

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Prof. ^a Contratada Doutora de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo
belendocampo@uvigo.es

Palabras Chave: Enfermidade profesional, incapacidade permanente, recargo de prestaciones

Keywords: Professional sickness, permanent invalidity, social security surcharge

**ENFERMIDADE PROFESIONAL: TENDINITE
CALCIFICANTE EN OMBRO. TRABALLADORA
PLURIEMPREGADA: CONSERVA E LIMPEZA.
DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO.**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) do 14 de outubro de 2016 (nº. rec. 1513/2016).

Normas aplicadas:

Art.º 115.2 e) e 116 LXSS 1994 (art.º 156.2 e) e 157 LXSS 2015).

RD 1299/2006, do 10 de novembro.

Art.º 4 LOIEMH.

A sentenza que agora se comenta refírese a unha cuestión tradicional e clásica no ámbito da Seguridade Social. Trátase da cualificación común ou profesional dunha continxencia dada a súa relevancia para a determinación do réxime xurídico e contía da prestación que daquela se derive. Neste caso, dunha incapacidade temporal (IT)

causada por unha tendinite calcificante en ombro. Agora ben, o novo da resolución radica no enfoque que lle outorga a Sala de Galicia -en concreto, o relator- para a súa correcta solución e que é a aplicación da prohibición de discriminación por razón de sexo, tan esquecida, en non poucas ocasións, na normativa de Seguridade Social.

En síntese, os feitos que deron lugar á cuestión litixiosa foron os seguintes: a traballadora demandante e agora recorrente en suplicación prestaba simultaneamente servizos en dúas actividades por conta allea. A primeira e principal -cunha xornada de 24 horas semanais-, como operaria nunha empresa conserveira. A segunda e máis residual -aínda que na sentenza non conste a duración da xornada-, en tarefas de limpeza para unha comunidade de propietarios. Ambos os dous empresarios ou empregadores tiñan asegurados os riscos profesionais do persoal ao seu servizo en distintas mutuas aseguradoras. Non consta nos antecedentes de feito da sentenza ningún detalle sobre a aparición e eventual evolución da patoloxía da demandante. Tan só se apunta que o día 4 de febreiro de 2015 foi iniciado un proceso de IT por continxencias comúns co diagnóstico de "tendinite calcificante de ombro".

Desconforme a traballadora coa cualificación da súa continxencia como común, primeiro reclamou administrativamente e posteriormente en vía xudicial. Pero nin o INSS, nin o xulgado do social, lle deron a razón e confirmaron o seu carácter non profesional. Pola contra, a Sala do Social do TSX si admitiu as súas alegacións, estimou o seu recurso de suplicación e cualificou a súa doenza de carácter profesional, pois pola contra e polas razóns que se expoñerán a continuación, estaríase a materializar unha discriminación indirecta por razón de sexo e polo tanto contraria á CE e ao contido da LOIEMH.

Unha vez que se le a argumentación xurídica da sentenza de suplicación, a decisión do Tribunal parece sinxela, pero tendo en conta o contido da regulación das enfermidades profesionais -o RD 1299/2006- é evidente que a súa fundamentación só pode ser o froito dun coñecemento completo e exhaustivo do réxime xurídico do principio de

igualdade e non discriminación. E iso é así, porque como se verá a continuación, ningunha das actividades laborais desenvolvidas pola recorrente cando se lle diagnostica a enfermidade -conserva e limpeza- están incluídas no listado das posibles causantes da patoloxía que deu orixe á súa IT. Ao non estar incluídas, para poder cualificar a continxencia de laboral habería que acudir a outras vías, como é a da enfermidade do traballo e a súa regulación no art.º 115.2 e) LXSS 1994 (art.º 156.2 e) LXSS 2015). Non en van tal pretensión constituíu a petición subsidiaria da recorrente. Non obstante a Sala non necesitou acudir do devandito precepto e subsumiu a situación de pleno no art.º 116 LXSS (art.º 157 LXSS 2015).

En efecto, a traballadora, no seu recurso de suplicación, pon de manifesto as súas dúas peticións: a primeira, a consideración da súa patoloxía como enfermidade profesional por cumprirse todos os requisitos do art.º 116 LXSS 1994 (art.º 157 LXSS 2015) aínda que ningunha das súas profesións aparezan citadas no cadro do RD 1299/2006. E a segunda, e de xeito subsidiario, que a súa patoloxía sexa considerada enfermidade do traballo, tal e como se define no art.º 115.2 e) LXSS 1994 (art.º 156.2 e) LXSS 2015), e polo tanto sexa asimilada a un accidente de traballo. Neste caso, como é sabido e a propia recorrente recoñece que é necesario acreditar a relación de causalidade entre a patoloxía e a actividade laboral. E a iso dedica parte das argumentacións do seu recurso, principalmente coas revisións fácticas solicitadas. A fundamental, e que foi admitida pola Sala de Galicia, refírese a un informe evacuado por un técnico dun servizo de prevención alleo, no que unha vez descritas as súas tarefas quedan claros -e así faise constar no informe- os factores de risco do seu posto de traballo na empresa conserveira.

Por suposto, e como non podía ser doutro xeito, a Mutua da mercantil opúxose ao recurso de suplicación. En canto á primeira petición, a súa oposición resultou moi sinxela: as actividades laborais da traballadora non estaban incluídas no RD 1299/2006 e, polo tanto, queda totalmente descartada a cualificación profesional da continxencia. E en

canto á segunda petición, a súa consideración como enfermidade do traballo do art.º 115.2 e) LXSS 1994 (art.º 156.2 e) LXSS 2015), tamén quedaba descartada pois non quedara acreditada a relación de causalidade entre a actividade laboral e a lesión.

E así chegamos aos argumentos da Sala e a conexión de toda esta materia coa prohibición de discriminación por razón de sexo. E ao respecto, dos seus acertados argumentos, pódense extraer tres ideas fundamentais: a primeira, que o cadro de profesións e actividades do RD 1299/2006 é simplemente exemplificativo. En segundo lugar, para completar esta exemplificación nada mellor que acudir ás "Directrices para a decisión clínica en enfermidades profesionais" elaboradas polo Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo onde, no seu apartado referido ás enfermidades profesionais relacionadas cos trastornos músculo-esqueléticos, figuran moitas condicións e actividades de risco e distintas actividades e ocupacións de risco, listado máis amplo que o do RD 1299/2006. E en terceiro e último lugar, e aquí está o novo e máis destacable desta sentenza, que calquera aplicación literal e restritiva do RD 1299/2006 supoñería unha discriminación indirecta por razón de sexo e polo tanto prohibida polo noso ordenamento xurídico. E iso polas razóns que con grande acerto, á par que sinxeleza, expón a Sala e poñen de manifesto, como xa se apuntou máis arriba, o dominio do significado e alcance do principio de igualdade e non discriminación. Neste sentido, apúntase que a enfermidade que padece a traballadora ten maior incidencia nas mulleres que nos homes (así consta nas "Directrices para a decisión clínica en enfermidades profesionais"). Polo tanto, pode falarse de enfermidade feminizada. As profesións ás que se dedicaba a recorrente - profesións vinculadas á conserva e aos servizos de limpeza- tamén están feminizadas. Por todo iso, e para evitar impactos negativos no colectivo feminino como sucede se se interpreta literalmente o RD 1299/2006, hai que proxectar sobre o seu contido o art.º 4 LOIEMH e demais disposicións e polo tanto concluír que se das tarefas das actividades e profesións mencionadas se presume a causación da mesma

patoloxía que sofre a demandante, esa mesma conclusión debe predicarse das profesións ás que se dedica a traballadora ao coincidir as súas tarefas. Por suposto que cabe proba en contrario que desvirtúe tal presunción, pero ao non constar ningunha proba, a Sala estimou integramente o seu recurso e polo tanto a cualificación profesional da continxencia.

PENSIÓN DE INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA. COMPATIBILIDADE CON PENSIÓN DE XUBILACIÓN FRANCESA DE EXIGUA CONTÍA.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) do 18 de outubro de 2016 (nº. rec. 1490/2016).

Normas aplicadas:

Arts. 139.2 e 141.1 LXSS 1994 (arts. 196.2 e 198.1 LXSS 2015).

Art.º 6 Decreto 1646/1972, do 23 de xuño.

Art.º 53 Regulamento (CE) núm. 883/2004, do 29 de abril.

Nesta sentenza a Sala do Social do TSX pronúnciase sobre a eventual compatibilidade dunha pensión de incapacidade permanente total cualificada, isto é, incrementada na súa contía nun 20 por 100, coa percepción dunha pensión de xubilación francesa. E resolve en sentido afirmativo, admitindo plenamente tal compatibilidade, non só polo exiguo da pensión francesa, que tamén, senón, fundamentalmente pola aplicación do art.º 53 do Regulamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril e a interpretación deste por parte do TXUE. En particular, o TSX de Galicia alude á sentenza do TXUE do 22 de outubro de 1998 (asunto C-143/97).

Segundo consta nos antecedentes de feito da sentenza de suplicación, a don Marcelino, nacido no ano 1950, foille recoñecida unha prestación contributiva de incapacidade permanente total por un importe do 55 por 100 dunha base reguladora mensual estimada en 833,55 euros. No ano

2015 e tras alcanzar os 55 anos de idade, a contía da súa pensión foi incrementada de conformidade co previsto no art.º 139.2 LXSS 1994 (art.º 196.2 LXSS 2015). En concreto, a porcentaxe da súa base reguladora pasou do 55 ao 75 por 100. Así se ordenaba no art.º 6 do Decreto 1646/1972, de 23 de xuño, cando concorresen no pensionista de incapacidade as circunstancias que máis tarde pasaron a ser fixadas no art.º 139.2 LXSS: "cando pola idade, falta de preparación xeral ou especializada e circunstancias sociais e laborais do lugar de residencia, se presuma a dificultade de obter emprego en actividade distinta da habitual anterior". O referido Decreto 1646/1972 fixaba a idade para poder acceder ao devandito incremento en 55 anos. O problema que deu lugar aos presentes autos xurdiu no ano 2014, pois dende o 1 de xaneiro a don Marcelino lle fora recoñecida unha "exigua" pensión de vellez a cargo da Seguridade Social francesa. Así as cousas, durante todo o ano 2014 o actor estivo percibindo da Seguridade Social española 924,68 euros mensuais pola súa incapacidade total cualificada e da francesa 179,88 euros mensuais en concepto de vellez. No ano 2015, a súa pensión de incapacidade foi revalorizada en pouco máis de 2 euros mensuais, sen que nada se diga sobre unha posible revalorización da xubilación francesa. En definitiva e no que interesa á Seguridade Social española pois é a cantidade obxecto de litixio, o actor percibiu en concepto de complemento do 20 por 100 da súa prestación de incapacidade permanente total, no ano 2014, 246,85 euros mensuais e no ano 2015, 247,20 euros tamén en cada paga mensual.

Unha vez que o INSS tivo coñecemento desa situación - xullo de 2015-, ditou resolución rebaixando o importe da pensión no referido 20 por 100, ao tempo que declaraba indebidamente percibida a mesma cantidade dende o 1 de xaneiro de 2014 solicitando, polo tanto, o seu reintegro. Don Marcelino, desconforme coa resolución, interpuxo a correspondente reclamación administrativa previa que foi desestimada integramente polo que se viu obrigado a presentar demanda ante o xulgado do social. O mes anterior á presentación da demanda, dirixira un escrito á

Seguridade Social francesa renunciando á súa pensión de vellez, reiterando a súa petición tras ser requirido polas autoridades galas acerca do motivo da súa renuncia.

Tanto o xulgado do social, coma a Sala do Social do TSX de Galicia, danlle a razón ao pensionista cuns argumentos claros, precisos e indubidables que parecen querer aplacar unha obstinación do INSS en non querer admitir unha realidade incontestable. E as súas razóns baséanse non só na propia normativa interna de Seguridade Social, senón ademais, e fundamentalmente, no contido do Regulamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril e a súa interpretación por parte do TXUE.

Sobre o dereito interno, en concreto, sobre o contido da LXSS, a posición da Sala, que confirma plenamente o argumentado na instancia, non deixa lugar a dúbidas. E iso faino a través dunha análise de cada un dos preceptos aplicables ao suposto litixioso. Así, comeza polo art.º 139.2, parágrafo segundo, LXSS 1994 (art.º 196.2 LXSS 2015) que prevé o incremento do 20 por 100 da pensión de incapacidade permanente total cando concorran as circunstancias neste descritas. E a continuación, co art.º 141.1 LXSS 1994 (198.1 LXSS 2015). Primeiro, co seu parágrafo primeiro, que reconece a compatibilidade da pensión vitalicia de incapacidade permanente total "co salario que poida percibir o traballador na mesma empresa ou noutra distinta, sempre e cando as súas funcións non coincidan con aquelas que deron lugar á incapacidade permanente total". E a continuación, co seu parágrafo segundo, ao que precisamente se acolle o INSS para xustificar a súa postura, e recorda que o que dispón é que "poderá determinarse a incompatibilidade entre a percepción do incremento previsto no parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 139 e a realización de traballos, por conta propia ou allea, incluídos no campo de aplicación da Seguridade Social". Pero tal incompatibilidade aquí non concorre, e nisto incide moito a Sala, porque o actor non realiza traballo ningún, senón que o que percibe é unha pensión de xubilación, de exigua contía, presumiblemente polo traballado e cotizado no seu día en Francia.

E sobre o contido do Dereito europeo e a súa aplicación ao presente suposto, as afirmacións e interpretación da Sala galega aínda son máis contundentes. Ao respecto, recorda o contido literal dalgúns apartados do art.º 53 do Regulamento (CE) núm. 883/2004, do 29 de abril, de plena aplicación a esta controversia para poñer de manifesto que o seu significado non foi tido en conta polo INSS español. O primeiro deles, art.º 53.3 a), que enuncia as regras de compatibilidade de prestacións causadas en distintos Estados europeos e sobre esta cuestión dispón que "a institución competente terá en conta as prestacións ou os ingresos adquiridos noutro Estado membro só cando a lexislación que aplique estableza que se teñan en conta as prestacións ou os ingresos adquiridos no estranxeiro". O segundo, o art.º 53.3 d), que ordena a forma de ser aplicada unha eventual redución no caso de que se recoñeza a incompatibilidade. E sobre esta materia ordena que "se un único Estado membro aplica cláusulas antiacumulación debido a que o interesado goza de prestacións da mesma natureza ou de natureza diferente en virtude da lexislación doutros Estados membros, ou ben goza de ingresos adquiridos noutros Estados membros, a prestación debida poderá reducirse soamente no importe das devanditas prestacións ou dos devanditos ingresos".

En fin, sobre o contido do aludido art.º 53.3 a) e como moi ben argumenta o TSX de Galicia, a prestación económica de vellez recoñecida en Francia non pode condicionar ao dereito de don Marcelino ao incremento do 20 por 100 da súa pensión de incapacidade permanente total, pois a lexislación española de Seguridade Social non contén ningunha previsión específica "que permita ter en conta aquela para impedir esta e tal carencia normativa pecha a posibilidade da interpretación sustentada polo INSS e rexeitada tamén na sentenza de instancia". Como apoio desta interpretación, aínda que non sería necesario, a Sala de Galicia esfórzase en achegar unha serie de resolucións dos nosos TSX, ademais da STXUE do 22 de outubro de 1998 (asunto C-143/97). E en canto ao art.º 53.3 d), a Sala rexeita a posición do INSS pois o que considera indebidamente percibido e polo tanto a cantidade que lle

reclama ao actor é notablemente superior -246,85 euros mensuais/ano 2014 e 246,85 euros/ano 2015- que a contía por vellez que percibe de Francia -179,88 euros mensuais-, polo que de existir cláusulas antiacumulación, no sentido da norma comunitaria, que como acaba de comprobarse non existen, a redución sería inferior, co que se chegaría ao absurdo de que o pensionista percibiría unha "prestación claramente inferior á que percibiría malia que a pensión de xubilación en Francia só ascende á exigua cantidade de 179,88 euros mensuais".

Como colofón a todos os argumentos anteriores e malia a solvencia dos mesmos, o TSX trae a colación a finalidade de cada unha das prestacións percibidas polo recorrente e en especial a de xubilación sobre a que recorda que a súa razón de ser o é para suplir a falta de rendas procedentes do traballo na súa totalidade e "neste caso non desaparece a finalidade perseguida polo art.º 139.2 LXSS pois a escasa contía da pensión de xubilación recoñecida ao actor en Francia, non supe o posible baleiro de recursos económicos, ata o extremo que, de manterse a supresión do incremento acordado pola Entidade Xestora, lle sería máis beneficioso renunciar á pensión de xubilación recoñecida en Francia e optar pola de incapacidade total recoñecida en España, dado o desequilibrio existente entre a cantidade que viña percibindo como complemento da pensión de invalidez, e a exigua suma recoñecida como pensión de xubilación".

En definitiva, o TSX desestima o recurso de suplicación interposto polo INSS e confirma a sentenza de instancia que de forma correcta recoñecera o dereito do actor a continuar percibindo a pensión de incapacidade co incremento do 20 por 100, máis a devolución ao seu favor das cantidades que lle foron descontadas.

RECARGA DE PRESTACIÓNS DA SEGURIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA EMPRESA CONTRATISTA NO ACCIDENTE SUFRIDO POR UN DOS TRABALLADORES DA SÚA SUBCONTRATISTA. DEFECTOS DE COORDINACIÓN DAS MEDIDAS PREVENTIVAS. DISTRIBUCIÓN DA CARGA DA PROBA.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) do 21 de outubro de 2016 (nº. rec. 3123/2016).

Normas aplicadas:

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

Arts. 14, 16, 18 e 24 LPRL.

Art.º 42.3 TRLISOS 5/2000.

Art.º 96 LRJS.

Art.º 7 RD 171/2004, do 30 de xaneiro.

De novo a Sala do Social do TSX de Galicia volve a pronunciarse sobre un dos temas máis tradicionais do Dereito do Traballo e da Seguridade Social. A saber, a responsabilidade empresarial polo incumprimento das obrigas de seguridade e saúde laboral no aboamento da recarga das prestacións da Seguridade Social, en supostos de pluralidade empresarial. Pero o novo desta, e de aí a inclusión nesta crónica, é o sentido do seu fallo pois en lugar de atribuíla en exclusiva á empresa-empregadora do traballador accidentado, ou como moito estender solidariamente a responsabilidade á empresa principal da contrata, o asigna en exclusiva a esta última. E iso faino tras constatar que a devandita contratista fora a única incumpridora -infractora- dos deberes en materia de prevención de riscos laborais cuxa omisión foi a causa exclusiva do accidente sufrido polo traballador recorrente en suplicación.

Os feitos sucederon da forma que se describe a continuación. O traballador accidentado prestaba servizos como operario para a empresa LIMBER MULTISERVICIOS, S.L., que fora subcontratada por HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. para, entre outras funcións, auxiliar nas manobras de

ataque dun buque. O día 7 de febreiro de 2011, cando se procedía ao amarre do referido buque, o traballador que se encontraba na popa, intentou desenganchar unha estacha que se enganchara nunha noray. Nese momento púxose en marcha a hélice, enganchándose e tensándose a estacha ata o punto de romperse e golpeando o traballador que caeu ao mar. Tras permanecer case un ano en IT, foille recoñecida unha IPP. Nos feitos probados da sentenza faise constar que aínda que a manobra de ataque era realizada por empregados da empresa LIMBER MULTISERVICIOS, S.L., o encargado da coordinación das actividades era traballador de HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. e a manobra de ataque fora dirixida polo práctico da Autoridade Portuaria de Vigo.

A raíz do accidente e pola forma en que se sucedeu, de acordo coas actas da ITSS e demais probas obrantes nos autos, o propio INSS xa recoñeceu en vía administrativa a existencia de responsabilidade empresarial da entidade HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. e fixou a recarga no 40 por 100. Ningunha responsabilidade no accidente o asignou á empresa-empregadora do accidentado. Ao respecto, non está de máis recordar aquí que todas as prestacións económicas derivadas dun AT ou EP poden ser obxecto de recarga, incluída a IPP e tamén as indemnizacións por lesións permanentes non invalidantes. O determinante, como dispón expresamente o art.º 123 LXSS 1994 (art.º 164 LXSS 2015), é que tales prestacións teñan a súa causa nun AT ou EP por incumprimento das obrigas de seguridade e saúde laboral. É dicir, a modalidade da prestación, periódica ou de pagamento único, resulta indiferente. A resolución do INSS foi impugnada pola mercantil condenada ante o xulgado do social que considerou integramente a demanda, e polo tanto, deixou sen efecto a recarga imposta.

Non conforme co fallo de instancia, o traballador accidentado recorreuno en suplicación ante o TSX de Galicia. Pero non foi o único impugnante. Tamén mostrou a súa desconformidade o propio INSS que no seu recurso tamén solicitou á Sala a condena no aboamento da recarga

á entidade contratista HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. Como non podía ser doutra forma, a referida mercantil impugnou de contrario o recurso. Ninguén solicitou a declaración de responsabilidade empresarial no accidente do traballador e, polo tanto, a súa condena ao aboamento da recarga á entidade LIMBER MULTISERVICIOS, S.L.

Pois ben, para resolver o recurso de suplicación, a Sala de Galicia fai un repaso a todos os elementos que conforman o réxime xurídico da recarga de prestacións da Seguridade Social, co fin de comprobar se concorren ou non no presente litixio. Unha vez confirmada a súa presenza, e polo tanto a viabilidade de impoñer unha condena empresarial por recarga de prestacións, pasa a analizar a normativa de prevención de riscos laborais e faino dende a perspectiva da pluralidade empresarial no mesmo centro de traballo o que acontece no suposto de autos. E toda esta análise xurídica expón tras atender, ou máis ben rexeitar, a maioría das revisións fácticas solicitadas nos seus respectivos recursos de suplicación polas partes recorrentes. Só se admitiu unha revisión de feitos que, polo que se verá despois, é necesario traer agora colación. Ademais fora solicitada pola mercantil HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. Pretendíase que constase como feito probado que en vía xudicial quedara sen efecto a sanción administrativa a ela imposta por "a falta prevista no art.º 12.14 LISOS con ocasión do accidente sufrido polo traballador (...) mentres prestaba servizos no estaleiro da devandita sociedade por conta da empresa LIMBER MULTISERVICIOS S.L.". Como se dixo máis arriba, a revisión foi admitida.

Sobre os presupostos da recarga, a Sala de Galicia recorda que son os seguintes: que ten certo carácter sancionador, polo que ha de ser de obxecto de interpretación estrita e restritiva; que dada a súa natureza punitiva é de aplicación persoal; que se trata dunha responsabilidade empresarial en que, se ben non é de natureza obxectiva, si ten escasa incidencia a conduta do traballador, e en todo caso ha de existir unha omisión de medidas de seguridade e saúde por parte da empresa; que ha de existir un nexo causal entre a infracción da medida de seguridade e o accidente sufrido

polo traballador; e por último o concepto de "empresario infractor", cuestión sobre a que se incide especialmente para dispoñer expresamente que non pode circunscribirse só ao empregador directo do traballador accidentado senón que do que se trata é de determinar no suposto concreto que empresarios incumpriron as súas obrigas preventivas. E se son varios e todos os seus incumprimentos teñen relevancia causal respecto do accidente, todos deben ser declarados responsables solidarios da recarga. Pola contra, se ningún incumprimento lles é imputable de nada han de responder.

No que se refire á normativa preventiva e en particular aos deberes empresariais de coordinación nos supostos de pluralidade de empresarios sobre a mesma actividade, a Sala insiste no contido dos apartados 1, 2 e 3 do art.º 24 LPRL e no art.º 42.3 LISOS e iso faino cunha finalidade moi clara: incidir no deber de coordinación de actividades empresariais preventivas. E ao respecto recorda que cando se trata dunha contrata interempresarial, o principal obrigado é o empresario principal pois é el e só el quen debe "vixiar o cumprimento polos devanditos contratistas e subcontratistas da normativa de prevención de riscos laborais". E isto é o que debería ter cumprido a mercantil HIJOS DE J.BARRERAS, S.A. e non obstante non o fixo: "en absoluto se acreditou a existencia de coordinación, nin na planificación preventiva, nin na execución da manobra xa que o accidente non se produce porque o traballador non tivese sido informado do risco que pode existir, senón que se produce porque a hélice se pon en marcha e engancha a estacha, tensando a mesma ata romper, sen que ninguén advertise ao traballador da posta en marcha da hélice". A referida información fora subministrada pola súa empregadora, a empresa LIMBER MULTISERVICIOS S.L. En definitiva, de acordo coa doutrina antes exposta, se só incumpriu a contratista, só ela deberá responder da recarga, aínda cando carecese de vínculo laboral ningún co accidentado.

Unha última cuestión que intentou facer valer a mercantil recorrente para exonerarse de responsabilidade no

aboamento da recarga: tratou de xustificar a ruptura do nexos causal pola concorrencia da imprudencia temeraria do traballador, e subsidiariamente por caso fortuíto. E para a solución deste motivo de recurso a Sala de Galicia tívoo máis que claro. Isto é, trátase de aplicar as regras de distribución da carga da proba do art.º 96.2 LRXS e como a empresa non acreditou a existencia de ningunha desas causas exoneradoras admítase tal alegación. En definitiva, o recurso estimouse na súa integridade e con grande acerto xurídico declarouse a existencia de responsabilidade empresarial por falta de medidas de seguridade e hixiene no traballo no accidente laboral sufrido polo traballador recorrente cun incremento nas prestacións nun 40 por 100 e con cargo á empresa HIJOS DE BARREIRAS S.A.

RECARGA DE PRESTACIÓNS DA SEGURIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DA EMPRESA PRINCIPAL E DA EMPRESA CONTRATISTA NO ACCIDENTE SUFRIDO POR UN DOS SEUS TRABALLADORES. INTERVENCIÓN DUNHA TERCEIRA EMPRESA SUBMINISTRADORA DA PLATAFORMA NA QUE SE PRODUCIU O ACCIDENTE.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) do 28 de novembro de 2016 (nº. rec. 162/2016).

Normas aplicadas:

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

Arts. 4.2 d) e 19 ET.

Arts. 17, 19, 24 LPRL.

Arts. 3, 4 e 5 RD 1215/1997, do 18 de xullo.

Arts 10.3, 6 e 8 da parte c) do anexo do RD 1627/1997, do 24 de outubro.

Art.º 96 LRXS.

A transcendencia do tema analizado nesta sentenza, a responsabilidade empresarial na recarga de prestacións económicas da Seguridade Social en supostos de pluralidade

empresarial, xustifica que se lle dedique na mesma crónica outro comentario. Pero ademais, porque na presente, e a diferenza da inmediatamente anterior, a condena por recarga se impón solidariamente ás dúas empresas implicadas no accidente dun traballador: á empresa principal -ABECONSA- e á empresa contratista -ANTONIO BLANCO BRAÑA- que era a empregadora do accidentado. En todo caso, no accidente tamén estivo presente unha terceira entidade, VILLASUSO ORTEGAL, á que ABECONSA lle alugara unha plataforma móbil elevadora de persoas (pemp) toda vez que a súa estada non resultaba operativa. Como é evidente, a diferenza entre a responsabilidade solidaria que se impón nesta sentenza á empresa principal e á contratista e a responsabilidade exclusiva recoñecida na anterior, non é arbitraria, nin caprichosa, senón que responde a unha correcta interpretación e aplicación dos preceptos reguladores da recarga e á consideración de todos os elementos fácticos concurrentes no accidente causante das lesións ao traballador.

Sobre a forma de causación do accidente producido como consecuencia do envorcado da plataforma móbil elevadora de persoas, é preciso traer aquí a colación os seguintes datos: este produciuse cando o traballador, D. Florentino, prestaba servizos para a súa empregadora ANTONIO BLANCO BRAÑA, contratista da empresa principal ABENCONSA e no centro de traballo desta nunha vivenda unifamiliar de Ortigueira. O traballador encontrábase sobre a cesta da plataforma colocando remates de aluminio cando a cesta envorcou dende unha altura de oito metros sufrindo diversas lesións que deron lugar a prestacións de Seguridade Social. A caída tivo lugar pola rotura da unión barra-rótula da plataforma que constituía o sistema de compensación da cesta, o que se produciu por un deficiente estado e mantemento do equipo. Consta nos feitos probados da sentenza que cando comezaron os traballos na plataforma, o día 26 de xuño, se comprobou o seu funcionamento irregular, de feito o encargado da obra chamou a empresa subministradora para queixarse. Comparecido un traballador da devandita empresa puxo de manifesto que todo estaba ben, ademais de indicarlles que

non dispoñían doutro equipo naquel momento. O día do accidente, o traballo estaba distribuído da seguinte forma: Daniel da empresa ABECONSA, sobre a cesta, manexaba a pemp; Florentino, tamén sobre a cesta, instalaba os remates de aluminio; e Roque, dende o chan, facilitaba o material. Os dous últimos eran traballadores da empresa ANTONIO BLANCO BRAÑA. No accidente sufriron danos graves os operarios que estaban sobre a cesta -Florentino e Daniel-, aínda que os presentes autos se refiren unicamente á problemática coa recarga sobre as prestacións da Seguridade Social percibidas por Florentino.

No informe técnico das condicións da plataforma conclúese que se evidencian múltiples elementos que permiten determinar unha falta de mantemento xeral, así como multitude de elementos defectuosos (corrosión, recubrimento con fita illante, graxa reseca, elementos de agarrotamento, cilindros con sucidade, óxido e falta de limpeza, etc.) o que obrigou a realizar un traballo en condicións anormais, que ocasionou a rotura da unión barra-rótula que constitúe o sistema de compensación da cesta de traballo. A mesma causa do accidente é a que se fai constar no informe do ISSGA. Outros datos que constan nos feitos probados da resolución son: o nivel de formación en materia preventiva recibido por don Florentino, en concreto, curso de "segundo ciclo formación: instalacións, reparacións, montaxes, estruturas metálicas, ferraxaría e carpintaría metálica; Primeiro ciclo de Formación: Aula Permanente ou nivel inicial; Prevención de riscos en carpintaría e Primeiros auxilios". E por outro lado, que en "o plan de seguridade da obra non estaban previstos os traballos en cuxa execución se produciu o accidente".

Pola forma en que se sucederon os feitos e de acordo cos datos obrantes en autos, o INSS recoñeceu a responsabilidade solidaria das dúas empresas, ABECONSA e ANTONIO BLANCO BRAÑA, no accidente de traballo acaecido a don Florentino e en consecuencia condenounas solidariamente ao aboamento da recarga do 50 por 100 das prestacións de Seguridade Social recoñecidas. Non conformes coa devandita resolución e tras poñer fin á vía

administrativa, as dúas entidades impugnárona ante o xulgado do social que desestimou integramente as súas demandas, obrigándoas, polo tanto, á interposición do correspondente recurso de suplicación que, como se verá a continuación, tamén se desestimou na súa integridade.

Como é natural cada unha das condenadas impugnou a sentenza de instancia por distintas razóns, as dúas coa vista posta na exoneración da súa respectiva responsabilidade no accidente en pro da responsabilidade exclusiva da outra, mesmo na da subministradora da plataforma elevadora. Non obstante, a Sala de Galicia, tras un estudo exhaustivo de toda a normativa aplicable, non lle deu a razón a ningunha, nin sequera no eventual tanto de culpa da mercantil subministradora do material.

Os motivos do recurso de suplicación alegados pola empresa ANTONIO BLANCO BRAÑA son os máis extensos e tamén na súa sentenza de suplicación os fundamentos do TSX son moi exhaustivos, non en van se trata da empresa empregadora do accidentado que non obstante prestaba servizos no ámbito dunha contrata de execución de obra, na obra da empresa principal e con equipos de traballo subministrados por unha terceira entidade coa que ela nada contratara. De feito, a propia entidade ANTONIO BLANCO BRAÑA aduce expresamente que "a rotura dunha peza oculta da plataforma móbil arrendada, cuxo mantemento non corresponde ás empresas que son parte no procedemento, os exime de responsabilidade na recarga de prestacións". Polo tanto, *a priori*, non parecen poucos os elementos que poderían xustificar a súa total exoneración no accidente e nas súas consecuencias e responsabilidades. En fin, que non procedería a aplicación do art.º 123 LXSS 1994 (art.º 164 LXSS 2015) pois de acordo co seu contido non queda acreditada a súa responsabilidade.

Non obstante, e aínda que de entrada non parece unha tarefa doada, o TSX desmonta na súa integridade os motivos do seu recurso, e ademais, por distintas razóns o que non deixa espazo a ningún xénero de dúbidas en canto á súa responsabilidade. E de todas as razóns expostas pode destacarse unha en particular. A saber, a débeda de

seguridade empresarial que pesa sobre os empresarios fronte aos seus traballadores, á marxe das circunstancias concorrentes na concreta relación de prestación de servizos, como pode ser a existencia dunha contrata ou a execución do traballo con material subministrado por unha terceira empresa, que é o que acontece nos presentes autos. Ao respecto, o TSX alude ao art.º 4.2 d) ET e 19 ET, mesmo recorda que dito deber estaba xa contido no art.º 7 da Orde de 7 de marzo de 1971 pola que se aproba a Ordenanza Xeral de seguridade e hixiene no traballo. Pero máis alá destes preceptos xenéricos, na sentenza alúdese a moitos outros o que non fai máis que confirmar e concretar a devandita débeda de seguridade que, como acaba de anticiparse, corresponde ao empresario fronte aos seus traballadores dependentes á marxe das circunstancias concorrentes en cada sinistro. E os fundamentais son os seguintes: o art.º 17 LPRL que obriga os empresarios a "adoptar todas as medidas necesarias co fin de que os equipos de traballo sexan adecuados para o traballo que deba realizarse e convenientemente adaptado, de forma que garantan a seguridade e a saúde dos traballadores ao utilizalos". O art.º 19 LPRL que obriga ao empresario a garantir que "cada traballador reciba unha formación teórica e práctica, suficiente e axeitada, en materia preventiva". Tamén, varios preceptos do RD 1215/1997, do 18 de xullo, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde para a utilización polos traballadores dos equipos de traballo, dado que neste suposto os equipos non foron os axeitados. E por último, menciona como incumpridos os arts. 10.3, 6 e 8 da parte c) do anexo do RD 1627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e de saúde nas obras de construción. E é que, segundo os feitos probados antes indicados, non se tería cumprido coas obrigas de tales preceptos relativas ao uso de cintos de seguridade e a comprobación da estabilidade e solidez dos elementos de soporte "previamente ao seu uso", así como os deberes formativos.

En fin, menciónanse todos eses preceptos para acreditar o elemento que xustifica a responsabilidade da entidade

ANTONIO BLANCO BRAÑA no accidente de Florentino, é dicir, a relación de causalidade entre os incumprimentos e o dano: "se se tivese vixiado o emprego de equipos de protección individual o accidente ou non se tería producido ou polo menos as súas consecuencias lesivas serían de menor entidade". E máis claro aínda é o nexos causal no caso do "moi deficiente estado da plataforma, pois a empresa puido paralizar o seu uso ante a falta dunha documentación de mantemento axeitada e á vista do seu funcionamento irregular (...)". E xa por último, "a empresa non debeu de ocupar o traballador accidentado no traballo coa plataforma ante a falta de formación deste de carácter específica e previa e suficiente (..) unha formación axeitada tería levado consigo que o traballador coñecese os riscos derivados do funcionamento de tal plataforma, así como os problemas que podían derivarse do seu mal estado". É máis, e isto é un elemento fundamental, a rotura do barra rótula da plataforma non exonera de responsabilidade á empregadora, "pois o mal estado era xeral, e polo tanto debeu non empregarse a plataforma en especial á vista de que existía documentación de mantemento correspondente a outro modelo". Ademais, aínda admitindo que esa rotura non fose imaxinable, "se a empresa tivese esixido unha documentación de mantemento axeitada á arrendadora, se tivese impartido a formación axeitada e empregado en tal tarefa a traballadores que tivesen recibido esta, e se conxuntamente con iso tivese vixiado o uso dos Epis, o resultado lesivo, é máis que probable que non se tivese producido ou polo menos non con tal intensidade". Polo que aplicando a regra especial de carga da proba do art.º 96.2 LRXS correspondía á empregadora e contratista ANTONIO BLANCO BRAÑA, como debedora de seguridade, probar a adopción das medidas necesarias para evitar ou previr o risco, o que non fixo. Polo que a imposición da recarga é adecuada.

E se a posición de debedor de seguridade xustifica a responsabilidade da empresa empregadora do accidentado, o incumprimento do deber de vixilancia do art.º 24.3 LPRL xustifica a condena solidaria á empresa principal da contrata, pois a citada empresa principal tiña a obriga de

vixiar o cumprimento polos seus contratistas da normativa de prevención de riscos laborais, e a falta de tal vixilancia determina que se lle considere empresario infractor de acordo co art.º 123 LXSS (art.º 164 LXSS 2015). E tamén neste punto, de acordo co art.º 96.2 LRJS, corresponde á empresa principal a carga de acreditar a adopción das medidas necesarias para previr ou evitar o risco. A falta de acreditación da vixilancia do cumprimento das obrigas de seguridade por parte do seu contratista determina a súa responsabilidade.