

**DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
1º semestre 2017**

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Universidade de Vigo

belendocampo@uvigo.es

**DOCTRINA JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE GALICIA**

**Incapacidad permanente. Revisión del grado
invalidante y determinación de la contingencia
causante. Responsabilidad del abono de la prestación.**

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo
Social) de 7 de febrero de 2017 (nº. rec. 2585/2016)**

Normas aplicadas:

Art. 115.2 y 115.3 LGSS 1994 (art. 156.2 y 3 LGSS 2015)

Arts. 137 y 143 LGSS 1994 (arts. 194 y 200 LGSS 2015)

En esta sentencia, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia se pronuncia sobre dos cuestiones: la primera, sobre la determinación del carácter de la contingencia causante de una situación protegida por la Seguridad Social, en este caso, de una incapacidad permanente, en particular, con ocasión de la revisión del grado invalidante; y la segunda, y como consecuencia de la calificación anterior, sobre la responsabilidad del abono de la prestación económica derivada de la situación protegida.

En lo que se refiere a la determinación del carácter de la contingencia causante de la invalidez del trabajador afiliado, hay que advertir que ya desde un primer momento se evidenció cierta polémica. No en vano, la primera resolución administrativa dictada al efecto por parte del INSS la había calificado de común, mientras que los pronunciamientos

judiciales posteriores defendieron su carácter profesional. Al respecto, no está de más precisar, como se verá a continuación, que la dolencia objeto de controversia tiene naturaleza común pero por "haberse desencadenado en tiempo y lugar de trabajo (...) se le dio la consideración de accidente de trabajo". Y quizás, esta sea la razón por la que después, ya en trámite de revisión del grado de incapacidad, vuelve a surgir la controversia que ha dado lugar a la sentencia que ahora se comenta. Sobre esta cuestión no está de más traer aquí a colación el contenido del art. 115.3 LGSS 1994 (art. 156.3 LGSS 2015) que regula lo que se conoce como presunción de laboralidad: "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo".

En síntesis, los datos fácticos de los que ha de partirse son los siguientes: el día 22 de junio de 2003, mientras cubría como conductor una ruta determinada, don Alexander sufrió un accidente respiratorio. Tras los exámenes médicos pertinentes, en fecha 20 de mayo de 2005, fue declarado por el INSS en situación de IPT derivada de enfermedad común, calificación que fue revocada por sentencia del juzgado de lo social, en fecha 26 de enero de 2006, que declaró que la incapacidad obedecía a una contingencia de trabajo, pronunciamiento confirmado por el TSJ competente, el día 5 de junio de 2008.

El cuadro clínico residual que había justificado el reconocimiento de dicho grado invalidante consistía en: "trombo embolismo pulmonar. Síndrome antifosfolipídico primario, hipotiroidismo. Obesidad mórbida, atrofia renal, insuficiencia renal crónica leve. HTA. Hiperuricemia que le provocaba las siguientes limitaciones funcionales: edema en miembro inferior derecho con trastornos tróficos. Índice de masa corporal: 44. Anticoagulación permanente".

Hasta ese momento, ningún problema, ni nada que objetar. La polémica surge a raíz de la solicitud de revisión del grado de incapacidad, solicitada por don Alexander, solicitud

estimada por el INSS, el día 13 de febrero de 2013, en virtud del informe del EVI de 17 de enero de 2013. La referida revisión del grado supuso el reconocimiento de una IPA derivada, también según la propia resolución del INSS, de una contingencia profesional, en concreto, un accidente de trabajo.

La diferencia entre uno y otro grado de incapacidad y la naturaleza de la contingencia causante es relevante, y no tanto en su propia definición y sus efectos, que también, sino sobre todo, por la cuantía de la prestación económica correspondiente. Como es sabido, y según dispone el art. 137 LGSS 1994, en la redacción anterior a la reforma de 1997, todavía vigente, la IPT para la profesión habitual es la "que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta", mientras que la IPA para todo trabajo "inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Y en lo que a la cuantía de la pensión se refiere, también es más que conocido que una vez calculada su base reguladora -de la misma manera, ya se trate de IPT o de IPA-, el porcentaje aplicable difiere de forma sustancial. A saber, en la IPT solo alcanza el 55 por 100 de la base, mientras que en la IPA llega al 100 por 100. Eso sí, el cálculo de la referida base será diferente según sea la naturaleza de la contingencia causante, común o profesional, resultando más beneficioso para el eventual destinatario su carácter profesional, de ahí el interés del actor por dicha calificación. En los arts. 139 y 140 LGSS 1994 (arts. 196 y 197 LGSS 2015) se encuentran algunas de las normas reguladoras para el cálculo de la prestación de IP. No obstante, su ordenación, ya compleja de por sí, ha de completarse también con las previsiones contenidas en otras normas, entre ellas, el Decreto de 22 de junio de 1956 y por el Decreto 1646/1972, de 23 de junio. La revisión del grado de la incapacidad está prevista en el art. 143 LGSS 1994 (art. 200 LGSS 2015) y su procedimiento de desarrollo en la OM de 18 de 1996.

No conforme con la calificación de la naturaleza de la contingencia causante, que no con el nuevo grado de la incapacidad, la MUTUA aseguradora la impugna judicialmente. Según se pone de manifiesto en su demanda y posteriormente en su recurso de suplicación, "el agravamiento de dolencias que justifica el nuevo grado de invalidez reconocido (...) viene determinado por la aparición de nuevas dolencias, una insuficiencia venosa en pierna izquierda que ninguna relación guarda con el accidente sufrido y por lo tanto no pueden atribuirse a la contingencia profesional".

Más allá de la opinión de la MUTUA y de su plasmación en la demanda y posterior recurso de suplicación, ha de tenerse en cuenta que desde el año 2005 -año en que le fue reconocida al beneficiario la IPA-, hasta 2013 -fecha en que se solicita la revisión-, don Alexander prestó distintos servicios profesionales, para varias empresas y durante distintos períodos. También hay que considerar -y muy importante para la resolución de la cuestión litigiosa- que con anterioridad al proceso de IT iniciado el día del accidente de tráfico -el 22 de junio de 2003-, a don Alexander ya le había sido diagnosticada una insuficiencia venosa en ambos miembros inferiores y tromboflebitis en tobillo derecho, constando como antecedentes personales los siguientes: "hipotiroidismo, atrofia renal crónica, obesidad, esteatosis hepática secundaria a obesidad, hiperuricemia y HTA". Con estos antecedentes, para la MUTUA demandante y recurrente en los presentes autos que han dado lugar a la sentencia que ahora se comenta, las dolencias que han resultado agravadas y que no niega son o "bien dolencias nuevas, si se considera que la insuficiencia en miembro inferior izquierdo ha sido de reciente aparición, o bien dolencias previas al accidente del año 2003 y que no resultaron agravadas por el accidente, ni agravadas por este, pues ya había sido diagnosticado de insuficiencia venosa en ambos miembros inferiores antes del accidente, lo que impediría que resultase aplicable el art 115.2 f) de la LGSS 1994 (art. 156.2 f) LGSS 2015).

Sin duda, la cuestión no es baladí, pues como ya se dijo con anterioridad la cuantía de la pensión es sensiblemente superior si la invalidez deriva de una contingencia profesional en lugar de común. Pero es que además, para la MUTUA tal calificación es esencial pues determinará su obligación o no de abono del porcentaje correspondiente de pensión incrementada -del 55 al 100 por 100 de la base reguladora- de ahí que solicite que de ser estimada su pretensión se determine que aunque ella siga siendo responsable de la IPT declarada por accidente de trabajo, la entidad gestora asuma "el abono del 45% restante de la base reguladora hasta completar el 100% de la base reguladora que corresponde al nuevo grado invalidante reconocido".

Y para resolver la controversia, desestimada en la instancia, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia acude al contenido de los correspondientes preceptos de la LGSS 1994, en concreto, arts. 115.2 y 115.3, en relación con los arts. 137.1 c) y 143 LGSS (arts. 156.2 y 156.3, en relación con los arts. 194.1 c) y 200 LGSS 2015). Acude también, a cierta doctrina del TS, en concreto a las STS de 20 de diciembre de 1993 y 7 de julio de 1995. En fin, y en síntesis, los argumentos principales de la Sala para estimar correctamente la pretensión de la Mutua son los siguientes:

En primer lugar, que al accidente respiratorio desencadenado en el año 2003, al haberse producido en *tiempo y lugar* de trabajo, en concreto, mientras el accidentado hacía una ruta como conductor para la empresa en la que prestaba servicios, se le dio la consideración de accidente de trabajo, aunque nada tuviese que ver con la actividad desempeñada por el trabajador. Y ello fue así, aunque no se diga nada expresamente en la sentencia, porque le resultaba de aplicación lo previsto en el art. 115.3 LGSS 1994 (art. 156.3 LGSS 2015), esto es, lo que se conoce como presunción *iuris tantum* de laboralidad. Recuérdese que el accidente había consistido en un "trombo

embolismo pulmonar motivado por una trombosis venosa en miembro inferior derecho”.

Que pese a la IPT reconocida, don Alexander siguió trabajando, durante varios años, para varias empresas y prestando distintos servicios profesionales, hasta el año 2013 en el que solicitó la revisión de su grado de incapacidad.

Que la revisión de su grado de incapacidad lo hizo por el agravamiento de sus dolencias, el “trombo embolismo pulmonar” lo que según la Sala de Galicia, con un criterio correcto, justifica un “nuevo grado de invalidez”. Sin embargo, matiza la Sala, también correctamente, que el agravamiento de la misma patología ninguna relación guarda con el accidente de trabajo sufrido en el año 2003, pues queda acreditado que dicho agravamiento vino determinado “por una insuficiencia venosa en el miembro inferior izquierdo (...) y por una obesidad asociada a otras patologías que el trabajador ya presentaba antes del accidente laboral”.

Por las razones anteriores, la Sala estima el recurso de la Mutua, admite la revisión del grado de incapacidad, pero advierte de que la contingencia causante del nuevo grado nada tiene que ver con el accidente de trabajo sufrido en el año 2003. Por tal razón, tal y como le había solicitado la Mutua en su recurso de suplicación, el abono de la prestación total se distribuirá entre las entidades responsables según sus obligaciones: la Mutua el 55 por 100 de la base reguladora –que es lo que equivale a la pensión de IPT- y la entidad gestora el 45 por 100 restante hasta completar el 100 por 100 de la pensión.

Accidente de trabajo. Requisitos. Relación de causalidad. Trastornos mentales, estrés. Normativa de prevención de riesgos laborales. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social. Acoso laboral o mobbing.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 2017 (nº. rec. 3907/2016)**Normas aplicadas:**

Art. 115 LGSS 1994 (art. 156 LGSS 2015)

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

Arts. 22 y 25 LPRL

Son varias las cuestiones, o mejor dicho las instituciones, que con gran acierto trata la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en la sentencia de 12 de mayo de 2017 y que ahora se comenta. Y todas ellas interrelacionadas, y aunque principalmente se refieran a la normativa de Seguridad Social, también hay una parte importante de prevención de riesgos laborales. Pero es que en no pocos casos, como es sabido, ambas ordenaciones están directamente relacionadas, como sucede con los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sus causas, y sus responsabilidades. Y esto es precisamente lo que ha sucedido en la litis que ha dado lugar a los presentes autos: trabajador que manifiesta una patología –accidente o enfermedad- en el trabajo. Se discute su calificación, común o profesional. Y a partir de ahí, se solicitan las responsabilidades empresariales pertinentes, una de ellas el recargo de prestaciones de la Seguridad Social por entender que se ha transgredido la normativa de seguridad y salud en el trabajo.

Pues bien, bajo este escenario, no se trata ahora de describir el conjunto de antecedentes fácticos, el supuesto litigioso, las reclamaciones planteadas por los actores o recurrentes y el fallo del tribunal. Fundamentalmente porque no aportaría nada especialmente relevante a los efectos pretendidos. Por lo que se ha optado es por plantear cada una de las cuestiones que han sido objeto de debate, su solución por el TSJ de Galicia, y por supuesto, la crítica –positiva o negativa- que merezca tal respuesta. Al ser varias las cuestiones debatidas, parece que esta sistemática puede

resultar más productiva. En definitiva, las cuestiones que han sido objeto de debate son las siguientes:

En primer lugar, la calificación como común o profesional de la patología o lesión sufrida por un trabajador. En concreto, se trataba de un trabajador, vigilante de seguridad, que prestaba servicios para la empresa EULEN en un centro Repsol Petróleo, SA (refinería de la Coruña) desde los años 80. Desde hacía varios años queda acreditado que el trabajador ha sufrido distintas patologías psíquicas por las que ha recibido tratamiento. No obstante, no es hasta el año 2006 cuando inicia un proceso de IT derivado, en un principio, de enfermedad común. En concreto, consta que la IT se inicia por "síndrome depresivo por estrés causado por sobrecarga de funciones en trabajo". Por la ITSS se pudo constatar que "los trabajadores realizaban horas extraordinarias pagadas y cotizadas a la Seguridad Social, así como tareas ajenas a su cometido profesional como facturar camiones, atender centralita y conducción de ambulancias". Habida cuenta del estado de salud del actor, consta que el desarrollo de tales funciones "le causan estrés y que están contraindicadas a su estado", tal y como había determinado el informe médico de la Mutua Cyclops. Con todo, al tratarse de un síndrome depresivo, el INSS califica su IT como derivada de enfermedad común, calificación que confirmó el juzgado de lo social. No obstante, el TSJ estimó el recurso del actor y cambió la referida calificación, considerándola profesional, y en concreto accidente de trabajo. Al respecto, y aunque nada diga la sentencia de 12 de mayo de 2017, hay que tener en cuenta que según el art. 115.2 e) LGSS 1994 (ART. 156.2 e) LGSS 2015) tendrán la consideración de accidente de trabajo "las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo". Evidentemente, ninguna de estas circunstancias aparecen explícitamente argumentadas en la sentencia que ahora se comenta. Y ello es así porque no conforman la cuestión litigiosa objeto de la

misma. Sin embargo, como se verá a continuación, van a dejarse percibir al tratar otras cuestiones directamente relacionadas. En fin, lo relevante a estos efectos es la relación de causalidad que ha debido acreditarse entre las actividades laborales desempeñadas por el actor y el síndrome depresivo por estrés que le fue diagnosticado y que le provocó una IT.

En segundo lugar, una vez declarada la IT por accidente de trabajo el actor solicita la imposición del recargo sobre las prestaciones de la Seguridad Social, pues entiende que ha habido un incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud laboral "tanto de la empresa empleadora del trabajador como de la empresa principal contratante". Su pretensión se desestima por la Sala de Galicia y tal desestimación conforma una de las cuestiones centrales del fallo de la sentencia que ahora se comenta y que además la Sala efectúa de forma impecable frente a una cuestión un tanto compleja. En síntesis, frente a esa problemática, el sentido del fallo del TSJ parte de que el incumplimiento empresarial de la normativa laboral no siempre significa incumplimiento de la normativa de seguridad. En el supuesto litigioso la transgresión de la normativa laboral había quedado suficientemente acreditada. Tal y como consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, se había constatado por la "inspección de Trabajo que los trabajadores que realizan funciones de vigilante de seguridad, realizan también tareas ajena a su cometido profesional como facturar camiones, atender centralita y conducción de ambulancias". Pero ello no significa que se haya transgredido la normativa de seguridad y salud laboral, ni aunque como consta en la sentencia comentada, la realización de todas esas funciones le provoquen al actor "estrés y que según informe médico de la Mutual Cyclops estén contraindicadas a su estado de salud". Al respecto, el TSJ destaca un dato definitivo y que hay que tener muy en cuenta: los padecimientos psíquicos eran sufridos por el actor desde muchos años antes y en ningún momento ha

quedado acreditado el conocimiento de tales dolencias por la empresa “que le obligaban a adaptar su puesto de trabajo con anterioridad a la incapacidad temporal” que ha sido calificada como accidente de trabajo.

El actor llega más allá, y además de solicitar el reconocimiento del recargo por incumplimiento de la normativa preventiva, afirma haber sufrido una situación de “acoso moral” que, desde luego, el TSJ desestima por varios motivos que pasan a exponerse a continuación: que el acoso moral o laboral conlleva que la empresa permite “la realización de actos de presión sobre sus trabajadores por parte de sus directivos y otros trabajadores o terceros relacionados con la empresa (...) dirigido a destruir la dignidad del demandante y no parece que sea ello lo acaecido, como lo demuestra el hecho de que los incumplimientos laborales sufridos por el trabajador demandante, fueron asimismo sufridos por la totalidad de sus compañeros de trabajo motivando la denuncia sindical y la consiguiente intervención de la Inspección de Trabajo”. Más bien, insiste el TSJ, lo que el actor dice ser una situación de acoso, deriva propiamente de “una forma de organización del trabajo que supuso la sobrecarga de determinadas tareas (...) en principio ajena a los cometidos encomendados al trabajador”. Y tal sobrecarga pudo haber supuesto un incumplimiento laboral, pero no necesariamente de medidas de seguridad e higiene, pues no aparece acreditado ni que esa sobrecarga de tareas hiciera la realización del trabajo objetivamente insostenible para el personal afectado, ni que se hubiera impuesto mediante mecanismos de presión laboral de la empresa o su personal directivo. De hecho no consta que a ningún otro trabajador de los afectados por el incumplimiento laboral se le hubieran generado situaciones de estrés laboral merecedoras de incapacidad permanente, y ni siquiera de incapacidad temporal”.

Una tercera y última consideración en orden a justificar, desde la perspectiva del actor, un eventual incumplimiento

de la normativa de seguridad y salud laboral: en su opinión, la referida transgresión normativa también lo ha sido desde la perspectiva subjetiva toda vez que su empresario no ha procedido a la adaptación de su puesto de trabajo tratándose de un trabajador con especial sensibilidad. Pero también aquí la respuesta del TSJ de Galicia ha sido incontestable: podría ser cierto lo que dice el actor, de acuerdo con el contenido del art. 25 LPRL. Sin embargo, como se puso antes de manifiesto, "no ha quedado acreditado que la empresa conociera las dolencias psíquicas del trabajador que le obligaban a adaptar su puesto de trabajo con anterioridad a la incapacidad temporal". Tampoco ha quedado acreditado que "fueran conocidos por la empresa los datos médicos obrantes en el informe médico donde la mutua colaboradora constata las dolencias psíquicas previas del trabajador reactivadas por el estrés laboral" lo que coincide totalmente con el art. 22 LPRL. Y tampoco ha quedado probado que el trabajador comunicase a la empresa ninguno de los certificados del grado de minusvalía que le fue reconocida por la Xunta de Galicia.

En definitiva, en una sentencia extensa, completa y no exenta de complejidad, pues son muchas las instituciones que se manejan, el TSJ de Galicia concluye que no existe elemento fáctico alguno del que se deduzca, desde una perspectiva objetiva, la vulneración "del derecho del trabajador a su dignidad e intimidad, u otros de protección de su seguridad o salud" o que desde una "estrictamente subjetiva, se puede considerar vulnerado el derecho del trabajador a la protección de su seguridad o salud en relación con la adaptación de las condiciones de trabajo, en este caso dado que la empresa no conocía las dolencias psíquicas del trabajador antes de la incapacidad temporal". De ello se deduce claramente que de quedar acreditadas estas circunstancias sí podría admitirse la existencia de vulneración de la normativa de seguridad y salud laboral, el deber de adaptación del puesto de trabajo, incluso, una

eventual situación de acoso laboral, y siempre partiendo de la misma patología, el “síndrome depresivo por estrés”.

Mejoras voluntarias de la Seguridad Social.
Modalidades: mejora directa de las prestaciones por muerte y supervivencia. Fuente de reconocimiento: convenio colectivo. Eficacia. Retroactividad.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2017 (nº. rec. 5315/2016)

Normas aplicadas:

Art. 192 LGSS 1994 (art. 239 LGSS 2015)

Art. 86 ET

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que ahora se comenta, confirma el fallo de instancia dictado por el juzgado de lo social número 2 de Pontevedra, en el que se estimaba la pretensión de la parte actora -una comunidad hereditaria- que reclamaba la indemnización prevista en el convenio colectivo aplicable como consecuencia del fallecimiento de un trabajador -marido y padre, respectivamente, de las demandantes- en accidente de trabajo. La oposición de la empresa al reconocimiento y abono de la indemnización se justificaba en la temporalidad del convenio aplicable pues, según sus propias argumentaciones, no se encontraba vigente en el momento de producirse el hecho causante de la mejora.

Los hechos que dieron lugar a la presente litis tuvieron lugar muchos años antes, en concreto, en el mes de mayo de 2009. En aquella época, don Aurelio, que venía prestando servicios para la empresa INDUSTRIAS FRIGORÍFICOS DEL DEZA, SL, se había encontrado indisposto como consecuencia de sufrir una disnea y sentir un dolor torácico, por lo que acudió al servicio de urgencias del CHUS donde permaneció ingresado hasta que horas más tarde sufrió una insuficiencia respiratoria y se produjo su fallecimiento. El

INSS reconoció a la esposa del fallecido pensión de viudedad derivada de enfermedad común. Al no constar más datos, la resolución del INSS, en concreto la calificación de la contingencia causante del fallecimiento, no resulta para nada extraña. No obstante, sí consta en los antecedentes de hecho de la sentencia que ahora se comenta que la comunidad hereditaria del fallecido –viuda e hijos menores de edad- solicitaron la determinación de aquella contingencia pues consideraban que el fallecimiento de su marido y padre, respectivamente, se había producido por accidente de trabajo. Sin ningún otro dato que pueda ser objeto de análisis o crítica, consta en los autos que el juzgado de lo social declaró que don Aurelio había fallecido de accidente de trabajo, fallo que fue confirmado por el TSJ de Galicia en el año 2015.

Bajo este escenario de partida, surge la controversia que ha dado lugar a los presentes autos y que es la siguiente: el convenio colectivo aplicable a la actividad laboral del fallecido reconoce una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social, en concreto, una indemnización a tanto alzado cuando el fallecimiento del trabajador haya tenido por causa un accidente de trabajo. La cuantía de la indemnización asciende a 18 mil euros. Y en lo que se refiere a la procedencia o no del abono de dicha indemnización, el problema deriva de la determinación de la vigencia del convenio aplicable al supuesto de hecho en una situación de sucesión convencional, o mejor dicho, en una situación de sucesión de revisiones parciales del convenio eventualmente aplicable. El hecho causante de la mejora –el fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo- se había producido durante la prórroga del anexo del “viejo convenio”. No obstante, el anexo del convenio sucesor, se había aprobado con efectos retroactivos desde la fecha en que finalizó la duración pactada del anterior. Y en dicho anexo se establecía lo siguiente: “las empresas que no tuvieran cubierta las contingencias que se indican, contratarán una póliza colectiva para cubrir las

contingencias de incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y muerte por causa de accidente de trabajo y por importe de 18.000,00 €.”

Pues bien, y pese a su judicialización, la solución a la cuestión objeto de controversia es bastante clara. Se trata de determinar la vigencia de una cláusula de un convenio colectivo en el que se reconoce una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social –la indemnización por fallecimiento- aprobada con eficacia retroactiva.

Que el convenio colectivo es un instrumento de regulación esencialmente temporal y que dicha temporalidad acarrea distintos problemas a la hora de determinar su aplicación, es una cuestión sobradamente conocida. Ahora bien, también es sabido que algunos de los problemas que plantea dicha temporalidad y su solución, también están previstos en la normativa heterónoma, aunque siempre sin olvidar la libertad de negociación de los sujetos negociadores y el principio de autonomía de la voluntad. No en vano, el art. 86 ET reconoce que corresponde a las partes negociadoras “establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio” y que “durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”.

Así las cosas, nada impide a las partes negociadoras, como sucede en este caso, la aprobación de una cláusula convencional con efecto retroactivo, ya que, como se hace constar en la propia argumentación jurídica de la sentencia que se comenta, “cuando se pacta una aplicación retroactiva de las normas, salvo que existan otras razones deducidas del propio convenio que permitan llegar a conclusión contraria, la regla de la retroactividad habría de aplicarse a todo lo pactado por cuanto la misma es perfectamente asumible tanto por lo que supone la aceptación de la libertad de pactos en esta materia que

permite el Estatuto de los Trabajadores como por el hecho de que es algo permitido por el art. 2.3 del CC". Y frente a ello, no puede oponerse que el objeto de dicha aplicación retroactiva sea una mejora voluntaria de la Seguridad Social. Al contrario, no hay que olvidar que la relación entre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la negociación colectiva, desde siempre, ha sido algo natural, puesto que la negociación colectiva siempre ha sido el instrumento más utilizado por las empresas para la implantación de las mismas, tanto a nivel supraempresarial, como empresarial. Y en este contexto, no hay que olvidar el contenido del art. 192 LGSS 1994 -art. 239 LGSS 2015- que establece que pese al carácter voluntario de las mejoras por parte de las empresas "cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento", lo que no es más que una manifestación, clara y palpable de la importancia de la fuente de reconocimiento de la mejora, en este caso, el convenio colectivo, hasta el punto de que su contenido va a ser determinante en el régimen jurídico de la mejora, tanto en lo que se refiere a su reconocimiento, modificación o extinción, quedando por lo tanto, sometida a los conflictos intertemporales de su instrumento colectivo de reconocimiento. Y así se argumenta, con gran acierto, en la sentencia de la Sala de Galicia de 22 de mayo de 2017: la jurisprudencia ha declarado que la determinación del contenido y alcance de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo, "viene determinada por las propias disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones. Solo en lo no expresamente previsto, pasarán a regirse por las propias normas del sistema de Seguridad Social básica (...), e incluso interrelacionándolas con las

posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros”.

En fin, con la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia vuelve a hacer una interpretación correcta de uno de los problemas aplicativos más habituales en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuales son, los derivados de la temporalidad de sus instrumentos reguladores, los convenios colectivos.

Recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Contratas y subcontratas. Responsabilidad solidaria de la contratista principal. Concepto amplio de centro de trabajo.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 22 de junio de 2017 (nº. rec. 5367/2016)

Normas aplicadas:

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

Art. 24.3 LPRL

Art. 12.1 b) y 42.3 LISOS

Art. 2 RD 171/2004

De nuevo, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en su sentencia de 22 de junio de 2017, vuelve a pronunciarse, y con gran acierto, sobre el alcance subjetivo de una de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. A saber, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social cuando el trabajador accidentado y causante de recargo, presta sus servicios en el ámbito de una contrata interempresarial de obras y servicios. Como suele ser habitual en estas situaciones, parece que la única responsable de su abono, en cuanto única obligada a cumplir la normativa de seguridad y salud frente a sus trabajadores dependientes,

es la empleadora del accidentado, en este caso, la empresa auxiliar de la contrata. Sin embargo, la Sala de Galicia, en respuesta al recurso de suplicación interpuesto por la viuda del trabajador fallecido, extiende solidariamente dicha responsabilidad a la empresa principal y ello lo hace por varios motivos, todos ellos jurídicamente correctos, lo que desde luego, aporta un plus de seguridad al trabajo desarrollado en contratas que más tarde o más temprano tendrá –o por lo menos debería tener– su reflejo positivo en las estadísticas de accidentes acaecidos en esta modalidad de trabajo. Pero es que además, no es la primera resolución judicial del TSJ de Galicia que concluye la problemática apuntada con un pronunciamiento de solidaridad. En los últimos años, ya son varias, algunas de ellas comentadas en números anteriores de esta misma sección de crónica doctrina judicial. Pero todos estos pronunciamientos de solidaridad, no son caprichosos ni arbitrarios, sino que responden a una correcta interpretación de la normativa de prevención de riesgos laborales que, en ocasiones, parecía ser obviada por sus intérpretes favoreciendo, en definitiva, un instrumento jurídico al servicio de las grandes empresas –las contratistas– que en un principio solo parecía aportar beneficios económicos, siendo las obligaciones y por lo tanto las responsabilidades mínimas.

Los hechos que dieron lugar a la presente litis sucedieron cuando el trabajador don Edelmiro se encontraba prestando servicios para la empresa SIMÓN BUCETA RAFAEL que a su vez había sido contratada por el GRUPO EMPRESARIAL ENCE, SA. El objeto de la contrata de prestación de servicios entre las dos empresas consistía en la tala de árboles. El día 27 de mayo de 2013, mientras se estaba llevando a cabo la ejecución de la contrata, don Edelmiro sufrió un grave accidente del que resultó fallecido. Los hechos ocurrieron cuando se estaban llevando a cabo trabajos de tala, procesado y secado de eucaliptos, trabajos todos ellos encuadrados en el contrato de prestación de servicios entre las dos empresas. La cuadrilla de

trabajadores que estaba realizando las labores de tala pertenecía íntegramente a SIMÓN BUCETA RAFAEL. El fatal accidente se produjo cuando uno de los integrantes de la cuadrilla se dispuso a talar uno de los eucaliptos tras dar la orden a dos de los trabajadores que se retirasen hacia atrás, a una zona más segura. La zona de caída del árbol estaba despejada y con buena visibilidad. El corte de tala fue correcto y una vez efectuado éste y cuando el eucalipto comenzó a caer, el talador se dio cuenta de que don Edelmiro estaba trabajando con la motosierra en la zona de caída, a unos 19,30 metros del tronco del árbol, por lo que comenzó a avisarlo gritándole, al igual que los otros trabajadores, aunque sin éxito, pues éste se encontraba de espaldas, con los protectores auditivos y utilizando la motosierra. El árbol tardó en caer unos seis segundos y una rama del mismo le alcanzó totalmente rompiéndole el casco de protección y causándole la muerte.

En lo que se refiere a medidas de seguridad, en los antecedentes de hecho de la sentencia que se comenta se pone de manifiesto que la empresa SIMON BUCETA RAFAEL "constaba de la preceptiva evaluación de riesgos". Que el trabajador accidentado "disponía de formación en materia preventiva facilitada por la empresa ENCE, SA, la cual tenía también efectuada la evaluación de riesgos en donde se identificaba el riesgo de caída de árboles por labores de apeo con motosierra y caída de ramas u objetos a consecuencia del apeo, estableciéndose como medida correctora (al igual que en la evaluación de riesgos de la empresa SIMON BUCETA RAFAEL) la de guardar la distancia de seguridad correspondiente al doble de la altura del árbol". Pese a todo, el accidente ocurrió y el desenlace fue el peor de los posibles.

Tras el accidente, la ITSS levantó la correspondiente acta de infracción e impuso responsabilidad administrativa a la empleadora del fallecido, la entidad SIMON BUCETA RAFAEL, por la comisión de la falta grave del art. 12.1 b) LISOS, apreciándose la responsabilidad solidaria de la

empresa ENCE, SA, en calidad de contratista principal y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.3 LISOS. Por otra parte, la dirección provincial del INSS inició expediente administrativo encaminado a la imposición del recargo de prestaciones de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Sin embargo, dicho expediente concluye con una resolución, de fecha 26 de diciembre de 2013, denegando toda clase de responsabilidad empresarial tanto de la empresa SIMON BUCETA RAFAEL, como solidaria del GRUPO EMPRESARIAL ENCE, SA. Nada consta en los hechos probados de la sentencia que se comenta sobre las razones de la exoneración de responsabilidad por parte del INSS. Con todo, algo habrá tenido que ver que conste acreditado, por lo menos desde un punto de vista formal, el cumplimiento de las obligaciones de formación y de evaluación tal y como se dejó constancia más arriba.

Como no podía ser de otra forma, la viuda del fallecido impugnó judicialmente la resolución administrativa del INSS solicitando la imposición del recargo de las prestaciones derivadas del fallecimiento de su esposo de forma solidaria a las dos empresas, a la empleadora, pero también a la contratista principal.

El juzgado de lo social competente, no atendió íntegramente a todas las razones alegadas por la actora para justificar su petición de condena solidaria y solo condenó al abono del recargo a la mercantil SIMON BUCETA RAFAEL y lo hizo en el porcentaje del 30 por 100. Como se advirtió con anterioridad, la solidaridad se hizo esperar hasta la resolución del recurso de suplicación por el TSJ de Galicia. Y sus razones, muy precisas, claras y acertadas, son las que se exponen a continuación.

En primer lugar, la infracción del deber de vigilancia de la empresa principal en las contratas y subcontratas de obras y servicios de propia actividad. La actora-recurrente insiste en su recurso de suplicación en la condición del GRUPO

EMPRESARIAL ENCE, SA, como contratista principal de la mercantil para la que su esposo-fallecido prestaba sus servicios y que fue la única condenada en la instancia. En este contexto y en lo que se refiere a las obligaciones de seguridad de dicha empresa principal, la recurrente recuerda el contenido del art. 24.3 LPRL, esto es, el deber de vigilancia que le corresponde sobre la actividad desarrollada por su auxiliar, que dice haber sido infringido. Se alegan también como infringidos otros preceptos del ordenamiento jurídico, entre ellos, el art. 16.2 b) LPRL, el art. 42.3 LISOS y el art. 2 RD 171/2004 y por supuesto el contenido del art. 123 LGSS 1994. Y por último, aporta varias sentencias, todas ellas relativas a esa vigilancia que debe cumplir cualquier empresa que contrate o subcontrate con otras obras o servicios de su propia actividad. Pues bien, así es y así debe ser la interpretación y aplicación de la normativa preventiva en estos supuestos: en el ámbito de las contratas de obras y servicios de propia actividad, la responsabilidad del empresario principal no funciona a modo de garantía de la responsabilidad de la auxiliar, sino que se trata de una responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación de seguridad, en este caso, de vigilar la actividad productiva, o mejor dicho, el cumplimiento de la normativa preventiva, por su empresa auxiliar. Ahora bien, téngase en cuenta que dicho deber de vigilancia no es objetivo, sino que se justifica en el control de la actividad de la empresa auxiliar. Como apoyo de su criterio, entre otras, la Sala de Galicia trae a colación el contenido de la STS, de 7 de octubre de 2008, en la que se ponía de manifiesto que el "hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal (...) determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo

que se encuentra bajo su control". En fin, es este control el que justifica el contenido del art. 24.3 LPRL.

En segundo lugar, el referido deber de vigilancia le corresponde a la empresa principal porque la contrata se ejecuta en su "centro de trabajo" y es de su "propia actividad", conceptos todos ellos que completan el supuesto descrito en el art. 24.3 LPRL. En fin, aunque muy conocidos, la Sala de lo Social del TSJ sintetiza, con argumentos no demasiado extensos, la mejor doctrina existente sobre cada uno de ellos, completando así de forma muy precisa la justificación de la condena solidaria en el abono del recargo a la empresa principal de la contrata. Así las cosas, sobre la noción de "centro de trabajo", la sentencia de suplicación recuerda su asimilación al término "lugar de trabajo" y el alejamiento del concepto jurídico del art. 1.5 ET. Ello quiere decir que si a una empresa se le ha adjudicado una obra para su ejecución "y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir". En esta litis, el GRUPO EMPRESARIAL ENCE SA, tenía un derecho de aprovechamiento forestal y había subcontratado con RAFAEL SIMÓN BUCETA, los trabajos de tala, procesado y sacado de eucaliptos. Por lo tanto, el "monte en el que se realizaban dichas actividades es el lugar de trabajo y al mismo deben acceder y permanecer en él para realizar su trabajo los trabajadores, por lo que es un centro de trabajo en los términos señalados".

Y en cuanto a la "propia actividad" de la empresa principal, la sentencia que se comenta recuerda la doctrina de la "inherencia" a su proceso productivo siendo evidente que para la producción de celulosa es necesario el suministro de madera que Ence puede comprar a terceros u obtenerla mediante el aprovechamiento de montes propios o ajenos, sobre los que ostente algún derecho de explotación, y que dicho aprovechamiento puede realizarlo mediante el empleo de medios propios, o, como ocurre en el presente caso,

contratando con terceros la tala, procesado y sacado de eucaliptos, por lo que esta última actividad se encuentra comprendida dentro de las inherentes y necesarias para realizar el proceso productivo.

En definitiva, es claro que el supuesto de hecho examinado está dentro de la previsión del art. 24.3 LPRL: contratación por la empresa principal de otra empresa para la realización de obras o servicios que corresponden a la propia actividad de aquélla y que se han de realizar en sus propios centros de trabajo. Por lo tanto, deber de vigilancia sobre la actividad de su auxiliar y responsabilidades derivadas de su incumplimiento, de todas ellas, sin exclusión de ninguna, entre ellas, del recargo de prestaciones de la Seguridad Social.