidad de soluciones ofrecidas al mismo conflicto en las tres instancias -la administrativa y las dos judiciales- hacen presumir su complejidad, de ahí esta reseña.

Los hechos que han dado lugar al presente litigio se remontan al año 2015 cuando don Baldomero y la demandante -doña Evangelina- celebraron un contrato de trabajo por tiempo indefinido y a tiempo parcial, dos horas a la semana, para prestar servicios como empleada de hogar, contrato que fue ampliado a más horas unos días más tarde. El 31 de mayo de 2020, la hija del empleador, doña Beatriz, comunica a la trabajadora fehacientemente la finalización de su contrato de trabajo por fallecimiento del titular del hogar familiar, el 17 de mayo de 2020. Junto con esta notificación, además, se entrega a la trabajadora el correspondiente documento de liquidación y finiquito y se pone a su disposición las cantidades que por tales conceptos le corresponden. Ahora bien, entre el fallecimiento del empleador -17 de mayo- y la notificación del fin del contrato por tal motivo -31 de mayo-, en concreto, el 28 de mayo, consta parte de baja médica de la demandante, al que le siguen los correspondientes partes de confirmación.

Si solo se atiende a los datos hasta aquí referidos, no existirían argumentos para denegar a la trabajadora el subsidio de IT ni para condenar a la empleadora como responsable única de su abono, con exoneración de la MUTUA. Al respecto, téngase en cuenta que el art. 10 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar contempla la conservación de los contratos de trabajo señalando que "la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador sólo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose este cuando el empleado de hogar siga prestando servicios, al menos, durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad del hogar familiar". Y una situación como la descrita en el referido

precepto es la que ha podido haber pasado en la presente *litis*, pues fallecido don Baldomero, inicial titular del hogar familiar, la trabajadora, doña Evangelina, sigue prestando servicios en el mismo domicilio por doce días más, aunque en la sentencia no se indica bajo la organización y dirección de quién. Puede suponerse que es de la hija de don Baldomero, doña Beatriz, pues tal y como consta en la sentencia de suplicación, fue ella la que el 31 de mayo de 2020 notificó a la trabajadora el fin del contrato que *supuestamente* les vinculaba. En definitiva, aun con alguna fisura, como la que se refiere a la persona empleadora, concurre, plenamente, la presunción legal del art. 10 del RD 1620/2011, de 24 de noviembre.

Sin embargo, aunque la trabajadora siguió prestando servicios en el domicilio familiar tras el fallecimiento de su empleador inicial, y la comunicación de fin de contrato se materializó 12 días después, en los autos constan otra serie de datos, sobre todo en lo que se refiere a su relación con la Seguridad Social, que son los que han originado la presente controversia. Y son principalmente dos y que se pasan a exponer a continuación: el primero, fundamental, la baja de la trabajadora en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General el mismo día del fallecimiento de don Baldomero, el 17 de mayo. No consta en autos la persona que procedió a cursar la referida baja. El segundo, la solicitud de doña Felicísima, viuda de don Baldomero, el 17 de julio de 2020, de alta de la trabajadora, en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General, con fecha de efectos, 18 de mayo de 2020, esto es, al día siguiente del fallecimiento de don Baldomero y por lo tanto el día en que se entiende que continúa la prestación de servicios con su viuda. El mismo día, la eventual empleadora solicita también como entidad aseguradora de las contingencias de su trabajadora, la MUTUA INTERCOMARCAL. El problema, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, fue que, entre la baja en el RG y la solicitud de alta de la trabajadora con efectos retroactivos, la trabajadora cursó baja médica por enfermedad común –el 28 de mayo– solicitando el correspondiente subsidio económico, que le fue inicialmente denegado, precisamente, por no constar su alta real.

Reconocido su derecho al subsidio en vía judicial, el conflicto se sitúa en la identificación de la entidad responsable de su abono, que será, o bien la empleadora, por el incumplimiento de la obligación de alta, o bien la MUTUA, como entidad aseguradora de las contingencias. Huelga decir que cuando se alude a la empresa responsable del abono del subsidio de IT por contingencias comunes, se refiere a lo que excede de la responsabilidad de pago directo que, en el caso de los empleados del hogar, va del 4º al 8º día del subsidio y que se regula en el art. 251 LGSS. Del 1º al 3º día de la baja, no se cobra.

La solución a la disyuntiva planteada parece que debe partir de la eficacia retroactiva o no del alta extemporánea, en este caso, 2 meses después de la iniciación de la prestación de servicios. Si se atiende a la normativa reguladora de los actos de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social, las altas solicitadas fuera de plazo, en términos generales, no tienen efecto retroactivo, salvo que se hayan ingresado las cuotas en plazo. Si es así, el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en la que se haya efectuado el ingreso. Esto es lo que se establece en el art. 35.1.1º, párrafo tercero, del RD 84/1996, de 26 de enero, cuando dispone que las actas fuera de plazo "sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que, de aplicarse el sistema de autoliquidación de cuotas previsto en el artículo 19.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se haya producido su ingreso dentro de plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate". Antes de la ordenación de los efectos especiales de las altas, en el mismo precepto de la norma reglamentaria se dispone, con carácter general, que las altas surten efectos desde el inicio de la relación laboral de que se trate, siempre que la solicitud se haya realizado en plazo. Así lo indica el párrafo primero del art. 35.1.1º RD 84/1996: "el reconocimiento del alta del trabajador determina la situación de alta del mismo en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de su actividad o la de su empresa, con los derechos y obligaciones inherentes

a dicha situación conforme a las normas reguladoras del Régimen en que aquél quede encuadrado. 1.º En todos los casos, las altas cuyas solicitudes hayan sido presentadas con carácter previo a la prestación de servicios únicamente surtirán efectos, en orden a los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación de alta, a partir del día en que se inicie la actividad”.

Tras las consideraciones anteriores la solución a la controversia resuelta en la Sentencia de la Sala del TSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2022, no debería, a priori, generar ninguna clase de dudas: si la solicitud de alta se produjo con ingreso de cuotas por autoliquidación, no procedería responsabilidad alguna empresarial. Si el alta no fue acompañada del ingreso de cuotas, sí existiría dicha responsabilidad.

Sin embargo, la fundamentación jurídica de la sentencia no discurre por esos derroteros, sino que justifica el sentido de su fallo, exonerando a la empleadora de toda responsabilidad en el abono del subsidio de IT, en razones de otra índole que podrían calificarse de orden social, incluso, de índole privado y familiar, de ahí la elección de esta resolución para esta reseña judicial. Desde luego merece la pena reparar en algunos de sus párrafos que se expresan de la forma siguiente: “don Baldomero murió el 17 mayo 2020 y su empleada de hogar, demandante en estos autos, continuó yendo al hogar familiar -lo que es totalmente lógico y explicable- los días siguientes. No es preciso tampoco justificar como transcurren, en cualquier familia, los momentos posteriores al fallecimiento de uno de los miembros de la familia y en concreto, dado el domicilio objeto de la prestación, al del paterfamilias de ese domicilio, pues es circunstancia para la que basta remitir a las reglas del criterio humano (...) Y en tal contexto (...) la familia decide la extinción del contrato por fallecimiento el mismo mes de su acaecimiento, 14 días después, coincidiendo con el fin de ese mes y así se lo comunican a la trabajadora”. La trabajadora “continuó en la prestación del 17 al 31 de mayo e incurrió en IT el 28 de mayo”. Es también de las reglas de la lógica que “la familia, superado el desgarro inicial, prosigue su vida poniendo en orden los asuntos del finado y en dicha actividad,

que también es de común conocimiento, se tardan meses (cuando no años y depende en las más de las ocasiones de las varias Administraciones Públicas implicadas) en poner dicho orden y en esta tesis y ante los hechos consumados inmediatos al fallecimiento del empleador del hogar en relación con el contrato de su empleada, el 17 de julio de 2020 se presenta ante la TGSS solicitud de alta de la empleada para el escaso lapso temporal del 17 al 31 de mayo de 2020 en que continuó la trabajadora asistiendo a la casa y con contrato en vigor -el del finado-“.

A partir de esas consideraciones, familiares y sociales, pero no jurídicas, la Sala, atendiendo al criterio jurisprudencial del TS con cita de varias sentencias, considera “que ha de considerarse excesivamente estricta la consecuencia responsabilizadora a la empresa, aun cuando la literalidad de los preceptos aplicables, en particular, el art. 167 LGSS (...) pudiera llevar a dicha conclusión”. Lo que propugna el TSJ de Galicia es el establecimiento de “criterios más flexibles cuando no se acredita una voluntad persistente y rebelde por parte del empresario”. En este caso, se considera que el retraso de la empleadora en cursar el alta de la trabajadora dos meses después de la fecha correcta, solo alcanza la categoría de “incumplimiento empresarial leve, ocasional y fortuito, en relación con la consecuencia responsabilizadora que le sería atribuible”. Ocasionalidad que denota que no existe voluntad incumplidora, razón por la que no procede atribuirle ninguna clase de responsabilidad.

Si se atiende al sentir y realidad de la vida familiar y social, nada que oponer a los argumentos vertidos por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. De hecho, no son aisladas las ocasiones en las que la aplicación del Derecho puede resultar un obstáculo para la justicia, en los supuestos en los que la realidad fáctica va más allá que la jurídica. Sin embargo, se está dejando en un segundo plano a los argumentos jurídicos, y quizás, en este conflicto, no sea lo más adecuado, habida cuenta la baja médica de la trabajadora, que nadie discute, y la finalización de su contrato 3 días después. Desde luego, la sucesión temporal de los hechos, invita, cuando menos, a reflexionar al respecto.