

EL ACCIDENTE DE TRABAJO

ASPECTOS GENERALES

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAEEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

EL ACCIDENTE DE TRABAJO

ASPECTOS GENERALES

- I. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO**
- II. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO IN ITINERE**
- III. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN MISIÓN**
- IV. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO**
- V. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN**
- VI. SUPUESTOS EXPRESAMENTE INCLUIDOS**
- VII. SUPUESTOS EXCLUIDOS**
- VIII. REGULACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS**
- IX. SUPUESTO ESPECÍFICO: LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO DISTINTO DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO**

X. BENEFICIOS EN LA COTIZACIÓN A EMPRESAS QUE EVITEN ACCIDENTES

XI. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

XII. IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR Y ACCIDENTES DE TRABAJO

1. IMPRUDENCIA TEMERARIA

- a. CONCEPTO**
- b. REQUISITOS Y ALCANCE**
- c. PRUEBA**
- d. SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA TEMERARIA**
- e. IMPRUDENCIA TEMERARIA E INEXISTENCIA DE ACCIDENTE LABORAL IN ITINERE**
- f. IMPRUDENCIA TEMERARIA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

2. IMPRUDENCIA PROFESIONAL

- a. CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LA IMPRUDENCIA TEMERARIA**
- b. SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA PROFESIONAL**
- c. IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN EL ACCIDENTE LABORAL IN ITINERE**
- d. IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

XIII. LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**
- 3. RESPONSABILIDAD EX DELICTO**

XIV. INFRACCIONES Y SANCIONES LABORALES POR EL ACCIDENTE DE TRABAJO

XV. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

XVI. RESPONSABILIDAD, EN ORDEN A LAS PRESTACIONES, DE LA ENTIDAD GESTORA O MUTUA PATRONAL EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL

XVII. CONCURRENCIA DE CULPAS DE TERCEROS Y DEL PROPIO TRABAJADOR EN LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

XVIII. EL DOLO Y SU INTERPRETACIÓN

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. VALORACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS**

XIX. REPARACIÓN Y VALORACIÓN DEL DAÑO EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN**

3. INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y BAREMO

4. ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL

XX. RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. CONCEPTO

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECARGO

3. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DEL RECARGO

4. SUJETO RESPONSABLE DEL PAGO DEL RECARGO

5. PROHIBICIÓN DE ASEGURAMIENTO DEL RECARGO

6. COMPATIBILIDAD DEL RECARGO CON OTRAS RESPONSABILIDADES

7. REGULACIÓN NORMATIVA

8. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR RECARGO DE LAS PRESTACIONES EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

9. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA

XXI. CONTINGENCIAS COMUNES

XXII. CONTINGENCIAS PROFESIONALES

XXIII. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

XXIV. COLABORACIÓN VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA DE LAS EMPRESAS EN LA GESTIÓN

XXV. LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

XXVI. EL PARTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO

XXVII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 848/2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2017 NÚMERO DE RECURSO 3190/2015**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2017**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 2017**
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016**

- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2016**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2016**
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2016**
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2016**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2016**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2016**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ABRIL DE 2016**
- 23. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2016**
- 24. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE 2016**

XXVIII. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

Se consideran accidentes de trabajo aquellos daños o lesiones que sufre el trabajador por cuenta ajena mientras cumple con sus obligaciones contractuales, tanto dentro de su lugar de trabajo, como mientras realiza alguna misión que le ha sido encomendada (156 LGSS).

Según el apdo. 2, Art. 316 LGSS, se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Por el contrario, no tienen la condición de accidente de trabajo:

1. Los que son consecuencia de una fuerza mayor ajena al trabajo.
2. Los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado (en este caso corresponderá a la parte demandada la carga de probar la ruptura del nexo causal (STSJ Cataluña 23 de noviembre de 2.003)).

Responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

El empresario tiene la obligación de poner todos los medios a su alcance para que el ambiente laboral sea seguro. Tras producirse un accidente de trabajo, si se determina que existió un incumplimiento por parte de la compañía, se imputan determinadas responsabilidades según el tipo de incumplimiento que se haya producido:

- a) En los supuestos de falta de afiliación o alta en la Seguridad Social, descubierto en cotizaciones, o contratos en fraude de ley, el empresario será responsable del pago de las prestaciones que corren a cargo de la entidad gestora o colaboradora (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte o lesiones no invalidantes).
- b) En caso de infracción de las normas de seguridad e higiene, el empresario podrá ser responsable del abono del recargo de un treinta por ciento a un cincuenta por ciento del importe de cualquiera de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo.
- c) En el caso de que la empresa tenga reconocido algún tipo de mejora voluntaria por accidente laboral, e incumpla la obligación de cobertura de la mejora respecto al trabajador, será responsable del abono de la misma.
- d) Si el empresario ha incumplido la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, la Inspección de Trabajo podrá iniciar un expediente sancionador.
- e) Finalmente, el empresario será responsable del pago de las indemnizaciones resultantes de la existencia de responsabilidad criminal o civil derivada del accidente de trabajo.

Los anteriores mecanismos de reparación pueden ser compatibles entre sí. Sin embargo, también existen accidentes producidos en el entorno laboral de los que no se derivan responsabilidades para la empresa, como por ejemplo aquellos que tienen lugar por fuerza mayor o aquellos que son debidos al trabajador accidentado.

PALABRAS CLAVES

Trabajador por cuenta ajena, trabajador autónomo, daño, lesión, lugar de trabajo, misión encomendada, trayecto, jornada laboral, fuerza mayor, imprudencia temeraria, recargo de prestaciones, presunción de laboralidad, nexo causal.

EL ACCIDENTE DE TRABAJO

ASPECTOS GENERALES

I. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

El concepto legal de accidente de trabajo se define en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena.

Trabajador autónomo: Según el apdo. 2, Art. 316 LGSS, se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

De este modo se extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia, o autónomos, siempre que, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Sentencia TSJ País Vasco, de 26/03/2002.

Son tres los elementos que concurren en la definición legal de accidente de trabajo:

- La existencia de una lesión corporal. El término lesión debe entenderse en sentido amplio, pues, como se dirá, se incluyen, aunque no se trate de verdaderas lesiones corporales, algunas enfermedades.

- La condición de trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado. A los efectos que nos ocupan, se entiende que son trabajadores incluidos no sólo aquellos que lo sean por tener una relación laboral de la reguladas en el Estatuto de los Trabajadores (artículos 1 y 2 del ET 2015), sino también aquellos trabajadores por cuenta ajena delimitados por el ámbito subjetivo del Régimen General de la Seguridad Social. En otras palabras, por trabajadores por cuenta ajena hay que entender los incluidos en el campo de aplicación del régimen general, pero, además, en virtud de la homogeneidad del sistema, el concepto de accidente de trabajo es, en principio, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, con ciertas salvedades.

- La relación de causalidad entre trabajo y lesión. El nexo causal se reputa de carácter imperativo para que la lesión sufrida por el trabajador pueda ser calificada de accidente de trabajo. La expresión "con ocasión" o "como consecuencia" del trabajo implica una relación causa-efecto entre el trabajo realizado y la lesión sufrida.

Adquirirán la consideración de accidentes laborales:

1. Aquel que sufre el trabajador al ir o al volver al lugar de trabajo ("accidente in itinere").

2. El accidente en misión, es decir, el sufrido por el trabajador en el trayecto que tenga que realizar para el cumplimiento de la misión, o el sucedido en el desempeño de sus actividades dentro de la jornada laboral.
3. El sufrido durante la ejecución de tareas en cumplimiento de las órdenes del empresario, o realizadas en interés de la empresa, a pesar de no corresponderse con su categoría profesional.
4. La muerte del trabajador que ha venido precedida por una situación de invalidez derivada de contingencias profesionales.
5. Aquellas enfermedades comunes contraídas por el trabajador al realizar su actividad laboral, no incluidas en la lista de enfermedades profesionales.
6. Enfermedades o defectos padecidos con anterioridad al propio accidente, que se manifiestan o agravan a consecuencia del mismo.
7. Las enfermedades que constituyen complicaciones del proceso patológico determinado por el accidente de trabajo mismo.
8. Las enfermedades que tienen su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación ("enfermedades intercurrentes").
9. Los acaecidos en actos de salvamento, o de naturaleza análoga, cuando tengan conexión con el trabajo.
10. Los debidos a imprudencia profesional del trabajador.
11. Los que son consecuencia de culpa civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo o de un tercero siempre y cuando guarden alguna relación con el trabajo.

12. El suicidio cuando queda probado que la situación emocional determinante de esta decisión se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales del trabajador que adopta tan drástica medida fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce. La aplicación de la presunción de laboralidad del apdo. 3, 156 ,Ley General de la Seguridad Social ha de hacerse no sólo a los accidentes de trabajo en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos, para añadir que «para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se deduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. Sentencias TSJ Castilla-La Mancha, de 10/10/2006, TSJ Galicia, nº 4806, de 24/06/2000 y TS, Sala de lo Social, de 10/06/2009, Rec. 3133/2008.

13. Los sufridos:

- Durante el desempeño de cargo electivo de carácter sindical.
- Durante el desempeño de cargo de gobierno de las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- Al ir o al volver del lugar en que se ejercen las funciones anteriormente citadas.
- Presidentes, Vocales y Suplentes de las Mesas Electorales, designados según la Ley Org. 5/1985, de 19 de junio.

Por el contrario, no tienen la condición de accidente de trabajo:

1. Los que son consecuencia de una fuerza mayor ajena al trabajo.
2. Los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado (en este caso corresponderá a la parte demandada la carga de probar la ruptura del nexo causal (STSJ Cataluña 23 de noviembre de 2.003)).

La Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo.

Para descartar la "presunción de la laboralidad" de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de trabajo, el análisis jurisprudencial exige que la acreditación suficiente de que no existe relación entre la lesión padecida y el trabajo.

Infarto de miocardio

- 1.- Sentencia TS, Sala de lo Social, de 22/12/2010, Rec. 719/2010

Se considera que deriva de accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por el trabajador en los vestuarios de la empresa durante la jornada laboral, por cuanto según reiterada jurisprudencia los vestuarios tienen la consideración de lugar de trabajo, y la estancia del trabajador en los mismos no se acreditó que fuera en tiempo de descanso para el trabajador.

- 2.- Sentencias TSJ Cataluña, de 03/11/1999 y TS, de 27/09/2007

Accidente in itinere: procede en camionero por infarto. Será accidente laboral, si se encuentra en tiempo de trabajo efectivo, sin restricciones del horario ordinario o

normal de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar del trabajo habitual, mientras sea en cumplimiento de una orden patronal y aun teniendo antecedente cardíacos.

3.- Sentencia TSJ Cantabria, Sala de lo Social, nº 776/2010, de 01/10/2010, Rec. 692/2010

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por los beneficiarios frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de referencia, y declara que la muerte del causante no es un accidente de trabajo in itinere, por cuanto el fallecimiento aconteció por una trombosis coronaria al acudir al trabajo, no siendo aplicable la presunción de accidente de trabajo del apdo. 3, 156 ,LGSS a este tipo de accidentes ya que en ellos se requiere una acción súbita y violenta provocada por un agente externo para que sean catalogados de tales.

4.- Sentencias TS, de 03/12/2004, Rec. 6052/2003

Se debate en el presente recurso de casación unificadora si la fallecimiento de un trabajador ocurrido fuera del lugar y de la jornada de trabajo por 'shock cardiogénico' debe o no reputarse accidente de trabajo, por el hecho de que 'exista una relación de causalidad directa entre la cardiopatía isquémica crónica [que fue, junto con una arterioesclerosis coronaria, la causa del 'shock'] y el infarto antiguo' que sufrió el causante años antes y fue considerado accidente de trabajo.

5.- Sentencias TS, Sala de lo Social, de 22/07/2010, Rec. 4049/2009

Morir mientras se duerme en la cabina del camión es accidente laboral. Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia desestimatoria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sobre determinación de contingencia, como accidente laboral, de fallecimiento del marido y padre de las recurrentes. La Sala declara que la presunción de laboralidad concurre en el caso examinado, en que el "accidente" se ha producido en tiempo y lugar de trabajo. En cuanto al lugar de trabajo, porque el óbito se produjo dentro del camión mientras el trabajador dormía. Y en cuanto al tiempo de trabajo, atendiendo a las circunstancias concretas del trabajo encomendado al trabajador fallecido, no puede calificarse como tiempo de descanso. Ciertamente es, y ello no es controvertido, que los

conductores de camión, dentro de la normativa reguladora de la actividad, tienen la obligación de descansar cada determinado número de horas o de kilómetros recorridos, de manera que han de parar el vehículo durante el periodo fijado. Y es frecuente que el trabajador pernocte en el vehículo con la intención además de descansar, de vigilancia, tanto del vehículo como de la mercancía, por lo que en realidad se está ante un lapso temporal de presencia, pues aunque no se presta trabajo efectivo de conducción, se está realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión; sin que se desvirtúe por ello el nexo causal exigido.

Enfermedad agravada por el accidente.

La Sentencia TS, de 25/01/2006, Rec. 2840/2004, ha establecido que las enfermedades que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente se caracterizan porque se manifiestan al producirse una actividad laboral durante la cual surge un daño o lesión que hace resurgir la enfermedad o repercute en ella motivando la incapacidad (apdo. 2. f), 156 LGSS y Art. 116 LGSS).

II. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO IN ITINERE

Se denomina "accidente in itinere", el sufrido por el trabajador al dirigirse o regresar del trabajo (apdo. 2.a), 156 LGSS). Su origen lo encontramos en la ampliación del concepto de accidente de trabajo realizado por la jurisprudencia.

Para que los tribunales consideren que un accidente "in itinere" es efectivamente accidente de trabajo se exige, como regla general, que el desplazamiento se estuviera realizando por motivos profesionales para iniciar o finalizar su trabajo, que el accidente

suceda en tiempo próximo a la hora de entrada o de salida del mismo y en el trayecto, y en su caso, vehículo habitual.

A modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1.966 establece, respecto a las características de este tipo de accidente, lo siguiente:

"Durante el camino que ha de seguir (el trabajador) desde su domicilio al lugar donde realizar su trabajo y viceversa, cuando el obrero lo efectúa habitualmente (la habitualidad refiere al camino, esto es, que se siga el camino tenido por normal para ir al trabajo; obviamente puede ocurrir un accidente in itinere el día que se va o vuelve del trabajo por primera vez o tras una suspensión del contrato), empleando un medio de transporte normal para dichos fines (y adecuado al trayecto; desde luego lo son todos los medios públicos de transporte; también las bicicletas, motocicletas, automóviles, etc.; por supuesto, ir a pie) y siempre que no se rompa el nexo causal por algún acto personal del obrero (tanto por un acto temerario o imprudente, como por un acto o actividad que interrumpa el mero ir o venir del domicilio al trabajo)."

La Presunción en favor de la existencia de Accidente Laboral no juega en el caso de los accidentes "in itinere". Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 18/01/2011, Rec. 3558/2009)

Trayecto y su interrupción en el accidente "in itinere"

Para la existencia de este tipo de accidente no se exige que la ida o la vuelta se realicen desde o al domicilio del trabajador. El punto de salida o llegada ha de ser el centro de trabajo u otro lugar al que el afectado haya tenido que desplazarse por razones laborales. Considerándose, a todos los efectos, punto de llegada o salida cualquier lugar desde el que se emprendiera la ida o se iniciara el regreso. En este sentido la

jurisprudencia se ha encargado de establecer como lugar de partida el "domicilio habitual durante el periodo estival" (Sentencia Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1.984), desde el que "pasaba el fin de semana con su familia" (Sentencia Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1.985) o el sufrido por el trabajador que, "estando desplazado en otra provincia, fuera de su lugar de residencia y trasladándose cada dos fines de semana a la misma, acaece al regresar al lugar de trabajo, aun cuando faltaren cinco horas para iniciar su jornada laboral" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 4 de abril de 2.002).

Por otro lado, el trayecto no ha de ser siempre el más corto ni el mismo, lo que no ha debido es ser interrumpido por episodios ajenos a su recorrido. Según el Tribunal Supremo no existe accidente de trabajo "in itinere" cuando el trayecto hacia el lugar de trabajo no se inicia en el domicilio real o habitual del trabajador. Sentencia nº TS, de 19/01/2005.

Del mismo modo, para la jurisprudencia el accidente de tráfico sufrido en el desplazamiento al centro de salud con autorización de la empresa, no es accidente de trabajo in itinere. Sentencias nº TS, de 19/01/2005, TS, Sala de lo Social, de 10/12/2009, Rec. 3816/2008 y TS, Sala de lo Social, de 18/01/2011, Rec. 3558/2009.

Una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) amplía la consideración de accidente 'in itinere' para incluir aquellos supuestos en los que el trabajador tiene que desplazarse una gran distancia desde su domicilio familiar hasta su lugar de residencia por razones laborales. Establece razones de "realidad social" a la vista de "las nuevas formas de organización del trabajo".

En este caso concreto se anula una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de julio de 2012 que estimó el recurso interpuesto

por Ibermutuamur contra una sentencia anterior de un Juzgado de lo Social de León. El juez de instancia había dado la razón a un trabajador que sufrió un accidente de tráfico un domingo de marzo de 2009 por la noche, cuando se desplazaba desde su domicilio en León hasta Soria, donde residí debido a su trabajo.

La Mutua rechazó la contingencia profesional de la baja que sufrió este trabajador, al no considerar que el accidente se hubiera producido 'in itinere'. La demanda del trabajador se estimó en primera instancia, si bien posteriormente fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia.

Ahora, el alto tribunal confirma la sentencia inicial al estimar que la interpretación de las normas "debe adaptarse a la realidad social", tal y como impute el artículo 3 del Código Civil.

La resolución del TS, de la que ha sido ponente el magistrado Aurelio Desdentado, considera que debe resolverse "a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar" que está imponiendo "unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal".

Todo ello, según el Tribunal Supremo, determina que, "si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes", habrá que reconocer que en supuestos como el presente "a efectos del punto de partida o retorno del lugar del trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto como la residencia habitual a efectos de trabajo".

En este caso concreto, el alto tribunal considera que concurren los elementos que definen el accidente 'in itinere' porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, "puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador".

III. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN MISIÓN

Se entiende por accidente en misión el sufrido por el trabajador en el trayecto que tenga que realizar para el cumplimiento de la misión, así como el acaecido en el desempeño de la misma dentro de la jornada laboral.

Es decir, no tendrá la consideración de accidente de trabajo "in itinere", sino accidentes de trabajo ordinario (apdo. 1, 156 LGSS), el sufrido por el trabajador en el trayecto que debe recorrer "por consecuencia" de su trabajo, bien en el desempeño de sus funciones (la jurisprudencia ha hablado en este caso del "amplio lugar de trabajo en el que la víctima llevaba a cabo su cometido de promotor de ventas"), bien en cumplimiento de órdenes o indicaciones ocasionales del empresario (por ejemplo, incorporación a su destino de capitán de buque), con independencia del medio de transporte.

A modo de ejemplo cabe destacar dos Sentencias del Tribunal Supremo a través de las cuales se define mucho mejor la consideración de accidente "en misión":

1.- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2.001 y de 14 de julio de 2.005:

a) Consideración como accidente de trabajo "en misión" del infarto de miocardio sufrido en el hotel por el trabajador durante un viaje en el que el accidentado desempeñaba las funciones de conductor de autobús por ruta turística.

b) Se confirma el carácter laboral del accidente alegando: "Es evidente que el mal sobreviene fuera de sus horas de trabajo pero cuando permanece bajo la dependencia de la Empresa, cuya organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida".

c) El Alto Tribunal entiende que debe extenderse la protección proporcionada por la Empresa: "...Cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de las tareas profesionales porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es necesario el reintegro, ya que el trabajador "itinerante" está en este itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye con las tareas encomendadas".

d) Del mismo modo se establece la necesidad de ruptura entre accidente y situación laboral: "La ruptura del nexo causal no depende de que las propias tareas hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone), sino de que se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión. O sea cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación". Ver sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 14/07/2005, Rec. 2119/2004

2.- Sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 1983

a) Desestima calificar como accidente laboral la muerte padecida por el trabajador que encontrándose "en misión" por cuenta de la empresa había

aprovechando un día festivo para ir a la playa donde falleció con motivo de una asfixia por inmersión.

b) Diferencia, para la consideración de "accidente laboral", entre actividades realizadas fuera del horario de trabajo que merecen el calificativo de usuales en la vida privada del trabajador (manteniendo el vínculo necesario entre trabajo y daño padecido) y aquellas otras que pertenecen a la esfera privada del trabajador y son completamente ajenas a la situación laboral (para las que se excluye el vínculo laboral necesario para poder calificar el resultado dañoso como accidente laboral).

3.- Sentencia del Tribunal Supremo de 22-07-2010 (R. 4049/2009 - TS, Sala de lo Social, de 22/07/2010, Rec. 4049/2009 -)

- Se considera como accidente de trabajo “en misión”, el fallecimiento de un trabajador por isquemia miocárdica-arritmia cardíaca mientras dormía en el camión que conducía, por entender que la lesión se ha producido en tiempo y lugar de trabajo, ya que se trata de un lapso temporal de presencia aunque no se presta trabajo efectivo de conducción.

4.- Sentencia del Tribunal Supremo de (R. 2965/2012).

- Accidente de trabajo: accidente en misión: concepto jurisprudencial: no existen circunstancias suficientes en los hechos probados para poder determinar que concurra un supuesto de accidente en misión conforme a la doctrina de esta Sala: desestimación del recurso.- No puede otorgarse tal calificación cuando, sin mas datos o circunstancias significativas, el trabajador sufre una enfermedad de las jurisprudencialmente relacionadas con el trabajo durante su desplazamiento ocasional, distinto del efectuado ordinariamente entre domicilio habitual y lugar de trabajo, que efectuó a principio de temporada o para iniciar uno de los periodos correspondientes de prestación efectiva de servicios.

La Directiva 2002/15 CE distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y descanso. En el primero se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera de carga o descarga. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a "los periodos de pausa o descanso". En el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social; presunción que se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obviamente no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada se encuentra descansando en un hotel.».

En el mismo sentido en nuestra sentencia de 8 de octubre de 2009, rcud 1871/2008, se estimó que no era accidente de trabajo el fallecimiento del trabajador por infarto agudo de miocardio en la habitación del hotel de Marrakech donde se encontraba descansando, estando en el mismo mientras realizaba un trabajo encomendado por su empresa. La sentencia, con invocación de anteriores sentencias de esta Sala contiene el siguiente razonamiento: "La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del

accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la sentencia 26 de diciembre de 1988, sobre la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido. En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral. Así la sentencia de 10 de febrero de 1983 excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry, y las sentencias de 17 de marzo de 1986 y 19 de julio de 1986 niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida. La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14 de abril de 1988 y 4 de mayo de 1998, pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en la segunda porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero. De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado".

IV. LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo (artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, anterior art. 115 LGSS). Se trata de una presunción iuris tantum, por tanto si no se acredita la conexión con el trabajo no resulta operativa. No obstante, la presunción posibilita la expansión del concepto de accidente de trabajo, extendiéndose incluso a supuestos en los que el trabajador sufre en su puesto de trabajo un proceso patológico determinado o a situaciones en las que la enfermedad que se padecía con anterioridad se manifiesta en el trabajo, circunstancia, la de padecerla anteriormente, que no desvirtúa, por sí sola, la eficacia de la presunción.

STS de 26/04/2016. La presunción «iuris tantum» del art. 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que "por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral" (SSTS 22/12/10 -rcud 719/10-; 14/03/12 -rcud 4360/10-; 18/12/13 -rcud 726/13; y 10/12/14 -rcud 3138/13).

La presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo (STS 14/03/12 -rcud 4360/10).

La doctrina ha sido sintetizada con la «apodíctica conclusión» de que ha de calificarse como AT aquel en el que «de alguna manera concurra una conexión con la

ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante», debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (reproduciendo jurisprudencia previa a la unificación de doctrina, SSTS 09/05/06 -rcud 2932/04; 15/06/10 -rcud 2101/09; y 06/12/15 -rcud 2990/13).

El hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante, por ser «de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio» [STS 27/12/95 -rcud 1213/95]; aparte de que «no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca», ya que «las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral» [STS 14/07/97 -rcud 892/96] (SSTS 27/02/08 -rcud 2716/06; y 20/10/09 -rcud 1810/08).

Para destruir la presunción de laboralidad a que nos referimos es necesario que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal (reiterando constante doctrina anterior, SSTS 20/10/09-rcud 1810/08; 18/12/13-rcud 726/13; y 10/12/14 -rcud 3138/13).

Como ha destacado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la presunción legal del art. 115.3 de la LGSS entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, «lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la

aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo» (STS 03/12/14 -rcud 3264/13-).

STS de 08/03/2016. La presunción del artículo 115.3 LGSS se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

Por ello, el juego de la presunción exigirá que, de negarse su etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal; lo que sucederá con facilidad en los supuestos de enfermedades en las que el trabajo no tuviere influencia; pero se hace difícil en los casos de las lesiones cardíacas, las cuales no son extrañas a las causas de carácter laboral (véase la STS/4ª de 20 octubre 2009, rcud. 1810/2008).

En suma, "La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del art. 115.2.f) LGSS. como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección "(así lo hemos sostenido en la STS/4ª de 27 septiembre de 2007 -rcud. 853/2006).

Dicha tesis ha sido reiterada por la STS/4ª de 10 diciembre 2014 (rcud. 3138/2013), en relación con un supuesto de hemorragia cerebral que se exterioriza durante el descanso para comer, tras haberse sentido indispuesto el trabajador en tiempo y lugar de trabajo, aunque el trabajador padeciera una malformación congénita arterio-venosa.

V. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN

Conforme a la gravedad y consecuencias derivadas del accidente de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la contingencia de que se trate (incapacidad temporal, incapacidad permanente, lesiones permanentes no invalidantes o muerte y supervivencia). Si el empresario hubiera incumplido medidas de seguridad puede producirse el recargo de las prestaciones (art. 123 LGSS. A efectos de protección, opera el principio de automaticidad de las prestaciones. El accidente de trabajo, a opción del empresario, puede protegerse por el sistema de Seguridad Social o por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

VI. SUPUESTOS EXPRESAMENTE INCLUIDOS

Expresamente, el legislador señala que tienen la condición de accidentes de trabajo (artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015):

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. Es el denominado accidente in itinere. Concepto que ha dado lugar a una amplia casuística jurisprudencial y en el que se debe tener en cuenta:

- El domicilio del trabajador ha de ser el habitual, aunque éste se ha interpretado in extenso, incluyendo no sólo el legal sino también el real o incluso el familiar o el de vacaciones, puesto que lo trascendente es que el desplazamiento sea por motivos de trabajo, siendo el punto de destino o de partida el lugar de trabajo.

- El medio de transporte utilizado para desplazarse ha de ser normal o idóneo, entendido como aquél que no aumente innecesariamente el riesgo durante el desplazamiento.

- El trayecto seguido debe ser el adecuado, que no tiene por qué ser siempre el mismo ni tampoco el más corto, pudiendo elegirlo libremente el trabajador atendiendo a las circunstancias que se presenten en cada momento.

- El tiempo invertido en el desplazamiento debe ser el normal, sin interrupciones injustificadas que interrumpan el nexo de causalidad, lo que, a su vez, genera valoraciones contradictorias en relación con la duración y el motivo de la interrupción. Es preciso distinguir el accidente de trabajo in itinere del accidente de trabajo en misión, por cuanto este último se refiere al accidente ocurrido en viaje de servicio y acontecido en trayectos que el trabajador tiene que recorrer como consecuencia de su trabajo y dentro de su jornada laboral; en consecuencia, cuando se sufre un accidente en misión estamos ante un accidente laboral stricto sensu.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. Se trata de una doble

extensión: de una parte, porque el desempeño de cargos electivos de carácter sindical se asimila a la prestación de trabajo por cuenta ajena, de otra, porque se extiende también el concepto de accidente in itinere a otros supuestos. El problema que se ha planteado es interpretar qué se entiende por "cargo electivo de carácter sindical", siendo la respuesta jurisprudencial que cargos electivos son tanto los sindicales como, propiamente, los de representación legal o unitaria.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. En este supuesto, el accidente acaece cuando el trabajador se encuentra desarrollando su prestación laboral, si bien no la habitual. Y es que, en virtud del poder empresarial de dirección, está realizando una actividad distinta a la correspondiente a su categoría o grupo profesional. Asimismo, también se extiende a los supuestos en los que se realizan tareas distintas por decisión espontánea de trabajador, en interés del funcionamiento de la empresa, por lo que, en la práctica, todos los supuestos de desarrollo de la actividad distinta de la propia en los que sobrevenga una lesión se configuran como accidente de trabajo.

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. El elemento relevante en este supuesto es la conexión del acto de salvamento con el trabajo, no que el accidente sobrevenga con ocasión de éste, al margen de que el trabajador actúe cumpliendo una orden del empresario o lo haga de modo espontáneo.

e) Las enfermedades, no calificadas expresamente como enfermedades profesionales, 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. Por ser el sistema español de enfermedades profesionales un sistema de lista cerrada, no tienen la consideración de enfermedades profesionales aquellas que no

estén incluidas en la correspondiente lista, de manera que se deben calificar como accidente de trabajo las enfermedades que encuentre su origen exclusivo en el trabajo realizado. Estamos ante un supuesto calificado, acertadamente, como accidente impropio.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. En tal supuesto de enfermedades agravadas, la jurisprudencia exige que se demuestre la relación de causalidad con el accidente, debiendo desencadenarse el proceso por un esfuerzo físico o emocional como factor patológico.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. Son las denominadas enfermedades intercurrentes. No son consecuencia directa del accidente, sino ampliaciones del proceso patológico desencadenado por el accidente o bien, en otro caso, enfermedades adquiridas en el medio en que se sitúa el trabajador para su curación, sin tener relación con el accidente. En todo caso, se deben probar las complicaciones patológicas y las afecciones adquiridas por el nuevo medio.

Por último, el legislador añade al listado de accidentes de trabajo los que se produzcan durante el viaje de salida o regreso de los emigrantes en operaciones realizadas por la Dirección General de Trabajo y Migraciones (Disposición Adicional segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015).

En el caso enjuiciado en la Sentencia Social Nº 1851/2016, TSJ País Vasco, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 1613/2016, 27-09-2016, el TSJ analiza si la incapacidad

temporal sufrida por una trabajadora que durante la salida de centro de trabajo concedida para tomar café, cae al suelo y se golpea el codo izquierdo, considerándolo como laboral.

Ante la práctica de este tipo de salidas de la oficina en horario laboral, el Tribunal considera este descanso como vinculado al trabajo equiparándolo a tiempo de trabajo, como extensión de su reconocimiento en la presunción del apartado 3 del art. 156 LGSS.

Teoría de la «ocasionalidad relevante»

Citando la Sentencia Social TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 944/2014, 23-06-2015, la sentencia equipara la causalidad estricta con la expresión «por consecuencia» que utiliza la norma y la más amplia o abierta con causalidad con la de «con ocasión» también utilizada en la Ley. Además, matiza esta última expresión, indicando que más que a una causa propiamente dicha, evoca a la concurrencia de una condición «sine qua non» por la que se produce el accidente. De ahí enlaza con la llamada teoría de la «ocasionalidad relevante», caracterizada por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento.

VII. SUPUESTOS EXCLUIDOS

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo. Se entiende por fuerza mayor, a estos efectos, la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado. En relación con el dolo, éste rompe la relación de causalidad. La jurisprudencia conecta este elemento de exclusión con el acontecimiento del suicidio del trabajador en su puesto de trabajo, determinando que no se considera esa circunstancia accidente de trabajo si se prueba la voluntad de quitarse la vida por parte del suicida; de lo contrario, el accidente se presume laboral. También la imprudencia temeraria debe quedar acreditada para romper la relación de causalidad, determinando la inexistencia de accidente de trabajo. Por el contrario, la imprudencia profesional, que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira, no impide la calificación de un accidente como de trabajo.

VIII. REGULACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial.

TRADE

Se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate-

Ha de existir una relación de causalidad entre la lesión y la actividad profesional, directa («como consecuencia») o indirecta («con ocasión»).

El Art. 3 ,Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia establece el concepto de Accidente de Trabajo para el trabajador adscrito al RETA (Art. 316 LGSS):"Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial".

Por su parte, a efectos de la cobertura de esta contingencia, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo

cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate (apdo. 3, Art. 26 LETA).

El Tribunal Supremo ha considerado que debe exigirse a un trabajador por cuenta propia incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el cumplimiento del requisito general de encontrarse al corriente en el pago de las cuotas en la fecha del hecho causante para el reconocimiento del derecho a prestación por incapacidad temporal consecuencia de accidente de trabajo, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas debidas en los casos en que aquella proceda previstos en el Art. 28 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y como tal invitación debe equipararse el ingreso de las cuotas pendientes en vía de apremio. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 10/02/2009, Rec. 1253/2008.

En este sentido, tendrán la consideración de accidente laboral:

1. Los sucedidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando tengan conexión con el trabajo.
2. Las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, una vez probada la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia.
3. Las enfermedades, no incluidas en la definición de enfermedad profesional 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 de aquél.
4. Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de las lesiones constitutivas del accidente.

5. Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación

Mientras que por el contrario no tendrán la consideración de accidentes de trabajo en el RETA:

1. Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar del trabajo.
2. Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso, se considera fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.
3. Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador.

Relación de causalidad entre la lesión y el trabajo

El concepto de accidente de trabajo está referido al trabajo realizado por el autónomo que genera su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Es decir, se considerará accidente laboral de un trabajador autónomo o por cuenta propia el sufrido en la actividad que lleve a cabo de forma habitual, personal y directa a título lucrativo. Teniendo en cuenta esto debe aclararse lo siguiente:

1. Aquellas actividades posibles y eventuales que no impliquen la inserción en el RETA del trabajador quedarían sin cobertura por accidente de trabajo.
2. En los supuestos de pluriactividad, cuando el autónomo realiza una actividad que origine su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y otra en otro Régimen Especial distinto, ante un accidente ocurrido en la actividad del segundo Régimen el autónomo carecería de cobertura.
3. Igualmente se encontrarán excluidos los accidentes fortuitos, de fuerza mayor y los accidentes in itinere.

Se entiende por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, en la actividad en virtud de la cual el trabajador está incluido en el campo de aplicación del régimen especial, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades contenidos en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al RD 1995/1978, de 12 de mayo, y desde el 1 de enero de 2007, al RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

IX. SUPUESTO ESPECÍFICO: LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO DISTINTO DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO

Tampoco obsta a la calificación como accidente de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del

accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo. De nuevo la cuestión se centra en determinar la relación con el trabajo. Así, una agresión que cause lesión al trabajador y que esté motivada por cuestiones relacionadas con el trabajo sí será accidente de trabajo, al igual que la causada por la intervención de un tercero relacionada con el trabajo.

X. BENEFICIOS EN LA COTIZACIÓN A EMPRESAS QUE EVITEN ACCIDENTES

Las empresas que disminuyan de forma considerable la siniestralidad laboral, gozan del beneficio del 5% del importe de las cuotas por contingencias profesionales - 10% si existe inversión en acciones complementarias de prevención de riesgos laborales-. Beneficio regulado por el artículo 3 del Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo.

XI. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

- STS 20 de febrero de 2006: «el párrafo 5 del propio art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social establece que "no impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: ... la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo". La interpretación de este último inciso, a "contrario sensu", llevaría a la conclusión de cuando la agresión externa no guarda relación con el trabajo, su resultado no puede calificarse de accidente laboral, conclusión, sin duda extensiva de un mandato legal que, por su naturaleza de

excepción a la regla, ha de ser objeto de una interpretación estricta y acorde con la naturaleza de la institución».

- STS 24 de julio de 2006: «las prestaciones de Seguridad Social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran existido tales prestaciones».

- STS 14 de julio de 2006: «no se cierra la posibilidad de que la denominada enfermedad de trabajo tenga la consideración legal de accidente de trabajo del número 1º del artículo 115 LGSS, sino que cuando esa enfermedad se manifiesta fuera del puesto, del tiempo de trabajo, es preciso que, con arreglo a lo previsto en el número 2 e) del referido precepto tenga que acreditarse por quien la padeció en esas condiciones que esa dolencia tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo».

- STS 9 de mayo de 2006: «el accidente al que nos venimos refiriendo sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público. Es regla general de experiencia y canon comúnmente aceptado de conducta que en situaciones como la aquí contemplada, los trabajadores realicen su comida de medio día en el centro de trabajo y en la pausa que el mismo permita, sin que con ello quede absolutamente desvinculada la lesión del trabajo realizado. Por lo demás, sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en estas circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas absolutamente desconectadas del funcionamiento de la empresa. En resumen: ha de

entenderse que el accidente del que tratamos sobrevino en condiciones tales que permiten aplicar la presunción recogida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, para calificarlo de contingencia profesional, con las consecuencias que de ello se derivan».

- STS (Soc./UD), 18 de junio de 1997: «... el concepto de "lesión" constitutiva del accidente de trabajo comprende no solo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias (...). (La) presunción (legal), por virtud de la que se estimará, salvo prueba en contrario, que son accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en lugar del trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo en las circunstancias antes descritas; (...) tal presunción solo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro; lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario».

- STS (Soc./UD), 11 de julio de 2000: «La aplicación conjunta de estas doctrinas unificadas al presente caso lleva a la conclusión de que la muerte del trabajador se produjo por accidente de trabajo. El trabajo de reparación de la avería de un coche en carretera es trabajo itinerante, en el que se ha de entender como tiempo de trabajo el de desplazamiento al punto en que se encuentra el vehículo averiado, y como lugar el de dicho punto y el de la vía que a él conduce. El lugar y el tiempo de trabajo de ayuda en carretera no se circunscriben al espacio y al acto estricto de arreglo de la avería, sino que se extienden también al desplazamiento y a la ruta seguida para poder efectuar la reparación. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que no consta en el relato de hechos probados ningún dato que desvirtúe en el caso la

presunción de laboralidad de los accidentes o dolencias surgidos en el tiempo y lugar de trabajo, y que, por el contrario, de acuerdo con el propio relato fáctico, los primeros síntomas de la dolencia cardíaca origen del litigio se manifestaron en el tiempo y lugar de trabajo habituales del trabajador».

- STS (Soc./UD), 23 de enero de 1998: «La presunción de laboralidad (...) no sólo se aplica a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos. Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. El esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio, y para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma (...) en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio de infarto agudo».

- STS (Soc./UD), 18 de marzo de 1999: «La jurisprudencia es concluyente en el sentido de incardinar los fallos cardíacos, vasculares o circulatorios dentro del concepto de la lesión corporal (...), por cuanto que otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe o enfermedad, y más ampliamente, cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos, sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico».

Entre los episodios que pueden incidir negativamente en la integridad física o en la capacidad laboral de un trabajador, pueden distinguirse la enfermedad común, el accidente no laboral, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. El accidente de trabajo cuenta en nuestro sistema positivo con una regulación escasa y con una abundante doctrina jurisprudencial. Dado el elevado índice de siniestralidad laboral que se aprecia en España, con un coste aproximado a los dos billones de las antiguas pesetas cada año, es un dato que incrementa considerablemente la importancia de diferenciar el accidente de trabajo del que no tenga esta consideración; esa necesidad radica también en las consecuencias que esas contingencias provocan (alcance de las prestaciones y posibilidad de imponer un recargo) y de que la protección del accidente laboral no precisa de carencia alguna en las cotizaciones. Las situaciones que ofrece la realidad y que han sido tratadas jurisprudencialmente son muy variadas; la contingencia puede sobrevenir en el lugar de trabajo o en otro diferente, durante la jornada o fuera de ella, en un medio dominado por el empresario o en otro diferente. Además de las reglas de la Ley General de la Seguridad Social, la última norma que se ocupa de esta cuestión es la L 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Definición legal del accidente de trabajo

El art. 115 Ley General de la Seguridad Social (LGSS) facilita una definición concisa de esta contingencia, entendiendo por tal «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». De seguido, el precepto enumera las lesiones corporales que se consideran como accidente de trabajo, aquellas otras que se presumen como tales, salvo prueba en contrario, que integran esta figura, y los supuestos que no tendrán la consideración de accidente de trabajo.

El art. 26 L 20/2007, de 11 de julio, define el accidente de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, como toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, sentencia de 7 de marzo de 1987. Ha de calificarse como accidente laboral aquel en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución del trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación.

Episodios cardiovasculares en general

La jurisprudencia ha tratado situaciones muy diversas cuando el fallecimiento del trabajador sobreviene por infarto de miocardio o a consecuencia de displasia ventricular, cardiopatía hipertrófica y otras anomalías congénitas del aparato circulatorio.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 22 de diciembre de 2010. Se trataba del fallecimiento por infarto de miocardio ocurrido en los vestuarios de la empresa, en la segunda hora de la jornada, si bien el trabajador no prestaba servicios en aquel momento. La sentencia parte de la anterior doctrina del TS que considera los vestuarios como lugar de trabajo; no obstante, para que la presunción del **art. 115 LGSS** pueda tener efecto se exige el elemento temporal, es decir, que el accidente acontezca durante el tiempo de trabajo, sin que pueda calificarse de accidente de trabajo el sufrido por el operario fuera de la jornada, entendiendo que el término legal tiempo de trabajo contiene una significación más concreta, equivalente a la del **art. 34.5 ET**, referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo (físico o intelectual), que determina una más fácil vinculación del acontecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción. Se denegó la calificación de accidente de trabajo, como se había hecho en otras ocasiones respecto al infarto ocurrido en los vestuarios cuando el operario se cambiaba de ropa; cuando el trabajador se dirigía desde los vestuarios al puesto de trabajo; cuando habiendo concluido la jornada se encontraba en los vestuarios del centro cambiándose de ropa y otras semejantes.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 23 de julio de 1999. El Alto Tribunal prescindió en este caso del viejo criterio del esfuerzo propio del trabajo como única causa de atribuir al infarto de miocardio la condición de accidente de trabajo. La sentencia trató el caso de la angina de pecho sufrida por un médico cirujano, durante el desarrollo de su actividad profesional; las enfermedades isquémicas del miocardio pueden verse influidas por factores varios, tales como el esfuerzo o la excitación propios de algunas actividades profesionales. La presunción favorable a la contingencia profesional que establece la ley fue el factor determinante de su calificación.

Accidente en misión

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 6 de marzo de 2007. El accidente en misión es aceptado como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad comercial encomendada por la empresa. La misión se integra por dos elementos, conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: a) el desplazamiento para cumplir la misión, y b) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con el accidente in itinere, en la medida en que el desplazamiento se protege en tanto que puede ser determinante de la lesión; no todo lo que sucede en la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 8 de octubre de 2009. El trabajador prestaba servicios como viajante y, encontrándose de viaje por cuenta de la empresa, sufrió un infarto de miocardio agudo mientras descansaba en la habitación de un hotel, falleciendo a consecuencia del mismo. La sentencia denegó el calificativo de laboral al fallecimiento del trabajador porque el fallecimiento se produjo fuera de las horas y del lugar de trabajo, entendiendo por éste el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante y, además, porque el fallecimiento se debió a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante del accidente en sentido estricto cuando no ocurre en hora y lugar de trabajo.

Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, sentencia de 6 de mayo de 1987. El trabajador falleció a consecuencia de un infarto agudo de miocardio cuando se encontraba descansando en un hotel de Marrakech. El accidente en misión ha sido aceptado por el TS como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar la actividad encomendada por la empresa. Es necesario el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en que consiste la misión, siendo siempre necesaria una

conexión con el trabajo. La lesión se produjo durante el tiempo de descanso que, por exigencias de la actividad desarrollada ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por lo tanto, no queda comprendido en la presunción del **art. 115.3 LGSS**, presunción que se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obviamente no ocurría en aquellos casos. Tampoco cabía encuadrar los supuestos en el accidente in itinere, en el sentido de que la lesión se produce cuando el trabajador estaba regresando a su domicilio, una vez realizado el transporte, pues la lesión no tiene lugar en el trayecto de ir o volver al puesto de trabajo.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 19 de julio de 2010. El TS calificó de accidente de trabajo el sufrido por un conductor de camión que, encontrándose realizando un transporte, se detuvo en un área de servicio y, mientras tomaba un café, sufrió mareos que motivaron su ingreso en el hospital, donde fue diagnosticado de hemorragia cerebral. El derrame cerebral lo sufrió durante las llamadas horas de presencia, conforme a lo dispuesto en el **RD 1561/1995, de 21 de septiembre**, de jornadas especiales, mientras realizaba un descanso técnico o tomaba un café, horas que entran dentro de la jornada laboral porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario, razón por la que con respecto a las patologías que se presenten durante las horas de presencia juega la presunción de laboralidad que establece el **art. 115.3 Ley General de la Seguridad Social**, presunción que no quedó destruida por el supuesto carácter común de las mismas, ya que no puede descartarse que el trabajo realizado y las condiciones del mismo desencadenasen el proceso morboso, al ser provocado por una subida de la tensión arterial.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, sentencia de 1 de junio de 2010. El trabajador, socio de una entidad y administrador solidario,

un sábado, fuera de su normal jornada de trabajo, se dirigió a localidad distinta a la del lugar de trabajo para gestionar el cobro de una factura de empresa. Sufrió un accidente de tráfico y la sentencia lo considera accidente de trabajo, pues no importa que no se encontrase el trabajador en el lugar y tiempo de trabajo, requisitos precisos para que opere la presunción del **art. 115.3 Ley General de la Seguridad Social**, pero no para la definición genérica del apartado primero, para la que basta la conexión con el trabajo. Tampoco es necesario que realizara o no normalmente la tarea que se proponía con el viaje, pues aunque no fuera así, se trataría de un accidente en misión a los que se refiere el art. 115.2 c) de la propia Ley. Por tanto, el accidente se produjo en el desplazamiento para cumplir la misión, y no puede afirmarse que no existe conexión con el trabajo. La ley no excluye la protección de la contingencia para esas personas cuando son asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, a quienes debe dispensarse en las condiciones y supuestos en que lo otorga el precepto.

Enfermedad originada por el trabajo

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, sentencia de 6 de noviembre de 2007. En la actualidad puede determinarse la contingencia profesional de una situación de incapacidad temporal por depresión, sufrida por el trabajador como consecuencia de estrés derivado de conflictividad laboral, como acoso laboral o mobbing, pero lo será por el cauce de lo dispuesto en el art. 115, en relación con el **art. 115.2 e), ambos de la Ley General de la Seguridad Social**, es decir, por ser enfermedad contraída por el trabajador con motivo de la realización del trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo, lo que no permite tachar de diabólica la prueba a practicar, pues no se trata de demostrar lo que no ha causado la enfermedad, sino lo que la ha originado.

El suicidio del trabajador

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 9 de febrero de 2010. El Tribunal Supremo había negado sistemáticamente la calificación de accidente de trabajo al suicidio del trabajador, pero a partir de la sentencia de 29 de octubre de 1970 cambió el signo de su doctrina. El Alto Tribunal analiza la cuestión desde la perspectiva del nexo causal existente entre el acto suicida y el trabajo prestado, lo que propició la calificación de accidente de trabajo en la sentencia de 29 de octubre de 1970, porque el suicidio fue provocado por una situación de trastorno mental, producida a su vez por las vicisitudes y secuelas de un accidente de trabajo. Con esta doctrina se pone de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto concreto, pues aun siendo cierto que la presunción de laboralidad del **art. 115.3 LGSS** puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce, a veces, por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo.

Tribunal Superior de Andalucía, Sala de lo Social, sentencia de 13 de mayo de 2010 El suicidio se produjo tras la conmoción que le provocó al trabajador la noticia de que iba a ser destinado nuevamente a realizar unas tareas, de las que fue retirado, por haber sufrido un altercado que le provocó una crisis nerviosa, de manera que después de enterarse de este particular acudió al servicio de urgencia del centro de salud, donde fue diagnosticado de problemas laborales por estrés y depresión reactiva, suicidándose al día siguiente en su domicilio. Esta exclusiva relación del acto del suicidio con la problemática laboral que padecía el trabajador ha de ser considerado como un hecho presunto, y en el litigio no se consiguió variar las premisas fácticas sobre las que descansa esa conclusión, ni se demostró que existiera alguna patología de base en la personalidad del trabajador fallecido, ni que el suicidio fuera un acto premeditado u obedeciera a un plan preconcebido. Por tanto, la

situación emocional determinante de aquella decisión se encontraba directamente relacionada con la situación laboral del trabajador, que adopta esa drástica medida, fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce, y es correcta la calificación del fallecimiento como consecuencia laboral.

La definición que ofrece el art. 115 LGSS actualmente en vigor trae su origen del concepto que de esa contingencia se contenía en la Ley de 30 de enero de 1900, y se concibe como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Para los trabajadores autónomos económicamente dependientes el concepto de accidente de trabajo es el que consta en el art. 26 L 20/2007, de 11 de julio. Para ambos supuestos se alude a lesiones corporales que deben guardar una conexión con el trabajo desarrollado, pero la ley no solamente ofrece protección en caso de lesiones propiamente dichas, sino para cualquier episodio que afecte a la salud de los trabajadores, aunque no se manifieste como una lesión propiamente dicha. La regla de mayor relieve es la que se contiene en el número 3 del art. 115 citado, al señalar que 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. Esa presunción iuris tantum evidencia la íntima relación del quebranto sufrido con el trabajo desarrollado. La prevención de ese precepto cubre una serie de supuestos que, en pura lógica, no merecerían ese calificativo de accidente laboral, y es que la presunción se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y en el lugar del trabajo es debida a la actividad laboral desarrollada; la conexión entre lesión y trabajo se pone claramente de manifiesto. La presunción de laboralidad del accidente juega en estos casos a favor del trabajador, pero no califica como profesionales los episodios ocurridos fuera del lugar del trabajo y de la jornada.

La casuística ha motivado un considerable número de resoluciones judiciales para la interpretación y aplicación del art. 115 LGSS. Los episodios cardiovasculares

que, como el infarto de miocardio, cursan en trabajadores que se encuentran en distintas situaciones, que van desde la prestación de servicios, en posición de retén o llamada, guardias, en viaje hacia el centro de trabajo y regreso, o en el propio centro de trabajo, pero sin prestar servicios, hasta la contemplada por la STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 24 de abril de 1992, al considerar accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador por infarto de miocardio, habiéndose manifestado los primeros síntomas en el centro de trabajo.

En un principio, el Tribunal Supremo aplicó en su literalidad la definición del accidente de trabajo, como una lesión corporal, para negar a los infartos la calificación de accidente de trabajo. Más tarde (a partir de las sentencias de la Sala Cuarta de 24 de noviembre de 1923, 27 de diciembre de 1995 y 15 de febrero de 1996) abandonó aquella doctrina y tomó como elemento definitorio de la contingencia profesional el esfuerzo, la dolencia provocada por el esfuerzo o el estrés debido a las labores encomendadas al trabajador.

Para valorar desde esta perspectiva, el suicidio del trabajador, debe tenerse en cuenta que, al definir el art. 115 el accidente de trabajo, no alude al elemento de voluntariedad en la producción de las lesiones; no obstante, el TS se ha inclinado por calificar ese resultado como accidente de trabajo cuando guarde alguna relación con el trabajo desempeñado por el trabajador suicida, acudiendo precisamente a la presunción del número 3 del art. 115.

Malformaciones y dolencias congénitas

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencias de 27 de diciembre de 1995. Se trata de casos de malformación congénita del sistema nervioso central, independientes de factores exógenos que desembocaban en episodios vertiginosos cuando los pacientes se hallaban en el centro de trabajo y

dentro de la jornada laboral, siendo trasladados a centros hospitalarios e intervenidos quirúrgicamente. Las sentencias llegaron a la conclusión de que la contingencia era de carácter profesional, aplicando la doctrina de que, para destruir la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de la prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión producida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se deduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **27 de febrero de 2008**. Calificó de accidente de trabajo las lesiones causantes de la muerte de un jardinero, trabajador por cuenta ajena, afectado por una dolencia congénita que se manifestaba en frecuentes ataques epilépticos, ocurriendo uno de ellos cuando se encontraba trabajando, causándose lesiones mortales al caer al suelo por el ataque epiléptico. Para llegar a esa conclusión, el TS toma como base el criterio de gran flexibilidad o laxitud de la conexión establecida en la definición del accidente de trabajo y, aunque el origen o causa última del siniestro haya sido una dolencia congénita, de no haberse producido el accidente en el curso del trabajo, y de no haber estado el trabajador en el lugar de trabajo al sobrevenir el ataque epiléptico, posible o probablemente no se hubiera producido la caída, el golpe y las lesiones resultantes que determinaron su fallecimiento.

Particular referencia al accidente in itinere

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **29 de septiembre de 1997**. La protección de esta contingencia se debe una constante doctrina del TS, acogida posteriormente por el legislador. La noción de accidente in itinere se construye a partir de dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador, así como de la conexión entre ellos a través del trayecto, resaltando que lo esencial no

es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, sino que lo determinante es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 21 de mayo de 1984. El elemento cronológico de los acontecimientos es un factor a tener en cuenta para la calificación del siniestro. La sentencia reiteró la doctrina de fallos anteriores en el sentido de que la interrupción de ir y venir ha de realizarse con gran amplitud, señalando que no se produce tal interrupción por la parada de treinta minutos en el bar para refrescarse, ni la dedicada al aseo o a una conversación con un amigo, ni la desviación para realizar alguna compra. Lo determinante es que la conducta del trabajador en su desplazamiento para ir o volver al lugar de trabajo responda a lo que pudieran llamarse patrones usuales de convivencia o comportamientos del común de las gentes, lo que se denomina todavía en el Derecho Civil, para calificar el grado de diligencia de una persona, actuación de un buen padre de familia.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencias de 14 de diciembre de 1981. La regla de valoración del nexo causal trabajo-lesión se viene aplicando con gran flexibilidad cuando se trata de establecer si existió o no accidente laboral, entendiendo que concurre relación de trabajo en supuestos en los que, cuando el trabajador retornaba a su domicilio después de la jornada laboral, fue víctima de un atentado que le privó de la vida. Las sentencias afirman que aunque el siniestro pudiera haberse producido por causas distintas al trabajo, no es posible desconocer que éste dio ocasión al mismo, ya que en virtud de la relación laboral que le ligaba a la empresa, ello le obligaba a trasladarse diariamente al lugar de trabajo y volver a su domicilio, siendo indudable que, sin la concurrencia de esta circunstancia, tenida presente indudablemente por los causantes del hecho, la muerte del mismo no se habría producido.

Situaciones Especiales

A) Accidente de trabajo en situación de pluriempleo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **22 de julio de 1998**. Cuando el accidente lo sufre un trabajador empleado en varias empresas, se presentaban como posibles las siguientes alternativas: que se considerara el accidente solamente en la empresa en la que acaeció; que para las restantes empresas resultara un episodio sin trascendencia; considerarlo accidente de trabajo en la empresa en la que prestaba servicios al accidentarse y no laboral en las restantes, y calificarlo de accidente de trabajo en todas las empresas. La sentencia se inclinó por esta última solución, teniendo en cuenta que en las situaciones de pluriempleo, la base reguladora de las prestaciones se determina en función de la suma de las bases por las que se haya cotizado en las diversas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo previsto. Esta multiplicidad de relaciones constituye una sola vida laboral, por lo que la protección social del trabajador necesariamente debe tender a una integración unitaria de las distintas relaciones, finalidad general a la que se ordenan las normas. Las prestaciones causadas por el trabajador fallecido han de constituirse por una base reguladora que sea la misma de las varias por las que se haya cotizado por accidente laboral, satisfaciendo cada Mutua aseguradora las prestaciones causadas en función de las respectivas cotizaciones del causante.

B) Valoración del fallecimiento por SIDA

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **9 de febrero de 2010**. Partiendo de una antigua y reiterada doctrina jurisprudencial, proyectada a diferenciar entre lo que es accidente y lo que es enfermedad, se llega a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que la víctima no había fallecido como consecuencia de un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (caso de enfermedad), sino que la causa

del óbito, repentino e imprevisto fue directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado, supuesto en el que la causa de la muerte se califica de accidente.

C) Sentencias contradictorias de los diversos órdenes jurisdiccionales

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, **sentencia 16/2008, de 31 de enero**. La existencia de pronunciamientos contradictorios en resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, es incompatible con el principio de seguridad jurídica en cuanto integra la legítima expectativa de quienes son justiciables de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca, vulnerando por ello la tutela judicial efectiva; no obstante, cabe una distinta apreciación de los hechos siempre que esté motivada y se expongan las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe al razonarse los motivos por los que se aparta de aquella primera calificación.

La Imprudencia del trabajador

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, sentencia de **30 de noviembre de 2007**. El **artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales** establece como principio que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, habiendo declarado el TS en sentencias de 20 de marzo de 1983, 21 de abril de 1988, 6 de mayo de 1998, 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006, que en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado puede determinar, no solo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también su exoneración, si bien la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo

no tienen entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, siendo de resaltar que incluso la ley citada dispone que la efectividad de las medidas de prevención deberá prever la distracción o imprudencia no temeraria que pudiera cometer el trabajador. La imprudencia temeraria pertenece a la categoría de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de definición necesariamente imprecisa, cuyo alcance y significación específicos habrán de ser fijados a la vista de los hechos concretos de cada supuesto.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **10 de mayo de 1988**. Pese a la identidad de denominación, no es totalmente equivalente el concepto de imprudencia temeraria sancionada en el Código Penal y la prevista en el accidente laboral, ya que la primera tiene por objeto proteger al colectivo social de los riesgos causados por conductas imprudentes, y la segunda sancionar con la pérdida de protección un riesgo específicamente cubierto. En este último supuesto, para que concurra la imprudencia temeraria, es preciso que se observe una conducta que asuma riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las gentes, por lo que la certeza de la transgresión de normas reglamentarias no puede calificar automáticamente la temeridad en el ámbito laboral. La imprudencia temeraria vendrá constituida por el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible (**STS 16 de junio de 1985**, considerada como la conducta del trabajador en que, excediéndose del comportamiento normal de una persona, corre un riesgo innecesario que pone en peligro la vida o los bienes, conscientemente, o cuando el trabajador, consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal).

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de **12 de julio de 2007**. En singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado puede determinar, no

solo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración (**SSTS de 20 de marzo de 1983**, 21 de abril de 1988, 6 de mayo de 1998, 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006), pero en el caso allí analizado la conducta del trabajador no reunía el carácter temerario, al ser atrapado en una mano por los rodillos de una máquina, pues de apreciarse tal grado de imprudencia afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el **art. 115.4 b) LGSS** y, por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene en el caso la entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Cuestión distinta es la repercusión que pueda tener la infracción del trabajador en la graduación del porcentaje del recargo por falta de medidas de seguridad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de **20 de diciembre de 2007**. Se refiere la sentencia a la posible compensación de culpas entre el empresario y el trabajador que ha incumplido sus deberes de seguridad. Cuando el propio perjudicado contribuye con su conducta negligente a la producción del resultado dañoso acaecido, surge la llamada compensación de culpas; no obstante, si la víctima, en lugar de contribuir meramente a la producción del daño, lo ocasiona ella con carácter exclusivo, la situación se denomina culpa exclusiva de la víctima y exonera por completo de responsabilidad al demandado.

Las malformaciones y dolencias congénitas de los trabajadores accidentados han merecido un especial tratamiento en la jurisprudencia, que las ha calificado con criterios de gran amplitud como accidente de trabajo el sobrevenido en tales circunstancias. A pesar de que esas malformaciones y dolencias congénitas puedan considerarse como la causa del fallecimiento de los trabajadores que las padecen, en ocasiones lo trascendente es el hecho de que se manifiestan externamente en el lugar de trabajo y durante la jornada, cuando la víctima se encontraba trabajando. Es el

caso de las lesiones o el fallecimiento ocasionados por ataques epilépticos ocurridos en el trabajo y en la jornada, el TS acude a la presunción de laboralidad prevista en el art. 115, número 3 LGSS para atribuirle el calificativo de accidente de trabajo, por la íntima relación que guardan los elementos de tiempo y lugar de la lesión o el fallecimiento.

Posiblemente el accidente in itinere ha sido la modalidad de accidente que en más ocasiones ha merecido la atención de la jurisprudencia y de la doctrina judicial. Inicialmente, estos accidentes no se consideraban en ningún caso como laborales, porque ni estaban recogidos como tales en la ley ni tenían lugar en el centro de trabajo y durante la jornada. Fue la jurisprudencia la que les otorgó protección para ser recogidos como tales más tarde en el texto legal. El art. 115.2 a) LGSS considera accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o al volver al lugar de trabajo. Debe advertirse que la ley no se refiere al centro de trabajo, sino «al lugar de trabajo», con lo que el precepto abre un más amplio campo de aplicación, como en la práctica se ha puesto de manifiesto.

Para la apreciación de la condición de profesional, el accidente debe producirse en situaciones en las que intervienen varios factores, tales como el domicilio del trabajador, el lugar en el que debe prestar los servicios en la ocasión concreta, el itinerario a recorrer, el tiempo empleado en el desplazamiento y el medio de transporte utilizado. Todas estas prevenciones responden a la idea de que el accidente tiene lugar en un medio no dominado por el empresario y, en consecuencia, no tiene a su alcance la posibilidad de evitar el resultado dañoso. La valoración del nexo causal entre lesión y trabajo se realiza por el TS con criterios de gran amplitud, a través de una interpretación extensiva de las normas, llegando a otorgar protección como contingencia profesional al atentado terrorista que costó la vida a un trabajador, cuando abandonaba el centro de trabajo.

Pero la casuística exige una valoración de las circunstancias de cada supuesto; el trayecto no tiene que ser necesariamente el habitual del trabajador, y por eso la STS de 16 de octubre de 1984 tomó como referencia el lugar de residencia veraniega, en cambio, en la sentencia de 17 de diciembre de 1997 se descartó la calificación de laboral al accidente ocurrido al trabajador que, al terminar su jornada, no se dirige a su domicilio habitual sino que se traslada a otra localidad situada en la misma provincia para visitar a un familiar. También el factor tiempo se aplica con cierta flexibilidad, prescindiendo de breves interrupciones que son usuales en este tipo de situación, como la detención en un bar para refrescarse, a condición de que no se rompa el nexo entre el trabajo y el desplazamiento por las paradas o desviaciones breves que son consideradas normales.

Por lo que se refiere a la imprudencia en el trabajo cabe advertir que el trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales, reglamentarias y convencionales de seguridad e higiene y el empresario, por su parte, está obligado a proteger al trabajador hasta de su propia imprudencia no temeraria (SSTS de 21 de febrero de 1979 y 28 de febrero de 1983).

Respecto de la imprudencia, la jurisprudencia ha fijado las fronteras entre la imprudencia profesional y la temeraria, señalando en la sentencia de 10 de mayo de 1988 que existe una falta de equivalencia entre la imprudencia temeraria en el campo del derecho penal y en el del laboral. La imprudencia profesional no excluye el calificativo de laboral para el accidente de trabajo, aunque puede servir de elemento moderador de la responsabilidad del empresario, en tanto que la imprudencia temeraria excluye la noción de accidente de trabajo. El TS ha señalado que la simple infracción de reglamentos en la conducción de vehículos de motor no implica, por sí misma, la imprudencia de esta especie, pero sí se apreció en un trabajador que, conduciendo una motocicleta camino del trabajo, no se detuvo ante la señal de stop al irrumpir en una vía principal de gran volumen de tráfico y ser arrollado por otro vehículo con paso preferente.

XII. IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR Y ACCIDENTES DE TRABAJO

1. IMPRUDENCIA TEMERARIA

a. CONCEPTO

La imprudencia temeraria es aquella conducta del trabajador en que excediéndose del comportamiento normal de una persona, se corra un riesgo innecesario que ponga en peligro la vida o los bienes, conscientemente, o cuando el trabajador consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal. (STS 16 julio 1985)

En orden a la definición del concepto de imprudencia temeraria, tal y como recuerda la STSJ Cataluña de 10-4-2000, se ha considerado la misma como «una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución sin esa elemental y necesaria previsión de un riesgo posible, y la inmotivada, caprichosa o consciente exposición a un peligro cierto (STS 19 Abr. 1968);» una temeraria e inexcusable imprevisión del siniestro..., sin observar las más elementales medidas de precaución que el hombre menos previsor adoptaría «(STS 10 Dic. 1968);» una imprudencia de gravedad excepcional, que no esté justificada por motivo legítimo y comporte una conciencia clara del peligro (STS 20 Mar. 1970 y 6 Feb. 1971);» «la imprudencia temeraria exige... se hayan omitido las más elementales precauciones en la ejecución del acto causal, realizándolo con desprecio del riesgo

cierto que del mismo se deriva (STS 23 Oct. 1971);» para apreciar la imprudencia temeraria... es necesaria una conducta de gravedad excepcional, una conciencia clara de peligro y una exposición al riesgo, voluntaria y consciente (STS 4 Mar. 1974).

Concepto penal y laboral de imprudencia temeraria: diferencias y conexiones. Pese a la identidad de denominación, no es totalmente equivalente el concepto de imprudencia temeraria sancionada en el Código Penal y la prevista en el accidente laboral, ya que la primera tiene por objeto proteger al colectivo social de los riesgos causados por conductas imprudentes, y la segunda sancionar con la pérdida de protección un riesgo específicamente cubierto, y esta diversidad de fines se traduce en que en este último supuesto, según constante doctrina, para que concurra la imprudencia temeraria, es preciso que se observe una conducta que asuma riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves ajenos a la conducta usual de las gentes, y por ello, como afirma la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1971, con cita de otras varias «la certeza de la trasgresión de normas reglamentarias no puede calificar automáticamente la temeridad en el ámbito laboral» y en el caso de autos lo único incuestionado es que el trabajador «no observó la señal de stop», pero no hay ninguna otra circunstancia para calificar esta inobservancia reglamentaria de temeraria, máxime si se tiene en cuenta que la misma se produce dentro de la ciudad de Vigo y, por ende, en lugar donde múltiples solicitudes requieren la atención del conductor y hace más fácil que pase inadvertida la señal. STS 10 mayo 1988.

Los conceptos de «dolo» e «imprudencia temeraria» a que se refiere el art. 115.4 b) de la LGSS como factores que excluyen la existencia de accidente de trabajo nada tiene que ver empero con la comisión de una infracción criminal -impensable, de otra parte, dado que no la comete quien se daña a sí mismo-, sino con el hecho de que el accidente haya sido buscado de manera consciente y voluntaria por la propia víctima o sea resultado de su grave negligencia. TSJ Baleares, 7 febrero 2001.

El concepto en esta última de «imprudencia temeraria», pese a coincidir con alguna pretérita tipología penal, pertenece a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de definición normativa necesariamente imprecisa, cuyo alcance y significación específicos habrán de ser fijados a la vista de los hechos concretos. STSJ Aragón 17 enero 2000.

Concepto de imprudencia temeraria no definido en el precepto legal de referencia; pero que como reza la sentencia de este Tribunal de fecha de 18 abril de 2001, necesariamente ha de relacionarse, más que con conceptos ius civilistas con conceptos acuñados por el Derecho penal; hoy referible en el vigente Código Penal de 1995, a las imprudencias graves (artículos 142, 152, 267, etc.) (acusada supresión del deber de cuidado, aceptación voluntaria del riesgo, violación de elementales normas de prevención, etc. STSJ Cataluña 7 marzo 2002.

b. REQUISITOS Y ALCANCE

La imprudencia temeraria es una excepción subjetiva de la fijación, con parámetros objetivos, de la contingencia de accidente de trabajo. A su vez la imprudencia profesional es la excepción de esta excepción, exigiendo en la noción de temeridad una externalidad al propósito laboral, una desconexión con el ámbito del trabajo que permita identificarla como causa extralaboral y por ello reconducible a la contingencia de accidente común. No debemos al fijar la contingencia adoptar una óptica sancionadora de tal modo que la imprudencia se sancione, atípicamente, con la degradación de la prestación social. La imprudencia temeraria excluye el accidente de trabajo en cuanto a su través se evidencia la causalidad extralaboral del siniestro. Y ello resulta evidente cuando la Ley excluye de su noción definitoria a la imprudencia profesional, pues mientras la temeridad no es sino el grado mayor del conjunto de las imprudencias, el grado de ésta es irrelevante para fijar su profesionalidad, que exige sólo una confianza en el propio control del ejercicio de la actividad. La desatención

de la temeridad contrasta con la confianza de la profesionalidad no sólo desde la perspectiva del nexo causal con el trabajo sino además por el tracto único del acto desencadenante de la primera frente al tracto continuo, el tempus, que exige la adquisición de la confianza. La diferencia es así cualitativa y no cuantitativa. STSJ Madrid, 19 septiembre 2005.

La degradación de la responsabilidad del empresario por la actuación o comportamiento del trabajador se produce, en los supuestos en los que es éste quien genera la situación de riesgo concreto, actuando por su cuenta, aun sin contravenir instrucciones u órdenes precisas de la empresa, pues su conducta adquiere tal protagonismo que resulta irrelevante y secundario ese deber subjetivo público del empresario de velar por la seguridad en el trabajo, y ello se produce cuando el deber de cuidado infringido por el trabajador no guarda relación con el que debía observar su empresario o cuando par éste resulta totalmente imprevisible la infracción del trabajador... Sin embargo, para que se produzca la imprudencia temeraria... no basta con la simple inobservancia del deber de cuidado, sino que es preciso que tenga lugar la producción del resultado en el que se concreta dicha inobservancia, y este resultado tiene que estar vinculado al comportamiento peligroso del trabajador, que objetivamente era portador de un riesgo previsible. STSJ, Cataluña, Girona, 22 junio 2000.

c. PRUEBA

Nunca se presume que un accidente de trabajo tiene causa en la imprudencia extraprofesional y temeraria del trabajador, según doctrina constante del Tribunal Supremo puesta de manifiesto, entre otras muchas, en sus sentencias de 2 de octubre de 1952, 11 de octubre de 1961, 20 marzo 1963, 20 marzo de 1964, 15 febrero de

1965, 9 noviembre de 1968 y 23 de octubre de 1971. STSJ País Vasco 6 septiembre 2005.

No puede concluirse la existencia de una conducta temeraria por parte del trabajador porque no se ha acreditado de forma terminante ni la velocidad que llevaba en el momento del accidente ni la tasa de alcohol pues no llegó a realizarse prueba sobre la misma, por lo que no existen datos objetivos que permitan afirmar la conducción temeraria en el que la empresa funda su demanda. Las anteriores consideraciones son razonables ya que la existencia de indicios de una posible conducta temeraria no lleva al pleno convencimiento de su existencia y para llegar a una conclusión determinante de la exclusión de la presunción de accidente de trabajo... se requiere una prueba plena. STSJ Asturias 10 enero 2003.

El concepto de imprudencia temeraria... no está probado... Y ello porque... no basta con el elemento objetivo de sobrepasar la tasa de alcoholemia como sucede en el caso de autos, sino también se precisa la demostración de la concurrencia de otro elemento subjetivo consistente en que el conductor esté influenciado en su conducción por la mencionada tasa de alcohol en sangre. STSJ Murcia 27 junio 2000.

d. SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA TEMERARIA

Muerte por sobredosis o adulteración de droga

Cabe la prueba de que el accidente sufrido en el lugar y tiempo de trabajo, no es laboral, como en las presentes actuaciones, en que el trabajador, con una acción claramente negligente, al ingerir droga, que por su cantidad o calidad, es la causa directa de su fallecimiento, actuando gravemente contra su salud, sin que tal acción

sea debida y potenciada, en modo alguno, o justificada, por el trabajo desempeñado como marinero, debiéndose calificar esta conducta del operario como peligrosa o negligente, por el riesgo evidente, para sí, de causarse la muerte que efectivamente se produjo. STSJ Cantabria 2 noviembre 1999.

Lanzamiento de petardos por representante de personal durante manifestación laboral

Es evidente que el supuesto que se examina no cabe en el supuesto excepcional que se comprende en el apartado a) del número 5 del art. 115 de la Ley General de Seguridad Social, pues la acción de explotar o explosionar petardos en una manifestación, no puede afirmarse que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo, ni se deriva de la confianza que éste inspira. STSJ Asturias 6 septiembre 2002.

Fallecimiento de menor acaecido en período de descanso

Falleció a consecuencia de la precipitación desde la cubierta del centro de trabajo, al que había ascendido en tiempo de descanso, ascenso que llevó a cabo por medio no ordinario sino anómalo, como fue la escala, con evidente riesgo por las características claramente visibles y altura, sin que tal ascenso tuviera relación alguna no ya directa sino indirecta con el trabajo en el que venía ocupado o realizado por su empleador, ni reportara ninguna utilidad a éste... escalamiento que obedeció a su mera curiosidad propia de su edad... ha de concluirse que el desgraciado accidente que le costó la vida no cabe imputarlo a la prestación laboral ni a los riesgos a ella inherentes, sino a la irreflexiva conducta de quien resultó víctima STSJ Castilla y León, Valladolid 4 enero 1994.

Caída de andamio de albañil que consume alcohol en horario de trabajo

La imprudencia grave del trabajador no se cifra en acceder al andamio por lugar inadecuado, sino en la ingesta de alcohol durante la jornada laboral, máxime cuando el trabajo que se desarrolla es por sí peligroso por la forma y circunstancias en que se realiza. STSJ Cataluña, 26 marzo 2002.

Manejo de mandos de camión-grúa en estado de embriaguez

No se trata de una mera falta de atención, de un descuido o de algo imprevisible que permita calificar la imprudencia como simple... la conducta debe calificarse como de imprudencia temeraria desde el momento en que el causante, en esa condición de embriaguez decide utilizar los mandos del camión-grúa; en la Sentencia de esta Sala, ya citada de 30 mayo 1997 se declara que, pese a la gravedad de la calificación de temeridad, si en algún caso ha de operar la exclusión de accidente laboral por concurrir temeridad es en el supuesto de intoxicación etílica. STSJ Cataluña 20 mayo 1998.

Participación voluntaria en pelea

Por tanto, el señor T. C., quien una vez inició, consintió y admitió participar en una pelea -que obviamente ninguna relación tenía con el trabajo de forma tan violenta como aquella en la que se vio inmerso, aceptó todas las consecuencias anudadas a dicha situación, entre las que se incluyen sufrir lesiones de menor intensidad que, en virtud de un enlace lógico, son consecuencia de una conducta dolosa a él atribuible, siendo dicha conducta intencionada. STSJ La Rioja 21 mayo 2002.

Suicidio

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo niega el carácter de accidente de trabajo a la muerte por suicidio del trabajador en el lugar de trabajo (sentencias de 19 febrero de 1963 y 15 diciembre de 1972, salvo en los casos en que previamente se ha sufrido un accidente laboral que pueda ser el elemento desencadenante del propósito

de acabar con la propia vida (sentencias de 29 de octubre de 1970 y 26 abril de 1974).STSJ País Vasco, 11 septiembre 2001.

La autolesión intencionada y el suicidio quedan fuera de la presunción del art. 115 LGSS... por lo que sólo tendrán la consideración de accidente laboral si se prueba su relación con el trabajo. De otra parte debe descartarse la pretensión de que el estrés laboral le llevó al suicidio porque la sentencia de instancia ya destaca las manifestaciones de testigos que descartan que el fallecido presentara síntomas de alteración mental, ello unido a que la psiquiatra que declaró en el acto del juicio no le había examinado, resultando irrelevante que su carácter fuese hipersensible, idealista y dado a eludir responsabilidades, y por último, porque la reestructuración de la empresa no le perjudicó en su cargo y el propio señor B. se mostró el día anterior a su fallecimiento relajado y distendido bromeando con los empleados sobre su nuevo cargo. STSJ Madrid 26 julio 2001. En el mismo sentido sobre la no consideración del suicidio como accidente de trabajo, entre otras, STSJ Galicia 25 mayo 2004.

e. IMPRUDENCIA TEMERARIA E INEXISTENCIA DE ACCIDENTE LABORAL IN ITINERE

Imprudencia temeraria en el accidente de tráfico: criterios generales

En lo que se refiere a la calificación de un accidente in itinere como accidente de trabajo, no hay identificación entre imprudencia infractora de las normas de tráfico e imprudencia temeraria, lo que constituye una jurisprudencia constante de los Tribunales Superiores de Justicia (Cataluña 10 octubre de 2000, Andalucía/Málaga 23 junio 2000, Valencia 29 febrero de 2000) recogiendo una corriente ya consolidada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 diciembre de 1973, 15 julio de 1986, 10 mayo 1988). Para que la inobservancia de una norma reglamentaria

de circulación pueda calificarse de imprudencia temeraria, se exige la concurrencia de una conducta que, con claro menosprecio de la propia vida, acepte voluntaria y deliberadamente correr un riesgo innecesario que la ponga en peligro grave, faltando a elementales normas de prudencia (cfr. STS 10 mayo 1988). STSJ Navarra 23 mayo 2001.

La jurisprudencia ha venido señalando desde antiguo que la calificación de la conducta del accidentado, en orden a su incardinación como un supuesto de imprudencia temeraria, debe pasar necesariamente por la comparación con la de la generalidad de los usuarios de la vía pública (STS 19 mayo 1970) y, su aplicación, la Sentencia de 24 noviembre 1982 del extinto Tribunal Central de Trabajo estableció que desaparece la equiparación a accidente de trabajo cuando el comportamiento del conductor sea de claro menosprecio de las más elementales reglas que deben observarse al conducir un vehículo. STSJ Andalucía, Málaga, 16 mayo 1997.

No se puede hacer una declaración general sobre si una determinada tasa de alcoholemia puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad. La imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad. STS 31 marzo 1999.

La imprudencia cometida por el trabajador fallecido, esposo de la demandante, excede de los límites de los que pueda considerarse una imprudencia simple como se deduce de la declaración contenida en el ordinal 4.º de que el accidente se produjo al invadir la calzada contraria, por la que circulaba un camión, según el atestado suscrito por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, entre las causas que se señalan

como posibles origen del accidente, se cita la distracción o conducción desatenta, así como la posibilidad de un estado de somnolencia por parte del conductor del turismo provocador del accidente, de lo que se deduce claramente que la conducta del fallecido conduciendo su automóvil de imprudente temerario ha de ser calificada. STS 15 julio 1986.

Conducción de vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas: dos tesis

A favor de la exclusión de la condición de accidentes de trabajo de los que lo son de tráfico cuando el trabajador conduce el vehículo sometido a los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas con tasas superiores a las reglamentarias se han pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencias de 20 mayo y 22 diciembre de 1998) Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencia de 6 de noviembre de 2000) y Tribunal Superior de Justicia de Murcia (sentencia 29 abril 2002). En cambio la tesis mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife, sentencia 30 diciembre de 1994) Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sentencia 22 febrero de 2000), Tribunal Superior de Justicia de Valencia (sentencia 29 febrero 2000), y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (sentencia de 19 julio de 2001) ha sido que tal circunstancia no desvirtúa la condición de accidente de trabajo del siniestro, por lo menos en tanto en cuanto no se acredite con total certeza una directa relación de causalidad entre el accidente y el estado de intoxicación etílica del propio trabajador, de tal manera que el accidente pueda considerarse imputable a la conducta del propio trabajador y al estado de embriaguez en el que se encontraba éste. STSJ Castilla y León, Valladolid 19 diciembre 2005.

Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y concurrencia de otros elementos adicionales de asunción de riesgo temerario

Lo anteriormente expuesto llevado al caso que nos ocupa conduce a ratificar los argumentos esgrimidos por el magistrado de instancia, en cuanto a la concurrencia de imprudencia temeraria por parte del trabajador, pues aparte de la prueba testifical practicada por el encargado de la obra alegando que no se admitió al actor al trabajo por no poder sostenerse y oler a alcohol, el hecho de ponerse acto seguido al volante de su vehículo, implica la falta de la más elemental medida de prudencia, a la que se suma el conducir a gran velocidad sobre suelo mojado en una zona de curvas. STSJ Galicia 22 junio 2005.

La apreciación de la imprudencia profesional debe ser descartada, pues cualquiera que sea la pericia de un conductor profesional de camiones y la confianza que el mismo tenga en su destreza existen dos hechos absolutamente rechazados por los usos profesionales y la legislación vigente: Uno la ingestión de abundantes bebidas alcohólicas durante su actividad laboral, en este caso en cantidades tales (2,37/L) que no admiten error en cuanto a su influencia en la conducción; otra, la entrada en una curva a una velocidad que supera prácticamente en un 50% la máxima permitida (60 km/h) en el tramo de vía, lo que tampoco admite ningún tipo de tolerancia, máxime si se tiene en cuenta que para su erradicación en los vehículos pesados se han instalado equipos, como los tacómetros, que permiten conocer la velocidad a la que ha circulado el camión. STSJ Cataluña 16 diciembre 2005.

El accidente tuvo por tanto causa en la actuación del conductor pues no es razonable pensar que sin la ingesta de alcohol, a la que debe añadirse el sueño y el calor (el accidente se produjo el 28 de julio a las 16.15 h) se hubiera producido el accidente. Tal actuación es imprudente pues se le pudo exigir otra conducta, y es temeraria pues la situación de riesgo creada es tan evidente que se distingue de un

descuido o falta de diligencia que pudiera calificarse como imprudencia simple, pues debe considerarse la importancia de los bienes arriesgados entre los que estarían las vidas de otros que circulaban por el mismo lugar y que las circunstancias descritas (sueño...) aumentaban de forma alarmante las probabilidades del accidente, concluyendo que es aplicable el art. 115.4 b) de la LGSS. STSJ Cataluña 15 enero 2004.

Conducción por lugar inadecuado

El conductor del camión toma una vía prohibida para el vehículo que conducía, ello debió observarlo y si no lo hizo ignorar una señalización de estas características es revelador de una clara negligencia. A ello se añade que se circula mucho tiempo por esta vía que se realizan paradas que claramente debían haber permitido conocer que esa vía era inapropiada... Si como consecuencia de todo ello se produce un accidente siendo la causa un agotamiento de los frenos es evidente que la actuación inexplicable de tomar una vía prohibida (piénsese en un turismo circulando por una calle en sentido contrario a la dirección permitida) y la no interrupción de dicha circulación a pesar de las características de la vía hacen concluir que se ha roto la relación de causalidad entre trabajo y accidente y que concurrió una grave imprudencia. STSJ Castilla y León, Valladolid, 14 abril 2003.

La conducta observada por el conductor lesionado consistente, como queda dicho, en circular en dirección prohibida teniendo conocimiento de su existencia pues se trata de una calle próxima al lugar donde presta servicios...por lo que necesariamente tiene que transitar por ella con frecuencia, constituye una conducta abiertamente contraria al actuar diligente de una persona normal al ser una acción altamente peligrosa para sí y para terceros. STSJ Asturias 31 enero 2003.

Debe otorgarse tal calificación de imprudencia a la conducta del trabajador que por el giro brusco efectuado en la conducción de su motocicleta, lo que consta expresamente probado, denota la existencia de una posterior conducción centrada, más que en atender las incidencias de la policía municipal que podría haber detectado la conducción sin utilizar casco protector los usuarios del vehículo, y además no efectuando tal conducción por el lugar reglamentario de circulación de los vehículos por la vía pública, sino por encima de la acera, lo que obliga a presumir, aplicando las reglas probatorias contenidas en el art. 1253 del Código Civil, que en el accidente concurrió con trascendente importancia la imprudente conducta del trabajador, por lo que no debe calificarse de laboral. STSJ Cataluña 8 mayo 1995.

Inobservancia de una señal de stop

La conducta observada por el fallecido consistente en hacer caso omiso de una señal de tráfico tan peligrosa como es el «stop», teniendo conocimiento pleno de su existencia -al ser frecuente el tránsito del fallecido por el trayecto en la que se encuentra y de su peligrosidad- al estar ubicada en una vía que corta transversalmente a una carretera Nacional de abundante tráfico y alta velocidad, conforma y define un comportamiento grave y abiertamente contrario al actuar diligente de una persona normal, debiéndose de calificar, indudablemente, como una acción altamente peligrosa para sí y para terceros... suponiendo la no adopción de los cuidados más elementales suficientes para impedir el desencadenamiento de resultados dañosos altamente previsibles y la infracción de los deberes más elementales que atañen a la convivencia. STSJ Castilla-La Mancha 3 febrero 1999.

Conducción de vehículo sin permiso y concurrencia de otras causas determinantes de la temeridad

Puede admitirse que un conductor se quede dormido al volante. Sea cual sea la causa, ese hecho no constituye por sí solo una temeridad. Puede admitirse que se conduzca a velocidad superior a la permitida, sin que ello constituya una temeridad. Puede admitirse que tampoco constituya una temeridad el puro hecho de conducir sin permiso ni seguro. Y puede admitirse que no es una temeridad conducir cansado; por desgracia muchos trabajadores han de hacerlo. Sin embargo, la concurrencia simultánea de todas esas circunstancias hace que la conclusión no sea otra que la de apreciar conducta temeraria. STSJ País Vasco 25 enero 2005.

El trabajador para dirigirse a la ciudad de su domicilio desde el lugar de trabajo, conducía un vehículo por una carretera nacional sin haber obtenido el preceptivo permiso de conducir vehículos de motor, lo que viene a poner de manifiesto la presunción de que el conductor carecía de la pericia necesaria mínima exigible a tal fin... no pudiéndose aceptar la alegación de la parte recurrente de que el trabajador tenía permiso de conducir marroquí que no se había convalidado por el español, lo cual es una simple alegación carente de cobertura probatoria... Por otro lado,... tampoco se ha desvirtuado la ruptura del nexo causal expresada en la sentencia recurrida puesto que... interrumpió de una forma significativa el viaje de regreso a su domicilio, pues entre la hora de finalización del trabajo y la del accidente han transcurrido más de dos horas y todavía no había llegado a su domicilio, sin que se hubiese acreditado esa dilación a que obedeció. TSJ Murcia 26 mayo 2003.

No consta que se realizase el viaje de autos como consecuencia del trabajo, sino que por el contrario está probado que era particular, lo que imposibilita el éxito de la demanda, y por otra parte, se está ante una imprudencia temeraria que también la hace inviable, ya que condujo una furgoneta a pesar de carecer de permiso de conducir. STSJ Murcia 6 febrero 2006.

En el presente supuesto de las graves imprudencias cometidas por el actor, al conducir la motocicleta que le produjo el accidente sin permiso de conducir y, además, sin el casco protector, por lo que no se evitaron o paliaron las graves lesiones producidas, lo que muestra que existió una grave imprudencia extraprofesional. STSJ Cataluña 23 febrero 2000.

Conducción sin el debido descanso

Tomó el camino de regreso a su domicilio y a las 13.45, en el partido judicial de Lucena, debido a la fatiga y cansancio por haber estado trabajando y sin dormir toda la noche, invadió el carril contrario, colisionando con el vehículo... que circulaba correctamente... tales circunstancias concurrentes en el accidente de tráfico, junto a otras reflejadas en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico al efecto levantado, revelan un menosprecio para la propia vida y la de terceros notorio y manifiesto al aceptar un riesgo muy grave y previsible... con desprecio a las más elementales normas de cautela y prudencia, como debió hacer, descansando y durmiendo algunas horas antes de conducir, sin que la circunstancia de residir en población distinta a la del lugar del trabajo, o no haberle facilitado la empresa un adecuado hospedaje en Sevilla justificase un actuar tan manifiestamente imprudente. STSJ Andalucía, Sevilla, 29 septiembre 2000.

El accidente de trabajo se define en el RD Leg. 1/1994 de 20 de Junio, como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". El nexo esencial entre trabajo y lesión pone de relieve que el fundamento de la protección de los accidentes de trabajo y su carácter privilegiado respecto a la protección ordinaria se vinculan a la existencia de un riesgo específico que se imputa con criterios objetivos a la esfera de responsabilidad del

empresario en la medida en que es éste, a través de su explotación, quien genera ese riesgo y puede ejercer determinado control sobre el mismo y sus manifestaciones.

El accidente in itinere, se produce normalmente como consecuencia de lo que podemos denominar riesgos de la circulación, que no se corresponden en principio con la esfera de riesgo del empresario. Así lo reconoce el Convenio 121 de la OIT que en su art. 7 prevé que todo miembro "deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo", aunque exceptúa de esta obligación en lo relativo a los accidentes en el trayecto cuando "independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece este Convenio".

El ordenamiento español no ha considerado esa eventual exclusión y tampoco ha tenido en cuenta la protección concurrente que puede derivarse del régimen de responsabilidad por la circulación de los vehículos de motor - compatible conforme al RD Leg. 1/1994 de 20 de Jun, con las prestaciones por accidente de trabajo-, ni la existencia de una cobertura del accidente no laboral que incluiría los accidentes en el trayecto si no tuvieran su protección específica.

La STS 26/12/2013 (R. 2315/2012) ha revisado la doctrina existente hasta el momento, considerando que, en supuesto idéntico al estudiado, concurren los elementos que definen el accidente in itinere, para el alto tribunal la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se

parte del domicilio del trabajador en los términos precisados. Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas del lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada. Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral.

Es accidente de trabajo *in itinere* el que se produce al regresar del domicilio familiar al lugar donde el trabajador reside por razón del trabajo para incorporarse a la empresa al día siguiente (lunes).

La letra a) del art. 115.1, Ley General de la Seguridad Social, considera como accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. A partir de esta dicción literal del citado precepto, se ha creado una vasta y casuística elaboración doctrinal y jurisprudencial que aborda como elementos integrantes de la noción de accidente *in itinere* los siguientes: un requisito teleológico, que viene a exigir que el desplazamiento deba estar motivado única y exclusivamente por el trabajo, esto es la causa ha de ser la iniciación o finalización de los servicios, o causas relacionadas con el trabajo; un requisito cronológico, consistente en que el accidente deba ocurrir en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida del trabajo, debiendo valorarse con criterio de razonabilidad la distancia con el domicilio, el medio de transporte utilizado o circunstancias conexas; y un requisito topográfico, que requiere que el accidente deba ocurrir precisamente en el camino de ida y vuelta entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo, debiendo utilizar el trayecto usual o habitual, aunque no necesariamente el más corto; y por último, un requisito mecánico:

el medio de transporte ha de ser racional o adecuado y el normal o habitual cuyo uso no entrañe riesgo grave e inminente.

Aplicando los requisitos anteriormente reseñados la STSJ Castilla La Mancha 18/07/2005 (R. 406/2004), en supuesto similar, ha establecido que se cumplen todos y cada uno de ellos, en atención –para el supuesto estudiado por el TSJ- a las siguientes razones:

«A) el accidente sufrido por el trabajador se produce con ocasión de un desplazamiento motivado por el trabajo, en este caso, la asistencia al acto de conciliación planteado contra la empresa con motivo de la comunicación de cese de la relación laboral que les unía, aunque la relación laboral ya se hubiera extinguido por la avenencia que tuvo lugar entre las partes en el referido acto de conciliación, en virtud del cual, la empresa reconoció la improcedencia del despido y se comprometió a entregar al trabajador una determinada cantidad en concepto de indemnización, porque el nexo causal entre contrato de trabajo, conciliación y desplazamiento al volver de dicho acto no se había roto; en este sentido se pronunció el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 30 de enero de 1989 (en un supuesto semejante en el que el accidente se produjo al volver del acto de conciliación).

B) el accidente se produce en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a la salida del lugar donde tuvo lugar el acto de conciliación, pues se inició a las 11 horas en Guadalajara y el accidente se produjo a las 12,50 -tal como se declara probado en el ordinal primero de la sentencia recurrida-, a una distancia de 50 kilómetros; es decir que, entre el inicio del acto de conciliación y el accidente, transcurrió 1 hora 50 minutos; tiempo suficientemente razonable para considerar que no se rompió el nexo

causal, pues, en contra de lo afirmado por la recurrente, esta Sala coincide con el criterio de la magistrada de instancia, teniendo en cuenta, no sólo el tiempo necesario para el desarrollo del propio acto de conciliación -que no olvidemos fue con avenencia, luego, sería necesaria una conversación mínima para acordar el resultado final-, sino también el empleado en el cobro de la cantidad indemnizatoria en una entidad bancaria -pues, según manifiesta la magistrada de instancia, se abonó mediante cheque nominativo-; a lo que hay que añadir el tiempo necesario para salir de la ciudad y la posible circulación densa que, según parece, suele tener la carretera en la que se produjo el accidente. Todas estas son razones son más que suficientes para considerar razonable el tiempo transcurrido desde el acto de conciliación al momento del accidente, sin que pueda atenderse, para desvirtuar esta afirmación, la hora en la que el trabajador fue atendido por los servicios sanitarios, como pretende hacer valer el recurrente para mantener que el nexo causal se había roto, pues el hecho de que recibiera asistencia sanitaria unas horas más tarde resulta intrascendente, pues lo determinante es, en todo caso, el momento en el que se produce el accidente, y según consta en el hecho probado primero de la sentencia recurrida tuvo lugar a las 12,50 horas.

C) Una de las cuestiones más discutidas en el presente asunto es la relativa al cumplimiento del denominado anteriormente, requisito topográfico; es decir de que el accidente se produzca en el camino de ida y vuelta entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo. El recurrente mantiene que el domicilio del trabajador es Azuqueca de Henares y no el de su hermano en Madrid (camino del cual tuvo lugar el accidente), sin embargo, la sentencia recurrida, en atención a la prueba testifical practicada, consideró verosímil el motivo alegado por el trabajador para justificar que temporalmente vivía en casa de su hermano por motivos matrimoniales; este juicio debe ser respetado porque es al Juez de instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para obtener la verdad real, valorados en conciencia y según las reglas de la sana crítica, en virtud de la facultad que a tal fin le otorga el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el art.348 Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en consecuencia, y en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la sentencia recurrida,

que incluye bajo el concepto de domicilio no sólo el legal sino también el real, en cuanto significa que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo", se ha de considerar que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador, en tanto no se rompa el nexo causal necesario con el trabajo, que en este caso no se produce, de manera que, a estos efectos, el hecho de que domicilio del hermano en Madrid fuese el destino del trabajador no desvirtúa la noción de accidente de trabajo in itinere sufrido por el trabajador.

D) Por último, en lo que respecta al requisito mecánico, no cabe hacer ninguna observación, en cuanto que la propia recurrente acepta la idoneidad del automóvil como medio adecuado para realizar el recorrido.»

Siguiendo lo anterior, de cumplirse toda la casuística expuesta parece clara la consideración de accidente de trabajo in itinere ante un desplazamiento entre el acto de conciliación extintivo y la residencia del trabajador ya que éste desplazamiento -a pesar de finalizar la relación laboral- se realiza única y exclusivamente por motivos de trabajo.

La STS de 10 de diciembre de 2009, analizando la incidencia de la finalidad principal del viaje sobre la calificación del accidente de trabajo, aun con independencia de que el mismo hubiera sido autorizado por la empresa; establece que el desplazamiento al centro de salud para visita de revisión con la matrona que asistía el embarazo es una gestión personal, ajena al trabajo, consistente en una visita médica.

Para el Alto Tribunal el supuesto analizado supone una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo, por lo que no se puede considerar la calificación de accidente laboral in itinere.

¿Cuándo hemos de considerar un accidente de trabajo como "in itinere"? El análisis del art. 115.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social, define el llamado accidente de trabajo in itinere, como aquel que sufre el trabajador "al ir o al volver del lugar de trabajo".

El accidente de trabajo in itinere es figura que corresponde, "a la idea básica de que el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar" (STS 20 febrero 2006). Se trata de una figura de larga elaboración jurisprudencial sustentada en la idea básica de que "el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo" (STS 29 marzo 2007). Por tal razón, "la noción de accidente "in itinere" se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto"(STS 29 septiembre de 1997).

El accidente de trabajo in itinere, "exige, como requisitos ineludibles, el que el camino de ida y regreso al trabajo carezca de interrupción voluntaria y se lleve a cabo siempre por el itinerario usual" (STS de 20 de junio de). En esa línea la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo".

f. IMPRUDENCIA TEMERARIA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Hay imprudencia temeraria en el Delegado de Prevención que no observa las medidas de protección

La doctrina es unánime al exigir que el accidentado asuma libre y conscientemente un riesgo excepcionalmente grave, con desprecio de cualquier medida protectora de su vida y ejecutando un acto provocador del siniestro; conclusión que alcanza la sentencia de instancia a la vista de la prueba, en la que el actor se introduce voluntariamente en el interior del filtro de mangas sin recibir orden expresa en tal sentido... e incumpliendo las órdenes más elementales en orden a la limpieza (funcionaban perfectamente los sistemas automáticos de la maquinaria) habida cuenta también que se trataba de una persona con dilatada experiencia y pleno conocimiento del producto (sulfato cálcico) con el que trabajaba y de la maquinaria donde se produce, dado, además, su condición de Delegado de Prevención de la empresa. STSJ Navarra 31 octubre 2002.

No procede el recargo de prestaciones ni indemnización por daños y perjuicios cuando el accidente se produce por imprudencia temeraria del trabajador

Fue el trabajador accidentado quien -con la temeridad de su conducta- determinó la producción del daño cuyo resarcimiento postula; pues no sólo no puede ampararse la reclamada responsabilidad por culpa en la firmeza de una resolución judicial que (en firme) denegó el recargo por falta de medidas de seguridad, sino que tampoco puede imputarse a la actuación negligente del empleador la generación de un daño producido por «causa» de la temeraria conducta de quien haciendo caso omiso de las advertencias que se le habían dirigido, hizo un uso incorrecto del vehículo que conducía constituyéndose, de esta forma, su conducta (que consciente y deliberada no

puede considerarse como simple negligencia o distracción) en causa eficiente de su propio daño, de gravedad bastante para interferir y desplazar la hipotética causalidad de los incumplimientos empresariales que el recurrente alega y que en todo caso no habrían tenido -a la vista de la grave negligencia del trabajador- trascendencia causal a los efectos de una negada imputación de responsabilidad culposa. STSJ Cataluña 3 julio 2000.

2. IMPRUDENCIA PROFESIONAL

a. CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LA IMPRUDENCIA TEMERARIA

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha ido sentando una doctrina que permite deslindar ambas figuras, la imprudencia temeraria y profesional, y así su sentencia de 20 noviembre de 1975, menciona lo que califica como conclusión del criterio que resulta de las múltiples que ha dictado, entendiendo como temeraria la imprudencia en que ha incidido el operario cuando en su actuar está poniendo de manifiesto que, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su sola voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconseje su evitación; por el contrario será conducta imprudente profesional aquella en que se incide cuando el trabajador, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no le ha prestado la debida atención, por hallarse atenuada su voluntad, y en su caso sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad en que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o porque confiaba en su suerte que le permitiría superarlo sin daño personal. STSJ Madrid, 23 junio 2003.

b. SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Imprudencia profesional y consumo de alcohol

- Caída de camión de empleado de limpieza urbana

No se observa por esta Sala que la conducta del trabajador se mueva dentro del campo de la temeridad, pues aunque estuviera fuera de la cabina del camión y hubiera ingerido alcohol dando un resultado de 0,206 gramos en sangre, ello no supone un comportamiento incardinable dentro de esa imprudencia, sino de la profesional que a su vez en nada desvirtúa la consideración de accidente de trabajo. STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 27 diciembre 1996.

- Atropello de empleado de limpieza de las vías públicas que cruza la calzada por lugar inadecuado

En el caso de autos no parece suficiente el dato objetivo de antecedentes en el actor de alcoholismo crónico, para excluir sin más valoraciones la responsabilidad de la recurrente, cuando como acertadamente expone la Sentencia de instancia, no consta que la conducta del trabajador revelase embriaguez, ni comportamiento anómalo en relación con su quehacer habitual, y por ello no puede descartarse el calificativo de accidente de trabajo que le atribuye la Sentencia recurrida. STSJ Andalucía, Granada 26 noviembre 2002.

- Caída al vacío desde andamio

No hubo imprudencia temeraria (habría sido, a lo más, profesional)...el primer elemento que conduce a esta conclusión radica en el hecho de que don Moisés se incorporaba a trabajar, como lo venía haciendo normalmente, en labores que tienen de por sí un riesgo de caída al vacío. En esta tesitura pronto se advierte que hay una reducción de las defensas naturales que tiene cualquier persona para los peligros, ya que le hace confiarse de que tiene capacidad y conocimientos suficientes para sortearlos sin daño alguno. En esta tesitura el hecho de que hubiera ingerido alcohol en cantidades suficientes como para dar la tasa de alcohol en sangre que consta acreditada no altera la conclusión expuesta, pese a que no conste que normalmente bebía lo mismo, y ello por una doble razón: en primer lugar, porque no ha quedado acreditado que esa concreta tasa fuera necesariamente expresiva de que su nivel de conciencia, equilibrio o reflejos estuviera alterado, sin que pueda presumirse, sin más, del hecho de que sobrepasara los niveles exigidos en materia de conducción de vehículos de motor....siendo significativo que en los hechos probados no recojan dato alguno poniendo de manifiesto que sus compañeros (o los empleados del bar) advirtieran que estuviera embriagado, como tampoco que le hicieran la más mínima advertencia de que no subiera...(y) porque de haber estado embriagado, tampoco se ha probado que la caída se debiera a esa circunstancia, sin que ésta pueda presumirse. STSJ País Vasco 22 febrero 2000.

Accidente de peón de la construcción ocurrido al deambular por la obra

El accidentado trabajaba como peón de la construcción, en la obra descrita, y su búsqueda de un servicio o aseo, que precisaba, por dentro de la casa, incluso queriendo, al parecer, pasar sobre el pozo para acceder al local contiguo, con el mismo fin, puede muy bien estimarse imprudencia, sin duda, pero imprudencia profesional propia del trabajo y sus circunstancias; no la imprudencia temeraria o extraprofesional. STSJ Comunidad Valenciana 1 febrero 1994.

Según reconoce la Mutua «Fremap», el accidente sufrido por el demandante se produjo cuando el operario, de profesión peón de la construcción, teniendo que recoger material de una habitación del edificio en construcción, en lugar de dar la vuelta por el patio central, intento acceder a dicha habitación saltando el cerramiento que separaba ambas áreas por el exterior del forjado para lo que tenía que rodear un pilar. Y posiblemente, por resbalar se precipitó desde una altura de 6 metros al fondo, produciéndose lesiones en la columna vertebral...No obstante la mutua patronal, la inspección de trabajo y la sentencia de instancia consideran que el accidente se produjo por imprudencia temeraria, lo que no puede sustentarse por cuanto que tal tipo de imprudencia exige que el accidentado desprecie cualquier medida protectora de su vida y pese a ello ejecute el acto provocador del siniestro. En el caso litigioso indudablemente existe una imprudencia pero profesional y si bien es cierto que el actor debió utilizar el recorrido seguro para acceder a lugar donde se trasladaba, pasó de un punto a otro del edificio en construcción por el lugar más cercano aunque peligroso...por la confianza en que no habría de caerse y por la comodidad de acortar el camino para llegar al lugar donde le habían indicado. STSJ, 30 noviembre 1994.

Salto de señal de stop de repartidor de pizzas

La conducta imprudente de no respetar una señal de stop, más bien se debe a un exceso de confianza en la conducción, determinada por la habilidad y repetición de los mismos actos relativos a la ejecución del trabajo, pues el causante tenía como profesión habitual la de repartidor de pizzas en una motocicleta, que un desprecio absoluto a las más elementales normas de conducción y cuidado. STSJ Cataluña, 26 octubre 1993.

No hay temeridad cuando se prestan servicios en situación de Incapacidad

No cabe duda de que, en el caso de autos, no puede calificarse como imprudencia temeraria el hecho de que don Víctor estuviera trabajando, en la fecha del mortal accidente, pese a estar en situación de incapacidad temporal, para lo que basta con tener en cuenta que no hay el más leve indicio de que la razón por la que se accidentó... guardara alguna relación de causalidad con la lesión por la que estaba en incapacidad temporal...En tal sentido merece la pena destacar que había transcurrido más de un mes desde el alta hospitalaria en que le recomendaban un mes de reposo relativo y que, si bien no habían pasado los tres meses que le indicaron para someterse a revisión, los términos de ésta no permiten deducir que tuviera otro alcance que el de un simple control. STSJ País Vasco 30 mayo 2000.

**c. IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN EL ACCIDENTE
LABORAL IN ITINERE**

Imprudencia simple con infracción de reglamentos

En aplicación de dicha jurisprudencia, y con respecto a los accidentes «in itinere», se ha calificado como accidente de trabajo, por no estimarse la concurrencia de imprudencia temeraria, sino profesional, entre otros muchos supuestos, la imprudencia simple con infracción de reglamentos, como el sufrido al saltarse una señal de stop (STS de 10-5-1988), el adelantamiento antirreglamentario (STSJ de Andalucía de 9-1-1995; conducir sin carné (STSJ de Andalucía de 3-6-1992; STSJ Madrid 8-9-1992 y STSJ Castilla-La Mancha de 11-7-1996); conducir con exceso de velocidad (STS de 30-11-1973) y STSJ de Valencia de 25-10-1994; no respetar señal de ceda al paso (STSJ Cataluña 20-5-1993).

Conducción sin permiso

En efecto, el mero hecho de no disponer de la suficiente habilitación administrativa para conducir vehículos de motor, por sí sola, no implica conducta temeraria. STSJ Castilla-La Mancha, 8 octubre 2002.

La conducción de un vehículo de motor, sin estar en posesión del permiso de conducir válido en España, no deja de ser una mera infracción administrativa, en tanto que no se pruebe que además carecía de suficiente pericia para conducirlo, extremo éste que en modo alguno ha sido acreditado; antes bien no es esa una de las probables causas que se apuntan como determinantes del accidente, disponiendo además el trabajador accidentado de un permiso de tal naturaleza, aun expedido en Senegal, desde marzo del 97. STSJ Castilla y León, Valladolid, 30 septiembre 2002.

Impericia del trabajador y conducción sin permiso

Si bien consideramos que el accidente de trabajo causante de la baja por incapacidad temporal se produjo básicamente por la impericia del actor al conducir la motocicleta, lo que ocasionó su salida de la calzada y su posterior choque contra una farola y una señal de tráfico, estimamos que la conducta del demandante no puede calificarse como una imprudencia temeraria lo suficientemente grave como para justificar la ruptura del nexo causal del accidente laboral, máxime cuando no ha quedado en modo alguno acreditado que el trabajador circulase a una velocidad excesiva, no bajo la influencia de ningún tipo de bebidas alcohólicas; sin que el mero hecho de que el actor condujese una motocicleta que no era de su propiedad y que le había sido prestada por un compañero de trabajo, así como que careciese del preceptivo permiso administrativo para conducirla, sea por sí mismo suficiente para considerar que el trabajador accidentado haya incurrido en imprudencia temeraria suficiente para negar la calificación de laboral al accidente «in itinere» sufrido por el mismo. STSJ Andalucía, Málaga, 23 junio 2000.

Atropello

Pues bien, aplicada la doctrina jurisprudencial sobre la materia a este supuesto, es evidente que el trabajador demandante, al cruzar el paso a nivel sin barreras en el preciso momento que por la vía circulaba un tren, infringió con su conducta normas de circulación...pero de ello no se desprende que asumiera de forma consciente la posibilidad real de que se produjera el accidente y el resultado dañoso que finalmente se produjo, tampoco que deseara ese resultado, en cuyo caso estaríamos ante una actuación dolosa. STSJ Navarra, 16 febrero 2004.

Es indudable que de ese relato se desprende una conducta imprudente del trabajador fallecido, al estacionar su vehículo, cruzar al otro lado de la carretera por un punto con alta intensidad de tráfico y hablar por teléfono en el mismo borde de la calzada. Sin embargo, la Sala no aprecia que dicha conducta pueda ser calificada como de gravedad excepcional ni que releve una conciencia clara de peligro y una exposición al riesgo, voluntaria y consciente. STSJ Cataluña 6 noviembre 2001.

Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y otras circunstancias concurrentes

La ingestión de bebidas alcohólicas por el causante que conllevó la concentración de 1,06g/l -que podría ser según la Juzgadora de instancia el resultado de haber ingerido media botella de vino y un carajillo después de comer- constituye sin duda una conducta imprudente, pero no implica una imprudencia de gravedad excepcional, contra todo instinto de conservación de la vida y con clara conciencia de peligro, cual es la imprudencia temeraria a los efectos de pérdida de la condición de accidente de trabajo, máxime si se advierte, que el informa del Instituto Nacional de Toxicología utiliza las expresiones de «suave euforia» e «incremento de la autoconfianza» para describir los efectos del alcohol en concentraciones superiores a 1,2 g/l en una persona. STSJ Cataluña 9 septiembre 2004.

El hecho de que hubiera ingerido alcohol en cantidades suficientes como para dar la tasa de alcohol en sangre que consta acreditada (1,58 g/l) no implica que su conducta fuese temeraria, y ello por una doble razón: en primer lugar, porque no se ha probado que esa concreta tasa fuera necesariamente expresiva de que su nivel de consciencia, equilibrio o reflejos estuviera alterado, sin que pueda presumirse, sin más, del hecho de que sobrepasara los niveles exigidos en materia de conducción de vehículos de motor, y por otro lado, la forma en que se produce el accidente, la falta de iluminación en el tramo, la escasa velocidad a la que conducía el camión contra el que colisionó y el dato de que otro vehículo colisionara contra el fallecido por la falta de visibilidad, hacen que su conducta no pueda estimarse temeraria, sino de imprudencia simple. STSJ Cantabria 19 julio 2001.

En el supuesto de autos, a tenor de las circunstancias fácticas que se dan por probados no controvertidos, la Sala estima que la conducta del trabajador fallecido no puede calificarse como imprudente en grado tal que justifique la ruptura del nexo causal del accidente laboral, y ello porque: a) la conducción de un vehículo de motor, sin estar en posesión del permiso de conducir no es sino una infracción administrativa, en tanto no se prueba que además, carecía del suficiente conocimiento o pericia para conducirlo, extremo éste que no sólo no se ha acreditado, sino que parece existir, dada la actitud tanto de la empresa, como del encargado de ésta, al encomendarle la conducción, pues resulta inverosímil que conocieran tal circunstancia, dado el posible riesgo que correrían tanto el conductor como el vehículo de sufrir daños; b) en orden a la ingestión de bebidas alcohólicas o de cualquier clase de drogas, la doctrina jurisprudencial es reiterada en el sentido de que no puede hacerse una declaración general sobre si una determinada tasa de alcohol puede configurarse como la imprudencia que rompe la relación de causalidad, ya que la conducta imprudente se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso. Normalmente, salvo supuestos de gran notoriedad,

no se relatan conductas que exterioricen una intoxicación, ya que lo contrario, como antes se apuntó, impediría el accidente ante la oposición del empresario o los superiores del trabajador que le imposibilitarían la conducción, evitando el riesgo para el conductor y el vehículo. STSJ Andalucía, Granada, 2 diciembre 2003.

La imposibilidad de determinar la intención del trabajador al realizar la maniobra y, consiguientemente, las causas por las que en su ejecución perdió el control del vehículo, impiden otorgar un valor determinante a efectos de destruir la relación de causalidad a circunstancias tales como el estado de la calzada, que se encontraba mojada por la lluvia, o la conducción bajo la influencia del alcohol, con una tasa superior al límite legal, que no llegaba a un gramo por litro de sangre, ni tampoco a la falta de utilización del cinturón de seguridad, que en todo caso no aparece asociada a un mayor riesgo de sufrir el accidente, sino a la lesividad derivada del mismo. STSJ País Vasco 13 septiembre 2005.

Conducción bajo la influencia de cocaína y a alta velocidad

En efecto consta que el fallecido había consumido cocaína, pero también consta que ese consumo se había producido, al menos, dos horas antes; se ha probado que el accidente tuvo lugar veinte minutos después de finalizar la jornada laboral, lo que supone que la ingesta de cocaína no pudo producirse en este tiempo intermedio; sabemos que el trabajador realizó ese día su trabajo con total normalidad en las exigibles condiciones de profesionalidad y rendimiento, sin que se detectara ninguna circunstancia anómala; también nos consta...que el fallecido circulaba a alta velocidad, que adelantó un vehículo y que continuó su marcha por el carril de adelantamiento unos 30 o 40 metros más, intentando regresar a su carril repentinamente. Pues bien, el Sr. Rodolfo infringió -desde luego- alguna norma de circulación...sin que pueda afirmarse que hubiere rebasado el límite de velocidad autorizado en ese tramo de vía. Pues bien de estas circunstancias no puede concluirse que el accidente se hubiera producido por imprudencia temeraria del trabajador,

habida cuenta de las infracciones que hemos considerado y de las circunstancias del accidente. A ello ha de añadirse, puesto que en ello basa de manera sustancial su recurso la Mutua, que tampoco se ha podido concluir que el accidente se ha producido por la situación de hallarse el trabajador bajo los efectos de la cocaína, puesto que se desconoce su estado, si bien durante toda su jornada fue normal hasta el final de la misma y se desconoce también la real influencia del consumo de esa sustancia en el fallecido. STSJ País Vasco, 7 junio 2005.

Exceso de velocidad

Si es que hubo infracción de tráfico por exceso de velocidad -circunstancia no precisamente determinada- al tomar una curva en un tramo de obras, esta circunstancia por sí sola, y en la forma descrita no puede representar una imprudencia temeraria en su consideración laboral, máxime las restantes circunstancias que conformaban la situación como la experiencia de quien conducía, la habitualidad de la ruta y el mal estado del pavimento. STSJ Castilla-La Mancha, 4 octubre 2001.

Inobservancia de señal de stop

La certeza de la trasgresión de normas reglamentarias no puede calificar automáticamente la temeridad en el ámbito laboral» y en el caso de autos lo único incuestionado es que el trabajador «no observó la señal de stop», pero no hay ninguna otra circunstancia para calificar esta inobservancia reglamentaria de temeraria, máxime si se tiene en cuenta que la misma se produce dentro de la ciudad de Vigo y, por ende, en lugar donde múltiples solicitudes requieren la atención del conductor y hace más fácil que pase inadvertida la señal. STS 10 mayo 1988.

Circular en dirección prohibida

Es evidente que el señor E., al circular en bicicleta por una calle en dirección contraria a la permitida y accediendo a otra con intención de atravesarla por lugar no permitido pese a la escasa visibilidad existente, infringió con su conducta normas de circulación reguladoras del tráfico rodado, pero de ello no se desprende que asumiera de forma consciente la posibilidad real de que se produjera el accidente y el resultado dañoso que finalmente se produjo (tampoco que se deseara ese resultado, en cuyo caso estaríamos ante una actuación dolosa. STSJ País Vasco, 30 abril 2002.

d. IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

No procede el recargo de prestaciones cuando el accidente se debe exclusivamente a la imprudencia profesional del trabajador:

- Trabajador que no utiliza las medidas de seguridad adoptadas por la empresa

La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira, que es lo que ha sucedido en el caso enjuiciado, en el que el accidente se produjo como consecuencia de la imprudencia del trabajador, al no haber ordenado, como se le tenía mandado, que parara la máquina, a fin de proceder a la reparación del cepillo de cuyo mantenimiento se encontraba encargado. No fue, pues, la omisión de las necesarias medidas por la empresa, sino la no utilización de las adoptadas por el ahora recurrente. STS 21 abril 1988.

- No utilización de cinturón de seguridad o uso indebido del mismo

Ni es responsabilidad de la empresa la falta de uso de cinturón por el accidentado, teniéndolo a su disposición, sin constar fuera incompleto, sino «con todos los elementos de seguridad necesarios (hecho probado), conociendo su trabajo de antenista, y habiendo recibido cursos teóricos sobre medidas de seguridad (hecho probado), por lo que resulta correcta la tesis del Juez al estimar responsabilidad exclusiva del accidentado el evento. STSJ Valencia, 23 marzo 1994.

- Descuido, error, exceso de confianza o imprevisión del trabajador

En el momento del siniestro se procedía al desplazamiento del andamiaje móvil, no siendo utilizado como plataforma de trabajo, por lo que la existencia de dos tablones de largas dimensiones (6 metros de largo) en la parte alta de la estructura tubular, sin sujeción de ningún tipo, es debido, no a la infracción de normas genéricas o específicas de seguridad en el trabajo, imputables a la empresa, sino a un descuido del propio trabajador accidentado, quien como Oficial Gruista, encargado del montaje y desmontaje de dicho andamiaje, procedió junto a otros dos trabajadores a su mando, al desplazamiento del mismo...sin tener en cuenta la existencia de dos tablones en la parte superior de la estructura móvil...sin sujeción alguna, lo que determinó, debido a las vibraciones, la caída de uno de los tablones, que al impactar con su cara, le ocasionó la muerte. STSJ Baleares 31 diciembre 1993.

El trabajador accidentado (con la categoría de picador minero) se hallaba trabajando en el interior de una galería y avanzando en la explotación, así como que

se produjo el desprendimiento de un costero del techo de la galería, en la que existía un falso techo...constando (así lo reconocen las partes) que existía vigilante. Ante tales hechos la solución a adoptar ha de partir, forzosamente, de lo dispuesto en la Ordenanza de Trabajo para la Minería del Carbón...a tenor de la cual la realización del posteo auxiliar es misión y obligación del propio picador, y del hecho de ser la inexistencia de tal posteo el hecho desencadenante del accidente sufrido. Si, pues, la ausencia de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento General de las Normas Básicas de Seguridad Minera, es atribuible al propio trabajador fallecido obvio es que no puede atribuirse a la empresa la responsabilidad declarada por el INSS y el Magistrado de instancia, sino que, por el contrario, el accidente debe atribuirse al exceso de confianza o error en el examen del techo por parte del fallecido. STSJ Castilla y León, Valladolid, 18 mayo 1993.

El actor «realizaba las funciones de encargado de la empresa»; es decir que el trabajador accidentado, perfecto conocedor del estado de la obra y de las tareas que se iban realizando en razón a sus funciones de dirección, única y obviamente sometidas y supervisadas por el arquitecto y administrador de la empresa titular de la construcción, cometió la imprevisión de aventurarse a cruzar una pasarela cuyos tablones no estaban aún fijados, que carecía de barandilla y sin que debajo de la misma se hubiera llegado a instalar red u otro mecanismo de seguridad; por todo lo cual no cabe apreciar infracción...sino que se concluye que la causa o razón del accidente está en lo que fue una imprudencia profesional del trabajador. STSJ Cataluña, 14 octubre 1993.

- Trabajador que actúa por propia iniciativa, sin atender indicaciones de la empresa

En el presente caso, sin negar la existencia de una actitud imprudente por parte del fallecido, ella no conlleva el plus propio de la imprudencia temeraria, y así la propia parte recurrente se detiene en destacar como presupuesto de la existencia de esta última imprudencia, el hecho de que «el trabajador al decidir sin que nadie se lo ordene matar a tiros a un toro y arrojarlo a un pozo, en contra no sólo de las normas sanitarias, sino de la opinión del empresario, de las advertencias del otro trabajador, y lo que es más trascendente, de lo que se venía haciendo en otras ocasiones». Dichas circunstancias no pueden hacer calificar, en el presente caso, la imprudencia como temeraria, en cuanto la certeza de la trasgresión de normas reglamentarias no puede calificar automáticamente la temeridad en el ámbito laboral, sin que pueda obviarse, igualmente, que la infracción de las normas sanitarias no es causa directa del fallecimiento de trabajador...; por otra parte, como recoge el hecho probado tercero «el empresario no dio órdenes sobre matar a la res correspondiente, ni tampoco ordenó que se deshiciera de los animales muertos tirándolos al interior del pozo», por lo que no nos encontramos ante el incumplimiento de una orden dada por el empresario que es, como ha quedado expuesto, lo que puede calificar la imprudencia como temeraria, sino ante una acción imprudente. STSJ Andalucía, Granada, 11 marzo 2003.

Procede el recargo de prestaciones porque no hay imprudencia del trabajador sino método inadecuado de trabajo y falta de prevención suficiente

No figura en la sentencia recurrida una alusión específica a una información o instrucción respecto al modo de proceder, y por contra, frente a la tesis del recurso, sí que nos encontramos ante un modo habitual y ordinario de proceder, o al menos anteriormente se había llevado a cabo la operación de medición con la maquinaria en marcha. Es cierto que el trabajador asume un riesgo, pero el mismo había sido comprobado por la empresa y sancionado positivamente, puesto que en modo alguno lo prohíbe o limita. STSJ País Vasco, 27 septiembre 2005.

La concurrencia de culpas permite modular pero no excluir el recargo de prestaciones

Resulta evidente, pues, la concurrencia en el presente caso de los requisitos necesarios para la imposición del recargo, pues la empresa ha incumplido medidas de seguridad tanto generales como especiales a cuya observancia venía obligada y como consecuencia de dicho incumplimiento se produjo el accidente...La Sala no ignora que la conducta del trabajador también debe considerarse como imprudente, dado que se quitó el cinturón de seguridad para intentar llegar al lugar donde se encontraba el carro con los materiales, pero reiterada doctrina jurisprudencial ha declarado que la concurrencia de culpa en el trabajador no exime de responsabilidad a la empresa, si bien deberá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje del recargo (en este sentido, STS 19 enero 1996). STSJ Andalucía, Málaga, 2 junio 2003.

Tampoco la conducta del trabajador es calificable de imprudencia temeraria, ante una mera advertencia genérica, sin otras especificaciones o formación en materia de seguridad y no siendo el trabajador responsable de esta materia en el organigrama del demandado... se declara probado que concurre culpa simple del trabajador, no temeraria, pero existe culpa grave del empresario que incumple su deber de evaluación y prevención del riesgo concreto que le afectó y otros, así como su deber de coordinar el trabajo peligros al que se exponía su empleado con otra empresa que manejaba en el momento del siniestro una grúa susceptible de graves consecuencias en la integridad del operario que efectivamente se producen...concurren circunstancias adicionales que revelan un grado máximo de culpa del empresario que es lo que autorizaría el 50% del recargo pretendido, pero siendo ponderable a tales efectos la culpa del operario hace que el recargo impuesto en grado medio del 40% en la instancia, sea el adecuado. STSJ Cantabria, 12 diciembre 2005.

Es claro que, en el supuesto estudiado, medió una falta de protección del pedal de la máquina prensante que impidiera que, por inadvertencia del operario, se activase sin desearlo, por lo que ha de mantenerse la sanción acordada, y, aunque es cierto que el lesionado obró imprudentemente al acometer la medida laboral por la parte anterior de la prensa cuando debía hacerlo por la posterior, esa imprudencia es el prototipo de las de carácter profesional y que ha sido ponderada por el legislador de instancia que ha rebajado el incremento de prestaciones al 35% sobre un máximo del 50%. STSJ Madrid, 9 febrero 1993.

Procede indemnización de daños en caso de ineficacia de las medidas preventivas que deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador

Se integra legalmente dentro del concepto de culpa la ineficacia de las medidas preventivas encaminadas a prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador y si bien es cierto que la máquina reunía las condiciones descritas en hechos probados, también lo es que las medidas que incorporaba no resultaban efectivas, para, ante la práctica descrita en la sentencia recurrida, cuando se cortaban los hilos, impedir un resultado lesivo para la integridad del trabajador, sin que éste hubiese incurrido en imprudencia temeraria. Además nada indica que haber dotado de efectividad a la medida concreta sin perjudicar el proceso productivo, fuera inviable. Abunda en lo dicho que el trabajador no era el directo encargado de la máquina, lo que aconseja constatar la plena efectividad de las medidas de seguridad y el hecho de que, con posterioridad, se han introducido mejoras.

El accidente de tráfico sufrido por trabajador autónomo al caerse de la moto cuando acudía a visitar a un cliente es accidente laboral. STSJ Andalucía, Sala Social, 4 Abril 2013. Rec 779/2012.

Analiza el caso de un trabajador, cuya profesión es la de graduado social, afiliado al RETA, que sufre un accidente de tráfico al caerse de la moto cuando se desplazaba a visitar a un cliente. En el régimen especial de trabajadores autónomos el requisito previo para poder percibir las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional es que el trabajador autónomo aporte pruebas conforme la lesión que tiene esas connotaciones de obedecer de forma directa e inmediata al trabajo por el que está incluido en este Régimen Especial.

La referencia legal al accidente en tiempo y lugar de trabajo incluye el accidente en misión, en el que el trabajador se desplaza para cumplir un encargo de la empresa. A diferencia del accidente in itinere, éste se considera laboral por acontecido en tiempo y lugar de trabajo.

La noción de accidente en misión ha sido aceptada por el Tribunal Supremo como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa.

Así, según la jurisprudencia, la misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente in itinere, en la medida en que éste se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión.

La sala cita la doctrina jurisprudencial respecto a que ha de identificarse como accidente laboral todo evento en que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, se de sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella "relación", cediendo únicamente la presunción ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de la relación laboral. En nuestro caso resulta difícilmente aplicable el concepto de accidente in misión por cuanto la encomienda de la prestación de servicio no es emitida por un tercero, tratándose más bien de un accidente de trabajo ocurrido en tiempo de trabajo y que tenía como objetivo recoger determinada documentación de un cliente, correspondiendo a la Mutua el abono de dichos gastos.

XIII. LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo se encuentra integrado por varios subsistemas de diferente alcance y contenido: de un lado, el subsistema que se podría calificar de reparador; de otro, el subsistema punitivo. El reparador tiene su fundamento en que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el empresario tiene una obligación reparadora, objetiva, que cumple compensando los daños causados al trabajador en los términos legalmente establecidos. Dicha responsabilidad es ajena a cualquier tipo de culpa o negligencia, lo que permite garantizar una eficaz protección al trabajador ante la evidencia de que numerosos accidentes se deben a casos fortuitos, por lo que la

protección del daño sólo se consigue objetivando la responsabilidad. El segundo subsistema, el punitivo, incluye las sanciones administrativas y las sanciones penales en sentido estricto. La sanción administrativa es un acto de gravamen que, por tanto, disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho, bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero). Finalmente, las sanciones penales constituyen la reacción más fuerte del ordenamiento y, por tanto, se reservan, de acuerdo con los principios de intervención mínima y utilidad a las infracciones más graves.

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

TS 1.^a Sentencia de 15 de enero de 2008, R.º 2374/2000. Responsabilidad civil. Accidentes de trabajo. Jurisdicción competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Evolución de la jurisprudencia sobre esta materia. Postura de la Sala de Conflictos de Competencia del TS. Fijación de la doctrina definitiva por el Pleno de la Sala 1.^a: las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social. Ahora bien, aunque se haya producido un incumplimiento del contrato de trabajo, si se demanda a personas completamente ajenas al mismo, en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el art. 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta.

AP Asturias, Sección 6.^a, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Responsabilidad extracontractual. accidente laboral. Concurrencia de culpas de empleador y empleado. Al trabajador le había sido facilitado el material de protección necesario para la realización de su trabajo pero no aquel preciso para evitar, en caso de contingencia

como la de autos, la caída de una zona en la que en condiciones normales no debía estar. El trabajador no debía haber salido a esa zona sin la adecuada protección. Indemnización. De la cantidad indemnizatoria en que se ha valorado el daño personal sufrido por el actor a consecuencia del presente accidente laboral sólo puede ser minorada la partida correspondiente al factor de corrección al alza que supone la invalidez permanente total.

AP Vizcaya, Sección 3.^a, Sentencia de 17 de abril de 2007. Responsabilidad extracontractual. Accidente de trabajo. Indemnización. El demandado no aporta ni la más elemental prueba de la existencia de adopción de medidas de guarda y perención. Competencia judicial. Jurisdicción civil. La responsabilidad del empleador por falta de cumplimiento del deber de vigilancia que le incumbe en las labores propias de la empresa concretadas en el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad para sus empleados debe ser conocida en el ámbito civil y no resulta incompatible el ejercicio de esta acción con la que en su caso se derive en el orden social. Costas procesales. Serán de cargo del actor las costas generadas por los demandados absueltos. Una vez que la parte actora opta por traer a los demandados absueltos al procedimiento asume las consecuencias que se deriven de la parte dispositiva en aplicación a ellas del principio del vencimiento.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 27 de junio de 2007. Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. Trabajador que falleció tras haber sufrido un accidente de trabajo muy grave el por caída de la estribera posterior del camión de basuras. Accidentes anteriores en las mismas condiciones sin que se tomen medidas de seguridad. No puede considerarse caso fortuito. Indemnización de la que se descuentan las prestaciones ya reconocidas. Error en el descuento no descontándose el importe total percibido. Finiquito. Finiquito sin valor liberatorio respecto de la indemnización por daños y perjuicios al saldarse sólo las deudas salariales. Litispendencia. No cabe apreciar la excepción al no derivar la pretensión

de acta de la Inspección de Trabajo sino de una responsabilidad contractual independiente. Responsabilidad penal y laboral independientes.

TSJ Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia de 29 de diciembre de 2006. Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. Caída de un trabajador de la construcción de la que se derivó politraumatismo y fractura de una pierna. Concurrencia de culpas. Culpa compartida del empresario, por omisión de medidas de seguridad, y del trabajador, por el estado de embriaguez en el que se encontraba. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que estima que no ha de descontarse de la cuantía de la indemnización el importe de la capitalización del recargo de prestaciones, pero sí el de las prestaciones básicas sobre las que se calcula. Dado que la culpa del trabajador sobrepasaba el 50% y teniendo en cuenta la prestación percibida por incapacidad permanente total, el resultado no arroja saldo a favor del trabajador.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 9 de octubre de 2006. Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. Procedencia. El trabajador fue objeto de un atraco con apuñalamiento. Minusválido que trabaja en una estación de servicio por las noches en manifiesta situación de exposición al riesgo por el manejo de dinero y la ausencia normal de otras personas durante las horas de la noche. Empresa que no habilitó una cabina de seguridad hasta después del accidente. Grupo de empresas. Responsabilidad solidaria. La empresa tenía suscrito un contrato de prestación de servicios con el garaje en que ocurrió el accidente, constituyendo ambas empresas un grupo de empresas, siendo la empresa contratante la empleadora del trabajador dedicándose a la integración de minusválidos. Indemnización fijada en función de las dolencias padecidas. Indemnización cubierta por la póliza de seguro.

TSJ País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad empresarial. No cabe declarar la responsabilidad de la compañía aseguradora. La

póliza suscrita por la empresaria cubre la responsabilidad civil, pero excluye la responsabilidad civil patronal. Las condiciones particulares limitan la garantía de tal responsabilidad civil, fijando que la compañía aseguradora solo cubría la responsabilidad civil general o extracontractual y excluía la responsabilidad civil patronal. No cabe hablar de una responsabilidad civil general o extracontractual que repercuta y cubra la contingencia de aseguramiento para con el trabajador, denominándole a este tercero respecto de la afectación asegurada, pues los trabajadores no tienen la condición de terceros a los efectos de este seguro de responsabilidad civil general o extracontractual.

TS 4.^a Sentencia de 24 de julio de 2006. Accidente de trabajo. Indemnización. Prestaciones de seguridad social. Las prestaciones de Seguridad Social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles de su importe. Deducción del capital-coste constituido por la Mutua para atender al pago de la pensión de viudedad reconocida en favor de la esposa del trabajador fallecido. Criterio no aplicable al recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad en el trabajo.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 9 de mayo de 2006 Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. No procede declarar la responsabilidad solidaria del administrador de la empresa condenada. La responsabilidad por infracción en materia de Seguridad Social debe recaer sobre el patrimonio social, siendo lícita la limitación de la responsabilidad de la empresa. Jurisdicción social. Incompetencia para conocer de las pretensiones relativas a la responsabilidad de los administradores societarios basadas en un incumplimiento de los deberes societarios.

TSJ Andalucía, Sala de lo Social de Granada, Sentencia de 3 de mayo de 2006. Accidente de trabajo. Indemnización por daños y perjuicios. Procedencia. Omisión de las medidas de seguridad exigibles en relación con las condiciones de trabajo. Ha sido la falta de adopción de las mismas la que ha determinado la producción del siniestro, sin perjuicio de la incidencia que en ello haya podido tener una cierta negligencia del trabajador. Póliza de seguro de accidentes que se concierta como mejora voluntaria a la acción protectora de la Seguridad Social, no como seguro de responsabilidad civil. La aseguradora tiene que responder de la mejora voluntaria cubierta en la póliza pero no de la responsabilidad civil que no tiene concertada. Indemnización fijada conforme el estado de salud del accidentado y los factores coadyuvantes de carácter familiar y sociolaboral.

3. RESPONSABILIDAD EX DELICTO

AP Barcelona, Sección 6.^a, Sentencia de 3 de septiembre de 2007. Delito contra los derechos de los trabajadores. Accidente de trabajo. Insuficiencias y omisiones múltiples en materia de seguridad individual y colectiva. Conducta dolosa del empresario que conocía el incumplimiento de la normativa laboral. Homicidios por imprudencia grave. Máxima negligencia en quien ostenta la posición de garante. Falta de formación adecuada para realizar trabajos en altura y escasez de medidas a disposición de los trabajadores. Responsabilidad civil ex delicto. Condición de beneficiario. No consta la continuidad de la relación afectiva entre uno de los fallecidos y la madre de sus hijos. Absolución de la aseguradora como responsable civil directa por falta de cobertura del riesgo. Responsabilidad derivada del contrato de seguro que no puede reclamarse en vía penal por terceros perjudicados.

AP Granada, Sección 1.^a, Sentencia de 31 de julio de 2006. Delito contra la seguridad de los trabajadores. Homicidio imprudente. Absolución del ayudante del jefe de obra, contratado en prácticas, puesto que su actuación era subordinada y dependiente. Absolución del encargado de la obra que no tiene competencia sobre los trabajadores de la empresa subcontratada. Falta de imprudencia leve. Responsabilidad penal del administrador-gerente de la empresa subcontratista. Fallecimiento del trabajador por utilización de un enganche inadecuado para izar la carga de un pilar doble en una grúa. Inapreciación de imprudencia grave pues el plan de seguridad elaborado por la empresa contratista no contemplaba medidas especiales para la realización de esta operación. Responsabilidad civil. Mantenimiento de la indemnización fijada en la instancia para no incurrir en reformatio in peius. Compatibilidad con la otorgada por la jurisdicción laboral.

XIV. INFRACCIONES Y SANCIONES LABORALES POR EL ACCIDENTE DE TRABAJO

TS, Sala Tercera, Sección 4.^a, Sentencia de 23 de julio de 2001. Faltas y sanciones administrativas. Impugnación de sentencia que niega la responsabilidad de una empresa municipal de aguas y alcantarillado en dos accidentes de trabajo sufridos por sendos trabajadores de empresas contratistas y subcontratista, en base al incumplimiento de lo dispuesto en la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social. Determinación de la responsabilidad atendiendo al centro de trabajo que permite establecer una relación entre la empresa responsable del accidente y el incumplimiento de obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene. Desestimación del recurso de casación.

TS, Sala Tercera, Sección 4.^a, Sentencia de 19 de abril de 2004. Unificación de doctrina. Infracciones y sanciones laborales. Seguridad e higiene en el trabajo. Accidente laboral. Concurrencia de culpa del trabajador. La imprudencia del

trabajador como factor ponderable. Incidencia en la fijación de la cuantía de la sanción. Debe atenderse al dato de que en el nexo de causalidad entre los hechos acaecidos y la lesión sufrida sea un elemento concurrente de notable importancia la imprudencia del trabajador. No procede rebajar la cuantía de la sanción cuando el riesgo fue grave y cierto. En el caso, la empresa no se aseguró de que la línea de alta tensión en la que trabajaba el operario se encontraba fuera de funcionamiento, por lo que tanto con imprudencia de éste como sin ella el riesgo era cierto.

XV. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

TS 4.^a Sentencia de 7 de febrero de 2003. Accidentes de trabajo. Prevención de riesgos laborales. Responsabilidad. Compensación económica por los daños y perjuicios sufridos. Imputación al empresario incumplidor de las obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Traslado y manejo de explosivos para su colocación en lugar determinado para realizar una prueba sin asumir por parte del empresario las medidas de seguridad legal y reglamentariamente establecidas. Resultado de explosión previsible conocido por el empresario a quien le es exigible una diligencia superior que es la esencia de la culpa extracontractual. Responsabilidad contractual de la compañía de seguros al encontrarse el riesgo cubierto por la póliza de seguros.

TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Sentencia de 10 de abril de 2007. Prevención de riesgos laborales. Instrucción a los trabajadores. Infracciones y sanciones. Accidente de trabajador menor de edad contratado por sociedad subcontratada, al cual no se le formó adecuadamente. Accidentes de trabajo. Responsabilidad del empresario principal. Responsabilidad del empresario principal

concurrente y compatible con la responsabilidad del empresario inmediato a quien haya contratado o subcontratado.

XVI. RESPONSABILIDAD, EN ORDEN A LAS PRESTACIONES, DE LA ENTIDAD GESTORA O MUTUA PATRONAL EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL

TS 4.^a Sentencia de 11 julio de 2007. Mutuas de accidentes de trabajo. Anticipo de prestaciones. Pensión por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Responsabilidad de la empresa, con obligación de anticipo por la Mutua. Resarcimiento a la Mutua de los gastos y desembolsos por efectuar el anticipo. Cuando la Mutua tiene que efectuar la constitución del capital coste de renta, el derecho al resarcimiento comprende también la obligación de abonar los intereses de capitalización hasta el día en que se efectúe el ingreso. Aunque la Mutua haga efectivo el ingreso del capital coste en plazo, como tiene que abonar los intereses, éstos no son moratorios, sino que constituyen una partida económica que forma parte del montante total del capital coste. Se trata de intereses que, por tanto, se incluyen en el reintegro que debe recibir de la empresa responsable. La responsabilidad subsidiaria del INSS alcanza también al abono de dichos intereses.

XVII. CONCURRENCIA DE CULPAS DE TERCEROS Y DEL PROPIO TRABAJADOR EN LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

De conformidad con el apartado quinto del art. 115 de la LGSS, no impedirá la calificación de accidente de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo. De este modo, se incluyen tanto los hechos fortuitos, como los accidentes causados por terceros, aun cuando sean dolosos o entrañen una imprudencia temeraria, que seguirán teniendo la calificación de accidente de trabajo. Lo cual es un ejemplo más del proceso de ampliación y objetivación del concepto de accidente de trabajo. Así, por ejemplo, accidentes causados en el centro de trabajo, por una imprudencia de compañeros. También, accidentes causados por terceros, en el trayecto de ida o vuelta del trabajo.

Del mismo modo, también aquí se incluyen los hechos fortuitos, así, por ejemplo, atropellos, colisiones; pero también si media imprudencia temeraria o dolo por parte del tercero que hubiera provocado el accidente. Así, actos terroristas, asesinatos llevados a cabo en el desplazamiento hacia el trabajo, atracos. Siempre que no hubieran mediado motivos personales. Esto es, siempre que el agresor y el trabajador no se conocieran por razones ajenas al trabajo y que la agresión no se hubiera llevado a cabo, precisamente, por motivos personales relacionados con esa relación extra muros de la relación laboral; ya que en estos casos la agresión al trabajador se produce de forma fortuita, la víctima es causal, precisamente por encontrarse en el lugar de los hechos, lo que se debe al obligado desplazamiento y no se hubiera sufrido si no se hubiera ido o vuelto del trabajo. De lo contrario, cuando median motivos personales, la agresión es buscada y la víctima es elegida a conciencia, siendo el lugar de la agresión secundario y pudiendo ser cualquier sitio. Por ejemplo, por agresiones de violencia de género, aun cuando se produzcan en el trayecto de ida o vuelta al trabajo.

XVIII. EL DOLO Y SU INTERPRETACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Por actos del propio accidentado. Según el art. 115.5ª) de la LGSS, no impide la calificación de accidente de trabajo la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que inspira en el trabajador. En sentido contrario el número cuatro del mismo artículo establece que si rompe el nexo causal con el trabajo y, en consecuencia, no tiene la consideración de accidente de trabajo, los ocurridos o debidos por dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

El dolo implica que el trabajador con su conducta en el trabajo busca deliberadamente el resultado, esto es la lesión corporal. Evidentemente se trataría de supuestos más bien extremos de autolesiones llevadas a cabo por el trabajador, con la finalidad de conseguir una prestación económica de la Seguridad Social. Dentro de este contexto, el supuesto más conflictivo, sin duda, es el del suicidio del trabajador. Obviamente, en última instancia es la auto-lesión por excelencia, causándose el trabajador su propia muerte, en principio, de forma voluntaria. Ahora bien, los Tribunales admiten la calificación de accidente de trabajo de la muerte por suicidio, siempre y cuando no se cause de manera consciente y voluntaria, sino como consecuencia de trastornos mentales causados o que tengan conexión con el desempeño del trabajo, de modo que hay que estar a las concretas circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, una grave depresión causada por un supuesto de acoso psicológico o sexual en el trabajo, que aboca en el suicidio del trabajador, etc. Todos recordamos el caso de "France Telecom" hace unos años, donde se suicidaron un elevado número de trabajadores de la empresa. Además, si se produce en tiempo y lugar de trabajo, el carácter laboral queda cubierto, en principio, por la presunción del

art. 115.3 LGSS, debiendo probar, quien tenga interés, las causas reales no relacionadas con el desempeño del trabajo, en su caso.

Consideraciones sobre la imprudencia temeraria

En la imprudencia temeraria, por el contrario, el trabajador no busca directamente con su conducta el resultado, esto es el accidente, como ocurre en el supuesto de dolo. Sin embargo, asume y es consciente que con su comportamiento hay una muy alta probabilidad de que ocurra o se produzca un accidente. Revela la ausencia de la más elemental precaución, sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, consciente y caprichosa a un peligro cierto. Así, se pone de manifiesto el patente y más claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible. La mera infracción de normativa, "per se", no supone automáticamente la apreciación de imprudencia temeraria.

Así, la mera infracción de normativa de prevención de riesgos laborales, por ejemplo, quitarse las gafas de protección durante unos minutos o la infracción del código de circulación, saltarse un semáforo o un "Stop", no suponen una imprudencia temeraria de forma aislada, sin sopesar todas las circunstancias que intervienen en el caso en concreto. Así, trabajar con grados de alcoholemia muy elevados que afectan visiblemente la capacidad del trabajador, saltarse un semáforo en una avenida principal de una ciudad en hora punta y a una velocidad muy elevada, participar voluntariamente en peleas con compañeros, la muerte del trabajador drogodependiente, en el trabajo, por sobredosis o adulteración etc. También, a mi entender, el incumplimiento reiterado de la normativa, así, por ejemplo, trabajar habitualmente sin casco, a pesar de las sanciones reiteradas de la empresa o conducir habitualmente sin cinturón de seguridad. Asimismo, debe ser probada la existencia de imprudencia temeraria por parte de quien la alegue.

Por su parte, la imprudencia profesional o simple, se debe a la monotonía de los trabajos y el exceso de confianza del trabajador y puede conllevar la infracción de reglamentos o normativa de seguridad y salud. No hay que olvidar que la normativa de prevención de riesgos laborales establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, art. 115.4 LPRL. De este modo, el empresario deberá prevenir los accidentes debidos a imprudencia simple o profesional. Así, por ejemplo, no llevar los medios de protección individual obligatorios, cascos, botas, guantes, gafas, etc. En caso de accidentes de circulación, la simple infracción de la normativa del código de circulación, en principio, no deja de ser una imprudencia simple o profesional y no temeraria, incluso el conducir sin el permiso de conducir correspondiente o sin el seguro obligatorio.

2. VALORACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

En definitiva, hay que estar a las circunstancias de cada caso en concreto para apreciar el dolo y, especialmente, la diferencia entre imprudencia temeraria y meramente profesional o simple, que es la verdadera frontera entre accidente de trabajo y accidente común. Así, por ejemplo, como hemos destacado antes, si el trabajador se salta un semáforo en una avenida principal de una ciudad en hora punta y a una velocidad muy elevada y sufre un accidente, no se puede decir que haya buscado deliberadamente las lesiones que haya sufrido, pero sí que asumiera que pudiera pasar y, pese a ello, realizó la conducta imprudente. Sin embargo, si ese mismo trabajador se salta un "stop" en una carretera comarcal a las cuatro de la mañana, con poco tránsito, sin peatones y con una visibilidad buena en ambos sentidos, aun cuando infringe la normativa del código de circulación, precisamente es porque piensa que en esas condiciones no hay ninguna probabilidad de que ocurra un accidente.

XIX. REPARACIÓN Y VALORACIÓN DEL DAÑO EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

Desde 1966 el trabajador accidentado puede reclamar de su empresario una indemnización que va más allá de las prestaciones cubiertas por la Seguridad Social, y hasta cubrir todos los daños y perjuicios sufridos por el mismo, siempre que resulte dicho empresario ser el responsable del daño por dolo o culpa que es por lo que se exige responsabilidad en nuestro derecho. Cuando esta reclamación se produce se plantean dos problemas principales (cuándo se le puede imputar al empresario esa responsabilidad y cuál es el montante económico de la misma) y otros colaterales, lo que ha llevado a ocupar muchas opiniones doctrinales y muchas resoluciones judiciales, algunas de ellas contradictorias entre sí, hasta llegar al momento actual en que se ha llegado a un cierto consenso clarificador de toda esta problemática, que es lo que aquí se trata de concretar.

Constituye una regla básica del derecho de daños que, cuando una persona sufre un daño que le es imputable a otra, tiene derecho a exigir de esta última la reparación íntegra de aquel daño sufrido, lo que se traduce en la expresión clásica de *compensatio lucri cum damno* que incluye tanto el daño realmente sufrido (daño propiamente dicho), como el beneficio dejado de obtener como consecuencia del daño (*lucro cesante*). Pero también forma parte del contenido básico del derecho de daños que el perjudicado por una acción a otro imputable solo tiene derecho a esa congrua satisfacción, pero no a ninguna cantidad superior, pues ello le produciría un enriquecimiento injustificado y, por ello, injusto.

Cuando se produce un accidente de trabajo en sentido propio, o sea, cuando una persona está prestando sus servicios laborales para un tercero, puede ocurrir que el accidente le pueda ser imputado al empresario por no haber cumplido las exigencias de seguridad y salud establecidas previamente, o puede ocurrir que dicho accidente pueda ser imputado a un tercero o al propio trabajador, o a unos y otros conjuntamente. Se plantea en cualquier caso el problema de determinar quién o quiénes son responsables del mismo, pero también el de precisar el montante económico de esa responsabilidad.

Con arreglo a las reglas probatorias tradicionales le correspondía al accidentado, que consideraba responsable a su empleador, demostrar que el accidente se había producido trabajando, que su empleador era el culpable de aquella situación y que el daño producido alcanzaba una u otra cantidad.

Ante esta dificultad probatoria y, partiendo de una realidad objetiva cual es la de que, en un gran porcentaje de casos, el accidente tiene relación directa con el hecho de manejar unas máquinas o utilizar unos medios propiedad del empresario susceptibles de causar un daño que no se hubiera producido si no se estuviera trabajando con ellos; y en aras de proteger al trabajador de esos resultados dañosos eliminando aquellas exigencias probatorias, en el año 1900, en un momento de iniciación de lo que luego ha sido un sistema de protección social más generalizado, se llegó a establecer un modo de reparación del accidente de trabajo —Ley de 31 de enero de 1900— que consistió en entender que en todo caso de accidente, la responsabilidad era del empresario, pero la responsabilidad de éste llegaba tan solo hasta una cantidad tasada sin posibilidad por parte del trabajador de exigirle una cantidad superior por otras vías —con la única excepción relacionada con la posibilidad de lo que se conoce como recargo de prestaciones también tasado—; se trataba de un sistema de responsabilidad objetiva, tasada e inmune, que tenía para el trabajador la ventaja de que le eximía de aquellas cargas probatorias y para el empresario la de conocer el montante económico de su responsabilidad.

Aquella vía siguió su curso con normativa adicional garantizadora de la indemnización a través de diversos sistemas de protección privada o pública — sucesivamente Compañías de Seguros, Mutuas, Seguro de Accidentes de Trabajo— hasta que fue incluida en el Sistema actual de la Seguridad Social, con una especial protección dentro de este Sistema que sigue garantizando, en todo caso de accidente de trabajo, una protección de naturaleza objetiva y tasada. Pero a partir de la Ley de la Seguridad Social del año 1966 esta protección dejó de perder la inmunidad que hasta entonces tuvo, pues se permitió al accidentado que, con independencia de lo que el sistema le reconocía por aquel principio de responsabilidad objetiva, pudiera reclamar de su empleador, si éste había incurrido en responsabilidad, el montante económico de los daños y perjuicios que hubiera podido derivar del accidente no cubiertos por el sistema público de protección. Y ello porque se pudo apreciar que este sistema público no cumplía con el requisito de obtener aquella compensación íntegra de los daños y perjuicios a que tiene derecho todo accidentado cuando es otra persona el responsable del mismo, pues, en efecto, la prestación que garantiza la Seguridad Social cubre exclusivamente el «lucro cesante» y no todo (pues, aunque se perciba una pensión, ésta no cubre todos los posibles beneficios que se pudieran obtener de hallarse el mismo trabajador en activo), pero no cubre más que algunos daños patrimoniales —los sanitarios— pero no otros daños muy importantes, como los psicofísicos y los morales.

Quiere ello decir que desde 1966 el trabajador accidentado puede reclamar de su empresario una indemnización que va más allá de las prestaciones cubiertas por la Seguridad Social y hasta cubrir todos los daños y perjuicios sufridos por el mismo, siempre que resulte dicho empresario ser el responsable del daño por dolo o culpa que es por lo que se exige responsabilidad en nuestro derecho.

Cuando esta reclamación se produce se plantean dos problemas principales, a saber: cuándo se le puede imputar al empresario esa responsabilidad —criterio y título de imputación— y cuál es el montante económico de la misma. Pero al hilo de esos dos problemas principales se plantean otros colaterales como el de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de estas cuestiones, o el de determinar qué ocurre con las prestaciones de la Seguridad Social ya percibidas por el trabajador. Todo lo cual ha llevado a ocupar muchas opiniones doctrinales y muchas resoluciones judiciales, algunas de ellas contradictorias entre sí, hasta llegar al momento actual en que se ha llegado a un cierto consenso clarificador de toda esta problemática, que es lo que aquí se trata de concretar en la medida que la que actualmente se puede hacer, puesto que todos los problemas no están definitivamente solucionados.

2. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

La jurisprudencia sobre esta materia es especialmente problemática por cuanto, en primer lugar, se halla repartida entre la doctrina de la Sala 1.^a de lo Civil y la de la Sala 4.^a de lo Social; y porque hasta muy recientemente no se ha llegado a un mínimo consenso sobre toda la problemática que encierra el tema aquí traído a estudio. Siendo por esta razón por la que la estudiaremos por partes en atención a los diferentes problemas planteados sobre el particular; a saber:

El problema de la competencia judicial

Ha sido tradicional que la Sala 1.^a entendiera que era competente para conocer de estas demandas de responsabilidad civil adicional a la de Seguridad Social por entender que se trataba de demandas de responsabilidad civil derivadas de culpa extracontractual, mientras que la Sala 4.^a se consideró siempre igualmente competente por considerar que se trataba de dilucidar acerca de una responsabilidad

derivada del incumplimiento de una obligación de seguridad ubicada dentro del contrato de trabajo (responsabilidad contractual). En la actualidad, la Sala 1.^a ha aceptado que la responsabilidad derivada de accidente de trabajo tiene origen contractual cuando se reclama del empleador, con lo que ha llegado a la conclusión de que la competencia para conocer de estas cuestiones cuando es el empleador el demandado es del orden social. En este punto, la sentencia dictada por la Sala 1.^a del TS de 15 de enero de 2008 (Rec. 2374/2000, dictada por el Pleno de la Sala —en tesis que ha reiterado la misma Sala en una nueva STS de 19 de febrero de 2008 y en la más reciente de 25 de febrero de 2010— marca un antes y un después en el régimen jurídico de esta responsabilidad en tanto en cuanto ha supuesto un giro importante en la consideración y tratamiento de esta cuestión, para llegar en este punto a las mismas conclusiones básicas en las que se basaba la doctrina de la Sala 4.^a en relación concreta con la responsabilidad del empleador. No obstante lo cual, ha dejado la cuestión a mitad del camino por cuanto sigue siendo posible que, ante este orden jurisdiccional, se llame a otro demandado además del empresario para que siga el orden civil conociendo de la misma frente a la tesis de la Sala 4.^a —por todas, STS de 22 de junio de 2005 (Rec. 786/2004 que considera debe estimarse competente cualquiera que sea la cadena de posibles responsables a los que se demanda, por cuanto el incumplimiento es, de origen, de naturaleza contractual, por ser el empresario el principal responsable.

El problema sobre el criterio de imputación

También se ha producido un acercamiento en cuanto al criterio de imputación de responsabilidades en cuanto que la Sala 1.^a ha pasado de sus criterios objetivistas anteriores a uno nuevo que se conoce como criterio de imputación objetiva —por todas STS, Sala 1.^a, de 30 de julio de 2008 o 23 de abril de 2009, que, a pesar de su nombre, fija la existencia de responsabilidad en la existencia de un daño «imputable» a una determinada persona en razón del incumplimiento de sus obligaciones, siguiendo con ello, aunque sin decirlo, en los «principios de derecho europeo de contratos». En este punto la Sala 4.^a mantuvo la exigencia de que el actor probara la culpa del demandado —SSTS de 30 de septiembre de 1997 y 2 de febrero de 1998

en criterio que procederá modalizar, sobre todo porque estamos en presencia, al decir de la Sala, de una responsabilidad derivada de culpa contractual y no en un supuesto de responsabilidad extracontractual del que parte la Sala 1.^a, por lo que serían de aplicación los preceptos del art. 1101 CC en relación con los arts. 1183 y 1184 CC y 217 LEC, tanto respecto de la responsabilidad apriorística del «deudor de seguridad», como desde el punto de vista de la mayor facilidad probatoria.

El problema de la compatibilidad entre la indemnización por responsabilidad civil y las prestaciones de Seguridad Social

Una discrepancia fundamental entre las Salas se concretaba en el hecho de que, mientras la Sala 4.^a, en aplicación del criterio de que la prestación de la Seguridad Social formaba parte de la total indemnización a la que el interesado tuviera derecho, descontaba de la indemnización lo percibido por aquel medio aplicando el llamado criterio de «compatibilidad complementaria», por todas STS de 10 de diciembre de 1998 (Rec. 4078/1997, la Sala 1.^a aceptaba la suma de ambas cantidades —«sistema de compatibilidad acumulativa», por considerar que la prestación de Seguridad Social era independiente de la adicional que se reclamaba— por todas SSTS, Sala 1.^a, de 7 de marzo de 1994 y 18 de mayo de 1999. Aunque en este punto también ambas Salas han venido matizando en los últimos tiempos su concepto sobre la valoración y la compensación, la Sala 1.^a para aceptar que «el único principio que ha de tener en cuenta el Juzgador es el de la indemnidad de la víctima, y ello sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta las cantidades que se hayan hecho efectivas al perjudicado», en tesis que supone aceptar descuentos de cantidades percibidas a cuenta, y por lo tanto aproximándose a las tesis de la Sala 4.^a, cual puede verse en SSTS, Sala 1.^a, de 8 de octubre de 2001 (Rec. 1869/1996, 31 de diciembre de 2003 (Rec. 531/1998 o 15 de enero de 2008 (Rec. 2374/2000) —FJ 10 in fine—, en el mismo sentido en que apuntó en algún momento la Sala 2.^a —STS, Sala 2.^a, de 5 de septiembre de 2001 (Rec. 3875/1999, quedando fuera de ese descuento lo percibido como «recargo de prestaciones». Así lo ha entendido tanto la doctrina de la Sala 4.^a —SSTS de 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/1999) o 30 de enero de 2008 (Rec. 414/2007), entre

otras muchas— como de la Sala 1.^a, que ha hecho suya la misma doctrina y la ha aplicado en el mismo sentido como puede apreciarse en SSTS, Sala 1.^a, de 24 de julio de 2008 (Rec. 1899/2001) o 3 de diciembre de 2008 (Rec. 2604/2002).

La problemática valoración del daño. La posible aplicación del baremo establecido para los accidentes de tráfico

En donde se ha producido en los últimos tiempos un acercamiento mayor entre las dos posiciones ha sido en cuanto a la valoración de los daños derivados de accidente. En esta materia han coincidido ambas Salas en aceptar la posibilidad de aplicar el baremo establecido para los accidentes de tráfico con un valor referencial —STS de 11 de noviembre de 2005 (Rec. 1575/1999, seguida de las de Sala General de 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005 y 513/2006) y SSTS, Sala 1.^a, de 17 de abril de 2007 (recursos 2908/2001 y 2598/2002)—. Sobre aquellas bases precitadas ambas jurisdicciones han adoptado como posible y opcional la utilización, bien del sistema tradicional de alegación y prueba de los daños sufridos por el perjudicado por el accidente, bien el sistema de baremación legal previsto en el Anexo del RD Leg. 8/2004, de 9 de octubre, que aprobó el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor, como norma referencial o de aplicación analógica, a pesar de que no es obligatoria más que para los accidentes de tráfico.

Este sistema legal del baremo a pesar de ser utilizado con carácter referencial es el que ha pasado a ser utilizado por la generalidad de los Juzgados y Tribunales tanto del orden civil como del orden laboral, y es por esta vía por donde se ha conseguido unificar en gran medida aquella distonía tradicional existente en ambos órdenes jurisdiccionales sobre la misma materia, si bien hay que decir que siendo el mismo el camino seguido, todavía quedan trechos que recorren hasta conseguir la total unificación de criterios en la aplicación de dicho baremo. Debiendo añadir que si se progresa conjuntamente en la misma dirección pasarán a ser muy secundarios los problemas tradicionales sobre la competencia de uno u otro orden jurisdiccional,

puesto que al final la reparación del daño producido sería de la misma entidad y con idénticos resultados, con lo que la inseguridad jurídica hasta ahora existente desaparecería por completo.

Ambos órdenes jurisdiccionales parten de la base de que el «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación» que se recoge en el Anexo al precitado RD Leg. 8/2004 no viene establecido para establecer la valoración del daño sufrido por accidentes de trabajo, y es por ello por lo que el mismo solo es de aplicación a éstos por vía de analogía o por vía referencial. Por ello, solo se utiliza cuando la propia parte demandante se «autovincula» al mismo utilizando sus criterios, que es lo que ocurre con toda normalidad en el presente momento histórico; pero, por no ser vinculante para los accidentes de trabajo, es por lo que puede seguirse el sistema tradicional civil de alegar y probar la existencia de los daños por los medios legales de prueba.

La aplicación de dichos criterios en relación con los accidentes de trabajo hasta tanto no exista un sistema específico para la valoración de los mismos se acepta en razón a las ventajas que tiene para todas las partes implicadas. En este sentido, la Sala 4.^a en una de las dos primeras sentencias en las que directamente aplicó el sistema de baremo de 2004, en su STS de 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005 explica con toda claridad cuál es la causa por la que estima que el sistema de baremo es aplicable, señalando cómo «pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremación presenta, entre otras, las siguientes ventajas: 1.^a.—Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares. 2.^a.—Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. 3.^a.—Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos. 4.^a.—Da una respuesta a la valoración de los daños morales que,

normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto. La cuantificación del daño corporal y más aún la del moral siempre es difícil y subjetiva, pues, las pruebas practicadas en el proceso permiten evidenciar la realidad del daño, pero no evidencian, normalmente, con toda seguridad, la equivalencia económica que deba atribuirse al mismo para su completo resarcimiento, actividad que ya requiere la celebración de un juicio de valor. Por ello, la aplicación del baremo facilita la prueba del daño y su valoración, a la par que la fundamentación de la sentencia, pues como decía la STS, Sala 2.^a, de 13 de febrero de 2004, la valoración del daño con arreglo al baremo legal "es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que justifiquen mayor cuantía y que, por ende, no requiere inexcusable (mente) de una mayor fundamentación. Entendiendo que la exigencia constitucional al respecto se satisface cuando la decisión por su contenido y naturaleza permite conocer las razones que la fundan, aunque estén implícitas o muy lacónicamente expresadas". Y es que, aun admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, es lo cierto que, sobre todo cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del Juzgador y a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias».

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala 1.^a indicando en su STS, Sala 1.^a, de 7 de mayo de 2009 (Rec. 937/2004) que la aplicación de este sistema «no solo no menoscaba la indemnidad de las víctimas... sino que viene a procurar al sistema de unos criterios de valoración dotándose de una seguridad y garantía mayor del que daba el mero arbitrio judicial».

En definitiva se viene a señalar cómo, a falta de otro sistema mejor —que para los accidentes de trabajo sería muy de desear—, esta previsión legal es la que

garantiza más que el tradicional de alegaciones y pruebas del daño en cada caso concreto la seguridad jurídica en la reparación y la igualdad en el tratamiento del problema, fundamentalmente en cuanto a la valoración del daño moral de probanza imposible.

Admitida esta posibilidad, sigue afirmando que, en cualquier caso, y en ello se implica también la sentencia del Tribunal Supremo de la misma fecha, 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005), que la aplicación de aquellas previsiones legales debe hacerse con arreglo a los siguientes criterios básicos:

a) La aplicación del baremo es función propia de los Jueces de instancia, si bien con concretas exigencias que pueden llevar a que la Sala del Tribunal Superior o la del Tribunal Supremo puedan modificar aquella valoración, cual ocurrirá cuando utilizando aquellas reglas se salgan ostensiblemente de las mismas sin ninguna motivación o cuando aplique de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada los criterios de tasación de años previstos en la norma de aplicación. Así lo ha entendido tanto la Sala 1.^a —TS, Sala 1.^a, de 10 de febrero de 2006 (Rec. 2280/1999) y las que cita— como la Sala 4.^a en sus importantes sentencias de 17 de julio de 2007 y, entre otras, en la STS de 30 de julio de 2008 (Rec. 616/2002), en las que se ha señalado que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación salvo en relación con las bases fijadas para el cálculo de la misma o en supuestos de irrazonable desproporción en la cuantía fijada.

b) El Juez debe tomar su decisión resolviendo todas las cuestiones planteadas, con una motivación suficiente, «lo que le obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados». Para aceptar como suficiente la motivación se requiere que el Juez haga una valoración pormenorizada de cada uno de los daños apreciados según su etiología, o sea, distinguiendo los daños personales biológicos o fisiológicos en su persona y lo que

constituyen los daños morales relacionados con ese deterioro físico, así como los daños patrimoniales y tanto el daño emergente (los gastos soportados por el hecho dañoso) como el lucro cesante (la pérdida de ingresos y expectativas). O sea, se le exige que haga una valoración vertebrada del daño y no una valoración conjunta o global del mismo.

c) Por lo tanto, cuando el Juez se acoge a la aplicación del baremo para fijar las cuantías de la indemnización por los distintos conceptos deberá aplicarlo de conformidad con las previsiones que en el mismo se contienen, de forma que solo podrá modificar al alza el montante económico del baremo motivando las razones por las que se aparta del mismo. Como dijo la STS, Sala 4.^a, de 17 de julio de 2007 y reitera la STS, Sala 1.^a, de 9 de diciembre de 2008 (Rec. 1577/2002) la utilización de este sistema de valoración del baremo no es preceptiva, pero cuando se opta por utilizar este medio de valoración con carácter optativo hay que seguirlo con sus previsiones y consecuencias por un principio de congruencia derivado de la «autovinculación».

Ambas jurisdicciones están igualmente de acuerdo en que la adecuada utilización del baremo exige distinguir entre lo que son las reglas o criterios establecidos para la determinación de la responsabilidad y la cuantía de las indemnizaciones previstas en el mismo. Las reglas se contienen en la norma básica constituida por el Anexo al RDL 8/2004, y las cuantías a tener en cuenta son las que se contienen en sus distintas «tablas» teniendo en cuenta que la cuantía se actualiza cada año por medio de concretas Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (los de los últimos años fueron dictados en 9 de marzo de 2004 (BOE 6 de abril de 2004), 7 de febrero de 2005 (BOE 18 de febrero de 2005), 24 de enero de 2006 (BOE 3 de febrero de 2006), 19 de febrero de 2007 (BOE 19 de febrero de 2007), 17 de enero de 2008 (BOE 24 de enero de 2008), 7 de enero de 2009 (BOE 2 de febrero de 2009) y 31 de enero de 2010 (BOE 5 de febrero de 2010).

En relación con qué reglas del baremo aplicar, la Sala 1.^a y la Sala 4.^a están también de acuerdo en entender —aquella en sus SSTS, Sala 1.^a, de 17 de abril de 2007 (Rec. 2908/2001 y 2598/2002) o 12 de marzo de 2009 (Rec. 885/2004) y las de la Sala 4.^a en las SSTS de 17 de julio de 2007 citadas— que la normativa aplicable, las reglas a tener en cuenta y a aplicar a la hora de valorar los daños, es la correspondiente a la fecha de producción del accidente, lo que nos conduce a la contenida en el «sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico», que se recoge como Anexo al RD Leg. 8/2004, de 29 de octubre, y ello por dos razones fundamentales para la Sala 4.^a, a saber: a) porque la normativa legal y convencional a tomar en consideración es la correspondiente a la fecha de producción del accidente de trabajo en cuya órbita no podemos dejar de considerar que nos movemos- la Sala 4.^a sigue este criterio a otros efectos desde su STS de 1 de febrero de 2000; y b) porque en el propio Anexo, en la regla 3 del mismo, ya se dispone que «a los efectos de aplicación de las tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será al referida a la fecha del accidente». Por lo tanto el régimen jurídico a aplicar es el contenido en aquel Anexo en cuanto a las reglas de aplicación del baremo.

Problema distinto lo constituye el relativo a determinar qué concretas tablas cuantificadas tomar en consideración, pues en principio no habría problema en tomar también las de la fecha del accidente. Sin embargo, sobre este particular la doctrina contenida en las sentencias dictadas por ambas Salas parte de la base de que estamos en presencia de una «deuda de valor» y no de una «deuda nominal», porque el nominalismo no se compadece bien con la exigencia de la restitutio in integrum que se persigue, razón por la que el baremo utilizable no puede ser el de la fecha del accidente, sino el de la fecha más aproximada a aquella en que se ha de percibir la indemnización recogida en el mismo. No obstante, en tal sentido se produjo una cierta discrepancia entre la doctrina de la Sala 1.^a y la de la Sala 4.^a, pues, partiendo en ambas de la base de que estamos, como se ha dicho, ante una «deuda de valor», y estimando ambas doctrinas que el régimen jurídico a tomar en consideración es el de la fecha del accidente, la Sala 1.^a entendió que las concretas cuantías a tomar en

consideración habrían de ser las correspondientes al momento posterior al accidente en que se han consolidado las secuelas del siniestro —momento del alta médica o de la curación con o sin secuelas—, o sea, atendiendo al valor del punto que se recoge en las tablas anuales actualizadas correspondientes a dicha circunstancia, SSTS, Sala 1.^a, de 17 de abril de 2007 (Rec. 2598/2002) y 12 de marzo de 2009 (Rec. 885/2004); mientras que la Sala 4.^a en sus SSTS de 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005 y 513/2006) entendió que era más ajustado al criterio «valorista» el de fijar como fecha a tomar en consideración, a los efectos de aplicar una u otra tabla, la de la resolución judicial que fijó por primera vez la cuantía, que pudo ser la sentencia de instancia —como hizo la STS, Sala 4.^a, dictada en el Rec. 4367/2005—, o la de la fecha de la sentencia de casación —como hizo la STS, Sala 4.^a, dictada en la misma fecha en el Rec. 513/2006—, tomando en consideración a tal efecto la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que efectuaba una recomendación en tal sentido al decir que «la indemnización destinada a reparar el daño se calculará según el valor que tenga el daño al dictarse la sentencia». No obstante haber seguido tal criterio, que llevaba consigo la no aplicación en estos casos de los intereses moratorios de art. 1105 CC por cuanto la indemnización se calculaba a la fecha de la sentencia, la Sala puede entenderse que ha reconsiderado esta solución en su STS de 30 de enero de 2008 (Rec. 414/2007) para llegar a la conclusión de que, aun cuando aquella primera valoración puede ser utilizada, resulta más adecuado a la finalidad de la restitutio in integrum y al régimen jurídico de los intereses en nuestro derecho la aplicación del valor en el tiempo de la consolidación de las secuelas en cuanto que con el abono de los intereses legales del art. 1108 CC —si se reclama a tiempo— se está consiguiendo en igual o mejor medida la satisfacción de aquel interés y se cumplen mejor las exigencias del art. 1101 CC, además —esto es añadido mío— de conseguir la unificación de criterios con la Sala 1.^a. No lo ha dicho así exactamente, pues, como puede apreciarse en su fundamento séptimo, dicha sentencia solo contempla la cuestión relativa al pago de los intereses y es al hilo de esta argumentación como se refleja esta conclusión, pero es posible llegar a la misma a partir de las palabras utilizadas, además de la bondad que siempre lleva consigo una solución unificada como la que con ello se consigue.

A partir de estos criterios básicos es importante tomar en consideración los criterios sobre los que se halla articulado el sistema de valoración de los daños recogidos en el repetido Anexo a la normativa de tráfico.

Para la valoración de los daños personales —sicológicos y morales—, así como el lucro cesante, procederá la aplicación de las tablas correspondientes que contemplan las siguientes situaciones o supuestos ya citados: la muerte del accidentado; las lesiones permanentes, invalidantes o no; las incapacidades temporales; sin perjuicio de recordar el punto 6 del apartado primero del Anexo ya citado cuando dispone que, «además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte los gastos de entierro y funeral».

En las tablas se distingue, como puede apreciarse por su propia redacción, entre lo que es la indemnización por daños psicológicos y lo que son los factores de corrección al alza o a la baja, tablas I y II para las indemnizaciones por muerte, tablas III, IV y V para las lesiones permanentes, con indemnización por los daños según secuelas —tabla V— y puntos correspondientes —tabla III—, con sus correspondientes factores de corrección —tabla IV—; y la tabla VI para las situaciones de incapacidad temporal con la distinción entre daños psicológicos y moral —apartado A)—, y factores de corrección —apartado B)—.

Aplicadas estas tablas sale una indemnización de la que habrá que deducir lo percibido por la Seguridad Social que, en cuanto afecta solo al lucro cesante, habrá que descontarlo únicamente del factor de corrección concreto. Sobre esta cuestión en las SSTS, Sala 4.^a, de 17 de julio de 2007 (Rec. 4367/2005 y 513/2006) ya se vio por primera vez cómo la exigencia de homogeneidad en los descuentos exigía que lo percibido por incapacidad permanente total por el accidente de trabajo sólo era

susceptible de ser descontado de la indemnización por el índice corrector de las lesiones permanentes por el concepto de invalidez permanente —tabla IV—, y solo en la medida en que aquel concepto incluya la indemnización por incapacidad para trabajar, y por lo tanto no en su totalidad por cuanto el indicado concepto del baremo incluye otras indemnizaciones como el llamado *prejudice d'agreement* o capacidad de goce en otros órdenes de la vida, quedando autorizado el Juzgador para establecer de forma motivada el porcentaje a deducir en cada caso. Y este mismo criterio ha sido seguido por las sentencias de 2 y 3 de octubre de 2007 (Rec. 3945 y 2451/2006), 21 de enero de 2008 (Rec. 4017/2006), 30 de enero de 2008 (Rec. 414/2007), 22 de septiembre de 2008 (Rec. 1141/2007), 20 de octubre de 2008 (Rec. 672/2007), 14 de julio de 2009 (Rec. 3576/2008), 23 de julio de 2009 (Rec. 4501/2007) o 14 de diciembre de 2009 (Rec. 715/2009).

En relación con la cantidad percibida como prestaciones por IT la solución ha venido contemplada también en las mismas sentencias indicadas, más en concreto en las de 17 de julio de 2007 y 14 y 23 de julio y 14 de diciembre de 2009, en las que con toda claridad se expresa, en cifras, la forma de calcular la indemnización por incapacidad temporal, pues teniendo en cuenta que en el baremo se indemnizan daños físicos y morales en la tabla A) y lucro cesante en la tabla B), por esta última se ha de calcular la diferencia entre lo percibido por IT y lo que le correspondería haber percibido por aplicación de la escala A).

Nada se ha dicho todavía sobre la compensación de las prestaciones de la Seguridad Social recibidas en los casos de muerte derivada de accidente de trabajo, pero también habría que descontarla de la cantidad prevista por el concepto establecido en la tabla II.

Como ya se dijo más arriba, el recargo de prestaciones del art. 127.3 LGSS, en el caso de que exista, no se descuenta.

El tema objeto de comentario en este «dossier» es, como puede apreciarse, uno de los más difíciles con los que se ha encontrado la jurisprudencia, lo que ha sido debido no solo a la dificultad intrínseca del mismo, sino al hecho de que se ha mezclado también el tema de la competencia judicial con el problema añadido de la determinación del título de imputación y del criterio de imputación del mismo derivado; ello derivó hasta el problema de los descuentos y de ahí al verdadero problema de fondo, que es el de la adecuada valoración del daño. Aunque el problema de la competencia no está totalmente esclarecido, sí que lo están en gran medida los relativos al criterio de imputación a seguir (criterio de imputación objetiva o culposo con el problema añadido de la carga de la prueba), pero sobre todo el de la valoración del daño. El sistema establecido en el baremo de tráfico es el más utilizado por sus enormes ventajas probatorias, sobre todo en cuanto incluye la valoración de los daños morales de imposible probanza, y es el que más aproximación puede darnos hacia una verdadera indemnización aunque obviamente el Juez puede modificar las cuantías allí establecidas motivándolo de forma adecuada, puesto que este baremo solo se aplica con valor referencial a falta de un baremo específico para los accidentes de trabajo. Pero hoy en día existen unas pautas de valoración que no son difíciles de aplicar y tienen el mínimo contenido garantista exigible a un problema de esta naturaleza.

En definitiva se puede decir que, después de una trayectoria jurisprudencial verdaderamente complicada, se ha llegado a una situación estable en la valoración del daño derivado de accidente de trabajo con importantes márgenes de seguridad jurídica tanto para el perjudicado por un accidente como para el posible responsable de sus consecuencias dañosas.

Aunque la Sala IV del Tribunal Supremo (STS 30/06/2010 (R. 4123/2008)) ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el accidente de trabajo «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y

tradicional», lo cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/2008 (R. 437/2007); 14/07/2009 (R. 181/2008) y 23/07/2009 (R. 4501/2007), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, STS 17/07/2007 (R. 717/2005))

En el caso estudiado por la STSJ Asturias 09/05/2014 (R. 795/2014), lo único que ha quedado acreditado en relación con el accidente de trabajo sufrido por el actor es que, cuando se encontraba realizando su labor en un edificio en construcción, utilizando una taladradora, ésta da un giro chocando con la mano izquierda del trabajador, lo que le ocasionó una fractura de diáfisis de radio y cubito izquierdo. Existió, pues, un accidente de trabajo que le produjo lesiones en la mano izquierda que acabaron determinando el reconocimiento de una incapacidad permanente total, pero se desconoce cual ha sido la causa exacta del accidente porque, mientras en el parte de accidente se hace constar que la taladradora dio un giro alcanzándole la mano izquierda, a la Mutua el trabajador le manifiesta que 'sufre una caída hacia atrás tras descarga eléctrica'.

No se puede determinar, de manera objetiva, cómo se produce el accidente ni, por tanto, cuáles fueron las normas de prevención o seguridad que han sido infringidas por el empresario, imposibilidad que se acentúa ante la falta de intervención en el referido accidente de la Inspección de Trabajo, lo que conduce, necesariamente, al rechazo del recurso, ya que para que proceda la indemnización demandada la doctrina jurisprudencial exige que se acredite la concurrencia de culpa subjetiva por parte de la empresa conectada causalmente con el resultado acaecido.

3. INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y BAREMO

El Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo, con voto particular de varios Magistrados, estima en parte el recurso de D. Sebastián B.T. contra STSJ Cataluña de 22 de febrero de 2013 (rec. 7376/2011), que había revocado en parte la SJS núm. 25 de Barcelona de 18 de abril de 2011 y declara el derecho del trabajador a ser indemnizado por la empresa FB S.A. con 57.796,21 euros por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo.

El trabajador sufrió un accidente de trabajo en 2006 del que resultó con afectación dorso-lumbar derivada del movimiento repetitivo y manipulación manual de cargas al ubicar un radiador en la pila de comprobación de estanqueidad, por lo que estuvo en situación de incapacidad temporal y fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo. El Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona le reconoció 59.947,68 euros como indemnización por daños y perjuicios a cargo de la empresa FB S.A., importe que el Tribunal Superior de Cataluña redujo a 10.953,03 euros.

Doctrina del tribunal supremo

Indemnización civil complementaria por accidente laboral y su cuantificación. La inaplazable necesidad de un baremo laboral propio. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estableció en su día que las secuelas de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional podían ser objeto de incremento con una indemnización civil adicional a cargo del empresario, además de las prestaciones públicas a cargo a la seguridad social y de recargos por falta de medidas de seguridad y de las mejoras complementarias de origen voluntario pactadas individual o colectivamente. Ahora bien, ello ha generado innumerables problemas para el cálculo de la indemnización

que ha de percibir el trabajador del empresario. En las SSTS de 17 de julio de 2007 (rcud. 4367/2005) la Sala pretendió unificar criterios en orden a determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios derivadas de contingencias profesionales pero el Tribunal reconoce que « la materia en manera alguna está clarificada para gran parte de los órganos judiciales y restantes operadores jurídicos».

Se confirma así la oportunidad de la propuesta contenida en la Ley de la Jurisdicción Social de 2011 (disp. final 5.^a) de un nuevo sistema (baremo) de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales propio del ámbito social que se encomendó elaborar al Gobierno, aunque el ejecutivo haya dejado pasar el plazo entonces fijado para su elaboración. Resulta hoy extraordinariamente complejo determinar con la necesaria certeza y seguridad jurídica el importe de las indemnizaciones resultantes, no solo para empresarios y trabajadores, sino también para las entidades aseguradoras, y probablemente hace también imposible todavía hoy su estimación completa y precisa a priori, pese a los esfuerzos de la Sala Cuarta por clarificar esta importantísima cuestión, que termina generando no solamente unos costes imprevisibles para las empresas, sino sobre todo una gran litigiosidad y una visible desigualdad entre las indemnizaciones finalmente percibidas por los trabajadores en situaciones aparentemente iguales. En la situación presente, ya no se puede exigir más a los Tribunales laborales, sino que han de ser el Gobierno y el poder legislativo quienes fijen a la máxima urgencia en una norma completa e integrada un sistema laboral propio y autosuficiente de valoración de daños a efectos de indemnizaciones.

Criterios jurisprudenciales y el último cambio jurisprudencial. En la sentencia ahora comentada se produce, en concreto, un cambio jurisprudencial expreso en torno al importe indemnizatorio que corresponda percibir por el factor de corrección de «incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima». A la vez la sentencia enumera los criterios generales sobre la indemnización adicional en accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

A) Sistema de responsabilidad empresarial en contingencias profesionales. En la actualidad el sistema de indemnizaciones, eventualmente acumulables, de un accidente laboral o enfermedad profesional comprende cuatro clases de prestaciones:

a) Prestaciones de seguridad Social del nivel mínimo y obligatorio, a cargo de la Entidad gestora o aseguradora responsable, estrictamente objetivas, no requieren culpa empresarial y son de cuantía tasada,

b) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (art. 123 LGSS) a cargo estrictamente del empresario, no compensables y no asegurables.

c) Mejoras voluntarias sobre el nivel mínimo a) anterior, pactadas en convenio, pacto de empresa o contrato, o implantadas voluntariamente por el empresario

d) Responsabilidad civil adicional a cargo del empresario por culpa o negligencia empresarial.

B) Competencia del orden social, exigencia de culpa empresarial. La reclamación se formula ante los tribunales laborales y aunque se basa en la culpa contractual o extracontractual empresarial, está notoriamente objetivada ya que el empresario es el garante de la salud e integridad del trabajador en el lugar de trabajo y ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible.

C) Integridad de la reparación económica. Según el Tribunal Supremo la indemnización, esencialmente a cargo del Juzgado, pero que el TSJ o el TS pueden revisar si es incorrecta o arbitraria, debe ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios derivados del accidente laboral que se acrediten, en las esferas personal, laboral, familiar y social, sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido para evitar el enriquecimiento sin causa.

D) Categorías básicas a indemnizar. La especificación de los daños y perjuicios debe hacerse según las categorías básicas, siempre sin deducir el posible recargo por falta de medidas de seguridad:

a) daño corporal (lesiones físicas y psíquicas) y daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual). La aplicación del Sistema para la Valoración de los años y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación o baremo del automóvil (RD Leg. 8/2004, de 29 de octubre) es facultativa, e incluso cabe apartarse motivadamente en algún punto. Son orientativos también los importes máximos fijados anualmente por Resolución de la Dirección General de Seguros (v. gr. Resolución de 5 de marzo de 2014, BOE 15 de 5 de marzo de 2014) que pueden incrementarse motivadamente.

b) El daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso), se fija según lo pedido y lo que haya probado el trabajador, de su existencia y de su importe (son a cargo de la empresa o aseguradora los hechos excluyentes o minoradores).

c) El lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas laborales). Tanto por incapacidad temporal como incapacidad permanente la posible indemnización adicional tiene carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las eventuales mejoras voluntarias, si el importe de la pérdida de ingresos supera la suma de las prestaciones obligatorias, y siempre «formando parte de un total indemnizatorio».

E) Concurrencia de indemnizaciones y reglas de compensación. Como regla general, cuando se tiene derecho a varias indemnizaciones, se entienden compatibles pero complementarias. Ha de deducirse del importe total lo cobrado de otras fuentes por el mismo concepto (salvo el recargo de prestaciones que no se descuenta en caso

alguno por su naturaleza disuasorio-preventiva), pero: a) evitando el enriquecimiento injustificado, bien del trabajador, bien del que causó el daño o de la aseguradora; y b) la compensación solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

Secuelas físicas (Tabla III). Las «indemnizaciones básicas por lesiones permanentes se determinan con inclusión de los daños morales, mediante la atribución de puntos por cada concreta secuela y del valor por punto en función de la edad del damnificado. Su importe no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones. Como se trata de una deuda de valor, el régimen de las secuelas y número de puntos son los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente. El Tribunal admite aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas [alta por curación] pero hay que elegir entre uno u otro sistema.

Incapacidad Temporal (Tabla V). El lucro cesante a reconocer al trabajador es la diferencia entre el salario real percibido en activo, incluida la subida de convenio, y las prestaciones recibidas, incluido el complemento IT de mejora voluntaria (sin aplicar los «factores de corrección» por perjuicios económicos según los ingresos netos anuales de la víctima puesto que se parte del 100x100 del salario real). No cabe compensar con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.

Según precisa la Sentencia, la determinación del daño moral para la situación de IT ha de hacerse —tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala— conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y precisamente en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta].

Incapacidad Permanente (Tabla IV). Se descuentan de la posible indemnización final las prestaciones de Seguridad Social y mejoras voluntarias recibidas que resarcen la disminución de la capacidad de ganancia, sobre la base de equivalencia entre prestaciones recibidas y lucro cesante salvo casos de acreditada insuficiencia del resarcimiento (como IP fronteriza con el grado superior, dificultades de rehabilitación por edad, pérdida de expectativas laborales constatables...)

El daño moral. Cambio de doctrina. El factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone —tratándose de un trabajador— la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente —en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo— a reparar el indicado daño moral.

En consecuencia, a la cifra obtenida por el Tribunal Supremo aplicando los criterios anteriores (42.627,57 euros) ha de añadirse el importe de la deducción por lucro cesante efectuada respecto del factor corrector de IP para la «ocupación habitual» [26.400 euros], lo que llevaría a 69.027,57 euros, si bien la estimación del recurso no puede superar los términos de lo reclamado por el trabajador (57.796,21 euros).

Por último, en STS 20 de noviembre de 2014, rcud. 2059/13, analiza la aplicación de la Tabla I del Baremo de Accidentes de Circulación (indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales, en relación con el cambio de doctrina derivado de la anterior STS Pleno de 23 de junio de 2014 sobre la tabla IV Baremo para concluir: a) que el factor que cuantifica el lucro cesante según los ingresos de la víctima «como renta de sustitución» viene a compensar las retribuciones salariales

dejadas de percibir por el fallecimiento del trabajador; y que, b) La Tabla I, como la Tabla IV (ya analizada en la STS Pleno de 23 de junio de 2014), «integra el daño moral, esencialmente, y de las cantidades en ella establecidas no pueden deducirse las prestaciones de muerte y supervivencia (viudedad y orfandad)» por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual, ya que compensan bien daño emergente o pérdida patrimonial directa, bien lucro cesante por rentas dejadas de percibir por la persona fallecida y su familia.

4. ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN CIVIL ADICIONAL

El demandante sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios para una empresa, sucedida después por otra. Se le reconoció el derecho a una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual; además, se aplicó un recargo en las prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad, que ascendió al 30 por 100 de las prestaciones económicas. El trabajador percibió 12.020,24 euros en virtud de un seguro suscrito por la empresa con una aseguradora, a fin de cubrir la incapacidad permanente total que se había declarado. En la demanda se reclamaban 250.000 euros en concepto de responsabilidad de las empresas y de la aseguradora.

El Juzgado de lo Social dictó sentencia estimando en parte la demanda, condenando a todos los demandados a abonar al actor la cantidad de 12.311,78 euros, como valoración del daño sufrido, descontando el capital coste de la pensión y la indemnización recibida por la póliza de seguro, pero sin deducir el recargo por falta de medidas de seguridad. El recurso de suplicación interpuesto por el demandante fue desestimado y confirmada la resolución de instancia.

La cuestión controvertida quedó concretada en casación a determinar las indemnizaciones que deben computarse para la restitución integral de las consecuencias de un accidente de trabajo. Según el recurrente, debieran computarse las cantidades correspondientes a la incapacidad temporal, a la indemnización básica por secuelas, por el factor de corrección por perjuicios económicos y una cantidad por aplicación del factor de corrección por lesiones que constituyen incapacidad permanente, con la correspondiente reducción por concurrencia de culpa de la víctima. Dice la sentencia que el recurso debía quedar limitado a la cuestión aludida, sin tratar otros temas como los relativos a las valoraciones realizadas y a las cuantías del baremo aplicables.

Se reitera en este caso la doctrina proclamada por las SSTs de 17 de julio de 2007, 30 de enero y 20 de octubre de 2008, entre otras muchas, doctrina que en síntesis viene a sostener lo siguiente:

La reparación de los daños derivados de accidente de trabajo se materializa en la responsabilidad del empresario, como deudor de seguridad frente a sus trabajadores y como garante del riesgo profesional producido por el desarrollo de su actividad profesional. La reparación se instrumenta a través de tres vías: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones y la denominada indemnización civil adicional. Las primeras se aplican abstractamente de la culpa del empresario, pero ofrecen una reparación limitada que no cubre la totalidad del daño. El recargo se aplica cuando el accidente se produce con infracción de las normas de prevención imputables al empresario, pero como mecanismo de reparación actúa sólo como un incremento de las prestaciones de la Seguridad Social y tiene las mismas limitaciones que éstas en cuanto al alcance de la reparación. La indemnización adicional se funda en la culpa y establece una reparación adicional que debe permitir una cobertura completa del daño.

Estas tres vías de reparación deben someterse a una cierta coordinación, habiéndose inclinado la doctrina por el criterio de complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total. Conforme a este criterio deben descartarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que se excluye el recargo por falta de medidas de seguridad. La coordinación de las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad; para las prestaciones de incapacidad temporal la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el 100 por 100 del salario cobrado al tiempo del accidente. Es procedente descontar el capital coste de las pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, pero teniendo en cuenta que la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, de modo que sólo se descontarán las indemnizaciones reconocidas por lucro cesante. No cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste, porque se vulneraría doblemente la regla de homogeneidad; tampoco debe deducirse del capital coste de incapacidad permanente la indemnización básica.

La sentencia trae a un primer plano el tan debatido tema de la compensación económica de los daños provocados por las contingencias profesionales, poniendo de relieve los tres niveles actuales de protección en tales situaciones: las prestaciones de la Seguridad Social; el recargo de las prestaciones económicas en caso de ausencia de medidas de seguridad y la denominada por la doctrina indemnización civil adicional, a lo que es posible añadir el seguro privado. El sistema público de protección tiene su cobertura constitucional en el art. 40 Constitución y, a nivel de legalidad ordinaria, en los arts. 4. 2 d) y 19 Estatuto de los Trabajadores, así como en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De lo que en realidad se trata aquí es de la reparación del daño total o de la restitutio in integrum, puesto que la cobertura del sistema público de la Seguridad Social no alcanza ese resultado.

La cuantificación del importe de los daños y perjuicios sufridos entraña una considerable dificultad, sobre todo cuando se trata de valorar el daño moral, pero no es el caso de la sentencia comentada, pues el importe de esos factores no se había cuestionado en el recurso de casación. De lo que se trataba era de la determinación del importe líquido y del juego que a tal efecto debe atribuirse a los distintos factores y elementos concurrentes, y de esa manera cuantificar el importe de lo que el perjudicado debe percibir, es decir, lo que resulte después de deducir de la cifra en que se sitúa el daño la resta de los posibles adelantos ya abonados. De la doctrina de la sentencia y de otras anteriores de las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo se pueden sentar las siguientes conclusiones:

1.^a. El recargo por falta de medidas de seguridad se excluye del cómputo de lo ya percibido, porque actúa de manera independiente como sanción económica.

2.^a. Para fijar la cuantía de la indemnización es correcto computar lo percibido de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos.

3.^a. La regla general es que los beneficios económicos provengan de hechos diferentes del propio daño, son independientes y, por consiguiente, no se computan en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño total ocasionado.

4.^a. Esa regla general, que trata de evitar el enriquecimiento injusto o sin causa, no es aplicable cuando se trata de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que, por seguros sociales, ya ha percibido o han de facilitarse a la víctima del accidente, pues provienen de la misma fuente; se trata de reparar y no de enriquecer.

5.^a. No existe una independencia absoluta entre lo percibido en concepto de indemnización por las contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria. La STS, Sala 4.^a, de 3 de febrero de 2009 declara que cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, se estima que son compatibles, pero no complementarias; la compensación debe hacerse entre conceptos homogéneos.

6.^a. No cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera la regla de la homogeneidad y se compensan unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrían en su caso el lucro cesante. Tampoco cabe la deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica.

XX. RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. CONCEPTO

Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50%, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La responsabilidad del pago del recargo en la prestación recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

La responsabilidad del pago del recargo en la prestación, es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción (artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

TS 4.^a Sentencia de 12 de julio de 2007. Recargo de prestaciones de seguridad social por accidente de trabajo. Responsabilidad del empresario. Siendo cierto que la empresa impartió instrucciones escritas a los trabajadores prohibiendo intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño, en la evaluación de riesgos efectuada por el Servicio de Prevención se advirtió de la necesidad de dotar a la máquina de dispositivos que garanticen su seguridad, dotando de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros. Fue, pues, la conducta omisiva del empresario la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador.

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 13 de julio de 2007. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador accidentado al caerle una pieza de la obra desde una grúa. La operación no estaba descrita en el plan de seguridad de la obra y la anilla no tenía ninguna medida de seguridad para que no se soltara completamente. La culpa del trabajador no puede ser criterio para exonerar la culpa del empresario. La concurrencia de trabajos extraordinarios, fuera de los previstos en la obra, no excluye al empresario de su obligación de seguridad. No es obstáculo para la imputabilidad de la responsabilidad la suficiente formación del trabajador pues este se encuentra sometido a la propia disciplina del empleador en cuanto a la forma de realizar las tareas.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECARGO

Naturaleza sancionadora

Una postura tradicional en la doctrina se inclina por el carácter eminentemente sancionador o punitivo del recargo.

Como argumentos empleados para respaldar esta postura, se citan, entre otros:

— Que procede de una autoridad administrativa.

— Que requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario.

— Que tiene una finalidad represiva de los comportamientos ilícitos.

— Que no es susceptible de aseguramiento.

Sin embargo, aparte de todas estas argumentaciones, esta postura no resulta del todo acertada, en base, entre otras, a las siguientes razones:

— El importe del recargo ingresa en el patrimonio del trabajador accidentado, cuando lo lógico sería, si se tratara de una sanción típica, que ingresara en el propio Sistema de Seguridad Social, perjudicado también por el ilícito empresarial al ser en definitiva el responsable de la prestación generada por el accidente o la enfermedad.

— El carácter sancionador podría plantear el problema de la aplicabilidad del principio "non bis in idem", pues resulta difícilmente compatible con la posibilidad, declarada expresamente, de mediar al mismo tiempo una sanción de orden penal o de orden administrativo.

— Es necesario para que sea posible el reconocimiento del recargo que se haya producido un daño, y que ese daño se haya concretado en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, de modo que si no existe lesión el ilícito quedaría sin sanción.

La jurisprudencia mayoritaria considera al recargo como una medida eminentemente sancionadora, de carácter punitivo, y que como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2000, de 14 de febrero de 2001 y de 21 de febrero de 2002, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/1985, de 26 de noviembre de 1985, que afirma que el recargo "constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora".

Naturaleza indemnizatoria

Una segunda postura en la doctrina se inclina por el carácter indemnizatorio del recargo.

Como argumentos empleados para respaldar esta postura, se citan, entre otros:

— La finalidad reparadora, que tiende a compensar a quienes no debieron sufrir un accidente o una enfermedad profesional, de haberse aplicado correctamente los medios previstos.

— El destinatario del recargo, que es el propio trabajador accidentado o sus causahabientes.

La jurisprudencia venía proclamando el carácter indemnizatorio del recargo, al declarar que para la determinación de la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo debía detraerse o computarse lo ya percibido por otros conceptos, incluyendo el importe del recargo. No obstante, la

jurisprudencia más reciente confirma el carácter sancionador del recargo y establece que su importe no es deducible de la indemnización por daños.

Sin embargo, hay elementos en el recargo que lo apartan del carácter indemnizatorio, como su cuantía, que no depende de la intensidad del daño sino de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Naturaleza híbrida

Una tercera postura de la doctrina, intermedia, concibe el recargo como una figura híbrida, esto es, al mismo tiempo, sancionatoria e indemnizatoria.

En este sentido, se califica el recargo como "sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio", de naturaleza eminentemente sancionadora, pero que a su vez está impregnado de un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral.

El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública. Esa naturaleza especial, diferente de la propiamente sancionadora, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento del recargo que redundará en su beneficio (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008).

En alguna ocasión se ha calificado de "monstruo legal de tres cabezas", por ser al propio tiempo sanción, indemnización y prestación social. "Sanción porque necesita como requisito ineludible de un incumplimiento empresarial, indemnización al tener como finalidad reparar un daño causado al trabajador afectado y, prestación de Seguridad de Social al no ser sino una prestación de tal índole".

En definitiva, el recargo es un híbrido, dotado de un régimen jurídico especial, cuyo objetivo primordial es disminuir el número de siniestros laborales, con un contenido punitivo-represivo para el empresario y un componente reparador-indemnizatorio para el trabajador accidentado.

3. REQUISITOS CONSTITUTIVOS DEL RECARGO

La propia redacción del artículo 164 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, permite afirmar que para la imposición del recargo es precisa la concurrencia de una serie de requisitos o circunstancias, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, a saber:

- Debe producirse un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.
- Debe existir un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- Debe existir una adecuada relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador.
- Debe existir derecho a una prestación económica, esto es, será premisa imprescindible que se reúnan los requisitos propios de la prestación económica que en cada caso corresponda.

La principal cuestión que se plantea es delimitar las medidas de seguridad y salud cuyo incumplimiento genera la imposición del recargo, esto es, si la infracción debe recaer en una medida de seguridad concreta y tipificada o se trata de una alusión

general, teniendo en cuenta el deber general de prevención a que está obligado el empresario.

Aquí, la doctrina judicial mayoritaria adopta una postura amplia y flexible, y estima que la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad, exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores. Se fundamenta esta posición, principalmente, en la deuda de seguridad que el empresario tiene contraída con sus trabajadores por el solo hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito de organización, derecho básico recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y que con carácter general y como positivación del principio "alterum non laedere", es elevado a rango constitucional por el artículo 15 de la Constitución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 1999, señala que el incumplimiento del deber general o deuda de seguridad que corresponde al empresario es suficiente para imponer el recargo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2001 establece el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado.

4. SUJETO RESPONSABLE DEL PAGO DEL RECARGO

El sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene (artículo 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015), sin que exista una responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), como reiteradamente tiene señalado el Tribunal Supremo (entre otras, en sus Sentencias de fecha 20 de octubre de 2000, 14 de febrero de 2001, 21 de febrero de 2002 y 22 de abril de 2004), al afirmar que el recargo no constituye en modo alguno

"una forma o modalidad de prestación que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente".

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1993, sostiene que no cabe invocar, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente condenada a su abono, pues "el principio de protección social proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino, que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado".

No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuestos especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión de determinar el sujeto responsable del pago del recargo.

Contratas y subcontratas de obras y servicios

La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales venían excluyendo del ámbito de la responsabilidad solidaria el recargo de prestaciones en base a que la obligación en materia de seguridad e higiene correspondía en todo caso al empleador del trabajador, incluso cuando los servicios se presten en los locales de la empresa principal.

Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 1992, se admite la eventual responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratista y/o subcontratista, sobre la base de la propia noción de "empresario

infractor" utilizada por el artículo 123.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (esta cita debe entenderse hecha al actual artículo 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social 2015), cuya determinación en estos casos "se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez". En tal sentido señala que "es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este, por lo que no parece correcto excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal".

El artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece claramente que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas o subcontratistas a que se refiere el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que dicha infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal.

En base a esta obligación conjunta que tienen las dos empresas de vigilar y velar por la seguridad de los trabajadores, parte de la doctrina judicial y un sector importante de la doctrina científica declaran que cabe la responsabilidad solidaria en el pago del recargo.

En todo caso, la responsabilidad solidaria parece que se restringe al quedar condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos:

— Que las obras o servicios contratados correspondan a la propia actividad del empresario principal. El concepto de propia actividad no es fácil de delimitar, si bien cabe entender como tal aquellas actividades en las que se advierta una conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa, que constituyen una labor complementaria esencial.

— Que la infracción en materia de seguridad e higiene se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal, o fuera de él cuando los trabajadores operen con maquinaria, equipos, productos, materias, o útiles proporcionados por la empresa principal (artículo 24.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

— Que la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño, y por ello podemos concluir que el responsable del pago podrá ser indistintamente el empresario principal, el contratista o ambos, dependiendo de aquél a quien le sea imputable el incumplimiento de la normativa relativa a la Prevención de Riesgos Laborales.

Una vez determinada, en su caso, la responsabilidad solidaria, el reparto del importe del recargo se debe realizar atendiendo al grado de participación o responsabilidad en la producción del resultado dañoso de cada una de las empresas implicadas. Y si uno de los empresarios responsables hubiera hecho frente al pago del recargo en su totalidad, podrá repetir contra el otro u otros por el importe que a cada uno correspondiera.

Finalmente, los pactos o cláusulas que se introduzcan en el contrato de ejecución de obra para hacer recaer la responsabilidad por recargo exclusivamente en la contratista o en la empresa principal, deben entenderse como pactos "contra legem", y por tanto sin efectos jurídicos.

Empresas de Trabajo Temporal

En el caso concreto de las Empresas de Trabajo Temporal, la única responsable parece ser la empresa usuaria y no la de trabajo temporal, y ello en base a que es la empresa usuaria la que interviene en las condiciones directas de ejecución de los trabajos.

El artículo 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, establece que la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

No obstante, cabe la posibilidad de extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la Empresa de Trabajo Temporal, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la causación del siniestro, en los mismos términos en que hemos visto en materia de contratas y subcontratas.

5. PROHIBICIÓN DE ASEGURAMIENTO DEL RECARGO

El artículo 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, establece de forma clara e inequívoca que la responsabilidad en el pago del recargo no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

Sin embargo, no hemos de olvidar lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que establece que podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.

6. COMPATIBILIDAD DEL RECARGO CON OTRAS RESPONSABILIDADES

El artículo 164.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, asimismo, establece que la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

La compatibilidad e independencia del recargo ha sido expresamente declarada por la Ley y por la doctrina judicial y científica.

No obstante, la compatibilidad del recargo con otras responsabilidades está íntimamente unida a la naturaleza jurídica del mismo. Pues si se postula la naturaleza estrictamente sancionatoria, se plantea el problema de la aplicación del principio "non bis in idem", que impediría directamente la acumulación con una sanción penal o administrativa derivada del mismo incumplimiento.

Si bien, la consideración del recargo como un híbrido entre la sanción y la indemnización, con efectos tanto represivos como resarcitorios, no impediría la eventual imposición de la sanción penal o de la sanción administrativa, pues la vertiente reparadora del recargo evitaría la contradicción con el principio "non bis in idem".

7. REGULACIÓN NORMATIVA

Artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal.

Para la declaración de existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa, y la imposición de un recargo de entre el 30 y el 50 por 100 en las prestaciones en los accidentes de trabajo sufridos por un trabajador resulta necesario, en su aplicación práctica, que se demuestre

consistentemente que se ha producido una infracción de normas de tal carácter, tipificada como grave, con relación a las circunstancias de las máquinas, artefactos, instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya se deduzcan de la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, salubridad o adecuación personal a cada trabajo, así como que entre tal infracción y el resultado dañoso para la integridad física del trabajador, exista adecuada relación de causalidad, no interferida por causa de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado

Sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, que puede afectar ya a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral recogido en el Art. 4.2 y Art. 19 Estatuto de los Trabajadores, y que, con carácter general, como positivación del derecho "alterum non laedere" es elevado a rango constitucional por el Art. 15 Constitución Española y que en términos de gran amplitud tanto para el ámbito de las relaciones contractuales, como extracontractuales, consagra los Art. 1104, Art. 1902, Código Civil siendo el criterio de la razonabilidad, según máximas de la diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, el más acorde por otra parte con los recogidos por el artículo 16 del Convenio nº 155 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 22/06/1981 ratificado por España el 26/07/1985.

El Art. 164 Ley General de la Seguridad Social, relativo al recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo, establece y se transcribe su literalidad, que:

"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción."

Así pues, cabe sintetizar los requisitos del supuesto normativo, de la siguiente forma:

- La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que dé lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social.
- La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídico públicas.
- La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro.
- La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el apdo. 3, Art. 42 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, relativo a las responsabilidades y su compatibilidad, y en él se hace referencia específica al recargo de prestaciones. Asimismo se afirma en el apdo. 2, Art. 14 LPRL, y se transcribe su tenor que "En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo." Y en el artículo 15.4 de la citada Ley se señala que "La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador." Finalmente, el apdo. 1, Art. 17 ,LPRL, establece y se transcribe su tenor que "El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que:

- a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.
- b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello."

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio nº 155 de la Organización Internacional del Trabajo de fecha 22/06/1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las

operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores."

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el apdo. 2, Art. 40 ,Constitución Español, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas Europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12/06/1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, así como los compromisos internacionales del Estado Español, que figuran en el preámbulo de la repetida Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , como factores determinantes para la publicación de dicha Ley cuyo objeto, contenido en el artículo 5 es "La promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo."

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 02/10/2000), viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes:

- a) Que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26/03/1999).
- b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador.

c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 06/05/1998).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 08/10/2001 (R. 4403/2000), del juego de los preceptos antes descritos: 14.2, 15.4, 17.1, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y se transcribe su tenor literal "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones."

8. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR RECARGO DE LAS PRESTACIONES EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Teniendo en cuenta los requisitos constitutivos del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, los plazos de prescripción para la solicitud del recargo, hemos de prestar atención a los siguientes criterios:

1.- La jurisprudencia unificadora interpreta que la acción tendente al reconocimiento del derecho al recargo tiene, conforme al apdo. 1, Art. 53 LGSS, un plazo de prescripción de cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada (entre otras muchas, SSTS/IV 9-febrero-2006 -R. 4100/2004, 27-03-2007 -R. 639/2006, 17-04-2007 -R. 756/2006, 26-09-2007 -R. 2573/2006, 27-12-2007 -R. 4945/2006) o proclamando, en definitiva, y de una forma flexible, que debe establecerse "un único día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones" (SSTS 09-02-2006 -R. 4100/2004, con invocación del criterio sustentado en STS/IV 10-diciembre-1998 -R. 4078/1997 Sala General, 12-febrero-2007 -R. 4491/2005).

Esta doctrina flexible en cuanto al "día inicial" tiene su causa en que, como se ha indicado, conforme a la normativa actualmente vigente, de un mismo accidente de trabajo pueden derivar diversas actuaciones seguidas ante cuatro órdenes jurisdiccionales distintos, el penal (acción penal con ejercicio simultaneo en su caso de la acción civil derivada del delito), el social (prestaciones de la seguridad social pública, mejoras voluntarias de la acción protectora, acciones indemnizatorias, recargo por infracción medidas de seguridad), el civil (acciones indemnizatorias) y el contencioso-administrativo (impugnación sanciones administrativas por infracción medidas seguridad), con las derivadas consecuencias negativas. Como ya recordaba la STS 10-12-1998 (R. 4078/1997, Sala General), "esta variedad de mecanismos de indemnización de los daños producidos por el incumplimiento del deber del patrono, y específicamente en relación con el accidente, con la consecuencia de esa posible pluralidad jurisdiccional, ya fue destacada por la Sala en su sentencia del 24 de mayo de 1994.

En efecto, ante un concreto accidente de trabajo resulta que, conforme a la actual legislación orgánica y procesal, -- y a la espera de deseable una futura racionalización --, es habitual que los jueces y tribunales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales tengan que intervenir simultánea o sucesivamente, para valorar unos mismos esenciales hechos en aplicación de su diversa normativa sustantiva y con diversas normas procedimentales, para determinar, con distintos sistemas en orden a la práctica y la valoración de la prueba, los diversos supuestos de hecho de aplicación de sus diversas normas sustantivas, aunque todas ellas inciden en datos fácticos comunes como los afectantes a la posible existencia del concreto accidente, su calificación como laboral o no laboral, y la participación de los diversos intervinientes o de los afectados por diversos títulos, así como para delimitar el contenido y alcance de las responsabilidades derivadas, muchas de ellas concurrentes.

El que un mismo hecho dañoso para un trabajador, que pudiera ser calificado como accidente de trabajo, sea susceptible de ser examinado por diversos órganos judiciales integrados en distintas jurisdicciones, las que cuentan con una estructura orgánica, procedimental y sustantiva propias, puede generar, entre otras consecuencias negativas: a) contradicciones trascendentes (el que un mismo hecho pueda existir o no existir para los distintos órganos del Estado); b) la inseguridad jurídica consecuente vulneradora del apdo. 3, Art. 9 ,Constitución Española, difícil de remediar en nuestro actual sistema competencial orgánico y procesal; c) la demora en la obtención de la exigible tutela judicial efectiva, por la obligada utilización de múltiples vías jurisdiccionales e incluso procesales para intentar defender íntegramente los derechos o intereses del trabajador accidentado o de sus beneficiarios, del empresario o de la entidad gestora o aseguradora afectados, agravado por el diverso ritmo temporal de los distintos tribunales; d) la problemática de la compatibilidad o la incompatibilidad o de la posibilidad del ejercicio sucesivo, simultaneo o condicionado de las diversas acciones, con su incidencia en los plazos de caducidad o de prescripción para su ejercicio (inicio,

causas de suspensión, incidencia de los hechos probados de la sentencia firme de una jurisdicción en las otras); y e) la problemática de la compatibilidad, la incompatibilidad, la independencia o la complementariedad de las diversas indemnizaciones o sanciones, entre otras muchas consecuencias negativas (p.ej., la sanción penal en algunos casos puede ser más débil que la administrativa o el proceso penal al paralizar la acción administrativa puede interferir en la reparación a través del recargo o condicionar la sentencia absolutoria que se dicte la exigibilidad de reparación en otros ámbitos).

Interrupción de la prescripción del plazo de cinco años para el ejercicio de la acción

La interrupción de la prescripción del plazo de cinco años para el ejercicio de la acción tendente a solicitar el recargo ex art. 123 LGSS de las prestaciones económicas de Seguridad Social por haber podido tener causa el accidente de trabajo en la infracción de medidas de seguridad, la prescripción se interrumpe, entre otras causas, "en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate" (43.2 LGSS), sin que exija el precepto legal que las actuaciones administrativas inspectoras tengan que estar dirigidas directamente contra el empresario frente al que ulteriormente se pudieran dirigir sus acciones los posibles afectados para obtener la declaración en vía administrativa o posterior jurisdiccional de existencia de infracción de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo cuestionado y la consecuente responsabilidad empresarial al abono del recargo ex art. 123 LGSS en el porcentaje que se fije dentro de los límites legales. En los supuestos ordinarios de accidentes en el desarrollo del trabajo para una concreta empresa lo normal es que la acción inspectora se dirija contra el empresario formal que suele coincidir con el empresario "verdadero" o, en la terminología de la jurisprudencia unificadora en interpretación del Art. 123 LGSS, con el "empresario infractor" (entre otras muchas, SSTS/IV 31-enero-1994 -R. 4028/1992, 16-diciembre-1997 -R. 136/1997, 7-10-2008 -R. 2426/2007); sin embargo, en los cada vez más frecuentes supuestos de concurrencia de empresarios (contratas y subcontratas, empresas de

servicios, empresas de trabajo temporal, grupos de empresa, control por distintos empresarios del centro de trabajo donde acontece el accidente, etc.) la actuación inspectora puede iniciarse y desarrollarse de una forma más global para determinar los posibles empresarios infractores e incluso concluir sin que alguno de los considerados como tales por los afectados resulte implicado en tales actuaciones administrativas, lo que no parece motivo suficiente para impedir que, en discrepancia con aquellas actuaciones, los afectados puedan ejercitar luego sus acciones contra los que consideren empresarios infractores no incluidos en aquellas actuaciones. Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 07/10/2008, Rec. 2426/2007

Cuestión distinta es cuando se trata de actuaciones administrativas sancionatorias o liquidatorias, -- naturaleza que no ostenta el denominado recargo de prestaciones (entre otras, STS 02-10-2000 - R. 2393/1999, Sala General) --, pues en estos casos la propia LGSS en su art. 21 (modificado por Ley 14/2000 de 29 - diciembre), al regular los plazos de prescripción de acciones y derechos de tal naturaleza y al determinar los supuestos de interrupción de la prescripción, dispone expresamente la necesidad del conocimiento formal del responsable del pago, estableciendo que "La prescripción quedará interrumpida por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación" (apdo. 3, Art. 24 LGSS), como ha interpretado la jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, SSTs 28-02-2000 -R. 2218/1997 interés de ley).

Del precepto ahora cuestionado no se deduce, como interpreta la sentencia recurrida y se sustenta por la Entidad Gestora en la impugnación al recurso casacional, que la interrupción de la prescripción ex art. 45.2 LGSS "en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se

trate"solamente se produzca cuando ya iniciado el expediente administrativo de imposición del recargo se requiera por la Entidad Gestora la intervención de la Inspección, pero no cuando esta última inicia un procedimiento sancionador al margen del procedimiento de imposición del recargo, pues, entendemos, que al margen de los efectos que en orden a la suspensión de los plazos para resolver el expediente de recargo pueda comportar la actuación inspectora requerida por la Gestora, lo que pretende el precepto legal es regular los supuestos de prescripción de la acción a ejercitar por el beneficiario y no los efectos internos o de regulación de las causas de suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento administrativo al modo que efectúa el apdo. 5 del Art. 42 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la referencia debe entenderse hecha al Art. 22 Ley 39/2015, de 1 de octubre) entre otros supuestos, cuando deben solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución para lo que fija un plazo de suspensión que no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

Cuestión distinta es la de que en reiteradas resoluciones de la Sala IV del Tribunal supremo, como en la invocada STS 27-12-2007 (R. 4945/2006), se afirme que "la iniciación y subsiguiente tramitación del expediente a través del cual el INSS debe resolver lo atinente a si procede o no el recargo del que tratamos, interrumpe la prescripción a la que alude el citado apdo. 1, Art. 53 LGSS, pues se añade que tal pronunciamiento debe ponerse en relación con la doctrina relativa a que "en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el apdo. 1 del Art. 42 ,Ley 30/1992, de 26 de noviembre (la referencia debe entenderse hecha al apdo. 1 del Art. 21 ,Ley 39/2015, de 1 de octubre) por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el apdo. 1, Art. 53 ,LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones

judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo". Sentencias nº TS, Sala de lo Social, de 27/12/2007, Rec. 4945/2006 y TS, Sala de lo Social, de 19/07/2013, Rec. 2730/2012

La jurisprudencia unificadora con matizaciones en orden a diversas causas de interrupción de la referida prescripción y las interrelaciones del procedimiento penal, del expediente sancionador y del expediente por recargo de prestaciones, ha afirmado que "en materia de recargos de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva, de forma que la tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medida de seguridad, pese a lo previsto en el art. 16.2 OM 18/01/96, pues tal paralización no se contempla en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, del que aquella es desarrollo y resulta contraria al apdo. 1, Art. 86 ,LJS, a la par que el 3.2 ,LISOS limita a contemplar la paralización del procedimiento para el aspecto sancionador; así se ha mantenido en las sentencias de 17/05/04 [-Rud 3259/2003-], 08/10/04 [-Rud 4552/2003-], 25/10/05 [-Rud 3552/2004-], 18/10/07 [-Rud 2812/2006-] y 13/02/08 [-Rud 163/2007-] ...", pero, señalándose, en lo que ahora más directamente nos afecta, que "ahora bien, la Sala igualmente ha afirmado que la inexistencia de tal efectivo suspensivo no comporta que ese proceso penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas por incumplimiento de las normas de prevención que haya podido motivar el accidente no suspendan el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo" y que "así los hemos afirmado -siquiera obiter dicta- en nuestra sentencia de 12/03/07 [-Rud 4099/2005-] y ya con profusión argumental los reiteramos en las de 18/10/07 [-Rud 2812/2006-] y 13/02/08 [-Rud 163/2007-]" (SSTS 02-10-2008 -R. 1964/2007, y en las anteriores de fechas 27- 03-2007 -R. 639/2006, 17-04-2007 -R. 756/2006, 26-09-2007 -R. 2573/2006, 27-12-2007 - R. 4945/2006).

Caducidad del expediente de recargo de prestaciones por transcurso del plazo de 135 días.

El apartado 2 del Art. 21 Ley 39/2015, de 1 de octubre determina que el plazo máximo en el que debe notificarse por la Administración la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea, añadiéndose, en el apartado siguiente de este mismo artículo, que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses

De acuerdo con lo anterior, la resolución y notificación en los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social (anexo, Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo) deben hacerse dentro de unos determinados plazos, instaurando un plazo de 135 días para la caducidad del expediente de recargo de prestaciones.

9. INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008 (Recurso número 4374/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 9 de octubre de 2006 (Recurso número 3279/2005), 5 de diciembre de 2006 (Recurso número 2531/2005), 12 de febrero de 2007 (Recurso número 5542/2005), 14 de febrero de 2007 (Recurso número 5128/2005), 29 de mayo de 2007 (Recurso número 1549/2006), 27 de junio de 2007 (Recurso número 2321/2006) y 6 de noviembre de 2007 (Recurso número 161/2007), ha establecido que el plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es, desde luego, de 135 días, conforme a lo que se establece en el Anexo del Real Decreto 286/2003, pero el incumplimiento de este plazo no produce la caducidad del procedimiento que prevé el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, -esta referencia debe entenderse hecha al artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que deroga a la Ley 30/1992- a tenor del cual "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad" cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que "en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95.

No es aplicable este precepto porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios.

También se ha dicho que del propio tenor literal del artículo 14.3 de la Orden de 18 de enero de 1996 se deriva que la falta de resolución dentro del plazo de 135 días no conlleva la caducidad del expediente y que no puede establecer esa consecuencia una Orden Ministerial sin tener la cobertura de una norma de rango superior.

En definitiva, como se deriva de la regla 2 del artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la caducidad se produce en los procedimientos en que la Administración ejercita potestades sancionadoras y el recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica. El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública. Esa naturaleza

especial, diferente de la propiamente sancionadora, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento del recargo que redundará en su beneficio, lo que implica que sea de aplicar la regla 1 del citado artículo 25, lo que supone que la Administración no quede liberada de su obligación legal de resolver y que si el supuesto beneficiario está personado pueda entender denegada su pretensión por silencio administrativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de enero de 2008 (Recurso número 494/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 19 de noviembre de 2000 (Recurso número 428/2002), 16 de mayo de 2006 (Recurso número 5001/2004 y 19 de septiembre de 2007 (Recurso número 2632/2006), ha establecido que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de impugnación de los actos administrativos que se hayan producido en el iter del procedimiento administrativo, que haya actuado de cauce en materia de prestaciones de Seguridad Social, y que se funden en infracciones de las normas de procedimiento.

XXI. CONTINGENCIAS COMUNES

Los conceptos de accidente no laboral y enfermedad común son conceptos referenciales. Así, con palabras del propio legislador (artículo 117 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social):

- Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 115 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social, no tenga el carácter de accidente de trabajo.

- Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 115 y en el artículo 116, respectivamente.

XXII. CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Las contingencias pueden derivar de riesgos profesionales o de riesgos comunes. El interés de la distinción radica en que la configuración del régimen jurídico para la protección de las contingencias que traen su origen de riesgos profesionales es distinta.

Así, se pueden citar las siguientes particularidades:

a) Como reglas comunes a la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional:

- Se aplica el principio de alta de pleno derecho.
- Las particularidades en la cotización, con la consiguiente influencia en la base reguladora de las prestaciones.
- No se exige periodos de carencia para tener derecho a las prestaciones.

- La posibilidad de establecer el recargo de prestaciones por incumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral.

- La colaboración en la gestión a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

- La responsabilidad por falta de reconocimientos médicos (artículo 197 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), que incluso puede dar lugar a responsabilidad directa por las prestaciones que puedan derivarse, en los supuestos de enfermedad profesional.

b) Como reglas específicas para las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales:

- Obligación de practicar reconocimientos médicos previos y periódicos a los trabajadores que ocupen puestos de trabajo con riesgos de enfermedades profesionales (artículo 196 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

- Periodos de observación y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional (artículo 133 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

- El traslado de puesto de trabajo. Así, la obligación de trasladar al trabajador de puesto de trabajo, tras la situación de incapacidad temporal, a otro que no presente riesgos para un posterior resurgir de la enfermedad profesional que se padece (artículo 45 de la Orden de 9 de mayo de 1962).

Dada la existencia de particularidades en su régimen jurídico, se debe proceder a la delimitación conceptual de los riesgos profesionales, esto es, al análisis de los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional

Determinación de la contingencia. Accidente de tráfico

Sentencia del día del Tribunal Constitucional, 3 de Mayo de 2010. El fallo de la sentencia acaba por considerar que no fue accidente de trabajo el accidente de tráfico sufrido por la trabajadora demandante y por ello estima que dicha trabajadora no puede reclamar prestaciones derivadas de contingencia laboral como ella pretendía. Esta trabajadora había sufrido un accidente de tráfico que le produjo una situación de baja laboral por incapacidad temporal para el mismo, cuya situación fue calificada por el INSS como derivada de accidente no laboral lo que motivó que ella la recurriera y que obtuviera en la instancia una sentencia de acuerdo con su pretensión, la cual sin embargo fue recurrida por la Mutua condenada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior con el resultado de que por ésta se desestimara la inicial pretensión de la interesada. El recurso interpuesto por esta última es desestimado y desestimada igualmente la pretensión inicial de la actora.

La trabajadora interesada y promotora del procedimiento judicial que dio origen a la sentencia que aquí se comenta fue un día de marzo del año 2006 a visitar a la matrona que controlaba la evolución de su embarazo en horas de trabajo y previa autorización por parte de su empresario, y al volver de dicha visita al tratar de pasar por su casa para coger la cartilla médica chocó contra otro vehículo produciéndose unas lesiones de las que fue atendida en un consultorio de los Servicios Públicos de Salud que extendió parte de baja a favor de dicha trabajadora, habiendo sido atendida y tratada

como si su situación derivada de accidente no laboral cuando ella defendía que se trataba de una contingencia laboral. El problema se concretó, pues, en determinar la contingencia causante de aquellas lesiones producidas en el trayecto del consultorio médico a su casa con ocasión de un accidente de tráfico, con lo que el problema quedó centrado en determinar si dicho accidente podía o no ser calificado como laboral *in itinere*.

En el caso aquí contemplado el Tribunal Supremo se ha enfrentado una vez más con la problemática que deriva de la inclusión como accidentes de trabajo en nuestro derecho «los que sufra el trabajador al ir o al volver del trabajo», art. 115.2 a) LGSS, cuya inclusión como accidente laboral sólo se concibe en función de la conexión que el accidente pueda guardar con el trabajo realizado por el trabajador accidentado. En este sentido la sentencia que comentamos parte, reiterando doctrina anterior, de la idea básica de que el accidente no se hubiera producido si no se hubiera ido a trabajar o, lo que es igual, que el desplazamiento en el que el accidente se produjo como consecuencia de la obligación de ir a trabajar; de aquí que el accidente de tráfico sólo puede ser calificado de laboral cuando se produce en el camino de ida o vuelta al trabajo y por razón del trabajo, razón por lo que en el ámbito jurídico se califica de *in itinere* (en el camino, en traducción literal), lo que lleva consigo la exigencia de que se exija para calificarlo de tal que en el camino de ida y vuelta al trabajo no haya habido ninguna interrupción voluntaria que desvíe al trabajador de su trayectoria habitual pues si el accidente ocurre en cualquier desvío de ese camino por cualesquiera otras razones ajenas al trabajo, el accidente deja de tener la relación de causa a efecto que se exige para que pueda calificarse de laboral. Por lo tanto, lo esencial para calificar un accidente *in itinere* como laboral es que se produzca en el camino de ida y vuelta al trabajo, pues es lo único que le otorga esa connotación laboral directa que es exigible en todo accidente para que pueda ser considerado directamente conectado con el trabajo.

La sentencia contempla un supuesto en el que la trabajadora salió de su trabajo para ir a una consulta médica, en una actividad privada desconectada del trabajo puesto

que, aun hallándose autorizada por el empleador, no tenía relación alguna con el trabajo por ella desarrollado sino con otra finalidad completamente justificada desde el punto de vista humano pero no desde el punto de vista estrictamente laboral.

En nuestro derecho, como es bien sabido, el accidente de trabajo tiene un tratamiento especial que se traduce, por una parte en que la protección que al mismo se dispensa no requiere requisitos previos como los de alta y cotización que respecto de prestaciones de otra etiología sí que se exigen, y por otra en que las prestaciones que del mismo se derivan son superiores a las que se otorgan a otras prestaciones que tengan su origen en contingencias comunes; por todo lo cual la determinación de la contingencia causante de una determinada prestación suele ser de gran interés para el afectado.

Dentro del concepto de accidente laboral se encuentra, como hemos señalado, el que se produce en el camino de ida y vuelta al trabajo si bien sólo se repunta tal el que tiene directa conexión con el trabajo como se ha dicho. Pero como esa conexión puede ser mayor o menor según las distintas situaciones que pueden producirse en la vida real, por más que el concepto general, está claro, a la hora de aplicarlo al supuesto concreto no deja de tener dificultades. El caso contemplado por la sentencia que aquí se contempla es uno de esos supuestos en los que, de no tener las ideas bien claras, podría ser calificado como laboral cual hizo en su momento el Juez de instancia. En este sentido la sentencia lo que hace es aplicar doctrina consolidada de la Sala sobre el concepto debatido, lo que constituye uno de los muchos ejemplos que pueden darse en este camino no siempre fácil de distinguir entre un mero accidente de tráfico y un accidente laboral.

XXIII. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Al igual que ha ocurrido con la protección social, que ha evolucionado desde mecanismos de protección privada hasta un Sistema público de protección, la gestión de esa protección ha evolucionado al mismo tiempo. Así, desde técnicas jurídico-privadas se ha pasado a una gestión netamente pública y desarrollada por un conjunto reducido de entidades, dejando en el camino la mayor parte de mecanismos privados de gestión (compañías mercantiles de seguros de accidentes de trabajo, mutualidades de empresarios, empresas auto aseguradoras, cajas de empresas, etc.). En líneas generales, hoy podemos decir que esta gestión se desarrolla fundamentalmente a través de entidades públicas llamadas "entidades gestoras". Existe una pluralidad de estas entidades, si bien pese a esta pluralidad se ha establecido con toda claridad un reparto y especialización de las áreas de gestión, suprimiendo las duplicidades. Ello es evidente sobre todo a nivel de la financiación, ámbito en el que se impone el principio de caja única. No obstante, pese a esta publicación en la gestión, se han mantenido ciertos ámbitos de colaboración privada en la gestión, fundamentalmente en el caso de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (hasta el 31 de diciembre de 2014 inclusive, denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) y las empresas que colaboran voluntariamente.

Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social constituyen el entramado básico de gestión administrativa del Sistema de Seguridad Social. Dichas entidades se regulan fundamentalmente a través de los artículos 57 a 77 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, así como por el Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social. En líneas generales podemos señalar que a tenor del artículo 66.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015 la gestión de estas entidades está informada por los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización.

Las entidades gestoras son (según el artículo 66 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015) las siguientes:

a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para la administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se atribuyen al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) que sustituye al INEM.

b) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), que sustituye al Instituto Nacional de la Salud (artículo 15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto), para la administración y gestión de servicios sanitarios.

c) El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), para la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (personas mayores, discapacitados, población marginada).

d) También debemos señalar al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) -que sustituyó al Instituto Nacional de Empleo (INEM), en virtud de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre- que gestiona la prestación por desempleo (artículo 294 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

e) Por último, aparece como entidad gestora el Instituto Social de la Marina (ISM), que gestiona las prestaciones otorgadas dentro del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores del Mar, si bien no está expresamente recogido en el artículo 66 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015.

Debe tenerse en cuenta que las competencias de algunas de estas entidades han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, que han creado sus propios

organismos de gestión (especialmente en materia de gestión de la prestación de asistencia sanitaria y de servicios sociales).

Junto a estas entidades, existe la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que actúa como servicio común a las diferentes entidades gestoras y que aplica los principios de solidaridad financiera y caja única (artículo 74 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015). A través del mismo se unifican los recursos financieros del Sistema, siendo además el que tiene a su cargo la gestión de los actos de encuadramiento (afiliación, altas, bajas de trabajadores e inscripción de empresas) y funciones de apoyo informático.

Estamos ante entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y con capacidad jurídica para desarrollar los fines que les han sido encomendados (artículo 68 y 63 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015), contando cada una de ellas con su propia regulación específica, si bien a todas ellas se aplica, al menos parcialmente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Por su parte, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y su antecedente, el INEM, siempre han tenido reconocida su condición de organismo estatal autónomo. Debe señalarse que corresponde al Gobierno, a propuesta del Departamento Ministerial de tutela, reglamentar la estructura y competencias de las diferentes Entidades (artículos 58 y 62 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015). La adscripción y tutela de estas Entidades Gestoras y del Servicio Común está encomendada al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo en el caso del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, que está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estas entidades gestionan la protección en los diferentes Regímenes (General y Especiales); exceptuando la protección que se otorga en los Regímenes Especiales de Funcionarios.

Además de las entidades gestoras que hemos mencionado, debemos recordar como existen otras entidades de gestión de los regímenes especiales ajenos al sistema institucional de la Seguridad Social; es decir, los regímenes especiales de funcionarios. En este caso la protección de los funcionarios obedece a dos sistemas de protección diferente: las prestaciones de clases pasivas (las pensiones), gestionadas por el Ministerio de Hacienda o el Ministerio de Defensa; y la protección mutualista o complementaria (el resto de prestaciones del sistema), que se gestionan por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), por la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS).

Junto a las Entidades Gestoras hemos de señalar como también las empresas pueden participar en la gestión de la Seguridad Social. El artículo 79 de la Ley General de la Seguridad Social 2015 establece que son Entidades Colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social las siguientes:

a) Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social en la cobertura de contingencias profesionales y además en la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

b) Las Empresas, individualmente consideradas, en relación con su propio personal (auto aseguradoras).

c) Las Asociaciones, Fundaciones y Entidades públicas y privadas, inscritas en un registro público especial.

Actualmente la colaboración se desarrolla en su mayor parte por las Mutuas y por las empresas auto aseguradoras, siendo la tercera opción de carácter residual y limitada (fundamentalmente colectivos de religiosos y religiosas de la Iglesia católica, el caso de alguna cooperativa de trabajo asociado, agrupada a una entidad de previsión social; y las Corporaciones locales, respecto a sus funcionarios, incorporados al Régimen General, ya que pueden optar porque las prestaciones de incapacidad temporal y asistencia sanitaria sean recibidas de la Seguridad Social o realizar la gestión por su cuenta). Los supuestos básicos son, por tanto, los otros dos. Al respecto debemos diferenciar primero la colaboración de las empresas, que puede ser voluntaria u obligatoria.

XXIV. COLABORACIÓN VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA DE LAS EMPRESAS EN LA GESTIÓN

Cuando hablamos de colaboración voluntaria nos referimos a que la empresa decide asumir la gestión, auto asegurando determinadas prestaciones, por considerarlo conveniente a sus intereses, y no porque esté obligada a ello. Esta colaboración voluntaria por parte de las empresas admite (artículo 102 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015) las siguientes modalidades:

- La cobertura de las prestaciones de asistencia sanitaria, recuperación profesional e incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

- La cobertura de las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de enfermedad común y accidente no laboral.

- La cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral.

En cuanto a la colaboración obligatoria, consiste en que se impone a la empresa el deber de pagar determinadas prestaciones económicas (incapacidad temporal y desempleo parcial) por delegación de la Entidad Gestora compensándose su importe en la liquidación de las cotizaciones sociales que debe ingresar. La empresa debe comunicar a la Entidad Gestora los datos requeridos en el parte médico de baja, a través de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos establecidos.

XXV. LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Las Mutuas son asociaciones privadas de empresarios, cuyo ámbito de actuación se extiende a todo el territorio del Estado, que se constituyen con el objeto de asumir la gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social. Tienen personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Para existir han de contar con autorización expresa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, adquiriendo personalidad jurídica con su inscripción en un Registro existente al efecto especial dependiente de éste. No tienen ánimo de lucro y sus asociados asumen responsabilidad mancomunada en determinados supuestos y con cierto alcance. Las Mutuas colaboran en la gestión de:

- Prestaciones económicas.
- Asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

- Actividades de prevención de riesgos laborales.
- Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.
- Cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave.
- Cese de actividad de los trabajadores autónomos.

El régimen económico financiero de las Mutuas está presidido por un principio básico, que es la prohibición de reparto de beneficios económicos entre sus asociados (artículo 68 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), pues no tienen fin de lucro. Los excedentes anuales, obtenidos por las Mutuas en su gestión, habrán de afectarse a la constitución de provisiones y reservas. Los asociados deben costear, mediante la aportación de las correspondientes cuotas, las prestaciones sujetas a colaboración, el sostenimiento de Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social, y los gastos de administración de la entidad. La financiación de la colaboración en la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se efectuará mediante la entrega a la Mutua, por la Tesorería General de la Seguridad Social, de la fracción de cuota que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Los ingresos procedentes de las cuotas de Seguridad Social obtenidos por las Mutuas, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social (artículo 68.4 de la Ley General de la Seguridad).

La función de las entidades colaboradoras, que por lo general son entidades privadas, es sustituir parcialmente a las Entidades Gestoras en la administración de la

Seguridad Social. Según la previsión legal, la colaboración en la gestión se llevará a cabo por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y por empresas, sin perjuicio de que también se podrá realizar por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en el correspondiente registro público (artículo 79 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015). Son Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado (artículo 80.1 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015). La colaboración se llevará a cabo en los términos y condiciones establecidos en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015 y en el artículo 78 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y demás normas reglamentarias de desarrollo. En este orden, la actividad de estas entidades se concreta en:

a) Colaborar en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b) Realizar actividades de prevención, recuperación y demás previstas en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

c) Colaborar en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

d) Las demás actividades, prestaciones y servicios de Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

En la colaboración en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como en las actividades de prevención reguladas en la ley, las operaciones que lleven a cabo las Mutuas se reducen a repartir entre sus asociados:

- El coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional sufrido por el personal al servicio de las empresas asociadas.

- El coste de los servicios y actividades preventivas relacionadas con dichas prestaciones, así como la contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás previstos en la ley, en favor de las víctimas de aquellas contingencias y de sus beneficiarios.

- Los gastos de administración de la propia entidad.

La colaboración en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal se debe llevar a cabo a favor de los trabajadores empleados por los empresarios asociados que hayan ejercido esta opción. Asimismo, los trabajadores por cuenta propia deben formalizar la cobertura de incapacidad temporal por contingencias comunes con una mutua.

En el supuesto analizado por la Sentencia Social Nº 348/2017, TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 848/2016, 25-04-2017 se estudia la responsabilidad del pago de una indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo cuando la

comunicación informativa del siniestro a la compañía aseguradora se realizó fuera del plazo estipulado por contrato para ello.

Para el Alto Tribunal, la cláusula por la que se delimitaba el riesgo asegurado a los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato, cuya reclamación había de notificarse fehacientemente durante la vigencia de la póliza o hasta un año después de su finalización, resultaba perfectamente lícita.

Consecuentemente con lo anterior, la comunicación del siniestro debió efectuarse dentro del referido plazo puesto que, acaecido el accidente, surgió el deber de notificación que pudo hacerse hasta un año después de finalizado el contrato de seguro, lo que no se hizo ya que la primera comunicación que del referido siniestro tuvo la aseguradora fue la comunicación por el Juzgado de la demanda origen del procedimiento.

Reiterando doctrina de la La comunicación del accidente laboral fuera de plazo exime de responsabilidad a la aseguradora. Sentencia Social N° 348/2017, TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec 848/2016, 25-04-2017, se considera por la Sala IV que no existe responsabilidad de la aseguradora cuando se comunica el siniestro en plazo superior al que aparece como configurador del riesgo protegido en el contrato de seguro, condenando solidariamente a la actual compañía aseguradora y a la empresa empleadora al abono al trabajador de la cantidad de 56.692,7 euros en concepto de indemnización derivada de accidente de Trabajo.

XXVI. EL PARTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, establece las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social (Orden de 16 de diciembre de 1987) determinando "la obligación de que las empresas notifiquen los accidentes de trabajo ocurridos a los trabajadores" que prestan sus servicios mediante la elaboración y tramitación de un parte de accidente.

Alcanzando la citada obligación a las empresas que empleen trabajadores de cualquier campo de aplicación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, siempre que protejan esta contingencia profesional (Orden de 16 de diciembre de 1987).

Actualmente los modelos oficiales correspondientes al Parte de accidente de trabajo, a la Relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica y a la Relación de altas o fallecimientos de accidentados se establecen en el anexo 1 de la O. TAS/2926/2002, de 19 de noviembre de 2002 (en vigor desde el 1 de enero de 2.003). Siendo obligatoria su presentación por vía electrónica mediante el Sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo (Delt@), a disposición del usuario en la dirección electrónica <https://www.delta.mtas.es> (regulado por la Resolución de 26 de noviembre de 2002, de la Subsecretaría).

Infracciones y sanciones

Según el Art. 12, LISOS, es infracción grave, "no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la

calificación de graves, muy graves o mortales, o no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes".

Según el Art. 11, LISOS se considerará infracción leve , "no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves"

Índices de evolución de la Accidentalidad en la Empresa

Para poder obtener información objetiva de los datos sobre siniestralidad laboral, se les aplican una serie de índices estadísticos, calculados según las recomendaciones de la XVIª Conferencias Internacionales de Estadísticos del Trabajo de la OIT:

Índice de Incidencia (II): Relación entre el nº de accidentes registrados en un período de tiempo determinado y el promedio de las personas expuestas al riesgo considerado. Representa el nº de accidentes por año por cada mil trabajadores expuestos. Se utiliza cuando no sabemos exactamente el nº de horas-persona trabajadas y en los supuestos en que el nº de personas expuestas al riesgo es muy elevado.

$$II = (\text{N}^\circ \text{ total de accidentes} / \text{N}^\circ \text{ medio de personas expuestas}) \times 1.000$$

Índice de Frecuencia (IF): Relación entre el nº de accidentes ocurridos en un determinado nº de horas trabajadas.

Índice de Gravedad (IG): Valora la gravedad de los accidentes ocurridos en un determinado nº de horas trabajadas por un colectivo de trabajadores (partiendo del supuesto de que la gravedad se pudiera medir por el nº de días de baja).

$$IG = (\text{Nº total de jornadas perdidas} / \text{Nº total de horas-persona trabajadas}) \times 1.000$$

Duración media de las bajas

Jornadas no trabajadas por los accidentes en jornada de trabajo con baja /
accidentes en jornada de trabajo con baja

Plazos de presentación

El empresario y el trabajador por cuenta propia o autónomo, según proceda, deberá remitir el citado parte a la Entidad Gestora o colaboradora, cumplimentado conforme al art. 2 de la Orden de 16 de diciembre de 1987, que tenga a su cargo la protección por accidente de trabajo, en el plazo máximo de 5 días hábiles, contados desde la fecha en que se produjo el accidente o desde la fecha de la baja médica (art. 3, Orden de 16 de diciembre de 1987).

La Entidad Gestora o colaboradora deberá codificar las casillas sombreadas que figuran en los modelos de los Partes de Accidentes de Trabajo y subsanar los errores advertidos en la cumplimentación de los mismos. Si la Entidad Gestora o colaboradora no pudiera subsanar dichos errores, devolverá los modelos a la empresa para que en el plazo máximo de 5 días hábiles le sean remitidos debidamente cumplimentados.

La entidad gestora o colaboradora deberá codificar las casillas sombreadas que figuran en los modelos parte de accidente de trabajo y relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica a ella remitidos y subsanar los errores advertidos en la cumplimentación de los mismos. Si la entidad gestora o colaboradora no pudiera subsanar dichos errores, devolverá los modelos a la empresa para que en el plazo máximo de 5 días hábiles le sean remitidos debidamente cumplimentados.

La entidad gestora o colaboradora presentará ante la autoridad laboral de la provincia donde radique el centro de trabajo del trabajador accidentado, en el plazo máximo de 10 días hábiles desde la recepción de los modelos, correctamente cumplimentados o subsanados por ella, los ejemplares (art. 4, Orden de 16 de diciembre de 1987).

XXVII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 21 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- El actor Don Arcadio , nacido el NUM000 de 1981, con DNI NUM001, NASS NUM002 , diestro, cuyas demás circunstancias personales aparecen recogidas en el escrito rector de las presentes actuaciones, comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A., dedicada a la fabricación de productos químicos básicos, compuestos nitrogenados, fertilizantes, plásticos y caucho sintético en formas primarias, el 18 de marzo de 2008, en virtud de contrato de trabajo indefinido, con centro de trabajo en la Avda. de la Playa en San Juan de Nieva. Ostentaba la categoría profesional de Oficial 2ª mecánico-Operario de mantenimiento (f/120).

2º .- El 16 de abril de 2011 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, mientras realizaba tareas de mantenimiento en máquina pesadora de material (báscula Khulman), un rodillo le atrapó la mano derecha amputándole el dedo índice y produciéndole lesiones erosivas en mano derecha y antebrazo derecho. Fue asistido de Urgencia en el Hospital San Agustín y derivado al Sº de Cirugía Plástica de Oviedo donde se le realizó desbridamiento y remodelado del muñón de amputación a nivel del resto de falange proximal de 2º dedo mano derecha. Inició una situación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales en la que permaneció hasta el 16 de octubre de 2011, siendo alta por curación con secuelas. Fue atendido por la Mutua Umivale, entidad responsable de las prestaciones de IT, Hospital San Agustín y por el Sº de Cirugía Plástica del HUCA. Fue intervenido el 17 de mayo de 2011. La base reguladora de la IT es de 61,44 euros, percibía el 75% (46,08€) (f/106).

3 º.- El trabajador, durante el periodo que permaneció en situación de Incapacidad Temporal (de 16/4/2011 a 16/10/2011) percibió, en la modalidad de pago delegado, la prestación económica de IT en cuantía de 8.432,64 euros, así como la mejora prestacional establecida en el Convenio Colectivo para el sector de la Industria Química, que rige la relación laboral, en la cuantía precisa para alcanzar, junto con la prestación básica de la Seguridad Social, el 100% de la suma de los conceptos salariales que viene percibiendo el trabajador (doc. 8 aseguradora).

4º. - Tramitadas actuaciones en vía administrativa sobre valoración de secuelas a instancia de la Mutua (f/109), y, en virtud de Resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Dirección Provincial de Asturias, el 3 de febrero de 2012, que hizo suyo el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 (f/127), basado en el preceptivo informe médico de síntesis emitido el 17 de noviembre de 2011 (f/128), se declaró afecto de Incapacidad Permanente Parcial con derecho a percibir, con cargo a la Mutua UMIVALE, una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora de 1.843,24 euros, esto es, 44.237,76 euros (f/126). No consta que esta resolución haya sido recurrida.

5º. - El dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 fijó como secuelas: amputación traumática del 50% del F.P. dedo mano derecha. Limitación articular leve de IFP 3º dedo mano derecha.

6º. - El trabajador sufrió el accidente de trabajo mientras realizaba labores de mantenimiento en una cinta de la báscula Kulhman. Poco antes de las 16:00 horas cuando el actor estaba realizando tareas de mantenimiento junto al Jefe de Turno (Don Simón), empezó a sonar la señal acústica de la línea Kulhman indicando la existencia de algún problema en la báscula. El jefe de Turno ordenó al trabajador que fuera a ajustar la cinta de la báscula. La báscula venía presentando problemas los últimos días: la cinta transportadora de roca se desviaba hacia los lados haciendo que la máquina se parase continuamente. La operación de centrado de la cinta de la máquina se realiza en la parte exterior de la misma, mediante el movimiento de sendos husillos, o tornillos, de los que dispone la máquina en el tambor de cola, en el exterior de la carcasa de la máquina, que se hallan a un metro y medio de la cinta, apretando uno u otro según se desvíe a la derecha o a la izquierda. Para realizar la operación ha de quitarse una puerta de protección que cubre la cinta, los rodillos y los sensores, para poder apreciar si se efectúa adecuadamente el centrado y la cinta va corrigiendo su posición. Para efectuar esta operación no es necesario acceder a las partes móviles de la máquina pero la cinta

debe hallarse en movimiento. El trabajador acudió a realizar esta labor, que es habitual y rutinaria, sólo. El actor se puso a realizar el ajuste de las bandas pero en un momento dado detectó que el problema no era de ajuste de rodillos sino que uno de los finales de carrera (sensores encargados de detectar el desvío de la banda) estaba torcido y era lo que daba el problema: pese a que la cinta transportadora de la báscula estaba centrada, continuaba detectando error de desviación. El actor se puso a enderezar el sensor con la llave fija de mango largo (32/34) que estaba utilizando para ajustar los husillos, con la máquina en movimiento. La llave resbaló sobre el sensor, enganchándose en el rodillo de la cinta transportadora que tiró de ella, atrapando la llave que usaba, arrastrando con ella la mano del trabajador y seccionándole el dedo índice de la mano derecha del trabajador. (f/105) La parada de la máquina la realizó manualmente, en el panel de control de la misma, otro operador Don Juan Antonio cuando sintió que Don Arcadio gritaba.

7º. - Al día siguiente del accidente, Don Bienvenido, operario de la empresa subcontratada Prasat Instalaciones Eléctricas S.L. procedió a sustituir la "seta" de seguridad de la báscula (pulsador de seguridad) que funcionaba pero se encontraba deteriorada por el uso y la falta de limpieza.

8º.- A consecuencia del accidente, la Inspección de Trabajo efectuó la correspondiente investigación, emitiendo el informe que obra en autos y se tiene por íntegramente reproducido (doc. 12 actor). Consideraba la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social que el accidente se debía a una operación incorrecta del trabajador, pues había accedido a las partes móviles de la Báscula Kulhman sin seguir las indicaciones de las instrucciones de seguridad IS-01 e IS-05 para acceder a partes móviles, retirando los fusibles y parando, por tanto, la maquinaria. No observaba sin embargo negligencia temeraria del trabajador sino más bien exceso de confianza en el desempeño de su trabajo. Concluyó el informe: "Por otro lado, al margen del accidente de trabajo y sin que ello sea causa del mismo, se comprueba el día de la visita que la máquina tiene el panel de control y la seta de seguridad en el mismo lado, con lo que se

requirió a la empresa para que traslade la seta de seguridad al otro lado donde se encuentra la carcasa de protección del engranaje de la cinta, de manera que en ambos lados exista un dispositivo de parada de emergencia". El 3 de agosto de 2011 se realizó segunda visita a la empresa, comprobándose el cumplimiento del requerimiento.

9°. - El trabajador había recibido instrucciones de seguridad de los trabajos en planta así como copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta y ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo. (18/12/10). Así mismo el trabajador el 21 de febrero de 2011 había firmado un documento en el que declaraba haber recibido formación en materia de 3: instrucción de calibrado de la báscula", 6 "actualización de instrucciones de seguridad: bloqueo de fusibles, limpieza rodillos Kulhman" y copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta con la ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo.

10°. - La Evaluación de Riesgos por Puesto de Trabajo, del puesto del actor, contempla el riesgo atrapamiento o aplastamiento por o entre objetos, por causa de posibilidad de contactos con partes móviles del equipo de trabajo. Se propone como medida preventiva: "para la realización de trabajos de mantenimiento en la maquinaria de planta se seguirá la instrucción de seguridad "operaciones rutinarias de mantenimiento" (IS-01) garantizando así la consignación y enclavamiento para evitar accidentes por arranque intempestivo". (doc. 2 aseguradora). La Instrucción IS-01 para operaciones rutinarias de mantenimiento establece: "Toda intervención que conlleve dejar partes móviles al descubierto (...) se realizará siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. "Todas las inspecciones de máquinas en las que se haya de acceder a partes móviles (...) se realizarán siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. La Instrucción IS-05 para operaciones en el interior de máquinas con acceso a partes móviles: "Antes de entrar a realizar la operación se deberá acudir junto al Jefe de Turno a la Sala Eléctrica y retirar los fusibles y con un candado (...) bloquear la caja para que nadie pueda volver a rearmarlos. En el Manual de Instrucciones de la Báscula, apartado g2, Mantenimiento Sustitución y Engrase, en lo que se refiere a los detectores desvío de

banda, reza así: Para realizar esta operación es imprescindible tener el dosificador parado y asegurar que no se podrá poner en marcha bajo ningún concepto".

11º .- La empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. tiene suscrita póliza de seguro nº NUM003 que cubre, entre otros, la responsabilidad civil, con la compañía aseguradora codemandada HDI HANNOVER INTERNETIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., vigente en la fecha del accidente de trabajo sufrido por el actor. La póliza fija una franquicia de 1.000 euros aplicables a todas las garantías aseguradas (doc. 7 aseguradora).

12º.- El 11 de febrero de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. El día 20 de febrero del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. La empresa informó al actor a cerca de la aseguradora (f/9). El 5 de marzo de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la HDI HANNOVER INTERNACIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. El día 15 de marzo del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. (f/10).

13 º.- Se interpuso la correspondiente demanda el 22 de enero de 2014».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Estimando la excepción de prescripción de la acción alegada por la representación de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA Y la aseguradora HDI HANNOVER INTERNATIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., debo desestimar sin entrar a conocer del fondo del asunto la demanda en reclamación de cantidad promovida por D. Arcadio, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en la demanda».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Arcadio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Arcadio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra HDI HANNOVER INTERNATIONAL (ESPAÑA) DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA, sobre Reclamación de cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Arcadio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 15 de julio de 2015. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, en fecha 19 de diciembre de 2002 (RSU 1343/2001). Se consigna el siguiente motivo único: respecto a la determinación del " dies a quo " para reclamar daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo; y respecto a la estimación de la excepción de "prescripción de la acción". El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 59 (apartados 1 y 2) del Estatuto de los Trabajadores . Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 71.2 de la LRJS.

CUARTO.- Con fecha 21 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar cuál ha de ser el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año, del que dispone el trabajador para ejercitar contra la empresa la acción de reclamación de los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo que ha sufrido mientras prestaba servicios para la misma.

Como ya hemos dejado constancia en los antecedentes de hecho, la sentencia del juzgado de lo social acoge la excepción de prescripción invocada por la empleadora y desestima por este motivo la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto.

El recurso de suplicación interpuesto por el trabajador es desestimado en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 8 de mayo de 2015, rec. 664/2015, que confirma en sus términos la sentencia de instancia, y frente a la que se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina que denuncia infracción del art. 59. 1 º y 2º ET , e invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla- La Mancha de 19 de diciembre de 2002, rec.1343/2001 , para sostener que el día inicial del cómputo del plazo de prescripción no es el de la fecha de la resolución del INSS que le reconoció prestaciones de incapacidad permanente parcial, sino el momento en el que dicha resolución ganó firmeza una vez transcurrido el plazo de 30 días del que disponían todas las partes para formular reclamación previa contra la misma.

2. - La sentencia recurrida razona que el cómputo del plazo de prescripción de la acción exigiendo responsabilidad por daños y perjuicios a la empresa, " no puede iniciarse hasta que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que sucede cuando se ha dictado la

correspondiente resolución firme en el proceso de invalidez, momento en el que el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir, cuáles los perjuicios que de ellas van a derivar y las prestaciones que va a percibir con cargo a la Seguridad Social ".

Tras lo que concluye que ese día a quo debe fijarse en el presente supuesto en la fecha de la resolución del INSS de 3 de febrero de 2012, que declaró al actor en situación de incapacidad permanente parcial, " al no constar impugnación alguna de tal decisión administrativa, ya que la misma al no resultar impugnada devino firme desde que fue dictada, y por lo tanto desde dicho momento podía haber ejercitado ya el demandante la acción en reclamación de daños y perjuicios", con lo que la acción se encontraría en consecuencia prescrita por el transcurso del plazo de un año del que disponía el actor para su ejercicio, cuando se presentó la papeleta de conciliación frente a la empresa el 11 de febrero de 2013 y el 5 de marzo de 2013 contra su aseguradora.

3.- El Ministerio Fiscal se muestra favorable a admitir la existencia de contradicción y acoger el recurso, para computar el inicio del plazo de prescripción, no en la misma fecha de la resolución administrativa, sino en la que ganó firmeza una vez transcurrido el de los 30 días de los que disponían las partes para formular reclamación previa frente a la misma.

Las demandadas en su impugnación postulan la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional, al considerar que la recurrida se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, de la que, a su juicio, se desprende que el inicio del plazo de prescripción debe establecerse en la fecha de la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente y no es objeto de impugnación judicial al aquietarse el demandante a su contenido.

SEGUNDO.1.- La primera cuestión que hemos de resolver es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones en contraste concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

En lo que debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS.

2.- Los datos relevantes a tal efecto de la sentencia recurrida son como siguen: 1º) el actor sufre un accidente de trabajo el día 16 de abril de 2011 que le origina diversas lesiones en la mano y antebrazo derecho; 2º) permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el 16 de octubre de 2011 y en fecha 3 de febrero de 2012 se dictó resolución del INSS que le reconocía prestaciones de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente y frente a la que no se presentó reclamación

previa por ninguna de las partes; 3º) el 11 de febrero de 2013 interpone el demandante la conciliación contra la empresa demandada y el 5 de marzo frente a la aseguradora.

En esas circunstancias ya hemos dicho que la sentencia recurrida considera prescrita la acción, conforme a los razonamientos que se han expuesto anteriormente.

3.- La sentencia de contraste resuelve en asunto en el que: 1º) el accidente de trabajo tiene lugar el 15 de julio de 1996; 2º) en fecha 27 de enero de 1999 se dictó la resolución del INSS que declaró al actor en situación de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente por ninguna de las partes y frente a la que no se presentó reclamación previa; 3º) el 5 de febrero de 2000 el actor dirige su primera reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra la empresa.

Con esos antecedentes la sentencia referencial parte de la consideración de que el trabajador se había aquietado a la resolución administrativa que calificó el grado de incapacidad permanente, para razonar seguidamente que el dies a quo para reclamar responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, sin que necesariamente equivalga al momento en que acaece el accidente o al del archivo de las actuaciones penales, y concluir finalmente que no puede comenzar a computarse hasta el momento en que adquiere firmeza la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente, que al no ser impugnada judicialmente debe establecerse en la fecha en que transcurren los 30 días de los que disponen las partes para formular reclamación previa contra la misma.

4. - Resulta palmaria la concurrencia de contradicción, puesto que en ambos casos se trata de idéntica situación fáctica y jurídica, esto es, la existencia de una resolución administrativa del INSS que declara al trabajador accidentado en situación de incapacidad permanente, a la que se aquietan todas las partes interesadas sin que ninguna de ellas interponga reclamación previa contra la misma.

Y en esas coincidentes circunstancias, la sentencia recurrida entiende que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de dicha resolución administrativa, mientras que la de contraste concluye que ha de comenzar a correr cuando ha transcurrido el plazo de 30 días del que disponían las parte para formular reclamación previa.

Aplican de esta forma una diferente doctrina que es necesario unificar, sin que podamos acoger de plano en este momento el alegato de las codemandadas que en sus escritos de impugnación invocan la falta de contenido casacional, para cuya resolución será necesario analizar previamente los criterios jurisprudenciales en esta materia y determinar hasta qué punto pueda considerarse existente una reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la forma de establecer el dies a quo en supuestos como los que resuelven las sentencias en contradicción.

TERCERO. 1.- Centrados en esos términos el objeto del debate, se trata de decidir cómo debe computarse el plazo de prescripción de la acción para reclamar a la empresa la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, en supuestos como los de autos, caracterizados porque las partes interesadas se aquietan a la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador, sin que ninguna de ellas hubiere llegado a formular reclamación previa contra la misma, ni, en consecuencia, a impugnarla judicialmente.

En lo que debemos empezar indicando que el examen de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia no permite concluir que hayamos tenido la oportunidad de dar una respuesta cierta sobre esa cuestión, ni mucho menos, tan rotunda y reiterada como para acoger el argumento de falta de contenido casacional de la cuestión objeto del recurso que invoca la demandada en su escrito de impugnación, como lo demuestra que el Ministerio Fiscal en su informe aboga justamente por lo contrario y solicita la estimación el recurso para dar acogida al criterio de la sentencia de contraste.

2.- La STS 11/12/2013, rcud.1164/2013 , resume perfectamente la doctrina que con carácter general ha venido a establecer el Tribunal Supremo en esta materia, citando las anteriores SSTs de 10/12/98, rcud 4078/97 ; 12/02/99, rcud 1494/98 ; 06/05/99,rcud 2350/97; 22/03/02,rcud 2231/01 ; 20/04/04,rcud 1954/03 ; 04/07/06 , 834/05 ; 12/02/07, 4491/05 ; y 21/06/11, rcud 3214/10 .

Y de la que pueden extraerse los siguientes criterios:

"a).- El plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios atribuibles a la empresa y derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional es -efectivamente- el de un año, previsto en el art. 59.2 ET ; y la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el art. 1968 CC , se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas.

b).- Aunque el «dies a quo» para reclamar tal responsabilidad empresarial se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, ello no necesariamente equivale al momento en que acaece el AT o al del alta médica en el mismo o en la EP, «que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse»; como tampoco se inicia en la fecha en que se impone el recargo por infracción de medidas de seguridad; en igual forma que los «procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo, impiden que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente».

c).- En puridad, el plazo «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico». Y

cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa «no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo», «pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos»; y «obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta». Y en consecuencia, tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es «cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios».

d).- A mayor abundamiento, esta tesis viene reforzada también por el hecho de que «existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar» por las distintas reclamaciones y que «debe existir también, en principio, un límite en la reparación del daño», de modo que «del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, haya podido percibir el beneficiario y éstas cantidades no son conocidas hasta tanto sea firme la resolución que declara la invalidez del beneficiario, pues antes se ignorarán las cantidades a deducir del total importe de los perjuicios sufridos por el trabajador accidentado» [así, STS SG 02/10/00 -rcud 2393/99 -; 08/04/02 -rcud 1964/01 -; 03/06/03 -rcud 3129/02 -; y 30/01/08 -rcud 414/07 -] .

3.- Con posterioridad han venido a reiterar estos mismos criterios las SSTS dictadas en la misma fecha de 09/12/2015, (rcud. 1918/2014 , rcud. 1503/2014 y rcud. 3191/2014).

Resuelven estas sentencias un supuesto de enfermedad profesional, pero la doctrina que establecen es perfectamente trasladable a los accidentes de trabajo a efectos de determinar el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios contra la empresa.

Tal y como así se indica de forma expresa en las mismas, y en coincidencia con lo que acabamos de reseñar, esta acción " sólo puede ejercitarse desde que haya quedado acreditado no sólo el origen de la contingencia -caso de que éste fuera discutido-, sino también desde el momento en que hayan quedado determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad Social que tengan derecho a percibir, que hayan de ser deducidas y tenidas en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria que puede ser reclamada a la empresa demandada".

Destacando seguidamente que este criterio coincide con la doctrina tradicional de la Sala y encuentra acomodo " en la interpretación legal de los preceptos puestos en cuestión y en la propia jurisprudencia de la Sala. A tal efecto debemos recordar que nuestra más reciente doctrina jurisprudencial (STS/IV 17-febrero-2014, rcud 444/2013) con cita de varios pronunciamientos anteriores de la Sala y de la Sala Primera entiende que: "al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos [así, recientes, con estas palabras u otras similares, recientemente las SSTs de 24 de noviembre de 2010, -rcud 3986/09 -; de 15 de marzo de 2011, -rcud 3772/08 -; de 27 de diciembre de 2011, -rcud 1113/11 -; de 17 de abril de 2013, - rcud 2401/12 -; y de 26 de junio de 2013 (pleno) -rcud 1161/12 -). En este sentido se ha insistido -reproduciendo doctrina civil- en que "la construcción finalista de la prescripción... tiene su razón de ser... en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho", por lo que "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el

contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias". Destaca también esta sentencia que "nuestro Código Civil no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin".

Tras lo que reiteran y ratifican los mismos criterios que ya hemos referenciado en el apartado anterior, y concluyen con una afirmación especialmente relevante para la resolución del presente supuesto, cual es la de que " el inicio del plazo prescriptorio no podía iniciarse hasta que no se dieran dos circunstancias concurrentes: la primera, que existiese resolución firme por la que se declarase que la contingencia de la que derivaba la prestación discutida era profesional, en concreto, derivada de enfermedad profesional; y, la segunda, que también existiese resolución firme que fijase las cantidades que por prestaciones de Seguridad Social tenía derecho a percibir su beneficiario para que dichas cantidades pudieran deducirse del monto global que hubiera que reclamar a la entidad demandada. Por tanto, el "dies a quo" quedó establecido en la fecha de la resolución administrativa que causó estado dictada por el INSS en fecha 16-03-2011 que reconoció que la muerte del causante derivaba de enfermedad profesional".

Finalmente, recogen esos mismos criterios las más recientes SSTs de 16 de febrero de 2016, rcud. 1756/2014, 1 de junio de 2016, rcud. 2527/2014, y 15 de septiembre de 2016, rcud. 3698/2014.

CUARTO.1.- En todas nuestras precitadas sentencias se insiste en destacar que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr hasta que no adquiera firmeza la resolución que definitivamente resuelva sobre las prestaciones de seguridad social a las que tenga derecho el beneficiario, y, en su caso, la contingencia de la que deriven, y queden de esta forma establecidas las cantidades a cargo de la seguridad social que hayan de ser deducidas del total indemnizatorio a reclamar a la empresa

Conforme a esos presupuestos, cuando la resolución administrativa del INSS sea impugnada en vía judicial, ninguna duda cabe que la fecha del dies a quo será la del momento en el que se agota el proceso con la notificación de sentencia que ponga fin al mismo.

El problema surge cuando no se insta el proceso judicial porque todas las partes se aquietan a la resolución que resuelve el procedimiento en vía administrativa, y no se presenta siquiera reclamación previa contra la misma.

Se trata de establecer en estos casos si el cómputo de la prescripción comienza desde la fecha de la resolución administrativa y su notificación al interesado, o desde el momento en el que transcurre el plazo de 30 días del que disponen las partes para interponer la reclamación previa contra la misma.

2.- Los mismos razonamientos en los que se sostiene la doctrina de esta Sala que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, en la que se sienta el criterio de que hay que esperar a la firmeza de la sentencia que agote el proceso judicial que pudiere haberse seguido frente a la resolución administrativa, son perfectamente extrapolables, por idénticas razones e iguales argumentos, al momento en el que la resolución administrativa deviene firme cuando no es impugnada judicialmente.

El fundamento de nuestra doctrina reside en garantizar que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que supone la previa determinación de todas las circunstancias y elementos que puedan condicionar el importe de la cantidad objeto de reclamación frente a la empresa, entre los que ya hemos dicho que deben constar la contingencia de la que deriva y las cantidades que por prestaciones de seguridad social tenga derecho a percibir.

De lo que se desprende que igualmente habrá de estarse a la firmeza de la resolución administrativa, en aquellos casos en los que la controversia jurídica no se llegue a judicializar porque se resuelve en la fase administrativa del procedimiento, al aquietarse el interesado a dicha resolución sin formular reclamación previa frente a la misma. En este supuesto, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de 30 días del que disponen las partes para formular la reclamación previa, porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma.

No hay razones que justifiquen un distinto tratamiento de una y otra situación, y de la misma forma que el plazo de prescripción no comienza a correr hasta la firmeza de la sentencia cuando se impugna judicialmente la resolución administrativa, tampoco puede hacerlo cuando dicha resolución sigue sin adquirir firmeza mientras pende el plazo para interponer la reclamación previa.

3.- Sin que conduzca a un resultado distinto lo que de forma tangencial se dice en la STS de 22 de marzo de 2002, rcud. 2231 / 2001, en lo que se apoya la sentencia recurrida para considerar prescrita la acción, así como las codemandadas en sus respectivos escritos de impugnación para oponerse al recurso.

Aplica esta sentencia la tradicional y reiterada doctrina de este Tribunal que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, para concluir que la acción no se puede considerar nacida antes de que se dictase la sentencia que resuelve definitivamente el procedimiento judicial seguido frente a la resolución administrativa, " pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuales eran la dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos ", lo que determina que la resolución administrativa no sea firme "hasta que recayó la citada sentencia de la Sala

de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo " .

Una vez establecida esa doctrina para declarar que la acción no se encuentra en aquel caso prescrita, desliza un comentario puramente colateral en el que, sin mayor razonamiento y sin invocar otras antecedentes, se dice que "Obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta, como también ha declarado esta Sala".

Esta peculiar consideración, que es absolutamente irrelevante para la resolución del aquel asunto, ha venido siendo luego repetida en las demás sentencias de la Sala que se han limitado a reflejar el tenor literal de aquella anterior sentencia, sin atribuirle en realidad mayor trascendencia jurídica y sin añadir razonamientos adicionales que pudieren llevar a entender que se está con ello fijando un determinado criterio doctrinal.

Estamos de esta forma ante una frase aislada que constituye un simple "obiter dicta", en la medida en que " para resolver el caso examinado en ellas no hacía falta generalizar la solución a supuestos diferentes, sin mayor explicación" (STS 18-12-2015, rcud. 2750), y que al tener esa naturaleza carece de eficacia jurídica como doctrina que la Sala deba respetar, máxime cuando este "obiter dicta" se opone al criterio que reflejan las numerosas sentencias de la Sala que ya hemos referenciado.

Por otra parte, no puede validarse como doctrina correcta la de estar a la fecha del "informe propuesta" cuando no se impugna la resolución administrativa, pues como declara la STS de 1 de junio de 2016, rcud. 2537/2014, que ya hemos citado anteriormente, " El hecho de estar al informe propuesta cabe entenderlo en el sentido de que dicha propuesta es la que establece el marco patológico de la persona accidentada, que, no obstante, como tal propuesta, ha de confirmarse por la autoridad laboral a quien

está dirigida mediante la subsiguiente resolución administrativa .", de la igual forma que, con el mismo fundamento, todas nuestras precitadas sentencias ponen de manifiesto que tampoco puede considerarse como dies a quo el de la emisión del alta médica "que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse" , en lo que queremos destacar que la emisión de este tipo de informes médicos no puede prevalecer frente a la seguridad jurídica que garantiza la resolución administrativa que, a la postre, debe hacerlos suyos para convalidar las consecuencias jurídicas que de los mismos se desprendan en orden al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social en juego.

A lo que debemos añadir una última consideración. Solo cuando ha transcurrido el plazo para formular la reclamación previa es cuando puede realmente entenderse, aún a posteriori, que la parte se aquieta a su contenido, en tanto aún dispone de la posibilidad de impugnarla si el plazo no ha fenecido, una vez valoradas todas las circunstancias concurrentes y acudido al asesoramiento profesional oportuno.

QUINTO. Conforme a lo razonado, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina ajustada a derecho, lo que conduce a la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y la del juzgado de social que confirma, para devolver las actuaciones a este último órgano judicial al objeto de que dicte una nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Arcadio , contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 664/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia

del Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, de fecha 21 de enero de 2015 , recaída en autos núm. 42/2014, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a la empresa Asturiana de Fertilizantes, S.A. y HDI Hannover International España Seguros y Reaseguros, S.A., sobre reclamación de cantidad. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida, y devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que dicte nueva sentencia por la que, teniendo por no prescrita la acción ejercitada, se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2013, el Juzgado de lo Social nº 9 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando la demanda interpuesta por SIDERÚRGICA SEVILLANA, S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), UNIVERSAL MUGENAT, FRATERNIDAD MUPRESPA y Carlos María , en reclamación por impugnación de recargo de prestaciones, debo ratificar la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en la producción de la enfermedad profesional del trabajador codemandado, confirmando en consecuencia la resolución administrativa de fecha 10/02/2010 impugnada y absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en su contra».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «1º) El trabajador Carlos María, mayor de edad, con DNI nº

NUM000 y afiliado a la Seguridad Social con el n° NUM001, venía prestando sus servicios retribuidos como metalúrgico para la empresa actora SIDERÚRGICA SEVILLANA S.A. desde el 2/11/1973, desempeñando tareas de gruista de carga de hornos de acería. 2º) La empresa actora desde el año 1999 ha venido realizando evaluaciones periódicas de los niveles de ruido del puesto de trabajo del trabajador demandado, en las que constan que se vienen superando desde dicha fecha los niveles de 80 y 90 decibelios, con picos de 136 en julio de 2001 y 2002, 143 en julio de 2003 y 124 en julio de 2006, sin que exista constancia de que antes del año 1992 se entregaran al actor equipos de protección auditiva personal, y a partir de dicha fecha, se le proporcionaron auriculares, de tipo tapón inicialmente y compactos desde el año 2000. Junto a ello, el trabajador demandado fue objeto de reconocimientos médicos en la empresa desde 1974, si bien no consta que se practicaran las audiometrías de control conforme a los protocolos y pautas establecidas reglamentariamente para prevenir la pérdida de audición de los trabajadores expuestos al ruido, no siendo hasta 2006 cuando se le consideró apto con limitación a tareas con exposición al ruido, y calificándose finalmente en 2007 como no apto. 3º) En fecha de 6.11.2006 los servicios médicos de la empresa emitieron un parte de enfermedad profesional del trabajador demandado por hipoacusia neurosensorial bilateral, que fue seguido el 12/01/2007 por baja médica por idéntica contingencia expedida por la mutua FRATERNIDAD MUPRESA. Posteriormente, tras incoarse por el INSS un expediente para determinar la procedencia de la concesión al trabajador de una prestación de incapacidad permanente, con fecha de efectos del 13/09/2007 se le reconoció el grado de invalidez permanente total derivada de enfermedad profesional, en base a un cuadro clínico residual consistente en acúfenos con hipoacusia bilateral. Interesada por el trabajador la revisión del grado de incapacidad concedido, la misma fue denegada por el INSS en fecha de 22.02.2011, en base a un dictamen del EVI de la misma fecha en el que se concretó un cuadro clínico residual consistente en acufenos con hipoacusia bilateral grave por probable trauma acústico. 4º) En fecha de 16.06.2009 el trabajador demandado solicitó la iniciación de un expediente de recargo de las prestaciones de IPT que venía percibiendo, por estimar que la enfermedad profesional que contrajo prestando servicios para la empresa actora se debió a la falta de medidas de seguridad e higiene, solicitud que dio lugar al expediente de responsabilidad empresarial n° NUM002 , en el curso del cual se emitió

informe por la Inspección de Trabajo de fecha 14.1.2010, en cuyas conclusiones se hizo constar la infracción por parte de la empresa actora de lo dispuesto en los artículos 14.1 , 15 , 16 y 22 de la Ley 31/1995 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, si bien no se propuso la incoación de expediente sancionador al considerarse prescritos los hechos. Finalmente se dictó resolución por el INSS de fecha 10/02/10 por la que se declaró la responsabilidad de la empresa actora, por falta de medidas de seguridad en la producción de la enfermedad profesional que nos ocupa, imponiéndole un recargo del 50 % en las prestaciones de Seguridad Social que se deriven del mismo. 5º) Disconforme con dicha resolución, la empresa declarada responsable formuló reclamación previa el día 20/05/2011, que fue expresamente desestimada en fecha de 9/09/2011, interponiéndose la demanda que nos ocupa el 29/07/2011.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la mercantil Siderúrgica Sevillana, S.A., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2014, recurso 3386/13, en la que consta el siguiente fallo: «I.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "Siderúrgica Sevillana SA" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Sevilla de fecha 26 de marzo de 2013 en el procedimiento seguido a instancia de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social; Fraternidad Muprespa, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social Número 275; Mutua Universal Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 10 en reclamación de recargo de prestaciones, revocando dicha sentencia y en su lugar, estimar íntegramente la demanda iniciadora, revocando la resolución administrativa impugnada, dejándola sin efecto.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, el letrado D. José Antonio Moreno Martínez de Azcoytia, en nombre y representación de D. Carlos María , interpuso el presente recurso

de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla de 26 de septiembre de 2013, recurso 1913/2012 (aclarada por Auto de fecha 24 de octubre de 2013).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Mutua Universal-Mugenat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 10, la mercantil Siderúrgica Sevillana, S.A., y la Fraternidad Muprespa Mutua Colaboradora con la Seguridad Social núm. 275, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso debe ser declarado improcedente por falta de contradicción.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 9 de los de Sevilla dictó sentencia el 26 de marzo de 2013 , autos número 905/2011, desestimando la demanda formulada por SIDERÚRGICA SEVILLANA SA contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSAL MUGENAT, FRATERNIDAD MUPRESPA y Carlos María sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR ENFERMEDAD PROFESIONAL, ratificando la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en la producción de la enfermedad profesional del trabajador codemandado, confirmando la resolución administrativa impugnada de 10 de febrero de 2010 y absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra formuladas.

Tal y como resulta de dicha sentencia el trabajador D Carlos María ha prestado servicios para la actora Siderúrgica Sevillana SA, como gruista de carga en hornos de acería. La empresa actora desde el año 1999 ha venido realizando evaluaciones periódicas de los niveles de ruido del puesto de trabajo del trabajador demandado, en las que constan que se vienen superando desde dicha fecha los niveles de 80 y 90 decibelios, con picos de 136 en julio de 2001 y 2002, 143 en julio de 2003 y 124 en julio de 2006, sin que exista constancia de que antes del año 1992 se entregaran al actor equipos de protección auditiva personal, y a partir de dicha fecha, se le proporcionaron auriculares, de tipo tapón inicialmente y compactos desde el año 2000. Al trabajador demandado se le practicaron reconocimientos médicos desde 1974, no constando que se le practicaran las audimetrías de control, conforme a los protocolos establecidos, considerándosele en el año 2006 "apto con limitaciones" y en el año 2007 como "no apto". El 6 de noviembre de 2006 los servicios médicos de la empresa emitieron un parte de enfermedad profesional, por hipoacusia neurosensorial bilateral, iniciando el 12 de enero de 2007 IT por idéntica contingencia. El 13 de septiembre de 2007 el INSS le reconoció en situación de IPT, derivada de enfermedad profesional por acúfenos con hipoacusia bilateral. El 22 de febrero de 2011 el INSS emitió nueva resolución en la que se concretó que se trataba de hipoacusia bilateral grave por probable trauma acústico. El INSS dictó resolución el 10 de febrero de 2010 por la que se declaró la responsabilidad de la empresa, por falta de medidas de seguridad, en la producción de la enfermedad profesional, imponiéndole un recargo del 50% en las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador.

2.- Recurrida en suplicación por SIDERÚRGICA SEVILLANA SA la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia el 8 de octubre de 2014, recurso número 3386/2013, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda interpuesta.

La sentencia entendió que falta la acreditación de concurrencia de uno de los elementos básicos precisos para la aplicación del artículo 123 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, como es la existencia de una relación de causalidad entre la falta de adopción de las medidas propuestas, y la producción del resultado dañoso, dado que la acreditación de la existencia de una enfermedad profesional no entraña automática imposición del recargo correspondiente. En tal criterio vino a incidir por su parte la propia Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, que no propuso la imposición de recargo alguno a la empresa hoy recurrente.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por el letrado D. José Antonio Moreno Martínez de Azcoytia, en representación de D. Carlos María , recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla el 26 de septiembre de 2013, recurso número 1913/2012 .

La parte recurrida SIDERÚRGICA SEVILLANA SA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSAL MUGENAT y FRATERNIDAD MUPRESA ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no concurre el requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria, por lo que el recurso debe ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, el 26 de septiembre de 2013, recurso

número 1913/2012 , aclarada por auto de 24 de octubre de 2013, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Siderúrgica Sevillana SA contra la sentencia de 26 de abril de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Sevilla , en virtud de demanda formulada por la citada recurrente contra D. Jose Ángel , Mutua Fraternidad Muprespa, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Universal Mugenat, confirmando la sentencia recurrida.

Consta en dicha sentencia que el trabajador D. José Ángel ha venido prestando servicios para la actora desde el 24 de marzo de 1970, con la categoría de gruista metalúrgico. En el desempeño de su trabajo D. Jose Ángel ha estado sometido a ambientes de ruido, habiéndose detectado niveles de ruido superiores a 80 dbs en las mediciones realizadas en los años 1996 a 2004. En sucesivos reconocimientos médicos realizados desde 1972 se le declaró apto para el trabajo. En diciembre de 1998 se le entregó protector auditivo marca Pacific S42CEV; en marzo de 2000 se le entregó protector auditivo marca Pacific S42CEV; en octubre de 2000 se le entregó protector auditivo personalizado marca Elacin, Compact. Previamente, y a partir del año 1992, la empresa contaba con protectores auditivos que entrega a sus trabajadores, no constando que se entregara específicamente a los gruistas, ni el modelo ni características de dichos equipos de protección. No consta la formación específica en materia de protección frente al ruido y uso adecuado de los protectores auditivos. El 14 de diciembre de 2005, la Dirección Provincial del INSS dictó resolución declarando al trabajador afecto de IPT, derivada de enfermedad común. La Inspección de Trabajo emitió dos informes, el 20 de marzo de 2009 y el 6 de julio de 2009, referente al trabajador, ante la denuncia en relación a su exposición a los ruidos en el trabajo. La Dirección Provincial del INSS emitió resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo con motivo de la enfermedad profesional sufrida por D. José Ángel, imponiendo un recargo del 50% en las prestaciones de Seguridad Social que correspondan al trabajador

La sentencia entendió que la empresa, pese a efectuar una labor para prevenir los riesgos provocados por la exposición al ruido, no ha logrado evitar el riesgo, exponiendo al trabajador de manera habitual a ruidos superiores a los 80 db, dando lugar al potencial riesgo de padecer traumatismo acústico que da origen a la enfermedad profesional diagnosticada. Y si bien dotó a sus trabajadores de protectores acústicos, no les informaba y obligaba a su utilización, omitiendo así el deber de vigilancia y de formación e información en materia de riesgo a la exposición de ruidos, por lo que se aprecia el nexo causal entre dicho incumplimiento y el daño al trabajador.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. Aunque en ambos supuestos se trata de trabajadores que han prestado servicios para Siderurgia Sevillana SA, como gruistas, que se les ha reconocido en situación de IPT derivada de enfermedad profesional, por padecer hipoacusia bilateral por posible trauma acústico, existe entre ambas sentencias una diferencia esencial en cuanto a los datos consignados que impide que pueda apreciarse la concurrencia del requisito de la contradicción.

Como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2015, recurso 620/2014:

«De lo expuesto, se deduce con evidencia, como destacan el INSS y la empresa en sus respectivos escritos de impugnación, la falta del requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 de la LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, puesto que, en el presente caso, a diferencia de lo que acontece en el enjuiciado por la sentencia invocada como de contraste, no quedó en absoluto acreditada la necesaria relación causa-efecto entre cualquier hipotético incumplimiento empresarial en materia de seguridad e higiene y la lesión invalidante, no permanente, que determinó la contingencia profesional en esa prestación. A lo que cabe añadir, de acuerdo con reiterado criterio de esta Sala (por todos, ATS 2-2-2010, R. 2723/09 , y los que en el mismo se citan), que no es materia propia del recurso extraordinario de

casación unificadora la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto, ni es función de este recurso controlar las valoraciones empíricas que, sobre situaciones de hecho distintas, pueden haber efectuado las sentencias que se comparan, máxime cuando, en este caso concreto, ha sido la propia Sala de suplicación quien se ha cuidado de resaltar, con todo acierto, tras constatar las variadas soluciones judiciales otorgadas a otros trabajadores de la misma empresa (h. p. 9º), como ya vimos y no nos resistimos a reiterar, que "no pueden ser determinantes en este orden de cosas, las eventuales soluciones que se hayan adoptado respecto de otros compañeros del demandante, ya que sus circunstancias pudieron ser totalmente distintas, así como las limitaciones padecidas, imponiéndose ... un examen individualizado de las condiciones de trabajo y salud de cada trabajador».

En el supuesto examinado, tal y como resulta de la sentencia recurrida, no ha quedado acreditado que exista una relación de causalidad ente la falta de adopción de las medidas propuestas y la producción del resultado dañoso, en tanto en la sentencia de contraste consta que se aprecia el nexo causal entre el incumplimiento de la empresa - omisión del deber de vigilancia y formación- y el daño sufrido por el trabajador. Dado los diversos datos de los que parten las sentencias enfrentadas, aunque su resultado es diferente, no son contradictorias.

El recurso que debió ser inadmitido por falta del requisito de la contradicción, en esta fase ha de ser desestimado.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. José Antonio Moreno Martínez de Azcoytia,

en representación de D. Carlos María , frente a la sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 3386/2013 , interpuesto por SIDERÚRGICA SEVILLANA SA frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Sevilla el 26 de marzo de 2013 , en los autos número 905/2011, seguidos a instancia de SIDERÚRGICA SEVILLANA SA contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSAL MUGENAT, FRATERNIDAD MUPRESA y Carlos María sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR ENFERMEDAD PROFESIONAL, declarando la firmeza de la sentencia impugnada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero. - D. Calixto, nacido el NUM000 de 1.974, figura afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General con el número NUM001.

D. Calixto, prestaba sus servicios como "repartidor de pizzas", para la entidad Telepizza S.A.U., en virtud de contrato a tiempo parcial, 30,54 % de la jornada, teniendo concertada la citada entidad la cobertura de contingencias profesionales con

Mutua Asepeyo. En fecha de 30 de julio de 2.011 se dio de baja voluntaria en la citada entidad.

Igualmente prestaba sus servicios para la entidad José Alvedro e Hijos S.L., a tiempo completo, como "peón de chatarrería", teniendo concertada esta entidad la cobertura de contingencias profesionales con Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo.

Segundo. - Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 13 de julio de 2.011, se declaró a D. Calixto, afecto de una incapacidad permanente parcial, reconociéndole una prestación de 427,80 € por 24 mensualidades, es decir 10.267,20 €, cuyo abono correspondería al 100 % a Mutua Asepeyo, y que así realizó el 29 de noviembre de 2.011 y con previsión de revisión por agravación o mejoría a partir del 22-6-2013 previo dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 22 de junio de 2.011, tras informe médico de valoración de incapacidad laboral de 21 de junio de 2.011.

Tercero. - Por Mutua Asepeyo, en el plazo conferido, formuló reclamación previa interesando que la declaración de lesiones permanentes no invalidantes, y subsidiariamente se declare la responsabilidad de Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, resolviendo la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 7 de noviembre de 2.011, en el sentido de desestimar la reclamación.

Cuarto.- D. Calixto, el día 18 de noviembre de 2.010, cuando se encontraba trabajando como repartidor de pizzas, sufrió un accidente de circulación, con el diagnóstico de "traumatismo craneo encefálico con pérdida de conciencia y traumatismo en rodilla derecha", en el que tras intervención quirúrgica, y tratamiento médico fue dado de alta el 24 de mayo de 2.011.

D. Calixto, presenta un cuadro clínico de: "el 19/11/10 politraumatismo, traumatismo craneo encefálico con fractura base de craneo, traumatismo torácico con

fractura 1º arco costal; fractura de rótula derecha no desplazada", que le ocasionan como limitaciones orgánicas y funcionales "cefalea, sensación de inestabilidad, acufeno derecho, hipoacusia derecho, claudicación derecha de la marcha", que le limitan para tareas de altas exigencias sobre extremidad inferior derecha que pueden condicionar algunas de las tareas de la profesión de "peón de chatarrería".

Quinto.- Se agotó la vía administrativa previa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO, la demanda interpuesta por Mutua Asepeyo, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Tesorería General de la Seguridad Social, Telepizza S.A.U., José Alvedro e Hijos S.L., y D. Calixto, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a las entidades demandadas de las pretensiones contra la misma articuladas.

Que debo ESTIMAR y ESTIMO parcialmente, la demanda interpuesta por Mutua Asepeyo contra Mutua Gallega, y debo declarar y declaro la responsabilidad de Mutua Gallega en el abono de la prestación reconocida al trabajador por "incapacidad permanente parcial", en proporción cada una de las entidades Mutua Asepeyo y Mutua Gallega, a la cuantía de sus bases de cotización.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Mutua Asepeyo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por la representación procesal de la Mutua Asepeyo demandante, y de la Mutua Gallega, contra la sentencia de fecha 08/02/13, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de A Coruña, en autos 69/13, confirmamos la sentencia recurrida.».

TERCERO.- Por la representación de Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de 11 de julio de 2005, (rollo 1178/05).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar qué Mutua aseguradora de accidentes de trabajo resulta responsable del abono de una prestación de incapacidad permanente parcial en caso de pluriempleo que resulta asegurado con dos entidades

distintas, cuando el accidente proyecta las limitaciones funcionales sobre uno de esos trabajos y el empleado continua desarrollando la otra actividad con normalidad sin que le afecten tales limitaciones de manera significativa.

En el caso que resolvemos, se trata de un trabajador que presta servicios a tiempo completo como peón de chatarrería en una empresa que tenía aseguradas las contingencias profesionales con la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, y que en régimen de pluriempleo también trabajaba a tiempo parcial para otra empresa como repartidor de pizzas en moto, siendo la aseguradora de accidentes en este caso Asepeyo.

En ésta actividad de repartidor a tiempo parcial sufrió un accidente de circulación el 18 de noviembre de 2010, calificado sin discusión como accidente de trabajo, con el diagnóstico de «traumatismo craneo encefálico con pérdida de conciencia y traumatismo en rodilla derecha», del que tras intervención quirúrgica y tratamiento médico fue dado de alta el 24 de mayo de 2011.

Como consecuencia de ese accidente y después del alta médica, desde un cuadro clínico inicial de: «... politraumatismo, traumatismo craneo encefálico con fractura base de craneo, traumatismo torácico con fractura 1º arco costal; fractura de rótula derecha no desplazada», presentaba las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: «... cefalea, sensación de inestabilidad, acufeno derecho, hipoacusia derecho, claudicación derecha de la marcha», que le limitan para tareas de altas exigencias sobre extremidad inferior derecha que pueden condicionar algunas de las tareas de la profesión de «peón de chatarrería».

2.- Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 13 de julio de 2011, se declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente parcial, de la que se hacía íntegramente responsable la Mutua Asepeyo en cuantía equivalente a 427,80 € por 24 mensualidades, es decir 10.267,20 €.

Sin perjuicio de proceder al abono de esa cantidad, la Mutua Asepeyo interpuso reclamación previa, que una vez desestimada ésta, se procedió a la presentación de una demanda en la que se pedía con carácter principal que se dejase sin efecto la resolución antes citada y se declarase que la situación del trabajador accidentado era la de lesiones permanentes no invalidantes, y subsidiariamente, para el caso de que se mantuviera la calificación de incapacidad permanente parcial, que lo fuera para la profesión de peón de chatarrería y con responsabilidad exclusiva de la Mutua Gallega.

3.- Por sentencia del Juzgado de lo Social 5 de A Coruña de 8 de febrero de 2013 se estimó en parte la demanda de Asepeyo, declarándose también la responsabilidad de la Mutua Gallega en el abono de la prestación de la incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo del trabajador Sr. Calixto, distribuyéndose esa responsabilidad entre ambas Mutuas en proporción a la cuantía de las bases de cotización que se acreditasen.

Recurrida en suplicación esa sentencia por ambas Mutuas, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó los recursos y confirmó íntegramente la resolución de instancia.

Para llegar a tal conclusión, la sentencia recurrida analiza en primer lugar el alcance de las lesiones residuales del trabajador una vez obtenida el alta después del accidente de trabajo sufrido y concluye que resultaba adecuada la calificación dada en vía administrativa de incapacidad permanente parcial, pero inmediatamente ofrece una respuesta al problema de la incidencia de esa incapacidad sobre las dos profesiones que tenía el pluriempleado, la de peón de chatarrería y la de repartidor de pizzas, para concluir que esa disminución no sólo recaía sobre la primera, sino que también lo hacía sobre la segunda, saliendo así al paso de las alegaciones del recurso de ambas Mutuas, y particularmente de las de la demandante y recurrente Mutua Asepeyo, que en realidad

pretendía que se declarase que esas limitaciones funcionales no incidían en la profesión de repartidor, sino exclusivamente en las de peón de chatarrería.

Con total claridad entonces, tanto la sentencia de instancia como la que ahora se recurre y que resolvió el recurso de suplicación, sostienen que la incapacidad parcial incidía en las dos actividades desarrolladas por el trabajador, con independencia de que únicamente continuase prestando servicios como peón chatarrero y hubiese abandonado la actividad de repartidor de pizzas, y una vez establecidos esos parámetros, la sentencia recurrida -al igual que hizo la sentencia de instancia- procede a la aplicación de la doctrina de la STS de 22 de julio de 1998, (rec. 1878/1997), en la que se abordaba el problema del pluriempleo en un accidente de trabajo con resultado específico de fallecimiento del trabajador y la discusión jurídica sobre las correspondientes prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de ese supuesto, en relación con las dos mutuas aseguradoras. Para la sentencia recurrida esa doctrina unificada resulta aplicable en el caso y por ello comparte el criterio de instancia de distribuir la responsabilidad de las mutuas en relación con la prestación de incapacidad permanente parcial para el trabajo de repartidor en moto derivada del accidente de trabajo.

SEGUNDO.- 1.- Recurre la Mutua Gallega la referida sentencia en casación para la unificación de doctrina, denunciando como infringidos los artículos 126, 137.3 y 120.3 LGSS y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 11 de julio de 2005 (rec. 1178/2005).

En ella se resuelve un problema que podría parecer semejante al de la sentencia recurrida, puesto que se trata en ella también de un trabajador que compatibilizaba en régimen de pluriempleo dos actividades laborales, una como oficial 2ª electricista para la empresa "Televent" y otra de ayudante de camarero los fines de semana para "Aquí Magaz"; dicho empleado sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios para la primera, a consecuencia del que se le declaró en situación de incapacidad permanente

total para la profesión habitual de oficial de 2ª electricista, haciéndose íntegramente responsable a la Mutua aseguradora del riesgo con la que esa empresa, Televent, tenía concertado el riesgo de accidente de trabajo, rechazándose en la sentencia que analizamos la responsabilidad de la Mutua que aseguraba la actividad a tiempo parcial de camarero para lo que se razona en ella que no resultaba aplicable la STS de 22 de julio de 1998 -la misma que cita y en la que basa su decisión la sentencia recurrida- puesto que en ésta las prestaciones que resultaban del accidente eran las de muerte y supervivencia, situación en la que no cabe dividir o separar las actividades llevadas a cabo en régimen de pluriempleo, y en todo caso, en la situación que resuelve la incapacidad permanente total que se declara lo es exclusivamente en relación con la profesión de oficial de 2ª electricista sin incidencia en la de camarero.

2.- Aparentemente en ambas resoluciones -la sentencia recurrida y la de contraste- se aborda un mismo problema, que consiste en determinar la responsabilidad de las mutuas aseguradoras del riesgo de accidente de trabajo en caso de pluriempleo, pero entre ellas hay una diferencia absolutamente esencial, como es la de que en la recurrida la resolución administrativa que declaró la incapacidad permanente parcial en modo alguno se refiere a una sola de las actividades, sino que por el contrario, la sentencia describe que la incapacidad incide también en la profesión de repartidor de pizzas, no solo en la de peón de chatarrería, como pretendía la Mutua Asepeyo para desplazar la responsabilidad de la Mutua Gallega, mientras que en la sentencia de contraste consta con absoluta claridad que la incapacidad permanente total se declaró para la profesión habitual de oficial de 2ª electricista y no para la de camarero.

Por eso en ambas sentencias se aplicó con total corrección nuestra STS de 22 de junio de 1998, porque en la situación de la recurrida el resultado de la incapacidad se proyectaba sobre las dos profesiones o actividades, mientras que en la recurrida únicamente incidía en una de ellas, lo que hacía inaplicable la doctrina de la jurisprudencia unificada que recoge en su fundamentación y que acabamos de citar.

3.- Es cierto que en el Fundamento cuarto de la sentencia recurrida se hace referencia a la incidencia de las lesiones fijadas por el INSS en relación con la profesión de repartidor de pizzas del trabajador, pero ello se ha de encuadrar en el ámbito de las pretensiones de la demanda, a las que dio respuesta acertada la sentencia de instancia y ratificó la Sala de suplicación, puesto que la Mutua Asepeyo demandante pretendía de manera subsidiaria que se dijese que la incapacidad permanente parcial lo era para la profesión de peón de chatarrería, no de repartidor de pizzas, lo cual es rechazado por la sentencia recurrida desde el cuadro clínico residual que se declara probado en el hecho tercero de la sentencia de instancia, en el que se ve con claridad que esa situación incapacitante de manera parcial "puede condicionar algunas de las tareas de la profesión de "peón de chatarrería", y además, en la resolución del INSS que se pretende dejar sin efecto en la demanda de Asepeyo, aunque se impone el 100% de la responsabilidad del pago de la prestación a ésta mutua, realmente no se dice que esa incapacidad incida en una sola de las profesiones.

Por último, en nada afecta a esas diferencias existentes entre las sentencias comparadas la realidad de que en el caso de la recurrida el trabajador haya continuado desempeñando su profesión de peón de chatarrería, puesto que tratándose de una incapacidad permanente parcial esa actividad es perfectamente compatible desde el punto de vista funcional y prestacional.

TERCERO.- En consecuencia, de lo razonado en el anterior fundamento se desprende que entre las sentencias comparadas no concurre la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS para la viabilidad del recurso, que hubiera podido ser inadmitido por falta de contradicción, pero que en este trámite determina una decisión de desestimación del recurso planteado por Mutua Gallega de accidentes de trabajo y la plena confirmación de la sentencia recurrida.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Desestimamos el recurso de casación para la

unificación de doctrina planteado por Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, Entidad Colaboradora con la Seguridad Social nº 201 frente a la sentencia de dictada el 16 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 2394/2013 y confirmamos la resolución recurrida 2.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 14 de octubre de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede en Valladolid, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 1415/2015 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, en los autos nº 839/2013, seguidos a instancia de Uralita, S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Don Heraclio. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede en Valladolid, es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Uralita, S.A. contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Valladolid de fecha 19 de Marzo de 2.015 , (Autos nº 839/2013), dictada a virtud de demanda promovida a instancia de Uralita, S.A. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Heraclio sobre recargo de accidente; y, en consecuencia debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia. Ello con expresa condena en costas a la recurrente que abonará 300 euros en concepto de honorarios de letrado de la impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, contenía los siguientes hechos probados:

«Primero.- D. Heraclio prestó servicios para la empresa Uralita, S.A. desde el 19 de junio de 1972 hasta el 29 de marzo de 2005, en la fábrica de la empresa en Valladolid y con categoría profesional de Oficial de Fabricación.

Segundo.- Se siguió expediente sobre incapacidad permanente por enfermedad profesional en el cual el Equipo de Valoración de Incapacidades emitió dictamen el 27 de mayo de 2009 proponiendo la declaración del Sr. Santos como afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, a partir de un cuadro clínico consistente en 'Placas de fibrosis pleural en hemitorax izquierdo en relación con exposición laboral al amianto. Hiperreactividad bronquial. Disnea I/IV' (folio 768 de los autos); acogiendo la propuesta se dictó Resolución del INSS de 13 de octubre de 2009 reconociendo el derecho del trabajador a percibir la correspondiente prestación económica con efectos del 27 de mayo de 2009; dicha Resolución obra en autos (folio 766) y el resto de su contenido se tiene por reproducido.

Tercero.- El demandante inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2010 (folio 73 de los autos), en el cual y tras la emisión del informe de la Inspección de Trabajo (folios 102 a 108), se dictó Resolución por el INSS de fecha 18 de agosto de 2010 acordando imponer a la empresa Euronit, Fachadas y Cubiertas S.L., como sucesora de Fibrocementos NT, S.A y ésta a su vez de Uralita, S.A., un recargo de prestaciones del 40% sobre las causadas con ocasión de la enfermedad profesional del Sr. Heraclio , decisión confirmada por la posterior de 16 de noviembre de 2010, que desestimó la reclamación previa.

Cuarto.- Mediante Sentencia del Juzgado de lo Social número 2, de 31 de octubre de 2012, dictada en autos 14/2011, se declaró la nulidad del expediente

administrativo reponiéndolo al momento de efectuar alegaciones para en su caso, declarar la responsabilidad de las empresas Fibrocementos NT, S.A y Uralita, S.A.; la resolución judicial de instancia fue confirmada en suplicación por la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, de 24 de junio de 2013, obrando ambas en autos y dándose por reproducido su respectivo contenido.

Quinto.- En cumplimiento de lo resuelto judicialmente, se dictó finalmente nueva Resolución del INSS de fecha 14 de febrero de 2013, declarando la misma responsabilidad ya expresada en el hecho probado tercero respecto a las empresas Fibrocementos NT, S.A y Uralita, S.A.; presentada nueva reclamación previa, fue desestimada por Resolución del INSS de 5 de junio de 2013.

Sexto.- Conforme al informe de la Inspección de Trabajo referido en el hecho probado tercero, la empresa Uralita, S.A. se denominó posterior y sucesivamente Fibrotubo Bonna, S.A., Uralita, S.A., Fibrocementos NT, S.L. y, finalmente, Euronit Fachadas y Cubiertas, S.A., comenzó a producir con amianto en el año 1966, y el mismo informe, existen referencias a mediciones de amianto en determinados puestos de trabajo, 'En las Órdenes de servicios NUM004 , NUM005 e NUM006 , según se indica en las NUM007 , NUM008 y NUM009 , que no habrían superado la concentración promedio permisible' (folio 50 de los autos).

Séptimo.- El mismo informe de la Inspección da cuenta del contenido de dos Actas de Infracción (números NUM000 y NUM001) en los siguientes términos: 'En la Orden de Servicio 11981/96, tras las visitas realizadas al centro de trabajo de Uralita Productos y Servicios, S.L., Ctra. De Madrid, km. 187 (Valladolid), los días 11-VI-1996 y 15-VII-1996, reflejadas en el Acta Infracción NUM002 , se constata por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante, 'que dentro del recinto de la fábrica, tanto en el interior de la nave como en el patio exterior existían zonas faltas de aseo y limpieza, al no haberse efectuado ésta con la frecuencia necesaria', pasando a detallar zonas como la destinada a almacén de materias primas, línea de tubos, etc, en las que se acumulaba

polvo y suciedad, lo que da lugar al Acta antes indicada, por infracción del artículo 32 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9-111-1971 (B.O.E. del 16 y 17), calificándose la infracción como leve en virtud del artículo 46.1 de la Ley 31/1995, de 8-X 1 (B.O.E. del 10). Este Acta fue confirmada en vía administrativa por Resolución de 24-1X-1996, de la Oficina Territorial de Trabajo de Valladolid, Delegación Territorial de la Junta de Castilla. y León. Por su parte, el Acta de Infracción NUM001 (NUM003), de 20-VII-1998, propone la imposición de sanción a la empresa Fibrocementos N.T ., S.L., por entender vulnerados los artículos 15.1 de la Ley 31/1995, de 8-XI (B.O.E. del 10), de Prevención de Riesgos Laborales, el artículo 5.1 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 31-X4984 (B.O.E. del 7-XI), y el artículo 4 del Real Decreto 665/1997, de 12-V (B.O.E. del 24), al constatarse, sobre la base de las actuaciones practicadas, los hechos que en la misma se contienen, cabiendo destacar que "La empresa Fibrocementos N.T., S.L., ha implantado la tecnología que permite la producción de las placas de fibrocemento con celulosa, si bien alterna esta producción con la utilización de amianto. Ello es debido a que en el mercado francés y en el de otras naciones está prohibida la utilización del crisolito, por lo que la producción destinada a estos países se realiza con celulosa, mientras que la destinada a España y a otros países que no han prohibido la comercialización del crisolito la producción se hace con este material cancerígeno. Las causas de ello son exclusivamente de orden económico, según se pone de manifiesto en el informe emitido por la empresa al ser requerida por este inspector para que justificase el motivo por el cual continuaba manteniendo la producción con crisolito...'.

Octavo.- Obra en autos el recuento de fibras de amianto efectuado por la demandada desde el año 1978 hasta 2001 (folios 417 a 428), cuyo contenido se tiene por reproducido. Noveno.- Obra en autos la documentación genérica de la empresa sobre envío de datos de vigilancia médico laboral de los trabajadores desde el año 1989 (folios 435 a 445).»

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que, desestimando la demanda formulada por Uralita, S.A. frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Heraclio, debo absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- Por la representación Letrada de la empresa Uralita, S.A., se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid de fecha 2-diciembre-2013 (rollo 1528/2013). SEGUNDO.- Considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en relación con el art. 123 del mismo texto legal .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de abril de 2016, se admitió a trámite por esta Sala el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días, habiéndose formalizado únicamente por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre actual

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de diciembre de 2016, encontrándose de baja por enfermedad el Magistrado Ponente, se procedió a returnar el presente recurso de casación para unificación de doctrina al Excmo. Sr. D. José Luis

Gilolmo López, manteniéndose el señalamiento para deliberación y fallo señalado para el día 21 de diciembre actual, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión sometida a nuestra consideración en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, resuelta ya por esta Sala, entre otras, en las SSTS 4ª 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR números. 770/2015; 3272/2015; 1411/2015; 3346/2015; y 1671/2015), consiste en determinar la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

2. En concreto, se trata de decidir si los efectos económicos de ese recargo se deben retrotraer tres meses desde la fecha en que se produjo el reconocimiento del recargo por el INSS, o su solicitud por el interesado o a iniciativa de la inspección de trabajo en su caso, aplicando la retroactividad establecida en el artículo 43.1 LGSS/1994 (hoy artículo 53.1 LGSS /2015) respecto de las prestaciones de Seguridad Social, o si, por el contrario, no es de aplicación al recargo de prestaciones el mencionado precepto y, en consecuencia, los efectos económicos del mismo han de quedar vinculados a los de las prestaciones causadas por contingencia profesional.

3. Se recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de fecha 14 de octubre de 2015, recaída en el recurso nº 1415/2015 , que, confirmando la de instancia, desestimó la demanda de Uralita SA que impugnaba la resolución del INSS sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En cuanto a la procedencia del recargo, la Sala reitera tesis propia y, en lo que al presente recurso de casación interesa, sostiene que el plazo para la reclamación del recargo, en principio, será el 5 años sin que le sea aplicable el límite de tres meses, es decir, la retroactividad trimestral que contempla el art. 43.1 LGSS . Esta decisión es recurrida por la empresa en unificación de doctrina, ofreciendo de contraste la Sentencia

de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 2 de diciembre de 2013, recaída en el recurso 1528/2013.

4. El recurso ha sido impugnado por el INSS, no así por el beneficiario que, pese a estar personado, no lo ha hecho, solicitando la Gestora su desestimación, a diferencia de lo que propugna el Ministerio Fiscal, que, además de aceptar la contradicción, lo entiende procedente.

SEGUNDO.- 1. A los presentes efectos casacionales, importa dejar resumida constancia de la siguiente secuencia de los hechos más relevantes de estas actuaciones, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, para poder efectuar el pertinente juicio de contradicción: 1) La sentencia del TSJ confirma la de instancia que desestimaba la demanda en impugnación de resolución de recargo formulada por la empresa Uralita SA; 2) El beneficiario, D. Heraclio , prestó servicios para Uralita SA, denominada posterior y sucesivamente tal y como figura en el ordinal 6º de los hechos probados, desde el 19 de junio de 1972 hasta el 29 de marzo de 2005; 3) Por Resolución del INSS de 13 de octubre de 2009 se reconoció al sr. Heraclio una incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual, con derecho a percibir la correspondiente prestación económica con efectos del 27 de mayo de 2009; 4) El beneficiario inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2010, dictándose Resolución del INSS el 18 de agosto de dicho año que reconocía la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo e imponía a las distintas empresas que precedieron a la demandante un recargo del 40% sobre la prestación, Resolución que, tras una nulidad de las actuaciones administrativas, fue corroborada por otra del 14 de febrero de 2013 en idéntico sentido, confirmada a su vez por la definitiva del 5 de junio de 2013 que desestimó la pertinente reclamación previa.

2. Con tales hechos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aquí recurrida, en lo que ahora importa, al desestimar el

recurso de suplicación de la empresa, confirmó los efectos económicos del recargo declarado en vía administrativa, que los atribuía desde que se reconoció la prestación, no desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del recargo.

3. La sentencia de contraste, también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, dictada el 2 de diciembre de 2013 (R. 1528/13), contempla un caso idéntico al de autos pero considera, en interpretación del mismo precepto (art. 43.1 LGSS/1995), que los efectos del recargo no pueden imponerse con una retroactividad superior a esos tres meses desde que se solicitó el propio recargo. La comparación entre ambas sentencias revela que en las dos sentencias los hechos son similares en la medida en que contemplan prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional en las que se impuso el recargo como consecuencia de incumplimientos empresariales. Se trata de la misma empresa, de igual centro de trabajo y de la misma enfermedad profesional. La pretensión a tener en cuenta es prácticamente idéntica en ambos casos: que los efectos del recargo se retrotraigan a los tres meses anteriores a la solicitud o resolución del INSS que impuso el recargo. Sin embargo, las soluciones que otorgan las sentencias sometidas al juicio de identidad son claramente divergentes y contradictorias: la recurrida retrotrae el recargo a la fecha de la prestación causada, mientras que la referencial los establece en los tres meses anteriores a la resolución del INSS que declaró y reconoció el recargo. Concorre, pues, el presupuesto de contradicción exigido por el art. 219 LRJS, tal como admite con claridad el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- 1. El recurso debe ser estimado porque, como esta Sala ha resuelto con reiteración, en lo esencial, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial pues el artículo 43.1 LGSS vigente cuando se producen los hechos a que se refiere el presente recurso dispone (al igual que el actual artículo 53.1 de la indicada norma) que: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la

presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud». Tal precepto resulta de indudable aplicación al recargo de prestaciones con fundamento en las consideraciones que, reiterándolas una vez más, exponemos a continuación.

2. Nuestra más reciente jurisprudencia ha venido destacando el carácter prestacional del recargo. Se trata, evidentemente, de una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales; pero sobre los aspectos punitivos en sus amplias vertientes destaca el tratamiento legal de indudable carácter prestacional. Cuando se esté en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo. Así lo puso de relieve el pleno de la Sala en su STS de 23 de marzo de 2015 (rcud. 2057/2014) en la que señalamos lo siguiente: «tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13- rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTs 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 - rcud 756/06 -; y 26/09/07 - rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTs 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-)). La lógica consecuencia de la

atribución de tal naturaleza prestacional no puede ser otra que la aplicación de las normas que disciplinan las prestaciones en sus aspectos de eficacia temporal.

3. En este preciso sentido, la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en aplicar los diversos mandatos establecidos en el citado artículo 43 LGSS al recargo de prestaciones sin excepción alguna; así, por todas, la STS de 19 de julio de 2013, rcud 2730/2012 , estableció que: «de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo. Por otra parte, de conformidad con el art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social , la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo "en relación con el caso de que se trate". El número 3 del precepto citado añade que "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza». Una correcta interpretación del precepto en cuestión debería rechazar, por irracional, que todo él resultase aplicable al recargo de prestaciones menos el inciso relativo a los efectos temporales pues la norma en sí misma constituye un todo que no se puede parcelar a efectos de su aplicación a una institución concreta a la que hemos dicho reiteradamente que se le aplican todas las demás previsiones del reiterado artículo 43.1 LGSS.

4. En consecuencia, el INSS puede imponer el recargo, a iniciativa de la inspección de trabajo, de la autoridad laboral o del propio interesado, hasta que transcurra el plazo de prescripción, pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha

inicial del reconocimiento de la prestación base. Por ello, como ocurre en el supuesto aquí examinado, constando que "el demandante inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2012" (h. p. 3º), ha de estarse a la previsión normativa reseñada, en la interpretación efectuada por esta Sala, conforme a la cual, la fecha de efectos del recargo debe ser la de tres meses antes de que el beneficiario, o, en su caso, la autoridad administrativa laboral, interesaran del INSS su imposición.

5. Esta es, en fin, la doctrina que, en lo esencial, se sienta en diferentes sentencias de ésta Sala, entre las que pueden citarse, como más recientes, las de 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR números. 3770/2015; 3272/2015; 1411/2015; 3346/2015; y 1671/2015).

6. Todo lo anteriormente razonado conduce a la estimación del recurso y, resolviendo en suplicación, hemos de revocar parcialmente la sentencia recurrida porque en el punto debatido es la referencial la que se ajusta a la doctrina correcta, ya que, insistimos, la retroacción de los efectos del recargo han de limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del propio recargo (no de la prestación), aunque en determinados supuestos, cuando no conste solicitud el beneficiario, pueda entenderse por tal "solicitud" la previa actuación administrativa promotora del recargo.

7. En consecuencia, en sentido concordante con lo resuelto en los citados precedentes de esta Sala, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso y concluir, en congruencia con el debate suscitado en suplicación, declarando que los efectos del recargo deberán imponerse con una retroactividad de tres meses a contar desde la fecha de la solicitud del beneficiario, esto es, desde el 26 de octubre de 2009 en el caso. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1) Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de URALITA, SA contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, en el recurso de suplicación número 1415/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid en autos número 839/2013, seguidos a instancias de la recurrente contra el INSS, la TGSS y D. Heraclio sobre recargo de prestaciones derivadas de contingencia profesional. 2) Casar y anular en parte la referida sentencia únicamente en el punto relativo a la fecha de efectos del recargo de prestaciones, quedando inalterada en los restantes pronunciamientos y, resolviendo el debate de suplicación, establecemos que los efectos del recargo han de retrotraerse al 26 de octubre de 2009. 3) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2013, el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando en parte y en la forma expuesta la demanda interpuesta por Don Teodulfo contra "IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 274", el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y las empresas "GRANADA 74, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA" y "C.F. CIUDAD DE MURCIA, S.A.D.", debo absolviendo a "C.F. CIUDAD DE MURCIA, S.A.D.", declarar a la parte actora en situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua, por subrogación de la empresa, sin perjuicio de las responsabilidades legales del INSS y de la TGSS, al abono de una pensión vitalicia equivalente al 55 por 100 de su base reguladora de 34.772,40 € anuales, más incrementos y revalorizaciones correspondientes, y con efectos desde el día 8- noviembre-2011.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- El trabajador demandante Don Teodulfo (pasaporte República Francesa n° NUM000), nacido el día NUM001 -1980 (folio 121), afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y en situación de alta, prestó servicios como futbolista profesional, ininterrumpidamente, desde el día 17-02-2006 al día 31-03-2006 para la entidad "C.F. CIUDAD DE MURCIA, S.A.D." y desde el día 01-04-2006 hasta el día 30-06-2008 para la entidad "GRANADA 74, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA", jugando en este último club 28 partidos (folios 42 y 53 reverso, 164; contratos de trabajo y hojas de salario obrantes a folios 139 a 162 que se dan por reproducidos), y ambas con riesgos de accidentes de trabajo cubiertos por la mutua codemandada "IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 274", sin que constasen inicialmente incumplimientos de las empresas en materia de seguridad social (resolución folios 38 y 39 que se dan por reproducidos).

2º.- En el mes de junio del año 2.006 (13-06-2006), durante la disputa del Mundial de Fútbol Alemania 2.006, el demandante sufrió una importante lesión (traumatismo severo en rodilla derecha con diagnóstico de rotura-arrancamiento del tendón rotuliano de la rodilla derecha) cuando disputaba un partido de fútbol integrado en la selección de Togo (resolución folios 38 y 39 que se dan por reproducidos; informe Mutua folio 70 reverso); precisando tratamiento quirúrgico (reinserción del tendón rotuliano con tornillos), médico y rehabilitación funcional, reincorporándose a los 16-17 meses a su trabajo habitual (informe ICAM obrante a folios 61 reverso y 62, 69 reverso y 70 que se dan por reproducidos; informe Mutua folio 70 reverso; parte hospitalario obrante a folio 128 que se da por reproducido). Con posterioridad existen cuatro partes de asistencia sin baja médica de fechas 18-01-2007 por lumbalgia, 10-10-2007 por contusión costal, 13-02-2008 por contusión en globo ocular izquierdo y 29-05-2008 por molestias en rodilla derecha; refiriendo, con reflejo en el último parte de asistencia, que "que desde hace unos días tiene molestias en la rodilla derecha, en esa rodilla le intervinieron en junio del 2006" (resolución folios 38 y 39 que se dan por reproducidos; partes de asistencia obrantes a folios 58 reverso a 60, 66 a 68 que se dan por reproducidos). En junio del referido año 2.008 (20-06-2008) el actor fue intervenido en Francia por complicaciones de infección en la rodilla derecha lesionada (informe ICAM obrante a folios 61 reverso y 62, 69 reverso y 70 que se dan por reproducidos; informes clínicos obrantes a folios 130 y 136 que se dan por reproducidos; resonancia magnética de fecha 16-06-2008 obrante a folio 134 que se da por reproducido). En la temporada 2010- 2011 perteneció a la plantilla del Limonest, club de fútbol francés (resolución folios 38 y 39 que se dan por reproducidos), donde no consta hubiera jugado partidos (documentos obrantes a folios 53 reverso y 163 que se dan por reproducidos).

3º.- En fecha 16-12-2010 solicitó ante el INSS ser declarado en situación de incapacidad permanente afirmando que la última empresa en que había trabajado había sido "GRANADA 74, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA" (folio 57 que se da por reproducido).

Fue reconocido por el ICAM en fecha 08-11-2011, con la presunción de incapacidad permanente por accidente laboral, "traumatismo de estructuras múltiples de la rodilla", "artropatía postraumática rodilla derecha: limitación funcional y gonalgia residual" (folios 61 reverso y 62, 69 reverso y 70 que se dan por reproducidos). En alegaciones de la Mutua, en fecha 10-02- 2012, entre otros extremos, se hacía referencia a la responsabilidad empresarial de "GRANADA 74, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA" "habida cuenta de los reiterados y constantes descubiertos en materia de cotización que la citada empresa presenta, sin perjuicio de un eventual anticipo por parte de esta entidad colaboradora" (folio 51 que se da por reproducido). La Dirección Provincial del INSS, en resolución de fecha 28-02-2012, decretó que no procedía declarar al actor en ninguna situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, por no reunir el requisito de incapacidad permanente, indicando que "no cabe considerar dicho accidente como laboral, habida cuenta que no prestaba servicios para una empresa española, ni estaba sujeto en ese momento a nuestra normativa" y que "si finalmente no existiese continuidad en ningún club profesional de fútbol, y de estimarse que existe incapacidad derivada de accidente de trabajo, serían aplicables los Reglamentos comunitarios y la prestación debería reconocerse al amparo de la normativa francesa" (resolución obrante a folio 38 que se da por reproducido). Interpuso reclamación previa en fecha 12-04-2012, solicitando ser declarado incapaz permanente total derivado de accidente de trabajo (documentos obrante a folios 81 reverso a 84 que se dan por reproducidos); y formuló alegaciones la Mutua, indicando sobre la lesión sufrida disputando un partido en el Mundial de Fútbol de Alemania que "esta lesión es la que está de forma exclusiva en el origen la supuesta imposibilidad profesional que se invoca" (documento obrante a folio 80 que se da por reproducido). Fue desestimada la reclamación previa por resolución fechada el día 18-06-2012 (folio 78 que se da por reproducido).

4º.- La base reguladora de la prestación reclamada de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo es de 34.772,40 € anuales (alegaciones en el acto juicio y conformidad parte actora y mutua; documento folio 51 reverso en atención a la

fecha del accidente distinta de la que figura en la resolución obrante a folio 78 que se da por reproducido; documentos obrantes a folios 204 a 208 que se dan por reproducidos).

5º- La entidad "GRANADA 74, SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA" a partir del mes de junio del año 2.007 y, al menos, hasta el mes de mayo del año 2.010, ha dejado de abonar la mayor parte de sus cotizaciones a la seguridad social (documentos obrantes a folios 212 a 225 que se dan por íntegramente reproducidos).

6º.- El actor, como consecuencia de la lesión sufrida en fecha 13-06-2006, padece traumatismo de estructuras múltiples de la rodilla, artropatía postraumática rodilla derecha: limitación funcional y gonalgia residual, pérdida de flexibilidad, de fuerza y de potencia de la rodilla derecha (informe ICAM obrante a folios 61 reverso y 62, 69 reverso y 70 que se dan por reproducidos).»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Ibermutuamur Mutua formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimar el recurso de la Mutua Ibermutuamur de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 274 contra la Sentencia de 30 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona en el procedimiento nº 789/2012, que revocamos. Confirmamos la Resolución del INSS de 28 de febrero de 2012 que denegaba el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total al demandante D. Teodulfo, y Absolvemos a la parte demandada y la Mutua recurrente de la pretensión.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la representación procesal de D. Teodulfo interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito

fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de fecha 13 de octubre de 2003 (rec. suplicación 578/03).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por los recurridos, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de «que el recurso debe ser Desestimado por falta de contradicción y, subsidiariamente declarado Procedente». Se señaló para la votación y fallo el día 22 de noviembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.

1.- La sentencia impugnada revoca la dictada en la instancia y confirma la resolución del INSS que denegaba el reconocimiento de la incapacidad permanente total del actor derivada de accidente de trabajo.

El demandante, nacido en 1980, ha prestado servicios como futbolista profesional. El 13/06/2006, dos meses y medio desde la incorporación al Granada 74, SAD, durante el Mundial de Fútbol de Alemania, sufrió, como integrante de la selección de Togo, una importante lesión en la rodilla derecha. Preciso tratamiento quirúrgico, médico y rehabilitación funcional, reincorporándose a los 16-17 meses a su trabajo habitual. Padece traumatismo de estructuras múltiples de la rodilla, artropatía postraumática rodilla derecha: limitación funcional y gonalgia residual, pérdida de flexibilidad, de fuerza y de potencia de la rodilla derecha. Cesó en el Club Granada 74 el 30/06/2008. En la temporada 2010-2011 perteneció a un Club de fútbol francés, sin que se haya probado que jugara partidos.

2.- Recurrida la sentencia de instancia en suplicación, la Sala Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 20 de octubre de 2014 (rec. 2736/2014) señala que el demandante futbolista profesional, sufrió lesiones importantes en la rodilla derecha en el año 2006, molestias en mayo de 2008 e infección en ese mismo año, presentando artropatía como patología degenerativa; continuó en activo como futbolista profesional la temporada 2010-2011 y en diciembre de 2010 interesó el reconocimiento de la incapacidad permanente total ante el recrudecimiento de las lesiones de la rodilla, en el momento en que cesa su vida profesional a la edad de 30 años. Concluye revocando la sentencia recurrida y desestimando la demanda, sin cuestionarse que la profesión habitual sea la de futbolista, al estimar que es por su edad que ha concluido la vida profesional activa del deportista.

SEGUNDO.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.

1.- Contra dicha sentencia, recurre en casación para la unificación de doctrina el demandante Don Teodulfo, aportando como sentencia referencial la dictada por el TSJ de Cantabria de 13 de octubre de 2003 (rec. 578/2003).

2.- La referida sentencia de contraste, declara al actor afecto de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo para su profesión habitual de futbolista. Se trata de un supuesto en el que el actor, nacido en 1969, cuando ejercía su profesión de futbolista en el Real Racing Club sufrió un accidente de trabajo el 30/11/1999, siendo dado de alta el 04/03/2001 (a los 31 años).

La Sala de suplicación razona que las lesiones acreditadas, consistentes en tendinitis crónica del flexor del primer dedo de la extremidad inferior izquierda con rigidez del mismo y proceso inflamatorio también crónico, impiden al demandante correr, saltar y disponer de plena estabilidad en verticalidad, entre otras tareas y en la realización de los diferentes esfuerzos y actividades físicas que exige la práctica del

fútbol de élite, con apoyo en la extremidad inferior izquierda, sin que la posibilidad de calzar botas facilite las expresadas tareas que no puede llevar a cabo, no sólo a causa de la rigidez del dedo, sino de la inflamación crónica de esta parte de la extremidad, lo que -continúa la sentencia- no se contradice por el hecho de que fuera contratado de nuevo, causando alta el 01/07/2001 y baja por despido el 03/07/2001.

3.- Entre las sentencias comparadas se aprecia la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, pues llegan a soluciones distintas al resolver dos supuestos semejantes. En ambas se plantea si un futbolista profesional que ha cumplido ya los treinta años puede ser declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, sin que se discuta la contingencia ni las lesiones invalidantes. Superado el requisito de la contradicción, procede entrar en el examen de los motivos de recurso que se plantean.

TERCERO.- Examen de los motivos de recurso.-

Denuncia la recurrente la infracción por interpretación errónea del art. 137 de la LGSS, por cuanto la pretensión de demandante de reconocimiento de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo reconocida por la sentencia de instancia y denegada en suplicación por la sentencia recurrida en razón a la edad del demandante futbolista de profesión de 30 y pocos años de edad es inadmisibile, por cuanto no existe norma alguna que impida el acceso a la incapacidad en cualquiera de sus grados a los deportistas profesionales a partir de una determinada edad, "debiéndose aplicar el clásico brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" .

Por el Ministerio Fiscal se informa que si se estima superado el requisito de contradicción, ha de declararse el recurso procedente, defendiendo que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, poniendo de manifiesto que carece de

entidad jurídica la afirmación relativa a la edad del demandante futbolista profesional de 30 años de edad, unido a la afirmación que hace la sentencia recurrida de que se encuentra al final de su carrera, puesto que es sobradamente conocido que gran número de futbolistas alargan su vida profesional más allá de los 30 años con éxito, y además en el presente caso el demandante perteneció durante la temporada 2010-2011 a la plantilla del Limonest. Asimismo refiere que el RD 1006/1985 de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no establece especialidad alguna en relación con la edad de estos profesionales.

Ciertamente ello es así, y la Sala suscribe el Informe del Ministerio Fiscal. Nos encontramos, -según resulta del relato de hechos probados que aquí se da por reproducido-, ante un supuesto de un futbolista que ve agravada una lesión sufrida años antes como consecuencia de accidente profesional y que se encuentra en activo cuando solicita la prestación de incapacidad permanente total, por cuanto está en plantilla para un Club de fútbol, y cumple los requisitos para el reconocimiento de la incapacidad solicitada, lo cual no se discute, por lo que no puede utilizarse en su contra una presunción acerca del fin de su actividad laboral por razones de edad. Y ello a mayor abundamiento, por cuanto tampoco ha sido causa de la denegación de la incapacidad por el INSS según resulta de su resolución administrativa de 28/02/2012 que decretó que no procedía declarar al actor en ninguna situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, por no reunir el requisito de incapacidad permanente.

Comparte la Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la lesión padecida por el demandante el 13 de junio de 2006 constituye un accidente de trabajo según nuestra legislación protectora de Seguridad Social como reconoció la sentencia de instancia; situación que se mantiene después de que el demandante presentara una complicación por infección de la rodilla intervenida quirúrgicamente el 20 de junio de 2008, por tener cabida dentro del art. 115,2 g) de la LGSS que califica como tal las consecuencias del accidente de trabajo que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o finalización por enfermedades intercurrentes que constituyen

complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el propio accidente. Comparte asimismo que las dolencias que afectan al actor, por su trascendencia funcional, como se refleja en el informe del ICAM, imposibilitan o incapacitan al demandante en forma total para realizar las funciones esenciales propias de su profesión habitual, lo que justifica que sea declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo (art. 137 LGSS).

Por otro lado, respecto a la profesión, ciertamente, hay que tener en cuenta (SSTS/IV de 9/12/2002 y 26/09/2007 , entre otras), que no se cuestiona que sea la de futbolista profesional puesto que, cuando en junio de 2008 se ven complicadas las patologías derivadas del accidente de trabajo de 13 de junio de 2006 también ejercía aquella profesión, al igual que sucedía cuando el demandante interesó el reconocimiento de la incapacidad permanente total en diciembre de 2010; además de ser la profesión que consta ejercida de forma más prolongada (en el caso, no consta que haya ejercido otra).

Partiendo de ello, ha de discreparse en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física sino por su edad.

Y siendo ésta y no otra la razón dada por la sentencia recurrida para estimar el recurso de suplicación formalizado por la Mutua Ibermutuamur, revocando la sentencia recurrida, el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el actor, ha de ser estimado conforme al informe del Ministerio Fiscal, puesto que no existe norma alguna que impida a un futbolista el ejercicio de su profesión a la edad en el caso cuestionada -de 30 años-, y que por otro lado, es razonable que a esta edad pueda ejercerse.

Ello comporta, con revocación de la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, la desestimación del recurso de tal naturaleza y confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Por cuanto antecede, cual ha informado el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado, casando y anulando la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de tal naturaleza planteado, confirmando la sentencia de instancia estimatoria de la demanda. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.-Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la representación legal de D. Teodulfo contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2014 por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 2736/2014 y casar y anular la sentencia recurrida; y resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal naturaleza interpuesto por Ibermutuamur Mutua, confirmando la sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Barcelona de fecha 30 de julio de 2013 , en autos núm. 789/2012 seguidos a instancias de D. Teodulfo frente a "Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274", el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, y las empresas "Granada 74, Sociedad Anónima Deportiva" y "C.F. Ciudad de Murcia, S.A.D.".

2.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 848/2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Don Bernardo, con D.N.I. NUM000 y nacido el NUM001 de 1961 vino prestando servicios para la empresa SOMETAL S.L.U. desde el 21 de octubre de 2008 con la categoría profesional de Oficial de 2ª, con una base de cotización de 1317,12€ y siendo de aplicación a la relación laboral lo establecido en el convenio colectivo del metal. Citada empresa tiene como objeto social la construcción de estructuras metálicas y cubiertas las contingencias de incapacidad temporal con la MUTUA GALLEGA, firmando contrato de seguro de responsabilidad civil con la entidad GROUPAMA S.A.U. con fecha de efectos de 18 de junio de 2010 a 18 de junio de 2011 y limite por víctima de 180.000€, concertando póliza para cubrir el mismo riesgo con AXA con fecha inicial de efectos de 18 de junio de 2011.

SEGUNDO.- El demandante participó en la siguiente formación en materia preventiva: curso de conductor de camiones de remolque clase E; información e orientación para la inserción laboral 15 horas; seguridad e higiene no trabajo 15 horas; elementos de seguridad concernientes o remolque ou semirremolque: descripción e características e seguridades vial 30 horas; a conducción e circulación arrastrando un remolque ou semiremolque 300 horas; básico de prevención de riscos laborais 50 horas y formación para a igualdade 10 horas. Entrega en fecha de 21 de octubre de 2009 de las

normas de seguridad en obra y taller y ficha de seguridad, habiéndole entregado arnés, guantes, botas y fundas. En revisión de fecha de 16 de julio de 2010 realizado por MUGATRA se le calificó de apto en protocolos de ruido, agentes químicos, alturas, cargas. El día 14 de marzo de 2011, sobre las 19:00 horas, cuando se encontraba trabajando colocando un canalón en una vivienda, se cayó de la escalera móvil, de una altura aproximada de 5 metros. Citado canalón se había instalado la semana anterior pero la propiedad del inmueble solicitó la instalación de una bajada porque entraba agua en la casa, decidiendo finalmente el trabajador y su compañero de trabajo Artemio y a pesar de la lluvia, realizar el trabajo encargado, instalando para ello una escalera manual telescópica de aluminio de 6,53 metros con doble uso: en tijera o en un solo tramo con referencia 3565 y que cumple con las exigencias de la norma UNE EN-131. En ese momento se dispuso en posición de un solo tramo y prácticamente al mismo nivel del punto de apoyo.

TERCERO.- La Inspección de Trabajo extendió acta de infracción de seguridad y salud laboral el 30 de mayo de 2011 y emitió informe sobre el accidente de trabajo el 19 del mismo mes, calificando la falta como grave y tipificada en el artículo 12.16 f) del Real Decreto Legislativo 5/2000, proponiendo la imposición de sanción en grado mínimo en cuantía de 2046 € y un recargo del 30%, dictándose resolución en fecha 21 de octubre de 2011 confirmando el acta de infracción, interponiendo la empresa recurso de alzada que fue desestimado en fecha 28 de junio de 2012. Por el I.N.S.S. se dictó resolución en fecha 20 de septiembre de 2011 denegando la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, interponiendo reclamación previa y posterior demanda que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social No 4 de Pontevedra de fecha 20 de abril de 2012 .

CUARTO.- El trabajador fue diagnosticado de traumatismo craneal facial y en ambos miembros superiores con la calificación de muy grave. Se inició expediente para la declaración de invalidez, siendo declarado en situación de invalidez permanente total

para su profesión habitual por resolución del I.N.S.S. de fecha 19 de julio de 2012, con una base reguladora de 1536,88€ y de acuerdo con el siguiente cuadro clínico: politraumatizado, TCE: fractura de base del cráneo, múltiples fracturas craneofaciales, hemorragia subaracnoidea postraumática, traumatismo torácico con mínima contusión pulmonar, traumatismo en extremidades: fractura de radio y cúbito derechos y tenonómia cubital post, fractura metáfisis distal radio izdo. Operado el 8 de abril de 2011, reintervenido el 30 de junio de 2011: tenoplastia 4º dedo mano dcha. RNM cerebral noviembre de 2011: áreas de malacia de probable origen postraumático con gliosis perilesional. Trastorno mental orgánico, con discapacidad leve, ausencia de deterioro cognitivo, con persistencia de sintomatología ligera de daño cerebral frontal difuso. Leve incongruencia, alexitimia, cefalea hemicraneal post. Izda. leve, sonrisa insulsa, acompañado de cierto grado de afecto inapropiado, accesos de irritabilidad sin irascibilidad, disminución de interés por la relación con otras personas. Descenso del globo ocular dcho. pequeño astigmatismo hipermetropico simple bilateral para el que no se prescribe corrección óptica, presbicia. No diplopía. Mano dcha. (rectora): 4º dedo BA activo nulo para JFD que permanece en hiperextensión. Cicatriz quirúrgica. Limitación últimos grados BA muñeca dcha. Muñeca izda.: flexión limitada en más del 50%, resto movilidad limitada en menos del 50%. Deformidad facial con hundimiento malar con disimetría de ojos estando el OP más hundido y bajo respecto al izdo. Cicatriz en ceja dcha. con deformidad. Colaborador, orientado, no discurso espontáneo, enlentecimiento psicomotor evidente. Poca iniciativa, se queja de fallos de memoria y mareos. No se objetiva alteración en la capacidad de comprensión. Afectivamente distante, expresión emocional disminuida. Refiere ano smia. Presentó el actor reclamación previa que fue desestimada en fecha 18 de septiembre de 2012 y posterior demanda turnada al Juzgado de lo Social N° 1 de Pontevedra.

QUINTO.- Presentada papeleta de conciliación el día 14 de mayo de 2008, en fecha 27 del mismo mes se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación sin avenencia. En fecha 5 de septiembre de 2013 la entidad aseguradora GROUPAMA se dirigió a la empresa SOMETAL S.L.U. rechazando las consecuencias del siniestro al tener conocimiento del mismo a través de

notificación del Juzgado, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 16 de la L.C.S. Enviando nueva comunicación el día 20 del mismo mes».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la demanda interpuesta por DON Bernardo frente a la empresa SOMETAL S.L. y las entidades aseguradoras AXA SEGUROS GENERALES S.A. y SEGUROS GROUPAMA S.A.U. condeno a los demandados SOMETAL S.L. y SEGUROS GROUPAMA S.A.U. a que de forma solidaria abonen al demandante la cantidad de 56.692,7€».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Groupama Seguros y Reaseguros SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 2016 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la CIA GROUPAMA SEGUROS Y REASEGUROS SA contra la Sentencia de fecha 16 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de los de Pontevedra, en proceso sobre cantidades promovido por Don Bernardo frente a la empresa SOMETAL SLU, la CIA recurrente y otras debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Se imponen las costas del recurso a la Cía aseguradora vencida en el recurso, las que comprenderán los honorarios del letrado impugnante de su recurso por importe de 200 euros».

TERCERO.- Por la representación de Plus Ultra Seguros Generales y Vida SA (anteriormente Seguros Groupama SAU) se formalizó el presente recurso de casación

para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 28 de diciembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 23 de julio de 2013.

CUARTO.- Con fecha 2 de junio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por la representación legal de PLUS ULTRA SEGUROS GENERALES Y VIDA S.A. (anteriormente: GROUPAMA, S.A.U.) se recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de noviembre de 2015, recaída en el recurso de suplicación nº 4472/2014 que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra que estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Bernardo frente a la empresa SOMETAL, S.L. y las entidades ASEGURADORAS AXA SEGUROS GENERALES S.A. y GROUPAMA, S.A.U., condenando solidariamente a ésta última aseguradora y a la mercantil empleadora al abono al actor de la cantidad de 56.692,7 Euros en concepto de indemnización derivada de accidente de Trabajo.

Disconforme con la resolución de la Sala de Galicia, la aseguradora recurrente preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina,

para lo que aportó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña de 23 de julio de 2013 (rec. 2821/2013).

2.- En esta casación unificadora, en primer lugar, por imperativo legal, hemos de examinar si, efectivamente, concurre la necesaria contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS.

A tal efecto, de la sentencia recurrida resultan hechos y circunstancias relevantes los siguientes: 1) Con fecha 14 de marzo de 2011, el actor -hoy recurrente- sufrió un accidente de trabajo del que se derivó la correspondiente baja y diversas secuelas que fueron calificadas como constitutivas de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual. 2) La empresa para la que prestaba servicios el trabajador tenía suscrita con Seguros GROUPAMA S.A.U., seguro de responsabilidad civil a favor de sus trabajadores que cubría el riesgo de accidente de trabajo. La póliza estuvo vigente desde el 18 de junio de 2010 al 18 de junio de 2011. Posteriormente, se concertó una nueva póliza en las mismas condiciones con AXA con fecha inicial de efectos 18 de junio de 2011. 3) En una de las cláusulas de la póliza de seguro, en el apartado de condiciones generales, se prevé que la cobertura ampara las consecuencias por accidentes sobrevenidos durante la vigencia de la póliza, con independencia de la fecha efectiva de la declaración por la Unidad de valoración Médica correspondiente, pero siempre que la comunicación del hecho causante se efectúe durante la vigencia de la póliza o en un período postcontractual de un año contado a partir de la fecha de extinción, anulación o resolución de la póliza. 4) La entidad aseguradora GROUPAMA rechazó hacerse cargo de la responsabilidad derivada del accidente alegando que el mismo se le había comunicado fue fuera del plazo establecido en la póliza ya que el primer conocimiento del mismo fue como consecuencia de la notificación de la reclamación por parte del Juzgado.

A la vista de tales circunstancias, sintéticamente resumidas, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, confirmó la sentencia de instancia y

confirmó la condena solidaria a la empleadora (SOMETAL, S.L y a la aseguradora en el momento en que se produjo el accidente (GROUPAMA, SAU). Tal decisión, entre otras consideraciones, se fundamentó sobre la base de que la cláusula sobre plazo para la comunicación del siniestro debía considerarse no como una cláusula delimitadora del riesgo, sino limitativa, por lo que su contenido debió ser objeto de un tratamiento especial acorde con el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro al no constar destacada ni consentida expresamente, ni constar el referido consentimiento expreso; y, al no haberse hecho así, el plazo de comunicación no debía considerarse aplicable.

3.- La sentencia de contraste, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2013, resolvió un supuesto en el que las circunstancias relevantes a efectos de la eventual constatación de la contradicción fueron los siguientes: 1) Con fecha 10 de diciembre de 2009, el trabajador sufrió accidente de trabajo que provocó la ulterior declaración de Incapacidad permanente Total para la profesión habitual del trabajador accidentado. 2) La empresa para la que prestaba servicios el trabajador tenía suscrita con GROUPAMA seguro de responsabilidad civil a favor de sus trabajadores que cubría el riesgo de accidente de trabajo. La póliza estuvo vigente hasta el 30 de diciembre de 2009. 3) En una de las cláusulas de la póliza se estableció expresamente que el seguro cubría los daños sufridos por el trabajador con ocasión de accidente durante el período de vigencia del contrato de seguro y cuya reclamación sea comunicada a la aseguradora en el período de vigencia de la póliza o en el plazo de doce meses desde la fecha de extinción, anulación o resolución del citado contrato. 4) La aseguradora rechazó hacerse cargo de la indemnización derivada del accidente alegando que éste fue comunicado fuera del plazo establecido en la póliza.

Con tales circunstancias, la sala catalana estimó el recurso de suplicación interpuesto por la aseguradora y la absolvió de las peticiones efectuadas en su contra. Tal decisión se asentó, básicamente, en la consideración de que la cláusula en cuestión debía considerarse como una cláusula delimitadora del riesgo, no limitativa, por lo que

su contenido y, en especial, el plazo de comunicación debía considerarse aplicable; e, igualmente, en la consideración de que la comunicación del siniestro se había efectuado fuera del plazo establecido en la póliza habida cuenta que el inicio del mismo había que situarlo en la fecha del accidente.

SEGUNDO.- 1.- Tal como sugiere el Ministerio Fiscal en su informe, la Sala entiende que existe la contradicción legalmente exigida. En efecto, de lo reseñado hasta aquí resulta fácilmente comprobable que en ambos supuestos nos encontramos ante: 1) Sendas reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo contra sendas compañías aseguradoras que tenían suscritas con las respectivas empresas pólizas de seguro de responsabilidad civil por daños derivados de accidente de trabajo. 2) Ambas pólizas contienen una cláusula similar por la que el riesgo asegurado se configura como el que ocurra en el período de vigencia del seguro y se comunique durante un período de tiempo posterior a la finalización del contrato de seguro -un año-. 3) En ambos casos la comunicación del siniestro se efectúa tiempo después de la finalización del plazo establecido en las respectivas pólizas. 4) Tanto en la sentencia recurrida como en la referencial, consta que la causa de la denegación por la aseguradora de la solicitud indemnizatoria estribó en que el siniestro se había comunicado fuera del plazo establecido en las respectivas pólizas.

Las soluciones que adoptan cada una de las sentencias son diferentes. La sentencia referencial estima que la cláusula en cuestión es de carácter delimitador y, por tanto, válida y que hubo incumplimiento de la obligación de notificar el siniestro dado que tal comunicación debió hacerse en el plazo estipulado. La sentencia recurrida, por el contrario, califica la cláusula en cuestión como limitativa, que no cumplía las exigencias del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro en orden a su configuración destacada y su expreso consentimiento, por lo que no resulta aplicable. Es claro, por tanto, que en mérito a unos hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, en los términos que han quedado expuestos, las sentencias comparadas han llegado a soluciones diferentes.

2.- No impiden la apreciación de la contradicción las razones esgrimidas por el impugnante del recurso. En primer lugar, el hecho de que la literalidad de las cláusulas contenidas en cada una de las pólizas que examinan las sentencias comparadas no coincida exactamente, pues a pesar de ser cierta tal precisión, no lo es menos que existe una coincidencia total en lo esencial a efectos del presente recurso de casación unificadora cual es el hecho de que en ambas pólizas se establece un plazo determinado -un año- desde la finalización del contrato de seguro que funciona como límite máximo para comunicar el siniestro, y que los efectos de su incumplimiento son los mismos en ambos contratos de seguro: la exclusión del siniestro del ámbito de cobertura de la póliza. En segundo lugar porque ese -el alcance y efectividad de la cláusula mencionada- fue el debate que se produjo en suplicación, debate que es el único que puede ser tenido en cuenta para comprobar la existencia de contradicción, con independencia de las otras controversias que pudieran haberse contemplado en la instancia. Resulta, por tanto, claro que en suplicación el debate se ciñó a la validez y efectos de la cláusula reseñada en función de la diferente naturaleza jurídica que a la misma otorgaron cada una de las sentencias comparadas.

TERCERO.- 1.- Con correcto amparo procesal, la recurrente denuncia infracción de normas sustantivas por vulneración de los artículos 181 y ss. CC y 1, 3 y 73 LCS . La cuestión a resolver, por tanto, en el presente recurso de casación unificadora, consiste en la determinación de la naturaleza y efectos de una cláusula, incluida en las condiciones generales de un contrato de seguros colectivo de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, que establece que el contrato de seguro surte efectos por los daños ocurridos por primera vez durante el período de vigencia del contrato y cuya reclamación sea comunicada a la aseguradora en el período de vigencia de la póliza o en el plazo de los doce meses siguientes a partir de la extinción, anulación o resolución del contrato.

2.- La Sala ya ha tenido ocasión de establecer la doctrina adecuada sobre esta cuestión mediante la STS de 18 de febrero de 2016 (rcud. 3136/2014), con cita de pronunciamientos anteriores de la propia Sala y de la Sala Primera , dictada a propósito del análisis de una cláusula que guarda una total similitud con la examinada en este proceso. En dicha sentencia dijimos lo siguiente:

a) A propósito de la distinción entre cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras: las primeras son siempre inválidas en tanto que las limitativas pueden alcanzar validez si cumplen las dos condiciones que enumera la ley; esto es, que se destaquen de modo especial y que sean específicamente aceptadas por escrito. La consideración como lesiva de una cláusula se fundamenta en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado. Ese vicio de lesividad comporta la nulidad de la cláusula y no la del resto del contrato, esquema que responde al conocido de la nulidad parcial del contrato. Por el contrario, puede entenderse que son cláusulas limitativas las que restrinjan los derechos del asegurado, sin llegar a producir la desproporción o desequilibrio insuperables de su posición jurídica en la economía del contrato. Por ello, se consideran válidas si cumplen los requisitos formales antes reseñados. Ocurre, sin embargo, que una buena parte de las cláusulas que merecen el calificativo de limitativas suponen, a la vez, un instrumento de delimitación del riesgo cubierto por el contrato. Por ello, el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia civil es tratar de separar ambos tipos de cláusulas, excluyendo a las puramente delimitadoras del riesgo cubierto del doble requisito impuesto a las puramente limitativas por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro . De esta forma, existe consenso en considerar que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En definitiva, como pone de relieve la STS -Sala 1ª- de 5 de junio de 1997, «La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado». Y, además, deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquéllas que determinan qué riesgo se cubre,

en qué cuantía, durante qué plazo (como es la circunstancia del caso presente) y en qué ámbito espacial (STS 1ª de 18 de mayo de 2009, Rec. 40/2004).

b) Respecto de la naturaleza de la cláusula examinada afirmamos su clara naturaleza delimitadora del riesgo asegurado y, en consecuencia, su plena validez. En efecto, la literalidad de la cláusula en cuestión es un ejemplo de una forma de delimitación del riesgo en su vertiente temporal que no limita el derecho del asegurado. Para ello basta tener en cuenta que el artículo 16 de la mencionada LCS determina que el tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido. Y, aunque es cierto que el incumplimiento de este breve plazo no determina la no cobertura del riesgo contratado sino que habilita para que el asegurador reclame daños y perjuicios derivados por la falta de declaración en plazo, no puede obviarse que la decisión de circunscribir el riesgo objeto de cobertura a los siniestros ocurridos en el ámbito temporal de la póliza siempre que estén comunicados antes de la finalización de los dos años siguientes a la finalización del contrato, no puede considerarse, en modo alguno, una limitación de los derechos del asegurado, sino una cabal configuración del riesgo objeto de cobertura del contrato de seguro.

3.- La aplicación de la reseñada doctrina al supuesto que examinamos conduce a mantener que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, debe comportar la estimación del recurso por considerar que la cláusula por la que se delimitaba el riesgo asegurado a los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato, cuya reclamación se notificase fehacientemente durante la vigencia de la póliza o hasta un año después de su finalización resultaba perfectamente lícita. Consecuentemente, la comunicación del siniestro debió efectuarse dentro del referido plazo puesto que, acaecido el accidente, surgió el deber de notificación que pudo hacerse hasta un año después de finalizado el contrato de seguro, lo que no se hizo ya que la primera comunicación que del referido

sinistro tuvo la aseguradora fue la comunicación por el Juzgado de la demanda origen de este procedimiento.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Plus Ultra Seguros Generales y Vida SA (anteriormente Seguros Groupama SAU), representado por la procuradora D^a. Beatriz Dorrego Alonso, bajo la dirección letrada de D. Luis Souto Maqueda. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación número 4472/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, de fecha 16 de julio de 2014 , recaída en autos núm. 430/2013, seguidos a instancia de D. Bernardo, contra Groupama Seguros y Reaseguros SA; Axa Seguros Generales, SA de Seguros y Reaseguros; Sometal SL, sobre Derechos Fundamentales. 3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y, al efecto, absolver a Plus Ultra Seguros Generales y Vida SA (anteriormente Seguros Groupama SAU), manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra de fecha 16 de julio de 2014 , recaída en autos número 430/2013. 4.- Ordenar la devolución de las consignaciones y depósitos efectuados para recurrir, sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ABRIL DE 2017
NÚMERO DE RECURSO 3190/2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2014, el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «1º. Estimo la demanda interpuesta por don Dámaso, en impugnación de resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 17 de abril de 2012 y 5 de junio de 2012, que impone el recargo del 30% en las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES SA., en Concurso de Acreedores, de la que es Administradora Concursal doña Tania y R1 GAMA CAMIONES 2010 SL., y declaro que el demandante tiene derecho al recargo del 40% respecto de las prestaciones derivadas, o que, en su caso, puedan derivarse como consecuencia del accidente sufrido el actor el 29 de abril de 2009, del que es responsable GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES SA., y la Administradora Concursal en su condición de tal.- 2º Condono como responsable solidario, a satisfacer el derecho reconocido en el ordinal anterior, a R1 GAMA CAMIONES 2010 SL.- 3º Tengo a la parte actora por desistido de su demanda frente a la Mutua FREMAP MATEPSS».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero. El demandante don Dámaso, mayor de edad, nacido el NUM000 -1985, titular del DNI número NUM001, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM002, de profesión habitual "Mecánico"(Oficial 2a) ha venido prestando sus servicios, en virtud de contrato indefinido a jornada completa, para y bajo la dependencia de la empresa GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES SA con CIF A18559922, declarada en Concurso de Acreedores por resolución de fecha 27 de julio de 2011, de la que consta ser Administradora Concursal doña Tania .- La mercantil

R1 GAMMA CAMIONES 2010 con CIF B30850549, ccc 18/113446661, se ha subrogado en la posición de la anterior, asumiendo todas los derechos y obligaciones en relación con el trabajador desde el 28 de julio de 2011.- Segundo. El día 29 de abril de 2009, el trabajador demandante sufrió un accidente de trabajo, La empresa emitió el correspondiente parte de accidente de trabajo y la Mutua codemandada abonó las prestaciones de incapacidad temporal desde el indicado día, hasta el 21 de julio de 2011.- El accidente se produjo mientras manipulaba una prensa utilizada para la sujeción de globos de suspensión, procediendo por medio de la misma al inflamado y montaje de dicha pieza. Debido a un desplazamiento de cámara neumática, cuando se encontraba en la prensa introduciendo aire, ésta salió despedida e impactó en el ojo izquierdo del trabajador accidentado, lo que le produjo "fractura órbito-malar izquierda".- Tercero. El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución con fecha 28 de julio de 2011, previo dictamen del EVO de 21-07-2011, por la que se reconoció al actor afecto de Lesiones Permanente no Invalidantes, baremo 110 Cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores, según el caso, cuantía 450 €.- No conforme con la indicada resolución, el actor presentó demanda judicial, que turnada a este Juzgado y tras el correspondiente juicio, terminó por sentencia de fecha 22 de octubre de 2013, Autos 950/2011, estimatoria de la pretensión subsidiaria de la demanda.- En la indicada sentencia dictada por este Juzgado de lo Social número 6 de Granada, firme en derecho, se declaró al actor afecto de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de mecánico (Oficial 2a) por cuenta ajena, derivada de accidente de trabajo, con derecho al 55% de la base reguladora de 1.503,08 € mensuales con derecho a las mejoras y revalorizaciones pertinentes, y con efectos económicos legales, condenando a FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social al Instituto Nacional de la Seguridad Social Y Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por los efectos de la anterior declaración. Se condenó a la Mutua FREMAP a abonar al demandante la pensión a que se refiere el ordinal precedente y a las Entidades Gestoras en la responsabilidad subsidiaria correspondiente. Se absolvió a las mercantiles GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES SA Y R1 GAMA CAMIONES 2010 SL., de las pretensiones ejercitadas en la indicada demanda.- Cuarto. El 29-04-2009 a las 18,45 horas, el trabajador don Damaso procedía junto con su compañero don Norberto a inflar un globo

de suspensión de un camión.- Para realizar el inflado, el globo de suspensión se coloca en la prensa del taller de forma vertical de manera que los topes metálicos del globo de suspensión queden uno arriba y otro abajo y así la prensa, funcionaba como tope limitador de ambas partes del globo; de esta forma el globo debería quedar sujeto con los topes de la prensa colocados de forma vertical.- En un momento determinado, cuando se introducía aire en el globo, éste se escapa de la prensa y golpea al trabajador accidentado en la cara y le produce orbitomalar izquierda.- Es preciso indicar que cuando se introduce aire en el globo de suspensión, este proceso no se realiza con válvulas o racores entre la manguera del compresor y el soporte del globo, lo que provoca que se escape aire continuamente, con lo que aumenta la inestabilidad del globo en la prensa.- El trabajador accidentado carecía de protección ocular.- Quinto. El 19 de octubre de 2010, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social efectuó propuesta de recargo del 30%, tras haber levantó Acta de Infracción número NUM003 practicada a la empresa GRANAUTO Vehículos Industriales SA, por la comisión de infracciones en materia de Seguridad y Salud Laboral. La indicada acta es firme en derecho.- En la indicada acta de infracción se reconoce que el trabajador accidentado carecía de protección ocular y que la causa inmediata del accidente, ha sido utilizar una prensa para sujetar un globo de suspensión de un camión, sin que la prensa ni el globo a inflar dispongan de un sistema de seguridad que evite su proyección eventual sobre el trabajador que realiza la tarea. Se constata un método inadecuado y peligroso para proceder al inflado de globos de suspensión, puesto que la empresa no dispuso de un equipo al efecto para realizar dicha actividad de forma segura, así como la carencia de protección ocular. Se califica el riesgo como GRAVE, al valorar conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo.- Se añade que los hechos constatados refieren un uso de método inadecuado y peligroso para proceder al inflado de globos de suspensión puesto que la empresa no dispuso un equipo al efecto para realizar dicha actividad de forma segura, constituye una infracción del artículo 4.2.d) y 19.1 ET, art. 14, apartado 2 Ley Prevención Riesgos Laborales , en relación con el art. 3, apartado 1.2.3 y 4 y Anexos 1, apartado 1,4 y Anexo II apartado 1,9 del RD 1215/1997 de 18 de julio sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.- La ausencia de protección ocular en el procedimiento de inflado de globos de suspensión, constituye infracción

del art. 4.2.d) y 19.1 ET, art. 14, apartado 2 Ley Prevención Riesgos Laborales , en relación con el art. 3, apartado 1.2.3 y 4 y Anexos 1, apartado 1,4 y Anexo II apartado 1,9 del RD 1215/1997 de 18 de julio sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Se califica de GRAVE.- La sanción se aprecia en su grado MÍNIMO, en atención a lo previsto en el artículo 39, apartado 6, in fine de la LPRL, proponiéndose una sanción de 2.046 euros por cada hecho, lo que hace un total de 4.092 € (folio 568 ss).- Sexto. En el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santa Fe se abrieron diligencias previas 634/2009, tras denuncia del propio actor don Dámaso por lesiones laborales, cuyas actuaciones constan unidas a este procedimiento a los folios 554 y ss, que se dan íntegramente por reproducidas. El 18 de mayo de 2008 se dictó Auto acordando su sobreseimiento y archivo.- Séptimo. El informe de investigación del accidente efectuado por el Servicio de Prevención ajeno asevera que al trabajador accidentado se le informó de los riesgos de su trabajo y se le formó para evitar esos riesgos, proporcionándole, además los EPIS.- En el plan de prevención emitido por el indicado Servicio de Prevención ajena se prevé el riesgo derivado del uso de la prensa, indicándose: "La colocación y retirada de grandes piezas en la prensa se realizará por tantos trabajadores como sea necesario hasta asegurar su estabilidad.- Asegurarse de que tanto la pieza introducida como los soportes de la prensa, se encuentran libres de sustancias resbaladizas".- Como medidas correctoras propuestas, el Servicio de Prevención indica las siguientes: "... que se dote a ambas superficies de apoyo de la prensa en un material antideslizante (goma o similar) para emplear en actividades como la que produjo el accidente; ya que, no siendo previsible el deslizamiento de piezas por ser las zonas de apoyo de superficie suficiente, lo cierto es que en determinadas ocasiones pueden existir en las propias piezas restos de grasa o sustancias resbaladizas, que aumenten la probabilidad de que una determinada pieza resbale o salga despedido.- El procedimiento de trabajo para el montaje de globos de suspensión con auxilio de la prensa, incluirá de aquí en adelante, la limpieza sistemática mediante un producto desengrasante de las superficies de apoyo de la prensa y de los soportes del globo. Dicha operación se realizará antes del inicio de la operación, así como una vez terminada, con el fin de dejar el equipo en perfectas condiciones de limpieza para su posterior uso.- Asimismo, dentro del mismo procedimiento, se supervisará el uso de protección ocular por parte de los trabajadores durante el empleo

de la prensa".- Octavo. En resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 17 de abril de 2012, se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador don Damaso el 29-04-2009, condenando de forma exclusiva al recargo del 30% de todas las prestaciones de Seguridad Social derivadas del indicado accidente, a la empresa GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES, S.A.- Noveno. Las prestaciones afectadas por el recargo del 30% son: Incapacidad temporal desde el accidente hasta la declaración de IPT.- La prestación de IP Total para su profesión habitual, con efectos de la fecha del EVI 21-07-2011, pensión equivalente al 55% de la base reguladora 1.503,08 € mensuales.- Décimo. Presentada reclamación previa el 29-05-2012, ha sido desestimada por resolución del 05-06-2012.- Undécimo. El actor solicita en su demanda presentada en el Registro del Decanato de los Juzgados de Granada el 31 de julio de 2012, y aclarada en escrito presentado el 7 de febrero de 2014 y en el acto de juicio, al desistir de su pretensión frente a la Mutua FREMAP, se dicte sentencia reconociendo el recargo de prestaciones del 50% o de forma subsidiaria en un 40%, en lugar del 30% reconocido. Y se condene solidariamente a las demandadas al pago del recargo de prestaciones que en su día se establezca, con las consecuencias legales oportunas».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de R1 GAMA CAMIONES 2010, S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, la cual dictó sentencia en fecha 9 de julio de 2015 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el Recurso de Suplicación por la empresa R1 GAMA CAMIONES 2010 S.L., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número SEIS DE LOS DE GRANADA, en fecha 10 de Abril de 2.014 , en Autos número 772/12, seguidos a instancia de DON Dámaso, en reclamación sobre MATERIAS SEGURIDAD SOCIAL, contra el hoy recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa GRANAUTO VEHÍCULOS INDUSTRIALES S.A., Da Tania, en calidad de Administradora Concursal de Granauto Vehículos Industriales S.A. y la MUTUA FREMAP, debemos,

revocando dicha decisión judicial, absolver a la empresa recurrente de la responsabilidad solidaria que se le impone en la sentencia con respecto al recargo de prestaciones como consecuencia del accidente sufrido en su día por el trabajador Don Damaso , manteniendo el resto de los pronunciamientos de dicha resolución».

CUARTO.- Por el Letrado D. Eduardo Luis Paredes Ramírez, en la representación que ostenta de D. Dámaso, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2017, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por sentencia fechada en 10/04/2014 [autos 770/12], el J/S nº 6 de los de Granada estimó la demanda interpuesta por el trabajador Don Dámaso, incrementó al 40% el recargo por prestaciones derivadas de accidente de trabajo sufrido en 29/04/09 que el INSS había limitado al 30% y condenó a la empleadora en la fecha del accidente y solidariamente a su sucesora «R1 Gama Camiones 2010 SL».

2.- En fase de suplicación, la STSJ Andalucía/Granada 09/Julio/2015 [rec. 570/15] absolvió a la referida empresa sucesora, basándose en precedente doctrina de esta Sala [SSTS de 28/01/04 -rcud 58/03 -; 22/11/05 -rcud 4428/04 -; 13/11/06 -rcud

578/05 -; 23/12/07 -rcud 2097/05 -; 18/07/11 -rcud 2502/10-; y 28/10/14 -rcud 2784/13 -), cuyos argumentos reproduce con detalle, para concluir que « Dicho lo que antecede, no siendo la empresa recurrente aquel "empresario infractor", no siendo la sucesión del Art. 44 en éste caso "realizada en fraude de ley y para burlar dicha prestación/sanción, no pudiendo darse efectos retroactivos a aquella responsabilidad civil (que no puede excluirse del ámbito "personalísimo" de su causa), es evidente que la sentencia, con estimación del recurso, ha de ser revocada en orden a la responsabilidad solidaria que es objeto de su pronunciamiento manteniendo, eso sí, el 40% del recargo para la empresa codemandada Granauto Vehículos industriales SA».

SEGUNDO.- 1.- Frente a tal resolución se formula por la representación del trabajador recurso para la unificación de la doctrina, presentando como contraste la STS 23/03/15 [rcud 2057/14] y denunciando la infracción de los arts. 44 ET y 123 y 127 LGSS .

2.- Como presupuesto de admisibilidad del recurso para la unidad de la doctrina, el art. 219 LJS establece la exigencia de que medie contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial que se ofrece como contraste, lo que ha de verificarse comparando la parte dispositiva de ambas sentencia, que deben contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 21/02/17-rcud 3728/15-; 23/02/17 -rcud 1166/15-; y 28/02/17-rcud 3010/15).

Pues bien, tal como se argumenta en el escrito de impugnación del recurso por la empresa, el requisito ha de entenderse inexistente, y ello es así porque nuestra decisión de contraste contemplaba el supuesto de sucesión de empresa por absorción y sostuvo la transmisibilidad de responsabilidades laborales por tal vía, en tanto que materia afecta no sólo por los preceptos que en el recurso se declaran infringidos [arts. 44 ET, 123 y 127 LGSS], sino muy directamente por la Directiva 78/855 CEE [09/Octubre/1978]ž sobre fusión y escisión de empresas, actualmente derogada y sustituida -aunque con identidad normativa en los preceptos ahora en liza: arts. 3.1; 13; y 19- por la Directiva

2011/35/UE, y consiguientemente la materia -trascendencia de la absorción de empresa- se halla afecta igualmente por la STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13], que interpreta el alcance de los mandatos comunitarios precisamente en términos que reforzaron -cuando menos argumentalmente- el cambio de doctrina que efectuamos en la indicada sentencia de contraste.

Muy diversamente, en la decisión ahora recurrida aunque el supuesto es relativo a sucesión de empresa y no consta exactamente el título del correspondiente negocio de transmisión, lo cierto es que constando en los hechos declarados probados que «Granauto Vehículos Industriales, SA» se encuentra en situación concursal, es obvio que tal dato obsta la posibilidad de que nos hallemos no sólo ante es específico supuesto contemplado en nuestra sentencia referencial -fusión por absorción-, sino también en cualquiera de los casos de sucesión empresarial a la que atribuimos -con doctrina general- la transmisión de responsabilidad imputable al recargo de prestaciones. Recordemos que en la indicada la STS 23/03/15 [rcud 2057/14] afirmamos que «3.- Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance -general- a la rectificación de criterio que ahora hacemos.

3.- Es más, en el sentido que acabamos de referir incluso cabría añadir que ni tan siquiera concurre -entre las decisiones comparadas- contradicción plena entre las doctrinas mantenidas por ambas sentencias, siendo así que la nuestra referencial no mantuvo que en todo supuesto de sucesión de empresa hubiese de apreciarse la transmisión de responsabilidades por infracciones atribuidas a la empresa primitiva, sino que limitamos tal consecuencia a determinados negocios jurídicos, claramente

inexistentes en los presentes autos. Así, concretamente indicamos en aquélla [FJ Quinto. 3]:

«Proyección general de nuestro cambio de doctrina.- No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance -general- a la rectificación de criterio que ahora hacemos. En este sentido, por ejemplo y entre otros, hemos de indicar que:

a).- Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [art. 23 LME] como la comunitaria [art. 23 Directiva 78/855].

b).- También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico -en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo- que la fusión [art. 73 LME].

c).- Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la empresa, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos.

d).- También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque -por sucesión universal- todo el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues mutatis mutandis son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el recargo de prestaciones atiende».

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a desestimar el recurso interpuesto, habida cuenta de que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (entre tantas otras anteriores, las SSTS 12/01/17-rcud 3440/15-; 19/01/17-rcud 595/16-; y 14/02/17-rcud 974/15). Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Dámaso frente a la STSJ Andalucía/Granada 09/Julio/2015 [rec. 570/15], y por el que se revocó parcialmente la sentencia dictada en fecha 10/Abril/2014 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada [autos 770/12], absolviendo a la codemandada «R1 GAMA CAMIONES 2010 SL» y manteniendo los restantes pronunciamientos. Lo que se resuelve sin la imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia en fecha 4 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimamos parcialmente el recurso de suplicación nº 416/2013, ya referenciado, interpuesto contra la sentencia nº 113/2013 dictada en catorce de mayo del corriente por el Juzgado de lo Social de Teruel que revocamos; estimamos parcialmente la demanda interpuesta por Carlos Jesús contra Fresal Innovación S.L., Utisa Tableros del Mediterráneo y Allianz S.A. a quienes condenamos, de forma solidaria, a que abonen al actor la cantidad de 11.942, 68 €, (once mil novecientos cuarenta y dos € con sesenta y ocho céntimos). Sin costas".

SEGUNDO.- En Providencia de fecha 19 de mayo de 2016, se admitió a trámite la presente demanda de revisión. Emplazadas las demás partes del proceso para contestar a la demanda de revisión y transcurrido dicho plazo, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que evacuó el trámite en el sentido de considerar que la demanda debe ser desestimada.

TERCERO.- En Providencia de fecha 1 de marzo de 2017, se señaló para la votación y fallo de la presente resolución el día 4 de abril de 2017, lo que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El escrito de revisión interpuesto por el trabajador accionante relata el caso de éste sosteniendo que sufrió un accidente de trabajo el 5 de marzo de 2008 cuando prestaba servicios para la empresa demandada por lo que interpuso en su día una demanda en cuyo acto de juicio dicha entidad presentó un testigo a un empleado que decía haber visto cómo el accidentado había firmado en su momento el certificado de prevención de riesgos laborales, lo que motivó que el Letrado de este último impugnase ese documento por considerar que la firma se hallaba falsificada.

La Juez de instancia decidió suspender las actuaciones hasta que se determinase la denuncia correspondiente y posteriormente el órgano jurisdiccional penal dictó auto "considerando la existencia de infracción penal", del que se dio cuenta al Juzgado de lo Social, que procedió al levantamiento de la suspensión acordada y dictó sentencia desestimatoria de la demanda el 14 de mayo de 2013 , lo que dio origen al recurso de suplicación del trabajador accidentado que se resolvió por sentencia del TSJ de Aragón que acogió parcialmente el recurso por apreciar concurrencia de culpas, sin imponer costas. El curso de las actuaciones penales había proseguido mientras tanto, concluyendo con la condena del testigo por falso testimonio, lo que ratificó la Audiencia Provincial de Teruel por sentencia de 29 de septiembre de 2015.

El trabajador solicita ahora la revisión de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ en el extremo referente a las costas de modo que se impongan por mala fe a la parte demandada en dicho procedimiento constituida por dos empresas y una aseguradora sin precisar a cuál de ellas se refiere en este punto o si insta la condena solidaria de las mismas, si bien en el punto primero, 2, del escrito se imputa la presentación del falso testigo a la empresa Fresal Innovación y no a la otra codemandada ni a la aseguradora. Se han opuesto en sendos escritos la empresa Fresal y la aseguradora Allianz.

El Mº Fiscal ha emitido su preceptivo informe en el sentido de proponer la desestimación de la revisión instada.

SEGUNDO .- La revisión solicitada ha tenido entrada en esta Sala del TS el 2 de febrero de 2016 y en su tercer fundamento de derecho sólo se dice que se interpone dentro de los plazos fijados al efecto en el art 512 de la LEC , aportando como documentos además de la sentencia del TSJ de Aragón que resuelve el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social competente, las sentencias del Juzgado de lo Penal de Teruel de 21 de mayo de 2015 y la de la Audiencia Provincial de dicha capital que la confirma de 24 de septiembre de 2015 , sin que aparezca en dicha resolución que contra la misma cupiera algún recurso que teóricamente pudiese impedir su firmeza inmediata, de lo que se deduce ésta (firmeza que el actor sostiene en su sexto fundamento sin más precisiones) resultando tal conclusión (firmeza automática) conforme con lo prevenido en el art 847 de la LECr en su redacción anterior a la reforma de la misma por Ley 41/2015, de 5 de octubre, en vigor desde el 6 de diciembre de dicho año, y sin que se mencione ni conste la fecha de notificación al actor de esta última resolución, por lo que no existe modo de determinar si se cumple o no con lo dispuesto en el nº 2 de dicho precepto, que establece un plazo de tres meses "desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos... o en que se hubiere reconocido la falsedad", lo que, al parecer, y a falta de mayores explicaciones, basa dicha parte en la referida sentencia de la Audiencia Provincial, incumbiéndole la acreditación fehaciente y suficiente de tal extremo, de modo que al no haberlo hecho, no puede entenderse acreditado que se dé cumplimiento a esa exigencia normativa, bastando ello, en esta fase o momento, para desestimar su solicitud.

TERCERO. - Además, y como ya tenemos dicho en diferentes sentencias, de la que es una muestra muy reciente la de 09/03/2017 (rev. 31/2014) ".....esta Sala ha insistido en la interpretación estricta de los motivos de revisión, señalando que " Como recuerdan las sentencias de 2 de octubre de 2006 (recurso de revisión 41/2005) y 5 de junio de 2007 (recurso de revisión 15/2005) Žesta Sala ha venido interpretando de forma reiterada y constante, tanto el antiguo art. 1796-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , como el vigente art. 510-1º de la hoy vigente del 2000, en el sentido de afirmar que únicamente pueden incluirse en estos preceptos y servir de base a la

revisión pretendida aquellos documentos que sean de fecha anterior a la sentencia que se impugna, lo que significa que carecen totalmente de eficacia revisora los que sean de fecha posterior a tal sentencia ". Especificándose en nuestra... sentencia de 5/6/14 (revisión 9/13), que "el hecho mismo de que el documento sea posterior constituye por sí solo un impedimento para que esta acción revisoria pueda prosperar, tanto más cuanto que el hecho de no disponer del mismo no puede atribuirse a fuerza mayor o a actuación impeditiva de la contraparte como el precepto legal exige. En efecto, el hecho de que el documento en el que se basa sea de fecha posterior a las sentencias que en este procedimiento pretende revisar impide pensar en que tales sentencias fueran ganadas injustamente como el propio sentido de la revisión exige según lo antes visto, pues al no haber tenido el Juez la posibilidad de conocer tal documento por inexistente no puede imputarse a su sentencia la condición de "injusta" a estos efectos. Este es el criterio interpretativo que procede hacer de aquella exigencia legal del art. 510.1 LEC , y es el que ha hecho de forma reiterada esta Sala como puede apreciarse en las...sentencias, tomando en consideración ya la pequeña reforma introducida por la LEC 2000 en el contenido del precepto de referencia: STS 27-2-2001 (Rec.-1318/2000) - en relación con un documento notarial posterior a la sentencia - SSTs 20-11-201 (Rec.-3325/00), 1-2-2002 (Rec.- 2558/00), 26-4-2002 (Rec.-483/01) o 23-12-2003 (Rec.-54/02) - en relación con sentencias posteriores de otro tribunal aportadas como documento revisorio-; STS 9-9-2002 (Rec.- 1106/01) - en relación con documento posterior que recoge una declaración testifical-; STS 4-11-2002 (Rec.-11/2000) - en relación con una certificación administrativa posterior - STS 12-11-2002 (Rec.-3372/99) - STS 26-2-2003 (Rec.-12/02) - respecto de un certificado posterior-, STS 22-12-2003 (Rec.-24/03)- en relación con un informe-."

A ello ni siquiera cabría oponer en este caso que tal posterioridad se ha debido al levantamiento de la suspensión decretada en su momento por el Juzgado de lo Social antes de que se dictase una resolución definitiva en sede penal tal y como exige el art 86.2 de la LRJS, porque lo cierto es que no consta que tal decisión fuese impugnada ni cuestionada en ningún momento por el ahora solicitante de revisión.

CUARTO. - Por otro lado y como igualmente se resalta en nuestra sentencia precitada, "Como siguen diciendo las citadas sentencias de 2-10-06 (revisión 41/05), 5-6-07 (revisión 15/05) y 26-6-07 (revisión 31/13), y se reitera en la de 10-7-2008 (revisión 25/06): "1).- En relación al número 1º del art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (antecedente inmediato del actual art. 510-1º) la ya citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2001 declaró lo siguiente: «ha resaltado reiteradamente la doctrina de esta Sala (sentencias de 20 de mayo de 1986 , 15 de abril de 1987, 28 de marzo de 1988, 22 de enero, 23 de enero, 27 de abril y 14 de mayo de 1990, 22 de octubre y 12 de noviembre de 1991, 5 de octubre de 1992], 23 de marzo, 28 de junio y 18 de septiembre de 1995, 14 de marzo y 29 de junio de 1996 y 7 de diciembre de 1999 entre otras muchas), de modo que el éxito de esta causa rescisoria solo será posible si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: A)Que se trate de documentos recobrados, es decir, recuperados después de dictada la sentencia firme cuya revisión se insta; o, en otros términos, de documentos que existían ya en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, no aquellos otros que son posteriores o sobrevenidos a ella. B)Que los mismos hayan sido «detenidos» por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo impugnado. Y C) Que sean decisivos, es decir, que «su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento».- « Por tal razón y como es lógico, no pueden calificarse de documentos recobrados las sentencias de cualquier Orden Jurisdiccional recaídas con posterioridad a la que se quiere rescindir. Así lo ha sostenido esta Sala en sus sentencias de 3 de julio de 1995 y de 29 de abril de 1997 en relación con sentencias del Orden Contencioso-Administrativo de la Jurisdicción; en la de 28 de septiembre de 1996 respecto a una sentencia proveniente del propio Orden Social; y en la de 2 de diciembre de 1998 con una sentencia del Orden Civil. (...).- En base a estas consideraciones la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre del 2001 destaca que «no pueden considerarse documentos recobrados, en modo alguno, «documentos posteriores a la sentencia de cuya revisión se trata, cuales una sentencia - STS 14-4-2000 , un auto de otro Juzgado -STS 15-3-2001 , una reclamación - STS 10-4-2000 - una certificación posterior - STS 25-9-2000 -, o un documento que se hallaba en el INEM - STS 27-7-2001 ». (...)"

Concretamente, en relación con el motivo consistente en que se recuperen u obtengan documentos decisivos, la Sala ha especificado que tal causa "no debe ser entendida como una «nueva oportunidad probatoria» que añadir a la ya disfrutada en la instancia y en el recurso extraordinario de Suplicación, sino que el carácter «decisivo» del documento ha de manifestarse en el sentido de que el mismo «ha de ser de tal naturaleza que por sí solo ponga en evidencia que el fallo de la sentencia impugnada se hubiera visto afectado con su presencia en el litigio» (con cita de resoluciones anteriores, SSTS 28/05/98 -rec. 709/97; 14/03/06 -rec. 17/05; y 28/06/07 -rec. 10/04 -), de manera que «su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento» (STS 05/06/07 -rec. 15/05), por poner en «en evidencia la equivocación del juzgador» (STS 03/03/06 -rec. 19/04)" (ATS/IV 18-septiembre-2008 -rec 21/2007, STS/IV 21-diciembre-2012 -revisión 14/2010).

Esta doctrina, según la cual no puede ser considerado como documento "decisivo... obtenido", a los efectos del motivo que contempla el art. 510.1 LEC , las sentencias firmes posteriores a aquella cuya revisión se pretenda, se reitera, entre otras, en las SSTS/IV 2-octubre-2006 (revisión 41/2005), 11-octubre-2006 (revisión 24/2005), 5-junio-2007 (revisión 15/2005), 25-septiembre-2007 (revisión 35/2005), 29-mayo-2008 (revisión 2/2007), 26-mayo-2009 (revisión 7/2008), 7-junio-2012 (revisión 1/2011) y 21-diciembre-2012 (revisión 14/2010) "

QUINTO.- Sentado cuanto antecede, que comporta el resultado apuntado en principio desde diferentes vertientes procesales, y en aras de una mejor tutela judicial efectiva, cabe, a mayor abundamiento, ratificar la desestimación referida descendiendo a precisar igualmente que tampoco es atendible la pretensión esgrimida, por cuanto que ni la mala fe a que se alude -y que se sostiene como único motivo de la revisión- aparece como uno de los motivos del art 510 de la LEC , donde sólo se habla (nº 4) de "maquinación fraudulenta" -que aunque impregnado de la misma esencia, es un concepto jurídico distinto en tanto que donde hay maquinación de esa clase hay mala fe

pero ésta no se circunscribe a aquélla- ni, por otra parte y sobre todo, ha servido para ganar injustamente la sentencia (la de suplicación), toda vez que ésta no menciona dicha circunstancia (la del testimonio y su posible repercusión) para fundar su fallo y solamente basa su decisión en la concurrencia de culpas, al hallar, juntamente con la de la empresa por no haber obrado con la diligencia debida (con lo que se evidencia la carencia de importancia en lo resuelto de la maniobra empresarial denunciada), la culpa del trabajador, sosteniendo en el último párrafo de su tercer fundamento de derecho que "... consta acreditado, en el relato fáctico de la sentencia de instancia, que la máquina que el trabajador manejaba -con un mando a distancia- contaba con medidas de seguridad y no presentaba anomalías, y resulta evidente la imprudencia del trabajador al poner nuevamente en marcha la máquina, volviendo a situar en su lugar la llave de contacto y conectando la batería, con el resultado del atrapamiento la parte de la astilla de madera que sobresalía y de su propio brazo, en lugar de continuar desatascándola en la situación anterior de paro, con la llave de contacto retirada y la batería desconectada".

La demanda, pues, tal y como propone el Mº Fiscal, ha de desestimarse.

SEXTO. - Resta por examinar la petición que se hace en los escritos de impugnación de las dos empresas mencionadas acerca de la imposición de costas al actor derivadas del presente procedimiento, lo que ha de correr igual suerte negativa, porque, sobre haberse olvidado, al parecer, el origen y la base de esta contienda, en todo caso ha de tenerse en cuenta que si bien el art 516.2 de la LEC impone las costas al demandante que viese desestimada la revisión solicitada, ello ha de ponerse en relación con el proceso laboral, en el que, salvo mala fe o temeridad constatada (que ha de descartarse por lo antedicho), el trabajador queda exento de las mismas por disfrutar del beneficio de justicia gratuita conforme al art 2 d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en relación con el art 21.1 de la LRJS y 235.3 de esta misma norma por analogía, lo que comporta que el criterio del vencimiento objetivo del proceso civil no opera en el social cuando de trabajadores se trata.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar la demanda de revisión interpuesta por DON Carlos Jesús, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 4 de octubre de 2013 , que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel de fecha 14 de mayo de 2013, en actuaciones seguidas por dicho recurrente contra FRESAL INNOVACIÓN S.L., UTISA TABLEROS DEL MEDITERRÁNEO y ALLIANZ, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de abril de 2013, el Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Eurovida, S.A. y sin entrar en el fondo de la reclamación frente a ella formulada por D. Aureliano, debo absolver y absuelvo en la instancia a dicha demandada. Y desestimando la demanda deducida por el citado D. Aureliano frente a la empresa Costas & Alonso Granitos, S.L. y a la Aseguradora AXA Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, debo absolver y absuelvo a éstas de las pretensiones contra ellas deducidas».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero.- El demandante D. Aureliano, nacido el día NUM000 de 1981 y con D. N. I. número NUM001, prestó servicios para la empresa Costas & Alonso Granitos,S.L., dedicada a la actividad de marmolería con corte, aserradero, pulido y colocación de piedra, desde el día 21 de abril de 2005, con la categoría profesional de oficial de 2ª marmolero y un salario mensual de 1.151'44 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias en octubre de 2006, habiendo sido cesado por fin de contrato el día 31 de agosto de 2007, percibiendo una indemnización de 1.447'17 euros.

Segundo.- El día 15 de noviembre de 2006 sufrió un accidente laboral a consecuencia del cuál permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el día 21 de junio de 2007 y de nuevo, tras expediente de determinación de contingencia, del 22 de junio al 27 de agosto de 2007 y, propuesto para valorar sus secuelas y tramitado el correspondiente expediente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió el 21 de agosto de 2007 declararlo en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual pero, presentada demanda por el trabajador, el Juzgado de lo Social número 4 de esta ciudad dictó sentencia el día 3 de marzo de 2008 en el procedimiento número 759/2007 declarándolo en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Recurrida la sentencia, el T.S.J. de Galicia dictó sentencia el día 24 de febrero de 2012 estimando el recurso, revocando la sentencia de instancia y confirmando por consiguiente la incapacidad permanente parcial para su profesión habitual reconocida al trabajador en vía administrativa, grado incapacitante por el que la Mutua Fremap, aseguradora de la contingencia, le abonó una indemnización de 27.634'56 euros brutos, 25.423'80 netos.

La incapacidad permanente parcial para su profesión habitual le fue reconocida por presentar como secuelas desprendimiento de retina en ojo izquierdo con agudeza visual de percepción de luz en el campo superior.

Tercero.- El accidente le provocó al trabajador un traumatismo en el ojo izquierdo con desprendimiento de retina y herida inciso-contusa en el párpado superior, habiendo sido intervenido en varias ocasiones por presentar luego avulsión base de vítreo, hemorragias subretinianas, rotura de coroides y catarata postraumática colocándosele una lente intraocular.

Cuarto.- El accidente se produjo en la forma siguiente: el trabajador estaba puliendo un canto de piedra con las gafas de seguridad puestas; éstas se le cayeron al suelo y, al apagar la máquina para recogerlas, rompió la taza de pulido de la máquina y se desprendió un trozo de la misma impactándole en el ojo izquierdo. Eran los propios trabajadores los que debían revisar el desgaste de las herramientas.

Quinto.- Por el accidente de litis la Inspección de Trabajo y Seguridad Social propuso inicialmente sancionar a la empresa con 1.502'54 euros por falta grave al considerar que no empleaba gafas de seguridad pero, recurrida el acta por la empresa y previo nuevo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, fue revocada por la Consellería de Trabajo al estimar probado que el trabajador disponía de gafas de seguridad y las utilizaba en el momento del accidente.

Sexto.- La empresa tiene un plan de prevención elaborado en enero de 2005 y revisado, tras el accidente del actor, en noviembre de 2006, revisión en la que constan como riesgos de las labores de corte: "Proyecciones de fragmentos o partículas de las herramientas o materiales derivados de una posible utilización incorrecta o herramientas inadecuadas" y "Proyecciones de fragmentos o partículas de las brocas, muelas, etc.. . o de los materiales perforados, cortados, etc...".

Séptimo.- El accidentado había recibido meses antes del accidente manuales sobre prevención de riesgos laborales entregados por un técnico de Norprevención, S.L.,

que recibió el día 12 de diciembre de 2006 los test que los trabajadores, entre ellos el demandante, debían cubrir tras estudiar el material entregado.

Octavo.- La empresa tenía suscrito con Winterthur, sucedida por AXA Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, la póliza de multindustria número NUM002 con un límite por siniestro de 300.000 euros y por víctima de 150.000 euros con una franquicia de 150 euros.

Noveno.- Con Eurovida, S.A. la empresa tenía suscrita la póliza de seguro de vida número NUM003 que respecto al actor cubría las siguientes contingencias con un capital asegurado de 29.570 euros cada una: fallecimiento, incapacidad profesional total y permanente, incapacidad profesional total y permanente por accidente laboral y fallecimiento por accidente laboral.

Décimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 7 de agosto de 2012 frente a la empresa y a Eurovida, S.A., la misma tuvo lugar el día 29 con el resultado de sin efecto».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Miguel Ángel Estévez Rosende, actuando en nombre y representación de D. Aureliano contra la sentencia de fecha 19 de abril de dos mil trece, dictada en autos 897/2012 del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , seguidos a instancia de la parte recurrente contra las codemandadas COSTAS & ALONSO GRANITOS S.L, las aseguradoras AXA SEGUROS GENERALES S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, y EUROVIDA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, habiéndose dado traslado al

FOGASA, debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Aureliano, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 14 de abril de 2008 , Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2010 y Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de abril de 2009 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 4 de diciembre de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que estima procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 21 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia de instancia acogió la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por una de las aseguradoras demandadas y la absolvió sin entrar en el fondo de la demanda, referente a la reclamación de cantidad (531.813,99 €) como indemnización por accidente de trabajo, que es desestimada frente a la empresa empleadora y a otra aseguradora. En suplicación se desestimó el recurso del actor, por lo que éste recurre en casación unificadora mediante tres motivos, para los que cita de

contradicción las sentencias de 14 de abril de 2008 del TSJ de Cantabria , 30 de junio de 2010 del TS , y 28 de abril de 2009 del TSJ del País Vasco. Impugna la aseguradora absuelta respecto del fondo litigioso. El Mº Fiscal alega respecto de cada uno de los tres motivos falta de contradicción y propone la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Tal y como resulta del relato de la sentencia del Juzgado mantenido en la de suplicación, el actor prestaba sus servicios desde el 21 de abril de 2005 en una empresa dedicada a la actividad de marmolería con corte, aserradero, pulido y colocación de piedra con la categoría de oficial de 2ª marmolero, habiendo cesado el 31 de agosto de 2007 por fin de contrato, pero antes, el 15 de noviembre de 2006, sufrió un accidente laboral a consecuencia del cual permaneció en situación de incapacidad temporal (IT) hasta el 27 de agosto de 2007, resultando finalmente declarado afectado de una incapacidad permanente parcial (IPP) para la profesión habitual, por la que percibió de una Mutua la correspondiente indemnización, presentando como secuelas desprendimiento de retina en ojo izquierdo, con agudeza visual de percepción de luz en el campo superior como consecuencia de un traumatismo en dicho ojo, con desprendimiento de retina y herida inciso-contusa en el párpado superior, habiendo sido intervenido en varias ocasiones por presentar avulsión base de vítreo, hemorragias subretinianas, rotura de coroides y catarata postraumática, habiéndosele colocado una lente intraocular.

El siniestro tuvo lugar cuando, con las gafas de seguridad puestas, se hallaba puliendo un canto de piedra y aquéllas se le cayeron al suelo, y al apagar la máquina para recogerlas, rompió la taza de pulido de la misma y se desprendió un trozo impactándole en ese ojo. La empresa tiene un plan de prevención elaborado en 2005 y revisado tras el accidente para incluir la proyección de fragmentos o partículas de las herramientas o materiales derivados de una posible utilización incorrecta o herramientas inadecuadas y proyecciones de fragmentos o partículas de brocas, muelas, etc o de los materiales perforados o cortados. El trabajador había recibido meses antes del accidente manuales al respecto entregados por un técnico en la materia que recibió en su momento

los tests que aquél y otros compañeros debían realizar tras estudiar el material entregado.

TERCERO.- Respecto de la contradicción exigible, ha de señalarse ante todo, al no haberse apreciado con anterioridad, que lo que la parte recurrente ha hecho ha sido una descomposición artificial del recurso para dar cabida a tres motivos en lo que en realidad es uno solo, lo que no es atendible, pues como ya decíamos en nuestra sentencia de 14/04/2016 (rcud 3373/2014) "no es de recibo descomponer artificialmente la controversia planteando dos motivos que realmente tienen el mismo objeto con el fin de traer, como contradictorias, dos sentencias sobre la misma cuestión, lo que veda el artículo 224-3 de la L.R.J.S .. Pero, aunque no se estime así, la solución es la misma: la desestimación del recurso por falta de contradicción de las sentencias comparadas....."

Y llegados a este momento y punto, lo que procede es desestimar el recurso, porque la falta de contradicción es patente en los tres motivos.

En efecto, la primera referencial es, según se ha anticipado, la del TSJ de Cantabria de 14 de abril de 2008, relativa a un caso en el que un oficial de 2^a metalúrgico que trabajaba en su empresa desde el 20 de octubre de 1975 teniendo como funciones habituales el manejo de la máquina de intrusión, de cuyo mantenimiento se encargaba bajo la supervisión de los responsables, lo que efectuaba desde hacía casi treinta años, tantos como los que dicha máquina había sido instalada, sufrió un accidente el 19 de octubre de 2004 cuando realizaba su trabajo en la denominada prensa de extrusión, al salir despedido el vástago del pistón rompiendo las placas de la cubierta que, en la caída, golpearon al trabajador originándole lesiones en brazo y hombro. La causa se debió a un aflojamiento del referido vástago debido a las vibraciones propias de la máquina, sin que algo semejante hubiera tenido lugar antes. La Inspección de Trabajo calificó el hecho de funcionamiento anómalo imprevisto, por lo que no existía evaluación de ese riesgo al no poderse detectar exteriormente para adoptar las oportunas medidas, que, no obstante, se tomaron después, aunque entre 1998 y 2004 se había

realizado los correspondientes estudios de prevención. El trabajador fue declarado en incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual tras quedarle como secuelas algia postraumática sin compromiso radicular, limitación de la movilidad de columna toraceo-lumbar, material de osteosíntesis en columna vertebral, hombro izquierdo doloroso, limitación del hombro izquierdo en relación con anquilosis en posición funcional, material de osteosíntesis en húmero izquierdo y perjuicio estético.

Dicha sentencia referencial aprecia que "la empresa empleadora no evaluó el potencial riesgo de que una pieza del interior de una máquina de gran antigüedad y de uso continuo se desenroscase y saliese despedida con gran virulencia, por lo que incumplió la obligación de realizar una evaluación inicial de los riesgos teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos y de planificar la actividad preventiva", subrayando que "con posterioridad al accidente la empresa ha evaluado dicho riesgo y ha adoptado las correspondientes medidas preventivas", por todo lo cual la condena, solidariamente con la aseguradora codemandada a indemnizar al actor por los daños y perjuicios sufridos con 85.279, 13 €.

Como pone de manifiesto el Mº Fiscal en su preceptivo informe, la contradicción no es apreciable, al tratarse de "dos supuestos que no pueden ser comparados por ser distintas las circunstancias en que se produjeron los accidentes, las medidas de prevención adoptadas, las características de las respectivas máquinas y el estado de las mismas cuando se produjo el accidente".

No existe, en efecto, identidad en la forma en que ocurrieron los accidentes ni en las medidas de prevención adoptadas, desconociéndose la causa del siniestro en el caso de la recurrida, en el que la máquina no consta que tuviera una antigüedad como la de la sentencia referencial, y, en todo caso, nada habría sucedido de no caer al suelo las gafas protectoras, de cuyo hecho no consta la causa, sin que se impute a un incumplimiento empresarial "puesto que nadie discute que las gafas no estuvieran homologadas o que tuvieran algún defecto o desgaste que hubiera provocado tal caída", mientras que en la

sentencia de contraste el accidente se anuda a una máquina ya antigua y de la que se constata un funcionamiento interno defectuoso.

Por lo que respecta a la segunda sentencia de referencia es la mencionada del TS de 30 de junio de 2010 que recoge una declaración fáctica donde se alude a un accidente de trabajo sufrido el 6 de septiembre de 2001 por un trabajador que había sido contratado con la categoría de aprendiz el 13 de junio de 2001 mediante un contrato de formación de almacenero, habiendo tenido lugar el hecho cuando procedía al desmontaje de una estructura autoportante en un rocódromo instalado en un parque con ocasión de las fiestas de la localidad con ocasión de lo cual y al tratar de amarrar el cinturón de seguridad que portaba al brazo de la estructura que desmontaba, al caer ésta al suelo desde una altura aproximada de cinco metros, lo arrastró en su caída, habiéndole ello ocasionado lesiones permanentes no invalidantes por, entre otras, hiposmia, resección intestinal, lobectomía hepática, algodistrofia de muñeca, callo hipertrófico clavicular y cadera dolorosa, por lo que la empresa fue sancionada como responsable de una falta grave, al carecer el accidentado de experiencia en tales trabajos así como de la formación necesaria al respecto, no habiéndosele impartido formación alguna en tal sentido y siendo el trabajo contratado de distinta clase y de muy reciente fecha al servicio de la empleadora. En función de lo referido, la sentencia estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador y condena a dicha entidad al abono de una indemnización de 136.381,70 €.

De todo ello resulta, sin necesidad de mayores explicaciones, dadas las relativas a la sentencia recurrida ya expuestas, y más claramente si cabe que en el motivo anterior, la inexistencia de contradicción, en virtud de las notables diferencias entre los casos comparados y el fundamento que ello proporciona a las distintas soluciones judiciales; esto es, que como apunta también el Mº Fiscal, las de la sentencia recurrida constituyen "circunstancias que no son equiparables con las descritas por la sentencia referencial" , puesto que en ésta el caso resulta muy particular al tratarse -como no sucede en la recurrida- de un aprendiz de muy reciente contratación, al que se le estaba

ocupando en una labor que no le correspondía y para la cual no se le había dado formación preventiva alguna.

En cuanto a la tercera sentencia de contradicción, del TSJ del País Vasco de 28 de abril de 2009 , recoge en el relato que transcribe de la sentencia de instancia de ese caso, que se trata de un trabajador que también sufrió un accidente laboral cuando, prestando sus servicios en una embarcación, acudió a cubierta a recoger la red de pesca ayudado de una máquina que iba tirando de ella y que, al tensarse las cadenas, una se rompió, por lo que la red volvió a precipitarse al mar y, a modo de latigazo, golpeó en la pierna derecha de aquél, que cayó produciéndose lesiones en el brazo izquierdo por las que estuvo en IT desde el 19 de abril de 2004 hasta el 20 de abril de 2006, siendo diagnosticado de fractura cerrada de Monteggia con limitaciones orgánicas y funcionales de ese codo, declarándosele posteriormente afecto de lesiones permanentes no invalidantes (LPNI) con derecho a percibir una indemnización baremada de 1600 € confirmada en sede judicial.

La sentencia de instancia desestimó la pretensión indemnizatoria del trabajador pero la de suplicación (de contraste) acogió en parte el recurso de suplicación del trabajador y condenó solidariamente a la empresa empleadora y a la Mutua aseguradora codemandada a abonarle 49.288,47 €, más el interés legal correspondiente, por entender que el armador demandado estaba obligado a verificar, por medio de personal experto en la materia, si el sistema de cadenas había sido correctamente montado y si éstas ofrecían la resistencia suficiente para el trabajo a realizar, así como a comprobar periódicamente su estado, lo que la Sala considera que no hizo, a pesar de hallarse recogidas tales obligaciones en una norma de alcance general. En definitiva, que la empresa había obviado el chequeo o comprobación previa de los distintos elementos que integran el equipo de trabajo en general y el maquinillo en particular con el fin de descubrir y solventar sus posibles fallos, con lo que se incumplían las obligaciones preventivas que corresponde a la empresa, habiendo sido ello la causa del resultado lesivo.

De todo lo que antecede resulta que tampoco existe la necesaria contradicción con la sentencia ahora recurrida, donde el trabajador no sólo había recibido la correspondiente formación e información sino que también disponía de la protección ocular oportuna, sin que se haya detectado un incumplimiento de la normativa preventiva por parte de la empresa, al no aparecer que la rotura de la taza de pulido de la máquina se debiera a una falta de supervisión de la misma o a su inadecuada realización, de manera que la causa del accidente se considera que se debe a algo imprevisible y no a la imprevisión, como acontece en el de la sentencia comparada.

A ello ha de añadirse, siquiera sea ya a mero mayor abundamiento, que en este motivo cabe igualmente apreciar falta de fundamentación, en tanto en cuanto a pesar de citarse como infringidas "las normas desarrolladas en los puntos anteriores" (sin más precisiones ni concreta adecuación al presente motivo) y el art 1105 del CC , no se justifican las razones por las que se entiende que existe la infracción legal, contraviniendo, de este modo, el tenor de los arts 224.1.b) y 224.2 de la LRJS en relación con el art 207 a), b), c) y e) de la misma norma .

Consecuentemente con cuanto se ha expuesto y de conformidad con la propuesta del Mº Fiscal, el recurso, en esta fase procesal, debe desestimarse.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Aureliano, contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación número 3623/2013 , formulado frente a la sentencia de fecha 19 de abril de 2013, dictada en autos 897/2012 por el Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la empresa COSTAS

& ALONSO GRANITOS, S.L., LA ASEGURADORA AXA SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y la ASEGURADORA EUROVIDA, S.A., sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 25 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda interpuesta por Don Sabino, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa CETURSA SIERRA NEVADA S.A. y la Mutua FREMAP, Organismos, empresa y Mutua a los que absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Por resolución de la Dir. Prov. del INSS en Granada de 17/01/2014 se declaró que el proceso de incapacidad temporal iniciado en 10/07/2013 por el Trabajador Don Sabino, titular del D.N.I. nº NUM000, NASS NUM001, vecino de Pinos Genil (GR), C/. DIRECCION000 NUM002, Residencial DIRECCION001 piso NUM003 puerta NUM004 , domiciliado en estos autos para notificaciones en Granada

C/ Periodista Francisco Javier Cobos 2 (Asesoría CC.-00), trabajador de Cetursa, tenía el carácter de enfermedad común cuya cobertura la tenía concertada el INSS. Medió dictamen propuesta de 17.01.2014 con diagnóstico de Infarto agudo miocardio. Sitio no especificado.

2°.- Disconforme con tal resolución interpuso el actor reclamación previa en 29.01.2014 desestimada por Acuerdo del INSS de 31-01.-2014, presentándose demanda jurisdiccional en 07 de marzo de 2014.

3°.- Obra en autos Informe de la Inspección Provincial de Trabajo de 02 de abril de 2014 participando a este Juzgado la no constancia de accidente de trabajo referido al aquí demandante como tampoco en el Centro de Prevención de Riesgos Laborales.

4°.- Según la anamnesis que obra en el informe de 17/07/2013 de la Unidad de Cardialgia del Hospital Virgen de las Nieves (Folio 23) refiriéndose al ingreso del actor en 10/07/2013: "Paciente con los antecedentes referidos que esta madrugada (a las 2.00 h) comienza con dolor centrotorácico opresivo irradiado a hombro derecho y mandíbula, estando en reposo y asociado a cortejo vegetativo, por el cual consulta esta mañana en su centro de salud con 8 h de evolución del dolor aproximadamente.- Según parece refiere episodio previo similar 2 días antes de unas 3.5 h de duración aproximadamente y por el cual no llegó a consultar pensando que se trataba de dolor mecánico"... confirmándose la presencia de IAM anterior evolucionado en situación de Killip I derivándose para realización de cateterismo urgente.- El juicio clínico principal que se contiene en el informe de 17/07/2013 es el de SCACEST y PCR durante el procedimiento de IPC primaria; FEVI conservada, y como juicio clínico secundario: Shock cardiogenico; Fibrilación ventricular; paro cardíaco; Diabetes mellitus neom (*); Hipertensión esencial ; Hiperlipemia mixta (&) . Al folio 26 obra hoja de seguimiento de consulta: Urgencias Scacest de 10/07/2013, en cuya Anamnesis se lee: "Episodio de dolor torácico opresivo desde las dos de la mañana en reposo, acude a clínica porque se

encuentra mal, que se (sic) no puede más. Dolor que se irradia a omóplato derecho a mandíbula y a hombro con vegetativos con juicio clínico de Scacest.

5°.- Aportó la parte demandante y obran en su ramo de prueba los documentos que a modo de índice se expresan al folio 64, a saber:

1.- Informe del 061 de 10-7-2013 hora de su intervención.

2.- Certificado del Dr. de organización de Cetursa que acredita lo acontecido el 10-7-13 y estaba prestando servicio.

3.- Nuevo informe médico del servicio de cardiología que acredita la evolución de sus lesiones.

4.- Informe de médico de atención primaria donde se acredita que no tuvo patología antes del día 10-7-13. y que se dan en lo necesario por reproducidos a fines probatorios.

6°.- El actor D. Sabino, trabajador fijo discontinuo de Cetursa con la categoría de Técnico de Mantenimiento se encontraba prestando los servicios propios de tal categoría en las instalaciones de Hostelería de la empresa Cetursa en Sierra Nevada el día 10/07/2013 cuando se sintió indispuesto y tuvo que acudir a los servicios médicos de la Estación.- El horario de trabajo era de 8 a 15 horas de lunes a viernes (35 horas semanales), desplazándose desde Granada a Sierra Nevada con transporte facilitado por la empresa.»

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2015 en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Sabino contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Nº 4 DE GRANADA, en fecha 25/11/14 , en Autos núm. 321/2014, seguidos a instancia del recurrente, en reclamación sobre MATERIAS SEGURIDAD SOCIAL, contra CETURSA SIERRA NEVADA SA, MUTUA FREMAP, INSS y TGSS, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Sabino, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 18 de diciembre de 2013, recurso nº 726/2013, denunciando la vulneración de lo establecido en el art. 115.3 de la LGSS .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 28 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

ÚNICO.- 1. La sentencia ahora recurrida en casación unificadora, dictada el 17 de junio de 2015 (R. 682/15) por de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, confirma la del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Granada de 25 de noviembre de 2014, desestimatorias ambas de la demanda del trabajador, en la que éste interesaba que el proceso de Incapacidad Temporal (IT) que inició el 10 de julio de 2013 fuese declarado accidente de trabajo.

2. Insiste el recurrente en que se declare que las prestaciones derivadas de aquella situación obedecen a contingencias profesionales; y, además de denunciar la vulneración de lo establecido en el art. 115.3 LGSS/1994, en relación con los pronunciamientos de esta Sala IV del Tribunal Supremos que menciona (STS4ª 11-6-2007 y 18-12-2013), aporta, como sentencia contradictoria con la recurrida, la segunda de ellas, es decir, la de 18-12-2013, R. 726/13.

3. La sentencia recurrida rechaza que el infarto de miocardio sufrido por el trabajador demandante pueda considerarse producido a causa de contingencia profesional, partiendo de los datos, reflejados en el incuestionado relato fáctico de instancia, transcrito en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, conforme al cual, el día 8 de julio de 2013, esto es, dos días antes del infarto de miocardio que determinó el inicio de la IT, había sufrido un episodio similar que le duró en torno a tres horas y media pero que no mereció su atención porque pensó que se trataba de un simple "dolor mecánico" (h. p. 4º). El actor, técnico de mantenimiento, según el ordinal 6º de la misma declaración de hechos probados, "se encontraba prestando servicios de tal categoría en las instalaciones de Hostelería de la empresa Cetursa en Sierra Nevada el día 10/07/2013 cuando se sintió indispuesto y tuvo que acudir a los servicios médicos de la Estación. El horario de trabajo [continúa el h. p. 6º] era de 8 a 15 horas de lunes a viernes (35 horas semanales), desplazándose desde Granada a Sierra Nevada con transporte facilitado por la empresa". El mismo día 10 de julio de 2013, en la anamnesis (DRAE: "Información aportada por el paciente y por otros testimonios para confeccionar su historial médico") elaborada por la Unidad de

Cardiología del Hospital Virgen de las Nieves, el actor mencionó que esa madrugada, a las 2,00 horas, "comienza con dolor centrotorácico opresivo irradiado a hombro derecho y mandíbula, estando en reposo y asociado a cortejo vegetativo, por el cual consulta esta mañana en su centro de salud con 8 h de evolución del dolor aproximadamente" (h. p. 4º). La sentencia impugnada, en fin, alcanza su conclusión desestimatoria entendiendo de los hechos probados que -literalmente-- "el infarto de miocardio que sufrió el actor, se inició a las dos de la madrugada estando el recurrente en su domicilio, sin perjuicio de que manifestaciones sintomáticas de mayor intensidad surgieran en el decurso evolutivo de aquella enfermedad, dando lugar a que siendo las 8:00 horas tuvieran que precisar de un cateterismo urgente pero en modo alguno queda acreditado que dicho infarto surgiera con ocasión de la prestación de trabajo, ya que su aparición se había manifestado, a las dos de la madrugada en domicilio particular, e incluso, dos días antes, por lo que no se ha infringido [concluye] el precepto invocado por el recurrente, ni la jurisprudencia que cita" (FJ 2º.3 in fine, de la sentencia recurrida).

4. Con tales antecedentes (los hechos probados permanecieron incólumes en suplicación), la propia sentencia de instancia (y nos parece oportuno destacarlo porque ello adquiere especial relevancia a los efectos del análisis de la contradicción), con cita expresa de la sentencia que ahora se invoca como contradictoria, y muy en particular, transcribiendo de manera literal, igual que la referencial, las tres razones que daba esta Sala IV del TS en el FJ 3º de la STS4ª de 27-9-2007, R. 853/06 [1] La presunción del artículo 115.3 (antes , art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.//2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.//3º) La presunción no se excluye porque se haya

acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección], y admitiendo que "aun[que] sea cierto que fue durante las horas de trabajo (iniciada la jornada) cuando el actor decidió acudir a los servicios médicos de Urgencias...a que le prestaran asistencia", descarta la contingencia profesional porque, según razona luego el Juez de instancia también de forma literal, "...no pudo ser la acción del trabajo en el marco del art. 115.2 f) de la LGSS el factor desencadenante de un episodio de crisis, ya que...la asistencia médica vino provocada por persistir el dolor centrotorácico opresivo irradiado a hombro derecho y mandíbula, estando en reposo y asociado a cortejo vegetativo, con 8h de evolución del dolor aproximadamente, que le sobrevino en su domicilio sobre las 2h o 2.30h [en negrita en el original], de donde ha de concluirse en que la contingencia de enfermedad común determinada por el INSS en la resolución impugnada es acorde a derecho, procediendo en consecuencia la desestimación de la demanda, en todo caso obligada respecto de la empresa codemandada Cetursa Sierra Nevada S. A. por una manifiesta falta de legitimación pasiva".

5. En la sentencia de contraste (STS4ª 18-12-2013, R. 726/13), que estima el recurso de casación unificadora del trabajador y declara el carácter de accidente de trabajo que éste sufrió, consta que el demandante, oficial de 1ª siderometalúrgico, había iniciado un proceso de IT el 15-9-2005, derivado de enfermedad común, impugnó judicialmente la contingencia pero desistió de la demanda. Fue alta médica con propuesta de incapacidad permanente el 13-11-2006 y, tras haber sido diagnosticado el mismo día 13-11-2006, entre otras dolencias, de cardiopatía isquémica con

implantación de stent y vasculopatía periférica, mediante resolución del INSS de fecha 12-1-2007, se le reconoció una incapacidad permanente total por enfermedad común, constando (h. p. 7º) que hubo de ser ingresado en un hospital el 15-9-2005, a las 9,31 horas, refiriendo él mismo entonces que esa noche, a las 2,00 de la madrugada, presentó episodio de dolor torácico opresivo, que duró 5 minutos, náuseas y vómitos; tras marchar al trabajo, a las 7,45 horas, cuando estaba trabajando, presentó dolor retresternal opresivo de 20 minutos de duración y decidió consultar al médico de la empresa, que le derivó al hospital para estudio y tratamiento, orientando el cuadro médico como infarto lateral NO Q. La sentencia de suplicación allí recurrida sostenía que era necesaria la acreditación del nexo causal entre el trabajo y la lesión sufrida, lo que, a su entender, el actor no había conseguido al venir padeciendo dolores torácicos desde hace una año sin relación con el trabajo, "lo que [decía literalmente el TJS para desestimar la pretensión] por su propia naturaleza excluye la etiología laboral". La sentencia referencial sostiene, en síntesis y en lo que aquí interesa (precisamente, a los exclusivos efectos de la contradicción), siguiendo la jurisprudencia que menciona y transcribe en parte, que "no se exige que la lesión sea consecuencia del trabajo prestado sino que haya surgido en el lugar de trabajo y con ocasión de prestarse el mismo".

En la sentencia de contraste, tal como esta Sala estableció al analizarla en otro reciente recurso de casación unificadora, "la reclamación de contingencia profesional fue rechazada en la instancia y en suplicación siendo la referencial la que accede a dicha calificación por entender que la existencia de antecedentes de tipo coronario o padecer con anterioridad una enfermedad cardíaca no es bastante para excluir el trabajo como factor desencadenante, puesto que la lesión surgió en el lugar y tiempo de trabajo, términos y razonamiento a su vez extraídos de la sentencia que sirvió para establecer en aquel caso la contradicción y que la sentencia referencial hace suyos no obstante carecer dicha sentencia de contraste de semejante base fáctica ya que en esa sentencia no se nos da noticia de que padeciera ningún síntoma, lo único que se nos dice es que "sobre las 10 horas del 17 de junio de 2004 sintió un fuerte dolor torácico cuando se hallaba prestando servicios como oficial de 1ª (STS4ª 27-10-2016, R. 1529/15).

6. El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

7. Esta Sala considera, de manera similar a lo que acordamos en el mencionado precedente (STS4ª 27-10-2016) y pese al parecer contrario del Ministerio Fiscal, que no concurre el requisito de contradicción que requiere el art. 219.1 LRJS porque, cuestionándose en los dos supuestos la aplicación del art. 115.3 LGSS, aunque la referencial reconoce la contingencia profesional en un proceso ciertamente parecido, pues, en efecto, en uno y otro caso, las dolencias cardíacas surgieron antes del comienzo de la actividad laboral pero también se manifestaron después de iniciado el trabajo, lo cierto y relevante, a los efectos de la contradicción, es que en la sentencia de contraste la verdadera razón del reconocimiento como accidente de trabajo estriba en el convencimiento de esta Sala de que la lesión surgió, como se dice en el primer párrafo de su FJ 2º, "en el lugar de trabajo y con ocasión de prestarse el mismo", mientras que, por el contrario, la sentencia recurrida, confirma la apreciación y el convencimiento alcanzado por el Juez de instancia, que, sin duda como resultado de la prueba practicada, había entendido, como vimos (3), que la lesión "no pudo ser la acción del trabajo en el marco del art. 115.2 f) LGSS el factor desencadenante", y ratifica esa misma conclusión.

Esa decisiva diferencia pues, determina la ausencia de contradicción y la consecuente necesidad de desestimar el recurso, que, por ello, pudo haberse inadmitido en su momento, sin que haya lugar la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Don Sabino, contra la sentencia dictada el 17 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Granada, en recurso de suplicación nº 682/15, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, en autos nº 321/14, seguidos a instancia de DON Sabino contra INSTITUTO NACIONAL DE LA

SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; CETURSA SIERRA NEVADA, S.A. y MUTUA FREMAP. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Con fecha 30 de junio de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D^a Gregoria y D^a Sabina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, ASEPEYO, y Grupo EPSU 2006 S.L., en reclamación de pensión de viudedad y a favor de familiares, e indemnización a tanto alzado, derivada de accidente de trabajo in itinere, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos en su contra formulados».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º .- Las actrices: D^a Gregoria , mayor de edad y con DNI NUM000, y D^a Sabina, mayor de edad, y con DNI NUM001, vecinas de Linares, esposa e hija de D. Carmelo, formulan demanda en reclamación de Reconocimiento de las prestaciones de viudedad e indemnización a tanto alzado y pensión a favor de familiares derivada del fallecimiento de su esposo y padre por contingencias de accidente de trabajo in itinere.

2 °.- D. Carmelo falleció a consecuencia del accidente de tráfico sufrido en fecha de 15-02-2013, sobre las 19,40 h, a la altura del Km 12,700 de la autovía de Sierra Nevada A-44 Bailen-Vélez de Benaudalla, sentido Bailen, termino judicial de Jabalquinto, cuando conduciendo el vehículo de su propiedad Seat Ibiza matrícula-BPX , fue alcanzado por detrás por el Audi 4, matrícula-WVH , conducido por Ah propietario D. Iván, provocando que el SEAT Ibiza saliera despedido de la vía.

3° .- El Sr. Carmelo prestaba servicios laborales para la empresa GRUPO EPSU 2006 S.L., la cual tenía concertada cobertura en materia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales con ASEPEYO.

La categoría profesional del fallecido era de oficial de 1ª de la construcción, y en la fecha del accidente, el centro de trabajo se encontraba en Puente Tablas (Jaén) para lo cual se desplazaba cada día desde su domicilio en Linares a su puesto de trabajo, recogiendo y dejando, en Mengíbar, a su compañero D. Sergio. El día del accidente el empresario cerró la valla de la obra sobre las 18,30 horas, finalizando de la jornada laboral. El trabajador fallecido traslado en su coche a dos de sus compañeros de trabajo residentes, ambos, en Mengíbar, produciéndose el fatal accidente con posterioridad.

4 °.- A consecuencia del accidente de circulación se instruyó atestado por la Guardia Civil, y se incoaron Diligencias Previas nº 669/13 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Jaén.

5 °.- La actora solicitó el 22-04-13 al INSS prestaciones de supervivencia por accidente de trabajo que le fue denegada en Resolución de fecha 7-05-13 por entender que era la Mutua la responsable de dicha prestaciones, trasladando a Asepeyo el expediente.

En Resolución de fecha 26-07-13 el INSS reconoció con carácter provisional pensión de viudedad condicionando al fallo judicial, denegando la prestación a favor de familiares, (ramo de prueba de la actora).

6 °.- La Mutua Asepeyo denegó, en fecha 28-05-13, las prestaciones solicitadas al no existir parte de accidente de trabajo, constando, únicamente, accidente de tráfico y no reunir los requisitos de accidente in itinere.

7 °.- Para el caso que sea estimada la demanda la base reguladora es 18.283,78 €/anuales.

8 °.- Agotada la vía administrativa, interpone la presente demanda con fecha 08-07-13.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Gregoria y D^a Sabina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Jaén de fecha 30 de Junio de 2.014 , en autos en reclamación de Seguridad Social seguidos a instancias de dichas recurrentes frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ASEPEYO y la empresa GRUPO EPSU 2006, S.L., debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.»

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. García Sánchez, en representación de D^a Gregoria y D^a Sabina, mediante escrito de 19 de

febrero de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:
PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de febrero de 2012 y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2010 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 115.2.a) de la LGSS .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de enero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se viene debatiendo en el presente procedimiento si debe considerarse accidente laboral el sufrido por trabajador el regresar hacia su domicilio, conduciendo vehículo de su propiedad, pero tras determinado desvío e intervalo de tiempo.

1. Los hechos litigiosos.

Ya en los Antecedentes se ha expuesto con detalle el relato judicial que actúa como elemento fáctico a efectos del contraste legalmente exigido en este tipo de recurso (art. 219.1 LRJS). Sin perjuicio de volver sobre sus aspectos más singulares y relevantes, ahora procede resumirlo para así centrar el debate.

El trabajador, con categoría profesional oficial 1ª de la construcción, tiene su centro de trabajo en Puente Tablas (Jaén), pero reside en Linares (Jaén).

Durante el trayecto de ida y regreso se desvía habitualmente para pasar por Mengíbar (Jaén), a fin de recoger y dejar a un compañero.

El viernes 5 de febrero de 2013, el empleador cierra la valla de la obra sobre las 18, 30 horas, finalizando la jornada laboral.

En su viaje de regreso hacia Linares, el trabajador transporta a dos compañeros que residen en Mengíbar.

Sobre las 19,40 horas, a la altura del kilómetro 12,700 de la autovía de Sierra Nevada A-44 Bailén-Vélez Benaudalla, sentido Bailén, se produce un accidente de tráfico que acaba con la vida del trabajador.

El siniestro acaece como consecuencia de que el coche del trabajador es alcanzado, en su parte trasera, por otro vehículo.

2. Las sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Viuda e hija del fallecido interesan que las correspondientes prestaciones de Seguridad Social se consideren generadas por accidente de trabajo. Agotada la vía administrativa, interponen demanda frente al INSS, la TGSS, la Mutua Asepeyo y la mercantil empleadora.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Jaén, de fecha 30 de Junio de 2.014, en Autos número 516/2013, pone término al procedimiento en la instancia. Constata que la distancia entre el centro de trabajo (Puente Tablas) y la población donde residen los compañeros transportados (Mengíbar) es de unos veinte kilómetros. El accidente acaece a la salida de la población intermedia.

Desestima la demanda interpuesta por las actoras y absuelve a los demandados de la acción que en su contra se ejercitaba.

B) Disconformes con el pronunciamiento de instancia, las demandantes presentan recurso de suplicación. Aunque manifiesta cierta disconformidad con el relato de hechos probados (en particular sobre la aceptación empresarial del desvío a Mengíbar), lo cierto es que no articula motivo alguno dirigido a su revisión.

C) La STSJ Granada 2363/2014 de 10 diciembre (rec. 2042/2014) resuelve el recurso de suplicación y confirma la de instancia. Considera que los hechos muestran una fractura del elemento cronológico en el nexo causal que impide la consideración de accidente "in itinere". Asumiendo el enfoque adoptado por el Juzgado, y basándose en la doctrina de diversas sentencias de esta Sala Cuarta, sostiene:

El desvío a Mengíbar, aunque sea consentido por la empresa, no basta para determinar si existe un accidente in itinere.

Lo decisivo está en la fragmentación del nexo causal por el dato cronológico. El desplazamiento comienza poco después de las 18,30 h y el accidente se produce a unos 20 kilómetros del lugar de inicio, pero transcurrida más de una hora.

El viaje se hace por autovía y en vehículo relativamente nuevo.

No se han acreditado las causas de tal retraso.

En suma, a la vista del concepto legal y jurisprudencial de accidente de trabajo se descarta que estemos ante el supuesto del art. 115.1.a LGSS (1994). No se trata de accidente in itinere porque el tiempo invertido en trasladar a los dos compañeros excede "del normal requerido en dicho exclusivo traslado".

3. Recurso de casación, impugnación e Informe del Fiscal.

A) Con fecha 19 de febrero de 2015 presenta el Abogado de las demandantes el recurso de casación unificadora que hemos de resolver. Aunque identifica dos motivos y otras tantas sentencias referenciales, los considera "íntimamente relacionados" y los analiza "conjuntamente".

La primera sentencia aportada para la comparación es la STSJ Galicia de 3 de febrero de 2012 (rec. 1624/2008). Sostiene que todo accidente laboral "in itinere" ha de interpretarse con amplitud humana en cuanto a justificados desvíos y paradas y que la continuidad en el tránsito no puede exigirse de forma tan rigurosa que impida cualquier parada.

La segunda sentencia referencial es la STSJ Castilla-La Mancha de 29 octubre 2010 (rec. 1077/2010). Refiere al mantenimiento del nexo causal en caso de desvío del trayecto a la casa tras finalizar el trabajo, pero demorándose la salida material del mismo.

Considera el recurso que la sentencia recurrida no toma en consideración circunstancias como la necesidad de un tiempo de aseo tras el trabajo, el acceso a la población intermedia o la reanudación de la marcha; por el contrario, las sentencias opuestas justifican la demora temporal y mantienen la pervivencia del nexo causal.

B) Con fecha 9 de febrero de 2016 queda registrado en este Tribunal el escrito de alegaciones presentado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, interesando que se dicte resolución "ajustada a Derecho".

C) El mismo día 9 de febrero de 2016 formula impugnación al recurso el Abogado de la mercantil empleadora. Subraya las diferencias existentes entre el accidente del caso y el de las dos sentencias de contraste. Pide que el recurso se desestime e impongan las costas a las recurrentes.

D) El Informe del Ministerio Fiscal, datado el 7 de abril de 2016, descarta que exista contradicción con la segunda de las sentencias opuestas (de Castilla-La Mancha), pero sí la aprecia respecto de la primera. Aunque la cuestión es controvertida, a la vista de la jurisprudencia última, se muestra favorable a la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Contradicción entre sentencias sobre accidente in itinere.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

2. La difícil contradicción sobre temas valorativos de Seguridad Social.

A) Siempre que han de valorarse las circunstancias fácticas del caso para adoptar un criterio sobre la petición esencial de la demanda (despidos disciplinarios, extinciones causales del contrato de trabajo, existencia de incapacidad permanente, responsabilidad

empresarial, etc.) la dificultad de cumplir el presupuesto procesal del artículo 219.1 LRJS es grande.

B) De este modo, por ejemplificar respecto de cuestiones atinentes a la Seguridad Social, la Sala ha venido señalando con reiteración que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Así lo venimos declarando, por ejemplo, en SSTS de 16 septiembre 2014 (rec. 2431/2013) y 458/2016 de 1 junio (rec. 609/2015). De hecho, en este sentido las SSTS de 23 (2) junio 2005 (rec. 1711/2004 y 3304/2004) y 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004) sostienen que «este tipo de litigios carece de interés -o contenido- casacional y que su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social» [SSTS de 13 noviembre 2007 (rec. 81/2007), 22 enero 2008 (rec. 3890/2006) y 17 febrero 2010 (rec. 52/2009)].

C) Cuando se discute acerca de la procedencia de exigir responsabilidad civil a la empresa como consecuencia de un accidente de trabajo resulta muy problemática la existencia de supuestos idénticos, como evidencian, por ejemplo las SSTS 1 y 18 octubre 1999 (RJ 1999, rec. 2224/1998 y rec. 315/1999), 10 mayo 2000 (rec. 3269/1999), 3 abril 2006 (rec. 647/2005).

D) Igualmente, cuando se debate sobre la imposición del recargo de prestaciones por haberse infringido normas de seguridad e higiene resulta muy problemática la existencia de supuestos idénticos. Así lo venimos diciendo desde las primeras sentencias que se ocuparon del tema. En este sentido pueden verse, entre otras muchas,

las reflexiones de SSTS 19 mayo 1999, rec. 2632/1998), 9 diciembre 2005, rec. 2281/2004). 14 julio 2006, rec. 2610/2005) 16 enero 2007 (rec. 1307/2005).

3. La contradicción respecto de accidentes in itinere.

La determinación de si en un caso concreto existe accidente in itinere requiere la ponderación de toda una serie de elementos (requisitos de tipo cronológico, teleológico, espacial y modal) que dificultan la existencia de supuestos comparables desde la perspectiva del art. 219.1 LRJS.

Pese a tal complejidad, esta Sala viene entendiendo que la contradicción debe apreciarse por referencia a los hechos relevantes (siendo inocuas las disparidades colaterales). De ese modo, ha podido alumbrarse doctrina unificada respecto de supuestos como los siguientes:

Trabajador que vive en la población donde trabaja (Santander) pero que todos los viernes, al terminar su jornada, se dirige a casa de su abuela (Arnuero). La STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, rec. 923/1997) acepta comparar el supuesto con el de quien trabaja en Madrid y al llegar el fin de semana se marcha a la casa de su madre en Bilbao.

Trabajador residente en la población donde trabaja (Bilbao) y que, al finalizar la jornada, se dirige al domicilio de la mujer con la que convive (en Galdácano). La STS 28 febrero 2001 (rec. 3493/1999) acepta el contraste con sentencia en que se produce accidente yendo al trabajo.

Trabajador fallecido en el momento de iniciar el camino hacia el centro de trabajo, por disparos de quien mantiene relación sentimental con su esposa. La STS 20 junio 2002 (rec. 2297/2001) acepta el contraste con supuesto de agresión por parte de cuñado y por rencillas familiares.

Trabajador que se dirige a su puesto de trabajo tras visitar a sus padres (en Valladolid), en lugar distante del centro de trabajo (Madrid) y apartado del trayecto habitual (desde San Fernando de Henares). La STS 19 enero 2005 (rec. 6543/2003) acepta el contraste con supuesto de trabajador que viaja hacia el lugar de trabajo (Madrid) tras haber pasado el fin de semana en la población de sus padres (Barco de Ávila).

Trabajador accidentado yendo al trabajo (Baracaldo) desde el lugar donde se había pernoctado excepcionalmente (Gatika, domicilio de la novia). La STS 20 septiembre 2005 (rec. 4031/2004) acepta contraste con supuesto en que el trabajador regresa desde casa de su abuela (Sabadell) hacia la suya (Barcelona) para incorporarse al trabajo al día siguiente.

Trabajador accidentado bajando las escaleras (mojadas) del propio domicilio, para acudir al trabajo. La STS 26 febrero 2008 (rec 1328/2007) acepta el contraste con supuesto en que la trabajadora sufre una caída en las escaleras de salida del bloque de pisos en el que se ubica su vivienda.

Trabajadora embarazada que sufre accidente de motocicleta cuando vuelve al trabajo tras acudir a la consulta de la matrona en el ambulatorio, previa autorización de la empresa. La STS 10 diciembre 2009 (rec. 3816/2008) acepta el contraste con trabajador autorizado para acudir a la consulta médica y accidentado cuando se desplaza a su domicilio a fin de coger la cartilla médica.

Trabajadora accidentada durante el desplazamiento para realizar una consulta médica, con autorización de la empresa y durante la jornada, que sufre una caída casual al tropezarse con una manguera de un camión de gasoil que estaba descargando en un portal. La STS 15 abril 2013 (rec. 1847/2012) acepta el contraste con el caso de trabajadora que sufre accidente de motocicleta cuando volvía al trabajo tras acudir a la consulta de la matrona en el ambulatorio -por hallarse embarazada-, previa autorización de la empresa.

Trabajador accidentado al regresar (21,15 horas) desde su domicilio de fin de semana (Puente Almuey, León) al habitual durante los días laborales (Almazán, Soria), antes de reincorporarse a su trabajo al día siguiente (a las 8,00 horas). La STS 26 diciembre 2013 (rec. 2315/2012 ; Pleno) acepta el contraste con supuesto de trabajador que regresa de domicilio familiar (Badajoz) al habitual durante la semana (Alovera, Guadalajara) y sufre accidente (2,20 horas) el mismo día en que debe reincorporarse al trabajo (a las 8,00 horas).

Trabajador que, a las 20 horas del viernes, circula en motocicleta tras recibir el alta médica de baja anterior. La STS 25 mayo 2015 (rec. 2163/2014) acepta el contraste con supuesto de trabajador motociclista, accidentado cuando se dirigía a su domicilio tras haber entregado a la empresa un parte de alta médica por un proceso de IT anterior.

4. Corolario.

La necesidad de aquilatar los elementos fácticos presentes en un accidente producido durante los desplazamientos de ida o regreso al trabajo dificulta, al igual que en otras cuestiones similares, la contradicción entre sentencias. Ello no obstante, la Sala viene considerando suficiente que concorra la similitud de los hechos relevantes, sin exigir una milimétrica coincidencia de factores sobre tipo de vehículo o duración del desplazamiento.

TERCERO.- Examen de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por el escrito de impugnación empresarial (respecto de las dos aportadas) y por el Ministerio Fiscal (respecto de una de ellas). Eso justifica que debamos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1. La STSJ 1077/2010 de Castilla-La Mancha.

A) La STSJ 1077/2010, de 29 octubre (rec. 1077/2010), de Castilla-La Mancha considera accidente laboral el acaecido con las siguientes circunstancias:

El trabajador accidentado en este caso vivía con sus padres en el mismo domicilio situado en Parla (Madrid) y prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa sito en la carretera de Yeles, kilómetro 2, de Illescas (Toledo).

Su horario habitual de trabajo terminaba a las 18,00 horas.

Sufrió un accidente de circulación a las 18,55 horas, en el punto kilométrico 1,800 de la carretera CM 4010 (A-42 Illescas A-4 Seseña), término municipal de Yeles al salir del centro de trabajo, a 200 metros, cuando chocó frontalmente con otro vehículo.

La sentencia declara que el fallecimiento deriva de accidente de trabajo porque se dan todos los requisitos para calificarlo de in itinere: se produce a 200 metros del lugar de trabajo y en la ruta ordinaria al domicilio, con un medio de transporte idóneo y

en un tiempo que debe considerarse normal, pues la diferencia de 55 minutos con la hora normal de salida no rompe el nexo causal al tratarse de un lapso destinado lógicamente al cambio de ropa, aseo, conversación con los compañeros, etc.

B) Pese a ciertas similitudes, no cabe apreciar contradicción entre esta sentencia y la recurrida. En ese caso el accidente se produce a 200 metros del centro de trabajo y en el trayecto ordinario al domicilio. Los hechos son bien diversos en el caso que examinamos.

C) También hay disparidad en el dato cronológico. En la sentencia recurrida consta que el empresario cierra la valla de la obra sobre las 18,30 horas, mientras que lo acreditado en la sentencia de contraste es que "el horario ordinario de trabajo terminaba a las 18,00 horas de la tarde", lo cual supone una diferencia relevante a efectos de que en el primer caso se considere aquella hora como de salida del centro de trabajo, y en el segundo se pondere que el trabajo no siempre acaba a la hora exacta y desde que se da por terminado hasta el abandono de las instalaciones haya un tiempo dedicado a diversas actividades.

D) Adicionalmente, el escrito de preparación del recurso diferencia dos motivos de recurso, mientras que el escrito de formalización los refunde y examina conjuntamente. De acuerdo con nuestra doctrina, eso comporta la necesidad de restringir el examen a una sola de las sentencias de contraste, debiendo optarse por la más moderna cuando el estudio examina varias de ellas. La STSJ de Castilla-La Mancha en cuestión está datada dos años antes que la de Galicia, sobre la cual ha de pivotar el examen de la referida contraposición.

2. La STSJ Galicia 3 febrero 2012 (rec. 1624/2008).

A) La STSJ Galicia de 3 de febrero de 2012 (r. 1624/2008) declara la contingencia de accidente de trabajo el sufrido por el demandante en las siguientes circunstancias:

Acude todos los miércoles a un centro de educación de adultos, ubicado en la plaza de Barcelos de Pontevedra.

El día del accidente tuvo un horario de 17,30 a 22,00 horas, y una vez acabadas las clases cogió su ciclomotor y se dirigió a la calle Estación.

En el trayecto se paró a hablar con unos amigos y luego continuó, sufriendo el accidente a las 22,30 horas en la calle Estación.

La sentencia considera que un desvío en el trayecto a casa no rompe el nexo causal entre el accidente y el trabajo porque la parada fue breve e irrelevante, como lo demuestra la hora en que ocurrió el accidente.

B) Como se observa, hay datos diferenciales (distancia recorrida, tiempo transcurrido) entre los supuestos contrastados. Sin embargo también aparecen circunstancias análogas. El trabajador regresa a su domicilio tras haber finalizado la jornada y el iter cronológico se interrumpe (sea para charlas con amigos, sea para dejar a los compañeros en sus domicilios) durante un tiempo no excesivo pero tampoco inexistente.

C) El Ministerio Fiscal considera que en este caso el núcleo de la contradicción sí ofrece elementos de identidad suficientes. Porque lo que aquí se discute es la existencia de un nexo causal que permanece desde la salida del trabajo hasta el destino a

la casa, y desde esta consideración, los hechos, fundamentos y pretensiones son sustancialmente iguales.

D) Recordemos que se trata de discutir si existe un accidente de trabajo durante el desplazamiento. La extensión del art. 115.2.a LGSS/1994 (art. 156.2.a LGSS /2015) se determina a partir de los términos lugar de trabajo y domicilio del trabajador, y de su conexión mediante el trayecto. Esta conexión del lugar de trabajo y domicilio del trabajador ha sido configurada en forma amplia por la doctrina de esta Sala, aunque exigiendo unos criterios de normalidad en la apreciación del binomio trayecto-trabajo, rechazando la calificación de accidente en aquellos supuestos en que se rompía este nexo normal.

Desde esta perspectiva conceptual, en consonancia con la decena de precedentes más arriba reseñados, y de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, entendemos que la contradicción ha de considerarse existente. En consecuencia, debemos examinar el problema de fondo.

CUARTO.- El factor cronológico en el accidente in itinere.

1. La regulación.

A) El accidente de trabajo se define como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena " (art. 115.1 LGSS/1994; art. 156.1 LGSS /2015). El nexo esencial entre trabajo y lesión pone de relieve que el fundamento de la protección de los accidentes de trabajo y su carácter privilegiado respecto a la protección ordinaria se vinculan a la existencia de un riesgo específico que se imputa con criterios objetivos a la esfera de responsabilidad del empresario en la medida en que es éste, a través de su explotación, quien genera ese riesgo y puede ejercer determinado control sobre el mismo y sus manifestaciones.

B) Junto a esta noción principal de accidente de trabajo, aparece un listado ejemplificativo que comienza aludiendo a los accidentes "que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo " (art. 115.2.a LGSS/1994; art. 156.2.a LGSS /2015). Interesa ahora reproducir algunas consideraciones habituales en nuestra doctrina, resumidas por la STS 26 diciembre 2013 (rec. 2315/2012 Pleno).

Esta peculiar noción se construye, al menos en su origen, a partir de dos puntos geográficos: el lugar de trabajo y el domicilio de quien desarrolla su actividad asalariada; la construcción sirve para subsumir en la categoría de accidente laboral a todo siniestro acaecido durante el trayecto que discurre entre ambos lugares.

C) El accidente in itinere se produce normalmente como consecuencia de lo que podemos denominar riesgos de la circulación, que no se corresponden en principio con la esfera de riesgo del empresario. Así lo reconoce el Convenio 121 de la OIT que en su art. 7 prevé que todo miembro "deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo", aunque exceptúa de esta obligación en lo relativo a los accidentes en el trayecto cuando "independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece este Convenio".

D) El ordenamiento español no ha considerado esa eventual exclusión y tampoco ha tenido en cuenta la protección concurrente que puede derivarse del régimen de responsabilidad por la circulación de los vehículos de motor - compatible conforme al art. 127.3 de la LGSS con las prestaciones por accidente de trabajo-, ni la existencia de una cobertura del accidente no laboral que incluiría los accidentes en el trayecto si no tuvieran su protección específica.

2. Doctrina de la Sala.

A) Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley hemos de resolver el recurso aplicando nuestra doctrina, actualmente contenida en la sentencia del Pleno, ya citada, de 26 diciembre 2013 (rec. 2315/2012). El supuesto de hecho es el de accidentado al regresar (21,15 horas) desde su domicilio de fin de semana (Puente Almuey, León) al habitual durante los días laborales (Almazán, Soria), antes de reincorporarse a su trabajo al día siguiente (a las 8,00 horas). Entre los argumentos que abocan a la consideración del caso como accidente in itinere aparecen los siguientes:

La interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el art. 3 del Código Civil, y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo.

Si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo.

De esta forma, hay que apreciar que en el caso decidido concurren los elementos que definen el accidente in itinere. En efecto, se aprecia el elemento teleológico, porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador en los términos ya precisados.

Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas del lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada.

Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral.

B) Asimismo las sentencias citadas y otras como las de 19 enero 2005 (rec. 6543/2003), 20 septiembre 2005 (rec. 4031/2004), 29 marzo 2007 (rec. 210/2006) o 14 febrero 2011 (rec. 1420/2010) vienen explicando que para calificar un accidente como laboral in itinere deben concurrir las siguientes circunstancias:

Que la finalidad principal y directa del viaje este determinada por el trabajo (elemento teleológico).

Que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico).

Que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y

obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo.

Que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio).

3. Consideraciones generales sobre el caso.

A) Elemento teleológico.- Los hechos probados acreditan que la finalidad principal del viaje durante el cual fallece el causante posee claro tinte laboral. Aunque podría haber regresado a su domicilio de manera directa, el desvío a Mengíbar es para dejar en sus respectivos domicilios a dos compañeros de trabajo.

El desplazamiento desde la población donde trabaja, Puente Tablas (Jaén), hasta la de residencia (Linares) se realiza incluyendo el desvío a Mengíbar, pero se trata de una alteración no solo habitual ("cada día", según el HP 3º) sino también razonable tanto por razones de solidaridad entre compañeros de trabajo cuanto por economizar costes (abriendo la posibilidad de compartirlos). También es evidente que la protección del medio ambiente (art. 45 CE) concuerda bien con las pautas de desplazamiento en transportes públicos o vehículos compartidos. Y aunque, lamentablemente, en el presente caso se produce un fatal siniestro, la minimización de los riesgos derivados del tráfico aconseja disminuir el número de vehículos en circulación.

Que el empresario conozca la práctica de compartir el vehículo de alguno de sus empleados no constituye elemento necesario para sostener el carácter laboral del desplazamiento, pero sí un indicio claro del mismo. Que el trabajador fallecido traslade a otras personas cuando regresa a su domicilio podría cuestionar la finalidad del desplazamiento; pero que esos pasajeros sean, a su vez, personas que comparten

actividad en la empresa y que también regresan a sus domicilios al acabar la jornada laboral opera en la misma línea de refuerzo sobre la teleología laboral del desplazamiento.

Por lo demás, la concurrencia de este primer elemento aparece admitida por la sentencia recurrida. La finalidad del viaje está determinada por el trabajo, pues vuelve de trabajar y traslada a los compañeros previamente a sus respectivos domicilios, lo que la empresa conoce, y concuerda con las valoraciones sociales sobre racionalización de los medios de desplazamiento.

B) Elemento espacial.- El accidente se produce en un itinerario cuyo trazado no es el más directo para enlazar la población donde se trabaja y el lugar de residencia. Sin embargo, no se ha roto la conexión entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia haciendo un alto para dejar a los compañeros (de viaje y de empresa).

El trazado del Seat Ibiza que conduce el trabajador es el habitual y adecuado para poder regresar al tiempo que lo hacen los compañeros transportados. En el HP segundo se narra que el accidente ocurre a la altura del Km 12,700 de la autovía de Sierra Nevada. A-44. Bailén-Vélez de Benaudalla, sentido Bailén, término judicial de Jabalquinto. Aunque si viajara él solo no habría tenido que desviarse a Mengíbar, esa derivación queda integrada en el carácter laboral del desplazamiento (elemento teleológico), de modo que la concreta ubicación del siniestro no comporta ruptura del trayecto habitual.

C) Elemento modal.- El medio de transporte utilizado para realizar el desplazamiento desde Puente Tablas (Jaén) a Linares, pasando por Mengíbar, es un vehículo de tipo utilitario (Seat Ibiza), claramente concordante con la necesidad de recorrer un número de kilómetros no despreciable (en torno a cien diarios, sumando ida

y regreso), pero también con el presumible nivel económico del propietario (el HP séptimo refiere que su base reguladora anual es de 18.283,78 €).

En los HHPP se explica que el accidente tiene lugar en la autovía que comunica las poblaciones enlazadas por el itinerario que el trabajador debía seguir para regresar a su domicilio. Por lo tanto, el vehículo y la calzada elegida parecen adecuados, sin que se haya acreditado una eventual conducción temeraria por parte del fallecido que hubiera podido cuestionar la concurrencia de este factor.

D) Elemento cronológico.- La sentencia recurrida considera decisiva la "fragmentación que se produce en el nexo causal del elemento cronológico", porque el accidente ocurre a unos veinte kilómetros del lugar de inicio y transcurrida más de una hora. Ese "retraso", que no aparece justificado, aparece como la clave para romper el carácter laboral del desplazamiento.

Así las cosas, para resolver definitivamente el supuesto hemos de analizar de forma detenida el llamado factor cronológico.

4. Consideraciones específicas sobre el factor cronológico.

A) El Ministerio Fiscal sostiene que también concurre este requisito porque aunque transcurre una hora aproximadamente desde la salida del trabajo hasta el momento del accidente, (sin olvidar que se produce desde Puente Tablas a Linares pasando por Mengibar) ese periodo de tiempo siempre ha estado dedicado a volver a casa desde el trabajo, previo traslado de los compañeros hasta su domicilio particular.

El hecho de que el trabajador empleara algo de tiempo en una despedida o charla con comentarios sobre el trabajo del día al bajar del vehículo los compañeros acompañantes - también trabajadores de la misma empresa y también en desplazamiento de regreso del trabajo-, y precisamente a la llegada a sus respectivos domicilios, no rompe la conexión laboral. Ese periodo de tiempo es parte del que corresponde a su propio viaje de vuelta a casa, ocurriendo el fatal accidente en la continuación del desplazamiento que iba a permitir su conclusión, pudiendo calificarse, en consecuencia, como "in itinere", por no alterarse el nexo causal.

B) Conviene precisar la cronología de los hechos: se constata que la valla del centro de trabajo se ha cerrado "sobre las 18,30 horas, finalizando de la jornada laboral" (HP 3°); del mismo modo, el accidente ocurre "sobre las 19,40" (HP 2°).

Nótese que no se ha fijado en las seis y media de la tarde ni la hora exacta en que acaece el cierre del centro de trabajo (puedo ser, pues, algo posterior) ni el momento en que el vehículo conducido por el causante emprende la marcha hacia Mengíbar y Linares. Una elemental reflexión sobre el tema lleva a pensar que la partida real pudo ocurrir quince o veinte minutos después habida cuenta de que era viernes (despedida de los compañeros tras una semana de trabajo), hay que acceder al lugar donde esté aparcado (nada de ello se explica), se ha terminado una jornada de trabajo a la que se acudió con algún tipo de bolsa o equipaje (colocación de tales enseres en el maletero), se está en el mes de febrero (ubicación de prendas de abrigo) y el vehículo debe ponerse en condiciones de marcha (arranque, cinturones de seguridad, maniobras para incorporarse a la circulación).

La sentencia del Juzgado, confirmada por la recurrida, considera que el trayecto entre el punto de partida y Mengíbar es de unos veinte minutos; se trata de un trayecto de 28,5 kmts para el cual las guías oficiales calculan 24 minutos de conducción. No es exagerado pensar que la vialidad invernal y la hora (coincidiendo con el anochecer) aconsejen emplear casi media hora en él.

Respecto del recorrido dentro de la población de Mengíbar (diez mil habitantes), del lugar en que viven los dos compañeros transportados (cercano o distante, de acceso sencillo o complejo) o de la facilidad circulatoria interior (semáforos, sentidos únicos, etc.) no hay rastro en los hechos probados, ni reflexión alguna en la sentencia recurrida. Pero es evidente que un tiempo debe emplearse en cada una de las paradas (descenso de la persona, apertura del maletero, breve despedida, maniobra de reincorporación).

Esta Sala no comparte el modo en que se aborda el factor cronológico en la sentencia recurrida, que se limita a tomar como hora de salida la (aproximada) de cierre de la valla de la obra, contrastarla con la hora del siniestro y concluir que se ha utilizado más de una hora para recorrer unos veinte kilómetros por autovía.

C) Lo acreditado es que el trabajador emprende el regreso con posterioridad a las 18,30. No consta la hora real en que el vehículo emprende la marcha; si realmente lo hizo a las 18,45, es lógico pensar que accede a la población de Mengíbar sobre las 19,15; teniendo presente que realiza dos paradas, es razonable pensar que a las 19,30 esté en condiciones de reemprender el viaje a Linares.

Pues bien, recordemos que el accidente lo sufre sobre las ocho menos veinte y a la salida de Mengíbar. La sentencia recurrida expone que al no haberse acreditado las causas del retraso en cuestión, el viaje se ha deslaboralizado.

Entendemos que el número de minutos sin justificar ha podido dedicarse a muy diversos menesteres, sin que ello comporte la ruptura del elemento cronológico. No estamos ante un retraso relevante. El tiempo razonable de despedida con los compañeros de la obra que se quedan en Mengíbar, la eventualidad de que hubiera

habido algún atasco menor, la imposibilidad de que el trabajador manifestara exactamente lo acaecido tras dejar al segundo de los pasajeros, la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable (recargar combustible, acudir al servicio, realizar una mínima compra), son factores que inclinan a la solución flexibilizadora patrocinada tanto por la sentencia referencial cuanto por la del Pleno de esta Sala ya expuesta.

QUINTO.- Resolución.

A) A la vista de cuanto antecede, en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, dando la razón a la esposa e hija del fallecido y estimando su demanda.

B) El artículo 228.2 LRJS prescribe que Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

C) De conformidad con el art. 235 de la LRJS no procede la imposición de costas ni en este recurso, ni en el de suplicación.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Gregoria y D.^a Sabina, representadas y defendidas por el Letrado Sr. García Sánchez. 2) Casar y anular la sentencia 2363/2014, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 10 de diciembre de 2014. 3) Estimar el recurso de suplicación nº 2042/2014, interpuesto por D.^a Gregoria y D.^a Sabina. 4) Revocar la sentencia dictada el 30 de junio de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 516/2013, seguidos a instancia de dichas recurrentes contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, ASEPEYO y la empresa Grupo EPSU 2006, S.L., sobre Seguridad Social. 5) Estimar la demanda interpuesta por D.^a Gregoria y D.^a Sabina y declarar que el fallecimiento de D. Carmelo se debió a accidente de trabajo, debiendo reconocerse a las mismas las prestaciones de Seguridad Social correspondientes sobre la base reguladora de 18.283,78 € anuales, y correspondiendo su abono a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social "Asepeyo". 6) No realizar imposición de costas respecto de ninguno de los recursos referidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 25 de febrero de 2014 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- El Sr. D. Fausto, mayor de edad, con D.N.I. nº NUM000, afiliado a la Seguridad Social nº NUM001, vino prestando servicios por cuenta y cargo de la empresa INGENIERIA DE PROCESOS ELECTRICOS S.L. desde el año 2005, teniendo reconocida la categoría de oficial de 1ª electricista. La empresa se dedica a la actividad de montajes eléctricos, para lo cual desplaza grupos de trabajo a los lugares de instalación que pueden radicar en algún punto de la geografía española. La empresa tenía cubierto el riesgo derivado de la contingencia de AT con la MUTUA MUTUALIA.

2º.- El Sr. Fausto junto con otros trabajadores de un grupo de trabajo, habían sido desplazados a Cataluña para la realización de dos trabajos (en la localidad de Pineda del Mar y en Gerona). En el mes de marzo de 2011 el Sr. Fausto y otros compañeros desplazados volvieron durante unos días al País Vasco, entre otros motivos para practicárseles un reconocimiento médico por parte de los Servicios de prevención de la MUTUA MUTUALIA. Ya con fecha 12/2/2010 los servicios de prevención de Mutualia hicieron reconocimiento médico al Sr. Fausto, emitiéndose informe en el que se le recomendaba que pasara a control por su médico por detectarse alteraciones analíticas (sobrepeso, glucosa en sangre, colesterol, etc.). En fecha 7/3/2011 se realiza un nuevo reconocimiento al Sr. Fausto que arroja cifras más elevadas de colesterol, triglicéridos, etc., manteniendo factores de riesgo (obesidad, tabaquismo, etc.), emitiéndose informe con recomendación de acudir para control urgente a su médico. No consta que tal informe se entregase al trabajador antes de su vuelta a Cataluña.

3º.- El Sr. Fausto trabajó normalmente desde el día 8/3/2011 hasta el día 23/3/2011. Que el día 24/3/2011 un compañero de trabajo, Sr. Leandro, ante la extrañeza de que el Sr. Fausto no bajara a desayunar fue a su habitación sobre las 8:00 h, encontrándose al Sr. Fausto sin preparar. Al preguntarle, el Sr. Fausto le comentó que no se encontraba bien y que se iba a quedar en la habitación. Posteriormente sobre las 13 h. el Sr. Leandro volvió a pasar por la habitación, para ver al Sr. Fausto. A la vista de

que éste no le contestaba ni le abría la puerta se avisó al personal del hotel que procedió a abrir la puerta de la habitación, encontrándose al Sr. Fausto fallecido.

4º.- El Sr. Fausto falleció a consecuencia de un edema agudo de pulmón con fibrilación auricular. Se etiquetó como muerte natural producida entre 10 y 30 horas antes de la autopsia (10:30 h. del 25/3/2011). El día anterior el Sr. Fausto había trabajado normalmente (tapando canalizaciones en altura) y que existía cierta premura para la finalización de los trabajos.

5º.- Con fecha 19/3/2013 se solicita por DÑA. Magdalena en su calidad de viuda del Sr. Fausto ante el I.N.S.S. que se proceda a declarar que el fallecimiento del Sr. Fausto acaecido el 24/3/2011 fue derivado de la contingencia de AT a los efectos del reconocimiento de las prestaciones de muerte y supervivencia.

6º.- Por parte del I.N.S.S. se da traslado a la MUTUA MUTUALIA que por acuerdo de 9/5/2013 desestima la petición, remitiéndose a los interesados ante el I.N.S.S. para el reconocimiento de las prestaciones por contingencia común. Se ha reconocido a la Sra. Magdalena una pensión de viudedad calculada conforme a una base reguladora de 1.242,88 euros con un porcentaje del 52% y efectos del 25/3/2011 y a la hija una pensión de orfandad calculada conforme a un porcentaje del 20% de la misma base reguladora con efectos del 1/2/0012 hasta el 31/1/2013.

7º.- De ser estimable la demanda la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia indicadas ascendería a un total de 1.523,36 euros mensuales.

8º.- Se ha agotado la vía de reclamación previa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Desestimo la demanda interpuesta por DÑA. Magdalena frente a I.N.S.S., T.G.S.S., MUTUA MUTUALIA y la empresa INGENIERIA DE PROCESOS ELECTRICOS S.L., sobre Seguridad Social, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Magdalena ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2014, en la que consta el siguiente fallo: «Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los Bilbao de 25-2-14, procedimiento 840/13, por doña Cristina Pérez Barrientos, abogado que actúa en representación de doña Magdalena, y con estimación de su demanda y revocación de la sentencia recurrida, se declara que el suceso acontecido el 24-3-11 fue por causa de accidente de trabajo, condenando a la empresa Ingeniería de Procesos Eléctricos, S.L., Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración, y a la Mutua de Accidentes indicada al abono de las prestaciones correspondientes, fijándose la base reguladora en 1523,36 euros mensuales, sin costas.».

Con fecha 1 de septiembre de 2014 la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco dictó auto, en el que consta la siguiente parte dispositiva: «DISPONEMOS ha lugar a rectificar la sentencia recaída en el presente procedimiento, y así el penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 2º que queda redactado en los siguientes términos: "Estos factores objetivos, básicamente los territoriales, como los subjetivos, sustancialmente los que afectan al entorno de relación, hacen que el accidente en misión se conceptúe y gradúe de una forma directa en el entorno en el que ocurre o acontece, sin posibilidad de una desvinculación de los elementos que coadyuvan, y que pueden dotar al trabajo de un carácter esencial, pues no es simplemente tangencial a la situación del trabajador, sino que requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes, e

igualmente hacen que se prime la incidencia que puede tener el trabajo tanto en la salud como en el restablecimiento o paliación de la misma. Ello es importante si tenemos en cuenta que muchos de los accidentes que no se asocian a elementos intempestivos o abruptos, pueden ser mitigados en sus consecuencias por la rápida intervención de los servicios médicos, a los que muchas veces no se accede por esas circunstancias en las que se encuentra el trabajador; circunstancias que, insistimos, han sido ocasionadas por el trabajo. Y, todo ello cobra especial hincapié y relevancia en el asunto que examinamos, pues encontramos que el trabajador realiza un importante trabajo físico en su actividad; la misma era llevada a cabo sin ningún problema, pues los factores detectados en modo alguno imposibilitaron no sólo el desplazamiento, sino el ejercicio de las actividades que requiere su profesión; de igual manera, con esos propios antecedentes, y probablemente en un entorno doméstico o de reproducción normal, hubiese existido una atención inmediata a los primeros síntomas; ello, se relaciona y asocia, con el propio devenir que se produjo, donde el trabajador se encuentra no sólo en esa actividad física, sino con cierta premura en el acabado de los trabajos. Todo ello implica el que, por un lado, el trabajador fuese a iniciar su jornada de trabajo de forma ordinaria, se encuentra dentro del entorno laboral, pues no sólo está desplazado por cuenta de la- empresa, sino que lo que va a realizar es el trabajo encomendado. Debemos destacar que, como señala el recurso, el trabajador sufre el percance en el inicio y en el desarrollo de la que hubiera sido su jornada de trabajo, abriéndose una incógnita sobre la jornada y tiempo de actividad laboral que no le puede perjudicar (caso diferente al examinado por el TS en su sentencia de 11-2-14, recurso 42/13); y, en segundo término, todo ese cúmulo de circunstancias que rodean al trabajador desplazado, en orden a su entorno y relaciones personales, así como esa presión que el trabajo implica, por la continuidad del mismo, y ser el motivo del desplazamiento, lleva consigo que en este caso entendamos que concurren factores suficientes para etiquetar la contingencia de profesional, y dotemos al suceso del 24-3-11 de la etiología del accidente de trabajo, lo que implica que se estime que la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia asciende, hecho probado séptimo, a 1523,36 euros mensuales, y que el riesgo venga cubierto por la Mutua Mutualia, hecho probado primero, párrafo 2º».

TERCERO.- Por la representación de Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 30 de enero de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 11 de febrero de 2014 (Rcud. nº 42/2013).

CUARTO.- Con fecha 1 de octubre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si puede ser calificado como contingencia profesional, modalidad de accidente en misión, el fallecimiento de un trabajador trasladado a otra localidad que acaece mientras el mismo descansaba en la habitación de un hotel.

La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador de una empresa vasca de montajes eléctricos que era desplazado al efecto, junto con otros, a distintas localidades españolas y que en el periodo de 8 de marzo a 23 de marzo de 2011 prestó servicios con normalidad en dos localidades de Cataluña. Pero el 24 de marzo, como no bajó a desayunar, un compañero extrañado subió a su habitación del Hotel donde se alojaban y le preguntó que le pasaba contestándole que no se encontraba bien y que ese día se quedaría en su habitación. Más tarde, sobre las 13 horas, el compañero fue de nuevo a verlo al Hotel y, como no contestaba a sus llamadas, el personal del Hotel abrió la habitación y lo encontró muerto, fallecimiento que se imputó a un edema agudo de pulmón con fibrilación auricular en persona con factores de riesgo (colesterol alto, obesidad, tabaquismo, etc.). A la viuda y a la hija se le reconocieron prestaciones por enfermedad común y presentaron demanda reclamando que se declarase que la contingencia causante era profesional, pretensión que fue denegada por la sentencia de instancia que fue revocada por la sentencia de suplicación, al entender que el suceso se debió a un accidente de trabajo en misión, por considerar que por estar fuera de su ambiente y entorno doméstico natural y presionado por el trabajo no acudió a pedir asistencia médica y se quedó en el Hotel, pese a los síntomas que tenía a la hora de inicio y desarrollo de su jornada laboral. Contra esta resolución se ha interpuesto el presente recurso.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el presente recurso, conforme al artículo 219 de la LJS, se trae por la recurrente la dictada por esta Sala el 11 de febrero de 2014 (Rec. 42/2013).

Se contempla en esta sentencia el caso de un trabajador desplazado a Tel Aviv, inicialmente, del 25 de junio al 3 de julio de 2008 para unos trabajos de ebanistería que se ampliaron, posteriormente, hasta el día 10. El día 7 de julio, como no bajaba de la habitación del hotel, el compañero con el que había quedado subió a buscarlo y lo encontró tirado en el suelo, sobre las 7'30 horas. El trabajador fue diagnosticado de ictus isquémico. A consecuencia de este ictus le quedaron al trabajador secuelas por causa de

las que fue declarado en situación de gran invalidez, derivada de enfermedad común, siendo de destacar que el trabajador padecía obesidad, hipertensión arterial esencial, hiperlipemia, etc.. Contra esa decisión se presentó demanda pidiendo que se declarase que la contingencia era profesional, accidente de trabajo en misión, pretensión que fue estimada en la instancia por sentencia que confirmó en suplicación la sentencia que fue recurrida en casación y casada por la sentencia de contraste en la que se revocó la de instancia y se declaró que el origen de la contingencia protegida era común, por cuanto no existía y estaba roto el necesario nexo causal entre el trabajo y la lesión.

3. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 de la LJS, por cuanto, ante hechos, fundamentos y pretensiones similares han recaído resoluciones dispares.

En efecto, en ambos casos se trataba de trabajadores desplazados a otra localidad, a quienes en horas de descanso, estando en la habitación del hotel en el que se hospedaban, les sobrevinieron episodios vasculares que les causaron la muerte en un caso y una gran invalidez en el otro, sin que el hecho de que en un caso se tratase de un accidente cardio-vascular y en el otro cerebro-vascular desvirtúe la identidad esencial porque lo relevante es que en horas de descanso en el hotel en el que se alojaban los dos trabajadores sufrieron episodios vasculares, derivados de su previa enfermedad común, que provocaron las nefastas consecuencias descritas. Pese a esa identidad sustancial, crisis vasculares acaecidas en el lugar y en horas de descanso, han recaído resoluciones contradictorias: una ha estimado que la contingencia profesional y la otra que era común. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver la disparidad doctrinal existente.

SEGUNDO.- 1. El recurso que alega la infracción del artículo 115-3 de la LGSS en relación con los números 1 y 2 del mencionado artículo en la redacción vigente al tiempo de acaecer los hechos y de interponer el recurso, debe prosperar porque la sentencia de contraste se ajusta a la doctrina de esta Sala que reseña en su

fundamentación. En efecto, como dijimos en nuestra sentencia del Pleno de 6 de marzo de 2007 (Rec. 3415/2005) rectificando anteriores criterios:

«La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la sentencia 26 de diciembre de 1988, sobre la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido. En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral. Así la sentencia de 10 de febrero de 1983 excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry, y las sentencias de 17 de marzo de 1986 y 19 de julio de 1986 niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida. La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14 de abril de 1988 y 4 de mayo de 1998, pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en la segunda porque la lesión se produce en el

propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero. De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado.».

«La Directiva 2002/15 CE distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y descanso. En el primero se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera de carga o descarga. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a "los periodos de pausa o descanso". En el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social; presunción que se funda en un juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obviamente no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada se encuentra descansando en un hotel.».

En el mismo sentido en nuestra sentencia de 8 de octubre de 2009, rcud 1871/2008 , se estimó que no era accidente de trabajo el fallecimiento del trabajador por infarto agudo de miocardio en la habitación del hotel de Marrakech donde se encontraba descansando, estando en el mismo mientras realizaba un trabajo encomendado por su empresa. La sentencia, con invocación de anteriores sentencias de esta Sala contiene el siguiente razonamiento: "La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada

por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la sentencia 26 de diciembre de 1988, sobre la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido. En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral. Así la sentencia de 10 de febrero de 1983 excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry, y las sentencias de 17 de marzo de 1986 y 19 de julio de 1986 niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida. La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14 de abril de 1988 y 4 de mayo de 1998, pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en la segunda porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero. De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado".

En el mismo sentido podemos citar nuestras sentencias de 16 de septiembre de 2013 (R. 2965/2012) y la de contraste, entre otras.

2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga, como antes se anticipó, a estimar el recurso porque, como la crisis cardíaca sobrevino al causante en horas de descanso y en la habitación del hotel en que se alojaba un día en el que amaneció indispuerto y no se levantó para ir al trabajo, no puede estimarse la existencia de accidente de trabajo "in itinere" y, consecuentemente, al no jugar la presunción en favor de la existencia de accidente laboral, ni constar la existencia de conexión alguna entre el trabajo realizado y la enfermedad causante de la muerte, ni que esta tuviese por origen el trabajo realizado, procede estimar el recurso.

TERCERO.- Las anteriores consideraciones obligan, como ha informado el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de confirmar la sentencia de instancia y de desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante. Sin costas y con devolución de depósitos y cantidades consignadas para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2, contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 1350/2014. 2. Casar y anular la sentencia recurrida. 3. Resolver el

debate planteado en suplicación en el sentido de confirmar la sentencia de instancia dictada el 25 de febrero de 2014, por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos número 840/2013 4. Sin costas y con devolución al recurrente de los depósitos constituidos para recurrir. 5. Dese a las consignaciones efectuadas para recurrir el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Granollers dictó sentencia que fue recurrida en suplicación por Zurich España Compañía de Seguros SA, Freudenberg España, SA, Telas sin Tejer, Sociedad en Comandita y D. Anibal ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

«Que ESTIMANDO como estimamos los recursos de suplicación formulados por la empresa Freudenberg España SA y por la aseguradora Zurich España Compañía de Seguros SA y desestimando el presentado por D. Anibal , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granollers en fecha 7/5/12 en los autos seguidos en dicho Juzgado con el nº 389/2007, debemos revocar y revocamos la misma para, y con desestimación de la demanda, absolver a las demandadas de las peticiones contenidas en la demanda. Procederá asimismo, y una vez firme esta decisión, devolver

a las recurrentes las cantidades depositadas o consignadas a los efectos de la interposición de este recurso o, y en su caso, a la anulación de los avales presentados con el mismo propósito. Sin costas».

Posteriormente, ésta sentencia fue aclarada por auto de fecha 21 de julio de 2014 cuya parte dispositiva queda del tenor literal siguiente:

«Que debíamos aclarar y aclarábamos la resolución de referencia en cuanto al contenido de los apartados primero y segundo de la relación de Antecedentes de hecho de nuestra sentencia en el sentido de ordenar la transcripción correcta de la parte dispositiva y relación de hechos probados de la resolución recurrida que quedarán en los siguientes términos:

"En el 1º de los Antecedentes de hecho de la sentencia, en relación a la parte dispositiva, donde dice:

"Que desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ADECCO T.T., EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A. y estimo la excepción de cosa juzgada alegada por la misma empresa y por FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., SOCIEDAD EN COMANDITA por lo que desestimó la demanda interpuesta por D. Anibal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., ADECCO T.T., S.A., AXA AURORA IBÉRICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD y absuelvo a todos los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas en la demanda".

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de aclaración por el citado Juzgado de lo Social, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Aclarar la sentencia 127/2012 de 7 de mayo de 2012 en el sentido de que la suma total de las partidas consignadas en el cuadro contenido en el apartado "B) Cuantificación del daño" del fundamento jurídico cuarto ascienden a la cantidad de 234.989'57. En consecuencia, el fallo de la sentencia 127/2012 queda redactado del modo siguiente: Fallo. Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. S.A EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS. Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Anibal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (234.989'57€), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., LA SUMA DE CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto. Se absuelve a ADECCO T.T. S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA S.A DE SEGUROS Y REASEGUROS".

El fallo de la misma debe quedar redactado del tenor literal siguiente:

Debe decir: Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Anibal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, SA, y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS con CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS

(235.289'57€), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto.

Se absuelve a ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA, SA de SEGUROS Y REASEGUROS.

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de aclaración por el citado Juzgado de lo Social, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Anibal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, SA y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (234.989,57 €), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto.

Se absuelve a ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS".

En cuanto al 2º de los Antecedentes de hecho, en cuanto a los hechos probados que constan en la misma, siendo correcto el número total de 20 hechos probados, al hallarse repetidos dos de ellos el séptimo y el décimo segundo quedando rectificadas del siguiente modo:

"Primero.- El actor ingresó en la empresa el día 03-01-05 contratado por la empresa ADECCO ETT para ser cedido en la empresa FREUDENBERG ESPAÑA, S.A., TELAS SIN TEJER SOCIEDAD EN COMANDITA, con la categoría profesional de GRUPO II para desempeñar las siguientes funciones (folios 230, 240 y) de:

COLABORAR CON EL PERSONAL DE LA EMPRESA EN EL TRABAJO DE LAS DIFERENTES SECCIONES, ESPECIALMENTE EN EL SET-3, PONER EN MARCHA LAS LÍNEAS, TENER UN SEGUIMIENTO DE LA PRODUCCIÓN, LLEVAR A CABO LA LIMPIEZA DE LAS MÁQUINAS Y DEMÁS TRABAJOS.

Segundo.- La retribución bruta del actor correspondiente al mes de abril/2005 (mes anterior al accidente) fue de 1,646'40 € que constituyen la base de cotización para contingencias comunes y profesionales. (folios 957 y 958).

Tercero.- El día 06-05-05, el actor inició su jornada laboral a las 06:00 horas en la máquina BUCKHARDT MODELO BS01/2000/KA00132 en la que trabajaba juntamente con D. Luis Enrique y D. Lucas. Dicha máquina es una calandria de perforación caliente compuesta de un rodillo de pekalón, un rodillo punzante y un inductor calienta cilindros, estos dos últimos protegidos con una carcasa metálica sujeta con cuatro tornillos. La finalidad de la máquina es el estampado y perforación de una tela sin tejer cuya utilidad posterior será la de "mocho para fregonas". La máquina procesa la tela sin tejer a una velocidad aproximada de 40 metros por minuto (folios 200, 201).

Cuarto.- Hacia las 7:00 horas, aproximadamente, del día 06-05-05 se atascó la tela en su paso por la máquina por lo que el actor y los trabajadores mencionados en el hecho probado anterior procedieron a parar la máquina y retirar la carcasa metálica de protección para proceder a reparar la avería limpiando el rodillo punzante con una herramienta consistente en un punzón metálico con el que se retiraban, uno a uno, los restos de tela adheridos al rodillo (folio 200, 242 a 246 y 248 a 252).

Quinto.- Poco antes de las 08:00 llegó a la empresa el Sr. Jacobo, Supervisor de Línea, y pasó por las proximidades de la máquina observando que los trabajos se realizaban con la máquina parada (testifical de D. Jacobo , D. Lucas y D. Martín).

Sexto.- Hacia las 08:15 horas, el Sr. Luis Enrique propuso continuar la limpieza del rodillo con la máquina en marcha (con velocidad reducida de 20 metros por minuto) y limpiar el rodillo con un cepillo de púas que se fue a buscar a otras máquinas, continuando la limpieza el Sr. Luis Enrique y el Sr. Lucas . Al cabo de un tiempo el Sr. Luis Enrique dejó su puesto para ir al lavabo y, encargó al actor, que estaba barriendo en los alrededores de la máquina (folios 200, 245, 248 a 252 testifical de D. Jacobo , D. Luis Enrique, D. Lucas). (Hecho probado que fue aclarado por auto de fecha 16 de octubre de 2014).

Séptimo.- Hacia las 09:00 horas el actor sufrió un accidente de trabajo al quedarle atrapada la mano y el brazo derecho entre el rodillo punzante y la placa de inducción, procediendo a parar la máquina el Sr. Diego mediante el paro de emergencia, después de haberlo intentado el Sr. Lucas que estaba en estado de shock (folios 200, 242, 245, 248 a 252 y testifical de D. Diego).

Séptimo.- La máquina dispone en su parte frontal de dos botoneras como paro de emergencia y, en su parte posterior el paro de emergencia es de tipo "tirón",

disponiendo los trabajadores Sr. Anibal y Sr. Luis Enrique de candados para instalar en el interruptor de corriente donde pueden instalarse hasta tres candados, número que resulta ampliable con un accesorio.(folios 201 y 246 y testifical de D^a. Eva María)

Octavo.- El fabricante de la máquina, CRISTOPH BURCHARDT A.G. emitió en fecha 31-10-02 la DECLARACIÓN "CE" DE CONFORMIDAD SOBRE MÁQUINAS (según la directiva 89/392/CE, anexo II, sub A) según la cual (folio 273):

CORRESPONDE A LAS EXIGENCIAS BÁSICAS DE LA DIRECTIVA DE LA CE SOBRE MÁQUINAS (DIRECTIVA "CE" 89/392/CEE), INCLUIDAS LAS MODIFICACIONES DE LA MISMA Y LA CORRESPONDIENTE TRANSPOSICIÓN A LA LEY NACIONAL.

Noveno.- El actor y los restantes compañeros que formaban el equipo de la máquina habían recibido cursos de formación sobre riesgos generales y específicos, habiendo sido informados que las operaciones de limpieza y mantenimiento debían llevarse a cabo con la máquina parada y bloqueando los interruptores de corriente eléctrica y las válvulas mediante los condados con llave y, concretamente, en fecha 30-12-04, el actor realizó un curso de prevención de riesgos laborales para las funciones de trabajos de la sección de acabados especialmente en el coating set siguiendo las indicaciones del encargado de la sección. Cualificación y formación recibida: peón, grupo profesional 2; Normativa de Seguridad y Medioambiente en fecha 03-01-05;; y Procedimiento de Bloqueo y Señalización (Lock out/tag out) en fecha 03-03-05 (folios 201, 260 a 271, 236 a 238, 459 y 858).

Décimo.- La Inspección de Trabajo giró visita al centro de trabajo donde ocurrió el accidente de trabajo objeto del presente pleito y, previas las comprobaciones pertinentes concluye su informe en el sentido siguiente (folio 201).

A) NO SE APRECIA FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL EQUIPO DE TRABAJO, EL RESGUARDO QUE CUBRE LOS RODILLOS ES UN RESGUARDO FIJO QUE REQUIERE, PARA SER RETIRADO, QUITAR PREVIAMENTE LOS CUATRO TORNILLOS ALLEN QUE LO SUJETAN A LA ESTRUCTURA. A ESTO HAY QUE AÑADIR LA POSIBILIDAD QUE TIENE EL OPERARIO DE BLOQUEAR MEDIANTE UN CANDADO LA POSIBLE PUESTA EN MARCHA DE LA MÁQUINA; SIN QUE EN BASE A LO EXPUESTO, Y A JUICIO DEL QUE SUSCRIBE, PUEDA EXIGIRSE QUE DICHO RESGUARDO VAYA ASOCIADO A UN SISTEMA DE ENCLAVAMIENTO, SISTEMA QUE SI RESULTARÍA NECESARIO DE TRATARSE DE UN RESGUARDO MÓVIL O DE NO PODER GARANTIZAR QUE LA MAQUINARIA NO VA A SER PUESTA EN MARCHA POR OTRO OPERARIO DURANTE SU MANIPULACIÓN.

B) LOS TRABAJADORES HABÍAN SIDO DEBIDAMENTE FORMADOS SOBRE LA FORMA SEGURA DE REALIZAR EL TRABAJO NO SOLO DE LA NECESIDAD DE QUE ESTE SE REALICE CON LA MÁQUINA PARADA, SINO DE ASEGURAR QUE LA MISMA NO PUEDA SER PUESTA EN MARCHA, MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DEL CORRESPONDIENTE CANDADO.

C) EL SUPERVISOR DE LÍNEA DURANTE EL TIEMPO QUE ESTUVO OBSERVANDO, ESTA SE REALIZABA CORRECTAMENTE, Y FUE EN SU AUSENCIA CUANDO SE PUSO EN MARCHA LA MÁQUINA Y SE UTILIZÓ UN UTENSILIO DISTINTO AL PREVISTO, POR LO CUAL, NO CABE APRECIAR EN EL PRESENTE CASO UNA CULPA IN VIGILANDO DE LA EMPLEADORA.

Décimoprimer.- En fecha 09-03-07, el actor presentó en el INSS un escrito solicitando que se impusiera a las empresas ADECCO TT, S.A. y FREUDENBERG ESPAÑA TELAS SIN TEJER, S.C. un recargo del 50 % de las prestaciones causadas por el accidente sufrido por el actor el día 06-05-05.(folios 206 a 208).

Décimosegundo.- La resolución del INSS de fecha 03-09-07 denegó la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y acordó que no procedía el recargo de las prestaciones económicas causadas por el accidente sufrido por el actor en fecha 06-05-05, motivando su decisión en el siguiente razonamiento (folios 183 y 183):

EN EL PRESENTE CASO Y UNA VEZ EXAMINADA LA DOCUMENTACIÓN QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE, SE LLEGÓ A LA CONCLUSIÓN DE QUE EN EL ACCIDENTE NO SE INCUMPLIERON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO Y, EN CONSECUENCIA, LA EMPRESA NO DEBE SER CONDENADA A UN INCREMENTO DE LAS PRESTACIONES MEDIANTE EL RECARGO PREVISTO EN EL ART. 123 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

Décimosegundo.- Contra la resolución referida en el hecho probado anterior, la parte actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada, demanda jurisdiccional ante el Juzgado Social nº 31 de Barcelona, que también fue desestimada por sentencia de fecha 28-11-07 y recurso de suplicación cuya sentencia de fecha 10-06-09 confirmó la sentencia de instancia, que, entre otros, declaró probados los siguientes hechos:(folio 202 a 205):

PRIMERO.- EL DÍA 06-05-05, Anibal SE ENCONTRABA TRABAJANDO POR CUENTA DE ADECCO ETT, S.A., HABIENDO SIDO PUESTO A DISPOSICIÓN DE LA USUARIA FREUDENBERG ESPAÑA, S.A. TELAS SIN TEJER SOCIEDAD EN COMANDITA COMO PEÓN CUANDO SUFRIÓ UN ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE SU PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN SU CONTRATO CON ADECCO SE HIZO CONSTAR QUE EL PUESTO DE TRABAJO SE ENCUADRABA EN EL GRUPO PROFESIONAL II EXPRESÁNDOSE QUE

ENTRE SUS FUNCIONES SE ENCONTRARÍAN LAS DE "LLEVAR A CABO LA LIMPIEZA DE LAS MÁQUINAS". PRESTABA SUS SERVICIOS EN FREUDENBERG DESDE ENERO DE 2005.

SEGUNDO.- EN LA FECHA INDICADA EL ACTOR PRESTABA SERVICIOS EN LA LÍNEA DE FABRICACIÓN DENOMINADA PRINTING MOCHO Y CONCRETAMENTE EN UNA MÁQUINA DE PERFORACIÓN EN CALIENTE COMPUESTA ENTRE OTROS ELEMENTOS DE UN RODILLO PUNZANTE Y UN INDUCTOR CALIENTA CILINDROS PROTEGIDOS POR UNA CARCASA METÁLICA SUJETA CON CUATRO TORNILLOS. SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 07.00 HORAS DEL EXPRESADO DÍA EN EL RODILLO SE QUEDARON PEGADOS TROZOS DE TELA QUE IMPEDÍAN EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA MÁQUINA, POR LO QUE EL ACTOR, JUNTO CON OTROS DOS OPERARIOS, SE DISPUSIERON A LIMPIAR EL RODILLO. INICIALMENTE, Y A TAL EFECTO, DETUVIERON LA MÁQUINA, RETIRARON LA CARCASA Y COMENZARON A LIMPIAR EL RODILLO CON UN PUNZÓN METÁLICO. .PASADO UN TIEMPO, SIN EMBARGO, CONSIDERANDO QUE DE ESE MODO EL TRABAJO SE PROLONGARÍA MUCHO EN EL TIEMPO, UNO DE LOS OPERARIOS PROPUSO ENCENDER LA MÁQUINA Y CONTINUAR LA LIMPIEZA CON ELLA ENCENDIDA, Y EL RODILLO GIRANDO, CAMBIANDO EL PUNZÓN POR UN CEPILLO DESTINADO A LA LIMPIEZA DE OTRAS MÁQUINAS, COMO ASÍ SE HIZO. SOBRE LA 09.00 HORAS EL ACTOR OCUPÓ EL PUESTO DE LIMPIEZA DEL RODILLO QUE HASTA ESE MOMENTO OCUPABA OTRO OPERARIO, MOMENTO EN EL QUE SE PRODUJO EL ATRAPAMIENTO DE SU MANO Y BRAZO DERECHO DEL TRABAJADOR. MOMENTOS DESPUÉS OTRO OPERARIO PULSÓ EL BOTÓN DE PARADA DE EMERGENCIA, DE LOS VARIOS EXISTENTES EN LA MÁQUINA Y DETENIÉNDOSE TRAS UN LEVE RECORRIDO POR INERCIA DEL RODILLO. EL SUPERVISOR VIO A LOS OPERARIOS REALIZANDO LAS LABORES DE LIMPIEZA DON LA MÁQUINA DETENIDA.

TERCERO.- EL ACTOR, AL SER CONTRATADO POR ADECCO REALIZÓ UN CURSO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CONSISTENTE EN EL VISIONADO DE UN VÍDEO MULTIMEDIA DE UNOS 30 MINUTOS DE DURACIÓN Y CONTENIDO GENERAL, INCLUSIVO DE UN MÓDULO SOBRE SEGURIDAD EN MÁQUINAS, Y ESPECÍFICAMENTE PRENSAS, TORNOS Y SIERRAS CIRCULARES TRAS EL CUAL DEBEN DE LLENAR UN CUESTIONARIO PARA SUPERARLO. EN EL MOMENTO DEL CONTRATO SE ENTREGÓ AL ACTOR UNA FICHA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA QUE SE CONTEMPLABA, ENTRE OTROS, EL RIESGO DE ATRAPAMIENTO POR Y ENTRE OBJETOS, INDICÁNDOSE COMO MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN QUE "LOS ELEMENTOS MÓVILES DE LAS MÁQUINAS DEBEN ESTAR TALMENTE AISLADOS POR DISEÑO, FABRICACIÓN Y/O UBICACIÓN, EN CASO CONTRARIO ES NECESARIO LOS MEDIANTE RESGUARDOS YO DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD". EL TRABAJADOR HABÍA RECIBIDO FORMACIÓN EN "PROCEDIMIENTO DE BLOQUEO Y SEÑALIZACIÓN Y DE INTERVENCIÓN EN MÁQUINA EN MARCHA", CONSTANDO EN LA DOCUMENTACIÓN ENTREGADA QUE EN LAS INTERVENCIONES DE LIMPIEZA SE DEBERÁ ELIMINAR LA ENERGÍA DE LA MÁQUINA, Y BLOQUEAR CON EL CANDADO EL INTERRUPTOR, SIÉNDOLE ENTREGADO DICHO CON EL QUE SE PUEDE BLOQUEAR EL INTERRUPTOR DE ENCENDIDO Y APAGADO DE LA MÁQUINA DE SUERTE QUE COLOCADO EL MISMO ES IMPOSIBLE LA PUESTA EN MARCHA.

CUARTO.- EL CENTRE DE SEGURITAT I CONDICIONS DE SALUT EN EL TREBALL EMITIÓ INFORME DE 26-07-05, TRAS VISITAR LA EMPRESA EL 09-05- 05, CUYO CONTENIDO SE DA POR REPRODUCIDO Y EN EL QUE CONCLUYE QUE NO HAY CAUSAS DEL ACCIDENTE SUSCEPTIBLES DE CORRECCIÓN TÉCNICA. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EMITIÓ INFORME EN FECHA 02-11-05, CUYO CONTENIDO SE DA AQUÍ POR REPRODUCIDO, Y EN EL QUE CONCLUYE QUE "NO SE APRECIA FALTA DE MEDIDAS DE

SEGURIDAD", QUE "LOS TRABAJADORES HABÍAN SIDO FORMADOS SOBRE LA FORMA SEGURA DE REALIZAR EL TRABAJO" Y QUE "NO CABE APRECIAR EN EL PRESENTE CASO UNA CULPA IN VIGILANDO DE LA EMPLEADORA" YA QUE "EL SUPERVISOR DE LA LÍNEA DURANTE EL TIEMPO QUE ESTUVO OBSERVANDO LA OPERACIÓN ÉSTA SE REALIZABA CORRECTAMENTE Y QUE FUE EN SU AUSENCIA CUANDO SE PUSO EN MARCHA LA MÁQUINA Y SE UTILIZÓ UN UTENSILIO DISTINTO AL PREVISTO".

Decimotercero.- En base a los anteriores hechos probados, que la sentencia de suplicación referida concluye en su fundamento jurídico 4º (folio 915):

NO PODEMOS SINO DESCARTAR LA EXISTENCIA DE CUALQUIERA OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPUTABLE A LA EMPRESA Y CONFIRMAR, COMO HACE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, QUE LA ÚNICA EXPLICACIÓN RAZONABLE DEL ACCIDENTE REMITE A SITUAR EN LA PROPIA NEGLIGENCIA DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO LA CAUSA DEL ACCIDENTE EN CUESTIÓN. LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL AL QUE REMITE EL RECURSO EXIGE QUE NO SE HAYAN OBSERVADO LAS MEDIDAS GENERALES Y PARTICULARES DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO, LO QUE NO PUEDE TENERSE POR ACAECIDO EN EL PRESENTE CASO.

Decimocuarto.- El actor permaneció en situación de incapacidad temporal desde la fecha del accidente hasta el día 14-04-06, fecha en la que fue dado de alta médica con secuelas, prorrogándose el devengo de la prestación por incapacidad temporal hasta 09-10-06. El total de subsidio por IT devengado fue de 17.312'80 € (folio 151).

Decimoquinto.- El actor, nacido el día NUM000 81 tiene reconocida por resolución del INSS de fecha 10.10.06 una incapacidad permanente en grado de total

para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo con efectos desde 11.04.06 sobre una base reguladora de 19.910'76 € anuales y porcentaje del 55% por las lesiones siguientes:(folios 347 y 348):

ATRAPAMIENTO DE LA EXTREMIDAD SUPERIOR DERECHA CON LESIÓN AXILOBRAQUIAL (AFECTACIÓN PLEXO BRAQUIAL A PARTIR DE C5) Y ANTEBRONQUIAL (AFECTACIÓN NEUROVASCULAR). SECUELAS: LIMITACIÓN CODO DERECHO, PRONOSUPINACIÓN ANTEBRAZO DERECHO Y MANO AFUNCIONAL" (Hecho probado que fue aclarado por auto de fecha 16 de octubre de 2014).

Decimosexto.- La capitalización de la prestación de incapacidad permanente y total reconocida al actor por el accidente de trabajo sufrido el 06-05-05 asciende a la suma de 199.258'14 € de las que 197.009'33 € corresponden a capital coste de renta y 2.248'81 corresponden a intereses (folio 150).

Decimoséptimo.- El actor tiene reconocido por el Departament d'Acció Social i Ciutadania en Dictamen Técnico Facultativo de fecha 06-06-07 un grado de disminución del 44 %. (folio 829).

Decimoctavo.- FREUDENBERG ESPAÑA, S.A. tiene contratado el Servicio de Prevención con CATALANA DE PREVENCIÓN, S.L. y ADECCO TT, S.A. dispone de un Servicio de Prevención Mancomunado (folio 850, vuelto).

Decimonoveno.- FREUDENBERG ESPAÑA, S.A., tiene concertada con la aseguradora ZURICH ESPAÑA, una póliza de seguro por responsabilidad civil patronal que garantiza 3.000.000 € por siniestro y año de seguro con un sub-límite por víctima de 150.000 € (folio 941) y que cubre, de forma expresa exclusivamente la responsabilidad

civil que pueda ser exigida al asegurado por los daños corporales ocasionados a sus propios trabajadores en el ejercicio de la actividad asegurada por la póliza nº NUM001 y solo cuando los trabajadores accidentados se encuentren dados de alta en el momento de ocurrir el accidente de trabajo en el Régimen General de la Seguridad Social (folio 941).

Vigésimo.- ADECCO T.T., S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, tiene suscita con la aseguradora AXA AURORA IBÉRICA, S.A., una póliza de seguro por responsabilidad civil patronal que garantiza 3.000.000 € por siniestro y año de seguro con un sub-límite por víctima de 150.000 € (folio 997)."

Así como ordenar el complemento de nuestra sentencia para dar respuesta a la petición formulada por el recurrente en relación a la incorporación de un nuevo apartado a la relación de hechos probados de la resolución recurrida y que figuraría con el ordinal décimo-quinto bis bien que para desestimar dicha petición.

El hecho probado décimo-quinto bis que se ha omitido quedará redactado del siguiente modo:

Décimo-quinto bis: El actor fue reconocido por médico forense del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mollet del Vallés que emitió informe de sanidad en fecha 25/10/2006 con las siguientes secuelas: parálisis del brazo derecho, pérdida de masa muscular y gran deformidad tanto en el brazo como en el resto del cuerpo y extremidades inferiores, cicatrices deformantes en pectoral dret (sic) (30x2), omóplato derecho (10x15), pierna izquierda (150xe), alteraciones cromáticas (60x20) todas en ambas piernas. También presenta un cuadro de ansiedad reactiva secundario al traumatismo (síndrome de estrés postraumático)"».

SEGUNDO.- Por la representación de D. Anibal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 9 de diciembre de 2014. Se aporta como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 7 de octubre de 1994 (Rec. 592/1994) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 21 de diciembre de 2009 (Rec. 4769/2008).

TERCERO.- Con fecha 16 de julio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE.

CUARTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La representación letrada del actor D. Anibal recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de mayo de 2014, recaída en el recurso 4117/2013 . Esta resolución estimó los recursos de suplicación formulados por la empresa Freudenberg España, S.A. y por la aseguradora Zurich España Compañía de Seguros S.A. a las que absolvió de la demanda formulada por el actor, cuyo recurso de suplicación también fue desestimado. En definitiva, el fallo de la sentencia aquí combatida desestimó la demanda inicial en reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el actor hoy recurrente.

El recurso se articula en dos motivos en los que, al amparo del artículo 207.e) LRJS se denuncia infracción de normas jurídicas que el recurrente entiende aplicables.

Los hechos relevantes a efectos de analizar la contradicción en cada uno de los motivos que se derivan de la sentencia recurrida son los siguientes: 1) El actor Sr. Anibal sufrió un accidente de trabajo al quedarle atrapada la mano y el brazo derecho entre el rodillo punzante y la placa de inducción de la máquina en la que trabajaba. 2) El accidente se produjo de esta forma: trabajando en una máquina que procesa la tela sin tejer a una velocidad aproximada de 40 metros por minuto, se atascó la tela en su paso por la máquina por lo que el actor y otros dos procedieron a parar la máquina y retirar la carcasa metálica de protección para proceder a reparar la avería limpiando el rodillo punzante con una herramienta consistente en un punzón metálico con el que se retiraban, uno a uno, los restos de tela adheridos al rodillo. Por uno de los trabajadores se propuso continuar la limpieza del rodillo con la máquina en marcha (con velocidad reducida de 20 metros por minuto) y limpiar el rodillo con un cepillo de púas que se fue a buscar a otras máquinas, lo que así se hizo, produciéndose el accidente. 3) El actor y los restantes compañeros que formaban el equipo de la máquina habían recibido cursos de formación sobre riesgos generales y específicos, habiendo sido informados que las operaciones de limpieza y mantenimiento debían llevarse a cabo con la máquina parada y bloqueando los interruptores de corriente eléctrica y las válvulas mediante los candados con llave y, concretamente, en fecha 30-12-04, el actor realizó un curso de prevención de riesgos laborales para las funciones de trabajos de la sección de acabados especialmente en el coating set siguiendo las indicaciones del encargado de la sección. 4) La Inspección de Trabajo giró visita al centro de trabajo donde ocurrió el accidente de trabajo objeto del presente pleito y, previas las comprobaciones pertinentes concluye su informe en el sentido de que no se aprecia falta de medidas de seguridad en el equipo de trabajo; que los trabajadores habían sido debidamente formados sobre la forma segura de realizar el trabajo, no solo de realizarlo con la máquina parada sino de asegurar que la misma no pueda ser puesta en marcha; el supervisor estuvo observando que todo se hacía correctamente y fue en su ausencia cuando se puso en marcha la máquina. 5) La STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2009 confirmó la sentencia del

Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, que desestimó la imposición del recargo estableciendo que se debía descartar la existencia de cualquiera omisión de medidas de seguridad imputable a la empresa y confirmar, como hace la sentencia de instancia, que la única explicación razonable del accidente remite a situar en la propia negligencia del trabajador accidentado la causa del accidente en cuestión. La aplicación del precepto legal al que remite el recurso exige que no se hayan observado las medidas generales y particulares de seguridad en el trabajo, lo que no puede tenerse por acaecido en el presente caso.

La sentencia recurrida desestima la reclamación de daños y perjuicios formulada por el actor por entender la Sala -tras rechazar la modificación de hechos probados propuesta-, que las circunstancias del accidente de trabajo que aparecen descritas en los hechos probados de la sentencia, son las mismas sobre las que se pronunció la Sala en sentencia que descartó la procedencia de imponer recargo alguno a la empresa, descartando como había hecho la Inspección de Trabajo, la concurrencia de cualquier infracción en materia de normas de seguridad y salud en el trabajo, ya que: 1) La empresa tenía como protocolo de actuación, que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada; 2) Los tres operarios iniciaron la actuación con la máquina parada, siendo en ese estado como el supervisor de la línea encuentra a los trabajadores; decidiendo después un trabajador, sin objeción de los restantes, a realizar la limpieza poniendo en marcha la máquina, habiendo recibido formación precisa al efecto y conociendo que estaban contraviniendo claramente los mandatos de la empresa; 3) El Centro de Seguridad y Condiciones de Salud en el Trabajo, emitió informe en el que se descartaba expresamente que hubiera causas del accidente susceptibles de corrección técnica; 4) La Inspección de Trabajo también descartó que se hubiera producido infracción alguna en materia de seguridad en el trabajo imputable a la empresa, indicando expresamente que debía descartarse la concurrencia de "culpa in vigilando" de la misma; 5) Como ya se afirmó en sentencia anterior sobre recargo de prestaciones, el accidente se produjo por una negligencia del trabajador.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, el recurrente denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC . Para viabilizar el motivo propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Cantabria de 7 de octubre de 1994, Rec. 592/1994, que contempla un supuesto en el que: 1) el actor oficial de 2ª prestaba servicios para un Ayuntamiento. 2) Sufrió accidente de trabajo al ir a cargar una caseta metálica de obra entre cuatro personas sin desmontarla en un camión de la obra por indicación del Oficial de Primera. 3) Se tramitó recargo por falta de medidas de seguridad que finalizó, tras diversos avatares por desistimiento del trabajador.

La Sala cántabra revocó la sentencia de instancia para condenar al Ayuntamiento a abonar al actor 4.000.000 ptas. como consecuencia del accidente sufrido, teniendo en cuenta que aunque en los hechos probados no se dice que quien encargó que se cargara la caseta sin desmontarla fuera encargado de la empresa, sí consta que "indicó" que realizara el trabajo, asumiendo de hecho, como presumiblemente lo venía haciendo, la jefatura de la obra en aquellas circunstancias, pues era el delegado del empresario, ya que existía una diferencia jerárquica puesto que el actor era albañil oficial de segunda, y el ordenante albañil oficial primera, debiendo justificar la empresa que niega la condición de encargado de la obra, quién asume dicha función. Añade la Sala que el hecho de que el actor asumiera por economía de trabajo la carga sin desmontar de la caseta metálica, no implica que se pueda eximir de responsabilidad a la empresa, al tratarse de un supuesto de concurrencia causal y no de responsabilidad única de la empresa. Por último, señala la Sala que a diferencia del recargo, no es preciso en reclamación de indemnización de daños y perjuicios, alegar la vulneración de una norma específica, sino el incumplimiento de las obligaciones generales de diligencia conforme a criterios de común apreciación, como serían el no cargar un peso que puede exceder de las posibilidades físicas de quienes pretenden levantarlo, con el resultado que se hizo efectivo de lesiones.

El examen de ambas sentencias pone de relieve la inexistencia de contradicción. En efecto, no cabe apreciar la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas en los términos del artículo 219 LRJS, por cuanto que en la sentencia recurrida lo que consta es que el supervisor de línea comprobó que los trabajos se realizaban con la máquina parada, siendo después cuando uno de los trabajadores propuso continuar la limpieza con la máquina en marcha, continuando el trabajo el actor. Por el contrario, en la sentencia de contraste no consta que existiera un supervisor que comprobara que los trabajos se ejecutaban conforme a lo ordenado por la empresa, ya que un trabajador que ostentaba la categoría de oficial 1ª es el que indicó que se cargara la caseta metálica sin desmontarla, siendo el trabajador accidentado oficial 2ª. En atención a ello es por lo que en la sentencia de contraste se condena a la empresa a indemnizar al trabajador, al entender la Sala que la empresa tiene que asumir las consecuencias de las órdenes de las personas que asumen las funciones de encargado de la obra (puesto que no ha probado que existiera otro), mientras que en la sentencia recurrida se exime de la indemnización, teniendo en cuenta que los trabajadores estaban formados e informados de los riesgos, y además que la empresa tenía un protocolo de actuación según el que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada.

Además de las reseñadas diferencias fácticas que, en todo caso, impiden la contradicción, debe tenerse en cuenta, por un lado, que la sentencia recurrida en ningún momento se pronuncia sobre el posible efecto de cosa juzgada que la parte ahora alega su inexistencia en casación unificadora, y sobre el que la sentencia de contraste tampoco se pronuncia; y, por otro, que la recurrente construye el recurso sobre hechos que no constan probados, y respecto de los que reconoce que aunque se solicitó la modificación, ésta no fue aceptada por la Sala, indicando incluso (folio 3 del escrito de interposición) que "los hechos de comparación entre la sentencia recurrida y las sentencias de contraste serán no solo los que se indiquen dentro del apartado de "hechos probados" sino también los hechos o afirmaciones de hechos que se contengan en los fundamentos de derecho y los que se haya intentado la revisión pero que fueron rechazados por la Sala de suplicación exclusivamente por considerarlos irrelevantes y

que ofrecen prueba avalatoria [extremo sobre el que el Tribunal Supremo puede entrar complementando el relato de hechos probados de la instancia]".

En definitiva, la parte recurrente lo que pretende es que esta Sala proceda a revisar los hechos probados o valorar nuevamente la prueba, lo que no es posible, ya que la Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (SSTS de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 25 de septiembre de 2008 (R. 1790/07), 23 de febrero de 2009 (R. 3017/07), 22 de diciembre de 2010 (R. 1344/10) y 12 de abril de 2011 (R. 3169/10) pues «es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta» (SSTS de 9 de febrero de 1993 (R. 1496/1992), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006), 2 de julio de 2007 (R. 1251/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 3137/2006), 5 de diciembre de 2007 (R. 3071/2006), 17 de junio de 2008 (R. 67/2007), 30 de junio de 2008 (R. 1385/2007), 30 de junio de 2008 (R. 2639/2007), 17 de julio de 2008 (R. 2929/2007), 15 de diciembre de 2008 (R. 178/2008), 29 de enero de 2009 (R. 476/2008), 23 de febrero de 2009 (R 3017/2007), 2 de febrero de 2010 (R. 2033/09), 27 de septiembre de 2011 (R. 4299/2010) y 5 de diciembre de 2011 (R. 905/2011).

TERCERO.- En el segundo motivo de recurso, se alega infracción de los artículos 1101 al 1108 CC y arts 14 a 19 LPRL. Para viabilizar el recurso invoca como sentencia de comparación la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 4769/2008), que estima parcialmente el recurso interpuesto

por el actor y condena solidariamente a la UTE formada por diversas empresas y a sus respectivas aseguradoras, al abono de correspondiente indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo.

En dicha sentencia, resultan relevantes los siguientes hechos: 1) El accidentado había estado realizando la instalación eléctrica en el interior del hueco de la plataforma de montaje del ascensor, que se accionaba con una botonera interior de subida y bajada, sin que existiera botonera exterior. 2) Tras terminar la instalación interior dejaron cerradas las puertas de acceso a la plataforma, y unos empleados de otra empresa preguntaron al trabajador accidentado y a su encargado si habían finalizado sus trabajos, a lo que el encargado respondió que sí. 3) Posteriormente el encargado dio instrucciones al trabajador para que continuase su trabajo en el exterior de la plataforma de montaje, instalando las pantallas de luz sobre la puerta del futuro ascensor. La puerta que accedía a la plataforma de montaje estaba abierta y el trabajador introdujo el brazo izquierdo en el hueco de la plataforma, que en este momento estaba siendo utilizada por los operarios de la otra empresa. Al subir la plataforma le seccionó el brazo. 4) El trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total cualificada.

Solicitaba en esta sentencia referencial el recurrente la nulidad de la sentencia de instancia por entender que violaba la tutela judicial la apreciación efectuada de la cosa juzgada, aun en su efecto positivo, en la medida en que en el pleito sobre recargo de prestaciones no se resolvió sobre la existencia o no de responsabilidad civil con la concurrencia de sus requisitos propios, sino solamente sobre el recargo de prestaciones por la violación de medidas de seguridad. La Sala se remite a doctrina propia anterior que rechaza la inexistencia de vinculación del proceso por responsabilidad civil respecto de la declaración previamente efectuada de inexistencia de falta de medidas de seguridad, y, en consecuencia, la aplicación de la excepción de cosa juzgada, por ser el recargo independiente y compatible con la indemnización por daños. No obstante todo ello, señala que en el presente caso, la apreciación del efecto positivo de la cosa juzgada no puede conllevar de nuevo su nulidad. Añade la Sala que conforme a la doctrina

general sobre responsabilidad contractual, se exigen como requisitos para su existencia la de un acto doloso o imprudente, un resultado dañoso y una relación de causalidad adecuada entre el acto y el resultado en orden a la producción del mismo. Y la cuestión debatida en el presente caso es, pues, si existió culpa o negligencia en la actividad de la contratista y las empresas principales en el hecho que produjo el accidente, que por relación de causalidad dé lugar a indemnización de los perjuicios solicitados, entendiendo la Sala que existe relación de causalidad entre el acto y el daño, por lo que existe responsabilidad civil por los daños causados y ha de condenarse a las empresas codemandadas por la negligencia en la forma de controlar el trabajo, eminentemente peligroso, realizado por su cuenta, en calidad de empleadora y empresas principales, así como en los respectivos límites, a las aseguradoras.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya que si bien en ambos casos se trata de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo, en los que se analiza lo resuelto en una sentencia anterior relativa al recargo de prestaciones de Seguridad Social derivado del mismo accidente, existen notables diferencias que obstan a la contradicción, ya que en la sentencia recurrida se analiza la existencia de responsabilidad empresarial o no en el procedimiento sobre indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, como por otra parte se hizo en la sentencia que resolvió sobre el recargo, aludiendo la Sala a dicha sentencia pero no para aplicar el efecto de cosa juzgada, sino para fundamentar, a mayor abundamiento, su conclusión, a la vista de los hechos que constan probados del incumplimiento de medidas de seguridad por parte de la empresa; por el contrario, en la sentencia de contrate, la sentencia sobre el recargo excluyó la violación de preceptos reglamentarios pero no analizó la existencia de culpa empresarial, que es lo que se analizó posteriormente en el procedimiento de indemnización por daños y perjuicios en que a la vista de los hechos que constan probados, la Sala entiende que se incumplieron medidas de seguridad por lo que procede imponer la responsabilidad de las empresas en la indemnización.

Dichas diferentes conclusiones que derivan en que en la sentencia recurrida se exima a la empresa de responsabilidad y se imponga en la de contraste, proceden además de la existencia de diferentes hechos probados, ya que en la sentencia recurrida lo que consta es que los trabajadores estaban formados e informados de los riesgos, además de que la empresa tenía un protocolo de actuación de que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada, habiendo comprobado el supervisor que los trabajos se realizaban en dichas circunstancias, siendo posteriormente cuando uno de los trabajadores indicó que se realizaran los trabajos con la máquina en funcionamiento sin que los otros objetaran nada, mientras que en la sentencia de contraste lo que consta tras la modificación de hechos probados, es que tras terminar la instalación eléctrica en el interior del hueco de la plataforma de montaje del ascensor, otros empleados de otra empresa preguntaron al trabajador accidentado y a su encargado si habían finalizado los trabajos, a lo que el encargado respondió que sí, dando posteriormente instrucciones el encargado al trabajador para que continuase su trabajo estando la plataforma de montaje abierta, introduciendo el accidentado el brazo en el hueco de la plataforma que en ese momento estaba siendo utilizada por los operarios de otra empresa.

Tales diferencias impiden que pueda prosperar el motivo y con él, la totalidad del recurso, por lo que, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe, procedería la inadmisión del recurso que, en este trámite, comporta su integra desestimación.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Anibal, representado y asistido por el letrado D. Agustín López Anadón. 2)

Confirmar la sentencia dictada el 12 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación número 4117/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Granollers, de fecha 7 de mayo de 2012, recaída en autos número 389/2007, seguidos a instancia de D. Anibal, contra Freudenberg Telas Sin Tejer, SA; ADECCO T.T., SA, Empresa de Trabajo Temporal; Axa Aurora Ibérica, SA de Seguros y Reaseguros y Zurich España Compañía de Seguros, SA, sobre reclamación de cantidad. 3) No efectuar ninguna imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por D^a Vanesa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL, la UTE IMESAPE Y PROHOGAR JARDÓN Y ALONSO SL debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado, absolviendo a la demandada del petitum de la demanda". Con fecha 26 de noviembre de 2014 se dictó Auto de Aclaración en cuya parte dispositiva se dice: 1.- Estimar la solicitud de D^a. Estibaliz de aclarar la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 14 de noviembre de 2014 en el sentido que se indica a continuación "en los HECHOS CUARTO, SEXTO y SEPTIMO, así como en el

FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO y FALLO, debe figurar como demandante el nombre de Estibaliz.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: 1º) Dª Estibaliz con DNI NUM000 , nacida el día NUM001 de 1965, se encuentra afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General con el número nº NUM002 con la categoría profesional de ayudante de cocina prestando servicios para UTE RESIDENCIA CAUDAL las contingencias profesionales y comunes al momento del hecho causante eran cubiertas por LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL. La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal el día 24 de junio de 2013, en la contingencia de enfermedad común con el diagnostico de infarto cardíaco. 2º) A instancia de la Mutua se inicia expediente de cambio de contingencia a los fines de que el periodo de baja iniciado el día 24 de junio de 2013 sea considerado de enfermedad común, recayendo Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 7 de noviembre de 2013, en el que resuelve: Declarar el carácter profesional de la Incapacidad Temporal iniciada por Dª Estibaliz en fecha de 24 de junio de 2013, y determinar como responsable de esta prestación de Incapacidad Temporal a LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL. 3º) LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL interpuso Reclamación previa solicitando se declare que en el periodo de incapacidad iniciado en fecha 24 de junio de 2013 fuera declarado como enfermedad común que fue estimada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 30 de enero de 2014, en virtud de informe propuesta de fecha 8 de enero de 2014 contra la que se formuló la demanda rectora del presente proceso en fecha de 19 de febrero de 2014. 4º) Dª Estibaliz presenta el siguiente cuadro clínico: SCACEST. Enfermedad coronaria de 3 vasos. Angioplastia en DA. BY-pass coronario cuádruple. 5º) La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal el día 24 de junio de 2013. 6º) Dª Estibaliz prestaba servicios para UTE IMESAPE Y PRHOGAR JARDON Y ALONSO SL como ayudante de cocina en la residencia Valle del Caudal a jornada completa con turno de 08:30 a 15:30 horas. El día 23 de junio 2013 (domingo) desde el

momento en que la trabajadora inició su jornada laboral no se encontraba bien y sobre las 11:00 horas aproximadamente cuando se encontraba en su puesto de trabajo manifestó que estaba mal y que tenía un fuerte dolor en el pecho, estómago y vómitos, ante lo cual fue trasladada por UVI móvil y trasladada al HUCA donde se le diagnosticó de enfermedad coronaria de 3 vasos, precisando de angioplastia en DA y posterior revascularización. En informe del HUCA nº 282.255 se recoge como datos clínicos que el dolor torácico empezó a las 22:00 horas del día 22 de junio de 2013. 7º) En resolución de la Dirección provincial del INSS de fecha 11 de junio de 2014 Dª Estibaliz ha sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo en la contingencia de enfermedad común con derecho a percibir una pensión vitalicia en la cuantía del 100% de una base reguladora de 713,29 €/mensuales en catorce pagas anuales, con efectos de 9 de junio de 2014. 8º) Se fija la base reguladora en la contingencia de enfermedad común en 37,93 €/día.».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado D. Indalecio Talavera Salomón, en nombre y representación de Dª Estibaliz , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Estibaliz contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA INTERCOMARCAL y la empresa UTE IMESAPE Y PROHOGAR JARDON Y ALONSO SL, sobre Incapacidad Temporal, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.».

CUARTO.- Por la representación de Dª Estibaliz, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de diciembre de 2013 en el Recurso número 726/2013.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente, se declararon conculos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 20 de octubre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La demandante fue trasladada el 23 de junio de 2013 desde su puesto de trabajo al HUC al manifestar que tenía fuerte dolor en el pecho, estómago y vómitos, no encontrándose bien desde el momento de inicio de su jornada laboral. Se le diagnosticó enfermedad coronaria de tres vasos precisado angioplastia en DA y posteriormente revascularización. El Informe del H U C A recoge como datos clínicos que el dolor torácico empezó a las 22 horas del día 22 de junio de 2013.

Tanto el proceso de incapacidad temporal como la incapacidad permanente absoluta han sido declarados de origen común.

La sentencia parte como elemento esencial para apreciar la ruptura del nexo causal del dato consistente en que el dolor torácico empezó a las 22 horas del día 22 de junio de 2013 cuando la demandante estaba disfrutando de un periodo de descanso.

Recorre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 18 de diciembre de 2013 por la Sala Cuarta del tribunal Supremo (R.C.U.D. 726/2013).En la sentencia de comparación el trabajador, tras experimentar sobre las 2 horas del 15 de septiembre de 2005 dolor torácico opresivo que duró 15 minutos, náuseas, vómitos, acudió a su trabajo y cuando ya se encontraba en él, sobre las 7,45 horas presenta dolor retroesternal opresivo de 20 minutos de

duración. Consultado el médico de la empresa se le deriva al hospital, se orienta el cuadro como infarto lateral no Q. y se le deriva al Hospital de Sant Jordi para estudio y tratamiento. A lo largo de un año anterior al 15 de septiembre de 2003 refiere haber sufrido episodios de dolor torácico sin relación con el esfuerzo que se acompaña de sudor frío y sensación de OFEC y tos.

En informe realizado el 13 de noviembre de 2016 constan los datos de cardiopatía isquémica IAM, implantación STENT, vasculopatía periférica, claudicación intermitente, isquemia intestinal,. trastorno depresivo.

La reclamación de contingencia profesional fue rechazada en la instancia y en suplicación siendo la referencial la que accede a dicha calificación por entender que la existencia de antecedentes de tipo coronario o padecer con anterioridad una enfermedad cardíaca no es bastante para excluir el trabajo como factor desencadenante, puesto que la lesión surgió en el lugar y tiempo de trabajo, términos y razonamiento a su vez extraídos de la sentencia que sirvió para establecer en aquel caso la contradicción y que la sentencia referencial hace suyos no obstante carecer dicha sentencia de contraste de semejante base fáctica ya que en esa sentencia no se nos da noticia de que padeciera ningún síntoma, lo único que se nos dice es que «sobre las 10 horas del 17 de junio de 2004 sintió un fuerte dolor torácico cuando se hallaba prestando servicios como oficial de 1ª .»

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque

no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

Entiende la Sala que entre ambas resoluciones no cabe establecer la preceptiva contradicción.

En la sentencia recurrida la dolencia de la demandante es de la misma etiología que los síntomas sufridos la noche anterior a dirigirse la actora a su trabajo.

Por el contrario en la sentencia referencial, el infarto acaece en el lugar de trabajo y es de tener en cuenta la especial caracterización que la jurisprudencia ha

otorgado al infarto creando una especificidad como accidente que no ha reconocido en otras dolencias.

La apreciación en el trámite de dictar sentencia de una causa de inadmisión determina la desestimación del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, sin que haya lugar la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Indalecio Talavera Solomón, actuando en nombre y representación de D^a Estibaliz, contra de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 404/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, en autos número 157/2014, seguidos a instancias de D^a Estibaliz frente al INSS, TGSS, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales Intercomarcal y la empresa UTE IMESAPE y Prohogar Jardon y Alonso S.L. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 31 de marzo de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 1587/2013 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid, en los autos nº 1117/2011, seguidos a instancia de la empresa "Roca Sanitario, S.A." contra el trabajador Don Bruno, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) sobre seguridad social. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado D./Dña. David Santiago Doral, en nombre y representación de D./Dña. Bruno, contra la sentencia de fecha 21/02/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid en sus autos número Seguridad social 1117/2011, seguidos a instancia de Roca Sanitario SA frente a D./Dña. Bruno, Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 21 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Con fecha 10 de marzo de 2009 el trabajador D. Bruno sufrió un accidente laboral mientras desempeñaba su trabajo de Conductor Cubilote para la empresa Roca Sanitario S.A. en la Fábrica de Bañeras de Fundición de Alcalá de Henares consistente en una deflagración debido a la caída de hierro en el ciclón.

SEGUNDO.- Como consecuencia del accidente el trabajador ha sido declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual con derecho a percibir una pensión del 55% de su Base reguladora con efectos de 25.11.2010.

TERCERO.- A raíz del accidente de trabajo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita de inspección a la empresa y levantó con fecha 2.10.2009 acta de infracción por la que se proponía la imposición de una sanción por importe de 2046 euros por la comisión de una infracción grave apreciada en grado mínimo del art. 1.1, 2 y 5.2 del RD 5/2000 de 4 de agosto de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social por infracción del art. 16-2.a) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales . Se consideran causas del accidente la no evaluación identificando las causas de los factores de riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión y no efectuar la evaluación el procedimiento de trabajo del mismo para determinar la medida preventiva adecuada al riesgo.

CUARTO.- Con fecha 11.4.2011 el INSS dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por la trabajadora, declarando, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sean incrementadas en un 30% con cargo a la empresa y declarando igualmente la procedencia de la aplicación del mismo incremento respecto de las prestaciones que, con cargo al mismo accidente, se pudieran reconocer en el futuro.

QUINTO.- El lugar donde ocurrió el accidente es la Sección de Fusión de la fábrica donde como tecnología de fusión de hierro se utilizan lo cubilotes siendo el conductor de cada uno de ellos le encargado de la vigilancia del buen funcionamiento del mismo, de modo que el chorro fundente de escoria salga adecuadamente por su piquera de salida y el hierro por la suya, limpiando con una barra la piquera de salida de la escoria caso de atasco.

SEXTO.- El accidente tuvo lugar sobre las 19 horas cuando el actor realizaba la tarea de vigilancia de evacuación de escoria observando un aumento considerable de flujo fundente y al acudir a la zona de salida salió un chorro grande de escoria que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro se vaporizó el agua y seguidamente se produjo la proyección salpicadura de partículas que afectó al trabajador.

SÉPTIMO.- Se aporta como documento 2 de la mercantil actora obrante en el expediente administrativo la evaluación de riesgos laborales de la empresa en noviembre de 2008 y como documento nº3 la revisión de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de conductor de cubilote que recoge como riesgo general 2 los contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido que supera los 10000, como riesgo general 3 las proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados y, finalmente, como riesgo general 4 el riesgo de explosión si de manera accidental el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado. Para el riesgo de explosiones el plan de acción preventivo exige asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la Ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando. Para el riesgo de proyecciones el Plan exige asegurar que se han facilitado a los trabajadores los EPI,s necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido.

OCTAVO.- El trabajador ha recibido información y formación individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y prevención de los mismos así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009. Noveno: Se ha agotado la vía previa administrativa».

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por Roca Sanitario S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Bruno debo revocar y revoco la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 11.4.2011 que impuso a la empresa el recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sufrido por el trabajador el día 10.3.2009, exonerando a dicha empresa del abono del citado recargo y condenando a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración".

TERCERO.- Por la representación Letrada de Don Bruno , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12-julio-2007 (rollo 938/2006). SEGUNDO.- Lo articula por el cauce procesal del art. 224.2 en relación con el art. 207.e) LRJS ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate") y entiende que la sentencia objeto de impugnación vulnera por inaplicación los arts. 123 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en relación con los arts. 14 y 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales , 16 del convenio nº 155 de la OIT de fecha 22 de junio de 1981, 16.2.a de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con los arts. 2.2, 3.1, 4 y 5 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de Servicios de Prevención, 14, 15 y 17 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, puestos en relación con el art. 4 del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo y art. 40.2 de la Constitución Española.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 1 de abril de 2015, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio

traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de abril actual, en cuya fecha se acordó, mediante providencia, la suspensión de dicho señalamiento, quedando pendiente de nuevo señalamiento.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 8 de junio de 2016 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se consideró que procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado para ese día y se trasladó el mismo para el día 21 de septiembre de 2016, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

ÚNICO.- 1. La sentencia recurrida en casación unificadora resuelve una demanda interpuesta por la empresa con la pretensión de que se revocara la resolución del INSS de fecha 11-4-2011 que declaró la responsabilidad empresarial, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, por causa del accidente laboral sufrido por el trabajador codemandado el 10-3-2009, declarando igualmente un recargo del 30% sobre las prestaciones que pudieran corresponderle.

2. Conforme constata la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, transcrita en su integridad en los antecedentes de hecho de la presente resolución e inmodificada por la de suplicación (que rechazó todas las revisiones fácticas propuestas por el demandante, en particular la que postulaba la sustitución del hecho probado 6º por una completa transcripción del informe de la Inspección de Trabajo), el accidente, consistente en una deflagración debida a la caída de hierro en el ciclón (h. p. 1º), se produjo como vimos el día 10 de marzo de 2009 cuando el trabajador prestaba servicios para la empresa actora, como conductor de cubilote, en la sección de fusión, en la que se utilizan los cubilotes como tecnología de fusión de hierro, siendo el conductor el encargado de vigilar el buen funcionamiento, de modo que el chorro fundente de escoria saliera adecuadamente por su piquera de salida y el hierro por la suya, y limpiando con una barra la piquera de salida de la escoria en caso de atasco (h. p. 5º).

El accidente ocurrió cuando el trabajador estaba vigilando la evacuación de escoria y observó un aumento considerable de flujo fundente. Al acudir a la zona de salida, surgió ("salió", dice el h. p. 5º) un chorro grande que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro, se evaporizó el agua y seguidamente se produjo la proyección con salpicaduras de partículas que afectaron al trabajador (h. p. 6º).

La empresa había evaluado los riesgos en noviembre de 2008, catalogando como "riesgo general 2" los contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido que superaran los 10000, como "riesgo general 3" las proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados y, finalmente, como "riesgo general 4 ", el de explosión si, de manera accidental, el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado; para este último, es decir, para ese "riesgo de explosión", el plan de acción preventivo exige asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la Ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al

mando; para "el riesgo de proyecciones", el plan exige asegurar que se han facilitado a los trabajadores los "EPI,s" (equipos de protección individual) necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido (h. p. 7º).

El trabajador había recibido formación e información individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y la prevención de los mismos, así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual (EPI), en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009 (h. p. 8º).

Como consecuencia del accidente, el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual, con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora y con efectos del 25 de noviembre de 2010 (h. p. 2º).

En vía administrativa (resolución del INSS de 11-4-2011), se impuso a la empresa un recargo del 30% sobre todas las prestaciones derivadas del accidente, incluidas las que se pudieran reconocer en el futuro, "por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo" (h. p. 4º).

Tanto la sentencia dictada en su día por el Juzgado de lo Social de instancia como la aquí recurrida en casación unificadora (STSJ de Madrid 31-3-2014, R. 1587/13), al estimar la demanda formulada por la empresa contra el INSS y contra el trabajador accidentado, habían revocado la precitada resolución administrativa y, en consecuencia, absolvieron a la empleadora, exonerándola del abono del recargo, condenando a los codemandados a estar y pasar por tal declaración.

La sentencia del TSJ, tras rechazar todas las revisiones fácticas propuestas por el trabajador en su recurso de suplicación, es decir -insistimos-, manteniendo incólume la versión histórica de instancia, descarta la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), así como del art. 16.2.a) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en relación con los arts. 2.2 , 3, 1. 4 y 5 del Real Decreto 39/97 de Reglamento de Servicios de Prevención, invocados todos en el único motivo de revisión jurídica del recurso del trabajador.

La sentencia de suplicación aquí recurrida, en perfecta congruencia con lo postulado por el trabajador allí recurrente y, por ello, limitándose expresamente "a analizar la existencia o no de la infracción apreciada en sede administrativa" (que, según identifica también de modo expreso, "en el presente caso fue el reproche de una deficiente evaluación de los factores de riesgo y, en concreto, de las proyecciones en el sistema de fusión -cubilotes-, falta de evaluación del procedimiento de trabajo en el mismo que afectaba a la fijación de las medidas preventivas"), alcanza el firme y conciso convencimiento de que -literalmente- "se acredita (hecho séptimo) que no existía tal defecto de evaluación (riesgo de explosión) que por su carácter accidental -impredecible e inevitable- había conllevado la prevención informativa al trabajador (hecho octavo) de que <<si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando>>" (FJ 3º in fine de la sentencia impugnada).

3. Contra dicha sentencia recurre ahora el trabajador accidentado, denunciando la vulneración, por inaplicación, de los arts. 123 de la LGSS , en relación con los arts. 14 y 42 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos , 16 del Convenio 155 de la OIT, 16.2.a) de la propia Ley de Prevención, en relación con los preceptos que cita del Reglamento de Servicios de Prevención, los arts. 14, 15 y 17 de la misma Ley 31/95, ahora en relación con el art. 4 del RD 1215/1997, y, en fin, el art. 40.2 de la

Constitución , invocando como sentencia de contraste la dictada el 12 de julio de 2007 (R. 938/2006) por esta Sala IV del Tribunal Supremo.

4. La resolución referencial trata también sobre un recargo de prestaciones en un accidente de trabajo que igualmente dio lugar a la IPT del trabajador afectado. La Inspección de Trabajo levantó Acta de Infracción y el INSS acordó el recargo del 30% en las pertinentes prestaciones.

En esta sentencia se declara probado que el accidentado, con categoría de oficial 1ª, prestaba servicios en la denominada "maquina calanda número dos (modelo AM.B 14806)", realizando la tarea de control del proceso de laminado, cuando, en cierto momento, observó la adherencia de una cinta de plástico en el extremo del cilindro, por lo que fue a retirarla con su mano derecha, que resultó arrastrada y atrapada entre los cilindros. La empresa había prohibido expresamente "intentar meter las manos en los cilindros de laminado cuando se caiga un cuerpo extraño". Esta Sala llegó entonces a la conclusión de que hubo responsabilidad empresarial en el accidente y rechazó que la conducta imprudente, no temeraria, del trabajador hubiese roto el nexo causal entre la infracción y el daño, puesto que, aunque hubiera una instrucción escrita clara (h. p. 7º), concretada en aquella prohibición expresa, también resultaba que, en la evaluación efectuada el 2-5-2001 "se identifica uno de los riesgos de la máquina referida...el del atrapamiento por o entre objetos, y [se] advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotándola de protección para impedir la accesibilidad de sus cilindros" (h. p. 5º), no obstante lo cual la empresa no lo hizo hasta después de producido el accidente en cuestión.

La causa eficiente y determinante del daño, y de la consecuente atribución de la responsabilidad empresarial en el recargo, fue, pues, no la posible imprudencia del trabajador o su desatención de la instrucción expresa en contrario del empresario, sino el incumplimiento por éste de la advertencia realizada en la evaluación de dotar a la

máquina de unos dispositivos de seguridad que solo fueron instalados después del accidente.

5. Pues bien, conforme a constante y reiteradísima doctrina jurisprudencial (por todas, SSTs de 28-5-2008, R. 814/07 , 3-6-2008, R. 595/07 , 18-7-2008, R. 437/07 , 15 y 22-9-2008 , R. 1126/07 y 2613/07 , 2-10-2008, R. 483/07 , 18-1-2012, R. 1622/11 , y 24-1-2012, R. 2094/11) que, desde antiguo, viene manteniendo que "la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales", y que, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el art. 219 de la LRJS , que, respecto a los mismos litigantes u otros en "idéntica situación", se haya llegado a esa diversidad de las decisiones, parece obvio que no concurre el requisito de contradicción exigido por dicho precepto y, aunque también la doctrina constante de esta Sala tiene reconocido que la infracción de normas de seguridad no se contrarresta por la imprudencia del trabajador (por todas, SSTs 12-7-2007, R. 938/06 , y 22-7-2010, R. 1241/09), no obstante, a diferencia de lo que sucedía en tales precedentes, en el caso de autos no consta acreditada en absoluto aquella infracción y, por tanto, no está en juego la posible incidencia de una hipotética conducta imprudente (o la denominada "confianza profesional") del trabajador accidentado, que, de concurrir, tal vez podría haber permitido equipar las sentencias comparadas a los efectos de la contradicción.

6. La conducta omisiva del empleador en el caso de la sentencia de contraste, contraria a la previsión expresa de la evaluación, a diferencia de lo que acontece en la sentencia ahora recurrida, se advierte con toda claridad en el siguiente razonamiento de la propia sentencia referencial, tal como igualmente destaca el informe del Ministerio Fiscal, para llegar a nuestra misma conclusión de falta de contradicción:

"En el caso presente, a diferencia de lo que afirma la sentencia recurrida, no es cierto que se haya roto el nexo causal entre infracción y daño por la conducta

imprudente del trabajador, dado que, siendo cierto que la empresa impartió instrucciones escritas a los trabajadores en las que se les prohibía "intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño (hecho probado quinto), no lo es menos que "En la evaluación de riesgos, efectuada el 2-5-2001 por el Servicio de Prevención Sermesa concertado por la actora se identifica como uno de los riesgos de la máquina referida en el ordinal procedente el de aparcamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotando de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros" y que (hecho probado sexto) "A raíz del accidente sufrido por el trabajador demandado, la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de dicha máquina.

Fue, pues, la conducta omisiva del empresario consistente en no llevar a la práctica la medida de protegerse el trabajador respecto de los cilindros de la máquina, la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador; acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador, "a priori y no a posteriori" del accidente, las condiciones mínimas de seguridad a que antes se ha hecho referencia " [FJ 2º,2,2), STS 12-7-2007].

7. En definitiva, los hechos probados de la sentencia recurrida ponen de manifiesto el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de formación e información adecuadas sobre el específico puesto de trabajo y la correcta evaluación de riesgos de dicho puesto así como que el trabajador accidentado, además de desatender su función de limpiar con una barra la piqueta de salida de la escoria en caso de atasco (h. p. 5º), sobre todo, no cumplió la advertencia de parar el ciclón de agua y avisar al mando en caso de anomalía en la salida del hierro fundido, tal como preveía el plan de prevención; pero nada de eso era lo que sucedía en la sentencia de contraste, en la que, como vimos, aunque el trabajador incumplió la instrucción expresa de no meter la mano en el cilindro del laminador, la razón determinante de la imposición del recargo no fue sino el incumplimiento empresarial que, ignorando el plan de prevención, no adoptó las

medidas necesarias para proteger los cilindros de la máquina, cosa que no hizo hasta después de producido el accidente, "siendo por otra parte muy difícil, ya no en el caso concreto, sino en términos generales", cual sucede en los litigios sobre invalidez o sobre despidos y cuestiones disciplinarias en general, "valorar como equivalentes las distintas conductas de cada trabajador en pleitos sobre recargo de prestaciones, como puede deducirse de los numerosos supuestos en que esta Sala ha entendido que no existe contradicción en temas de recargo" (por todas, SSTS4ª 25-10-1999, R. 4472/98 , 24-3-2004, R. 747/03 , 1-2-2006, R. 4183/04 [a la que pertenecen las frases precedentemente entrecomilladas], 11-2-2016, R. 2806/14 , y 1-6-2016, R. 609/15).

8. Así pues, de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso por carecer del requisito de la contradicción entre las sentencias sometidas al juicio de identidad, sin que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS , haya lugar a la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de Don Bruno , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 31-marzo-2014 (rollo 1587/2013) recaída en el recurso de suplicación formulado por el ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid en fecha 21-febrero-2013 (autos 1117/2011) en procedimiento seguido a instancia de la empresa "Roca Sanitario, S.A." contra Don Bruno , la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sobre seguridad social. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS, DOÑA María Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa María Viroles Piñol Y DON Jordi Agusti Julia.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2943/2014, por discrepar, -siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución.

I.- Puntos básicos de la discrepancia :

El haberse efectuado por la mayoría de la Sala una interpretación estricta del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias, exigido en el art. 219.1 LRJS, para viabilizar el recurso de casación unificadora, lo que ha impedido entrar a conocer del fondo del asunto del recurso interpuesto por el trabajador accidentado y a declarar, en su caso, su derecho al percibo del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad previsto, en la fecha de los hechos, en el art. 123 LGSS , a pesar de que sufrió un accidente de trabajo, por causas al mismo no imputables (cuando el actor realizaba la tarea de vigilancia de evacuación de escoria observando un aumento considerable de flujo fundente y al acudir a la zona de salida salió un chorro grande de escoria que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro se vaporizó el agua y seguidamente se produjo la proyección salpicadura de partículas que afectó al trabajador), que le han generado , quemadura ambos ojos, cuerpo extraño intraocular ojo derecho; endoftalmia ojo derecho; evisceración ojo derecho; cuerpos extraños metálicos corneo- conjuntivales ojo izquierdo.

II.- Discrepancia con los puntos argumentales de la sentencia mayoritaria sobre el presupuesto de contradicción de sentencias y, derivadamente, por no entrar a conocer del fondo del asunto, estimando, en su caso, el recurso de casación formulado por el accidentado .

En base a los siguientes razonamientos:

II.1.- Sobre la existencia o no de contradicción de sentencias :

PRIMERO.- La cuestión que se planteaba en este recurso de casación unificadora consistía en determinar sí, en supuestos como el ahora enjuiciado, concurrían o no los presupuestos para la aplicación del denominado, recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, regulado en el art. 123 LGSS (actual art. 164 LGSS /2015), y en concreto de los exigibles requisitos de: a) Comisión por la empresa de infracción consistente en el incumplimiento de medidas de seguridad especial o general o, como mínimo, de falta de diligencia de un prudente empleador; b) Acreditación de la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador; c) Existencia de una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; y d) Resultado lesivo no producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador (imprudencia temeraria) o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario.

SEGUNDO.- 1.- La sentencia de suplicación ahora impugnada (STSJ/Madrid 31-marzo-2014 -rollo 1587/2013), -- confirmatoria de la de instancia (SJS/Madrid nº 40 de fecha 21-febrero-2013 - autos 1117/2011) --, denegó la aplicación del recargo de prestaciones efectuado en vía administrativa, sustentado la tesis de que basta con la existencia de una evaluación de riesgos y de una información al trabajador formalmente correctas para que no proceda imponer el recargo al empresario, concluyendo que si el trabajador, en el caso enjuiciado, observaba alguna anomalía en la salida de hierro

fundido debería, conforme a lo que se contemplaba en la evaluación de riesgos, haber parado el ciclón de agua e informar al mando, lo que no efectuó a pesar de haber sido instruido sobre los riesgos de su trabajo; y en consecuencia deja sin efecto la imposición del recargo efectuada en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada.

2.- La citada sentencia de suplicación mantenía íntegramente los hechos declarados probados (HPs) de la sentencia de instancia afirmando que los mismos deben ponerse en relación con los documentos a los expresamente se remiten, puesto que, para denegar la revisión fáctica pretendida por el trabajador recurrente en suplicación afirma que <<... la sentencia asume los documentos que refiere y el contenido de tales documentos hay que entenderlo asumido en su integridad, por remisión al propio documento, dentro del relato fáctico al no indicarse lo contrario >> -FD 2º).

3.- Constaban, por tanto, como datos fácticos relevantes a los efectos ahora discutidos, que:

a) Con fecha 10-03-2009 el trabajador ahora recurrente sufrió un accidente laboral mientras desempeñaba su trabajo de , Conductor Cubilote , para la empresa ahora impugnante dedicada a fábrica de bañeras de fundición, consistente en una deflagración debido a la caída de hierro en el ciclón (HP 1º) y como consecuencia del accidente fue declarado en situación de IPT por padecer , quemadura ambos ojos, cuerpo extraño intraocular ojo derecho; endoftalmia ojo derecho; evisceración ojo derecho; cuerpos extraños metálicos corneo-conjuntivales ojo izquierdo , (HP 2º en relación con resolución administrativa a la que se remite obrante a folio 327);

b) A raíz del accidente, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita de inspección y levantó, con fecha 02-10-2009, acta de infracción por la que se proponía la imposición de una sanción por importe de 2.046 euros por la comisión de una infracción grave apreciada en grado mínimo del art. 1.1 , 2 y 5.2 de la LISOS por

infracción del art. 16-2.a) de la LPRL . En el acta, se consideran causas del accidente la no evaluación identificando las causas de los factores de riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión y no efectuar la evaluación el procedimiento de trabajo del mismo para determinar la medida preventiva adecuada al riesgo (HP 3º), constando específicamente en la referida acta al analizar las causas del accidente para efectuar la propuesta de sanción, que , no se había evaluado identificando las causas de los factores de riesgo de las proyecciones. Al ser una evaluación general , no consta la identificación de las posibles causas o circunstancias de los factores de riesgo que pueden concurrir para que se produzca una proyección por entrar en contacto el hierro con el agua, y en consecuencia poder determinar la onda expansiva para así concretar los epis adecuados al riesgo específico y poder proporcionar medios adecuados que garanticen una distancia de seguridad suficiente entre el trabajador y la zona enfriamiento y eliminación de escoria en ciclón de agua de escoria, en resumen la empresa no acredita haber efectuado la preceptiva evaluación del procedimiento de trabajo que se utiliza ,; se afirmaba, además, que , no se ha efectuado una revisión de la evaluación al detectarse que la obtención del hierro se realiza con mayor dificultad, al faltar fluidez desde que se cambió la composición de los elementos para la obtención del hierro se sustituyó un material ferrosiloso por carburo de silicio; que, tampoco se ha establecido un sistema de control que detecte el incremento de escoria para ralentizar la producción; que , falta de mantenimiento de la piqueta de escoria que estaba colocada en el momento del accidente, que presentaba alteraciones en su cara interna que se encuentra unida al sifón; y que, los equipos de protección individual resultaron insuficientes al riesgo específico de explosión, (folios 313 y 314);

c) Con fecha 11-04-2011 el INSS dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido, declarando la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente fueran incrementadas en un 30% con cargo a la empresa, con remisión expresa en cuanto a la forma de producirse el accidente a la referida acta levantada por la Inspección de Trabajo (HP 4º y folio 178);

d) El lugar donde ocurrió el accidente era la Sección de Fusión de la fábrica donde como tecnología de fusión de hierro se utilizan los cubilotes siendo el conductor de cada uno de ellos el encargado de la vigilancia del buen funcionamiento del mismo, de modo que el chorro fundente de escoria salga adecuadamente por su piqueta de salida y el hierro por la suya, limpiando con una barra la piqueta de salida de la escoria caso de atasco (HP 5°);

e) El accidente tuvo lugar el día 10-03-2009, sobre las 19 horas, cuando el actor realizaba la tarea de vigilancia de evacuación de escoria observando un aumento considerable de flujo fundente y al acudir a la zona de salida salió un chorro grande de escoria que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro se vaporizó el agua y seguidamente se produjo la proyección salpicadura de partículas que afectó al trabajador (HP 6°), constado en el acta levantada por la Inspección de Trabajo a la que se remite que , salió un chorro grande escoria y de repente explotó, al encapsularse el agua dentro del hierro , (folio 314);

f) La empresa aportó el documento de evaluación de riesgos laborales de noviembre de 2008 y el documento de revisión de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de conductor de cubilote que recoge como , riesgo general 2 , los contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido que supera los 10000, como , riesgo general 3 , las proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados y, finalmente, como , riesgo general 4, el riesgo de explosión si de manera accidental el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado; añadiendo que para el riesgo de explosiones el plan de acción preventivo exige asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la Ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando. Para el riesgo de proyecciones el Plan exige asegurar que se han facilitado a los trabajadores los EPI,s necesarios a utilizar en

el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido (HP 7°);

g) El trabajador había recibido información y formación individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y prevención de los mismos así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009 (HP 8°).

4.- En la sentencia ahora recurrida, -- la que, confirmando la sentencia de instancia, se revoca la imposición del recargo efectuada en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada --, se argumenta sobre la cuestión de fondo en los estrictos términos siguientes, afirmando que << La acción jurisdiccional en los procedimientos de revisión de resoluciones administrativas de imposición de recargos ha de limitarse a analizar la existencia o no de la infracción apreciada en sede administrativa y la misma en el presente caso fue el reproche de una deficiente evaluación de los factores de riesgo y, en concreto, de las proyecciones en el sistema de fusión -cubilotes-, falta de evaluación del procedimiento de trabajo en el mismo que afectaba a la fijación de las medidas preventivas. Pero es lo cierto que se acredita (hecho 7°) que no existía tal defecto de evaluación (riesgo de explosión) que por su carácter accidental --imprevisible e inevitable--había conllevado la prevención informativa al trabajador (hecho 8°) de que si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido deberá para el ciclón de agua e informar al mando >>. En definitiva, interpreta que la evaluación de riesgos fue correcta, que el trabajador había sido informado de los mismos y que no cumplió con las instrucciones recibidas.

TERCERO.- En la sentencia invocada como de contraste por el trabajador recurrente en casación unificadora, que era la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo en fecha 12-julio-2007 (rcud 938/2006), por el contrario, se tienen en cuenta las circunstancias en que se ha producido el accidente de trabajo y se declara la

responsabilidad empresarial, a pesar de: a) la existencia de una correcta evaluación de riesgos (<<... En la evaluación de riesgos efectuada ... se identifica como uno de los riesgos de la máquina litigiosa, el del atrapamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad... >>); b) de unas instrucciones empresariales correctas sobre la forma de actuar en caso de riesgo (<< La empresa había impartido instrucciones escritas a los trabajadores, y entre ellos al accidentado, ... en las que se indica la prohibición de "intentar meter las manos en los cilindros del Laminador cuando se caiga un cuerpo extraño >>); y c) de la concreta conducta incumplidora del trabajador, concluyendo que << no es cierto que se haya roto el nexo causal entre infracción y daño por la conducta imprudente del trabajador>>. Así:

a) Los HPs en la sentencia de contraste se sintetizan en la misma, destacando que << El accidente del demandante, con antigüedad en la empresa demandada del 01-01-1987 y categoría profesional de oficial 1ª, sobrevino cuando se encontraba el 05-11-2002 prestando servicios laborales en la máquina calandra número dos ... realizando la tarea de control del proceso de laminado; en cierto momento, al observar que en el extremo del cilindro de gofrar se había quedado adherida una cinta de plástico, procedió a retirarla con su mano derecha, la cual fue arrastrada y atrapada entre los dos cilindros de la máquina en funcionamiento. En la evaluación de riesgos efectuada el 02-05-2001 por el Servicio de Prevención ..., concertado por la actora, se identifica como uno de los riesgos de la máquina litigiosa, el del atrapamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotándola de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros. A raíz del accidente sufrido por el trabajador demandado, la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de dicha máquina>> y que <<La empresa había impartido instrucciones escritas a los trabajadores, y entre ellos al accidentado, el 01-06-1998, en las que se indica la prohibición de "intentar meter las manos en los cilindros del Laminador cuando se caiga un cuerpo extraño">>.

b) En dicha sentencia de casación invocada como referencial, en lo esencial, tras rechazar plenamente el escueto razonamiento y la tesis de la sentencia de suplicación impugnada, -- la que se limitaba a afirmar para exonerar la responsabilidad empresarial que <<"el accidente se produjo cuando el trabajador oficial 1ª con 15 años de experiencia, que había recibido instrucciones de seguridad por escrito y con protección expresa de introducir las manos en el bolsillo [cilindros] sin parar previamente la máquina de lavado plástico, hizo justo lo contrario, y la máquina le atrapó los dedos de la mano derecha y sin que conste que se omitiera ninguna medida de seguridad concreta, no basta decir que no se adoptó ninguna medida, debe citarse al menos una concreta, con relación a la causalidad entre la infracción y el accidente que en este caso no se dan produciéndose el accidente por una imprudencia del trabajador, que debió parar la máquina que estaba provista de parada de emergencia">> --, se concluye razonando con relación al caso enjuiciado que << En el caso presente, a diferencia de lo que afirma la sentencia recurrida, no es cierto que se haya roto el nexo causal entre infracción y daño por la conducta imprudente del trabajador, dado que, siendo cierto que la empresa impartió instrucciones escritas a los trabajadores en las que se les prohibía "intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño ..., no lo es menos que "En la evaluación de riesgos, efectuada el 2-5-2001 por el Servicio de Prevención ... concertado por la actora se identifica como uno de los riesgos de la máquina referida en el ordinal precedente el de aparcamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotando de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros" y que ... "A raíz del accidente sufrido por el trabajador demandado, la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de dicha máquina">> y que << Fue, pues, la conducta omisiva del empresario consistente en no llevar a la práctica la medida de protegerse el trabajador respecto de los cilindros de la máquina, la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador; acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador, "a priori y no a posteriori" del accidente, las condiciones mínimas de seguridad a que antes se ha hecho referencia >>.

CUARTO.- 1.- Ciertamente, sobre el requisito o presupuesto de contracción de sentencias ex art. 219.1 LRJS , no se ha exigido por esta Sala de casación en los numerosos supuestos en los que ha entrado a conocer sobre la cuestión de fondo en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTS/IV 20-enero-2010- rcud 1239/2009, 22-julio-2010 -rcud 2621/2010, 18-mayo-2011 -rcud 2621/2010, 20-marzo-2012 -rcud 1470/2011, 4-marzo-2014 -rcud 788/2013, 15-octubre-2014 - rcud 3164/2013, 26-abril-2016 -rcud 149/2015) una identidad fáctica extrema, así, en la citada SSTS/IV 20-enero-2010 se argumenta sobre la existencia de contradicción afirmando que << La contradicción debe apreciarse, porque en los dos supuestos el accidente se produce como consecuencia de la concurrencia de determinadas infracciones por parte de las empresas y de una conducta imprudente de los trabajadores y mientras que la sentencia recurrida excluye el recargo por entender que la culpa de la víctima rompe la relación de causalidad, absorbiendo la culpa de la empresa, la sentencia de contraste llega a la conclusión opuesta, declarando la responsabilidad de la empresa >> y que << un análisis objetivo de lo sucedido muestra que no es así; las conductas son muy similares y quizá - dejando aparte las calificaciones que pertenecerían a la fundamentación jurídica - pudiera resultar más grave la conducta que enjuicia la sentencia de contraste, en la que el trabajador comienza a realizar las operaciones con la máquina en marcha >>.

2.- En efecto, de haberse exigido rigurosamente una igualdad fáctica nunca, -- salvo en posibles accidentes simultáneos de varios trabajadores en las mismas condiciones con sentencias divergentes en su solución jurídica --, se hubiera podido conocer en casación unificadora de esta materia que, como todo lo relativo a la materia preventiva, afecta a la vida e integridad física de los trabajadores (art. 15 CE), lo que obliga a elevar el análisis de la contradicción a la similitud de conductas de una y otra en cuanto afectan a la concreta forma de producirse el accidente, para incidir luego en la coincidencia esencial de las cuestiones planteadas en aquéllas y en la valoración jurídica de las respectivas conductas; observemos que en la propia sentencia de esta Sala invocada como de contraste (STS/IV 12-julio-2007) para llegar a declarar la existencia de contradicción se determinaron los elementos precisos a tener en cuenta en el juicio de

contradicción en dicho supuesto, razonando estrictamente que << La comparación entre los casos resueltos por ambas sentencias permite afirmar que entre las mismas concurre el presupuesto de contradicción, dado que en una y otra, de una parte los trabajadores han sido advertidos por el empleador de la forma y manera en que deben manejar la máquina, que utilizaban en el momento de sobrevenir el accidente, y, de otra, fue la carencia de medidas de adaptación a la protección requerida la que dio lugar a la lesión producida a operarios con cierta experiencia y práctica habitual >>.

3.- Por lo expuesto, entiendo que concurría en el presente recurso el requisito o presupuesto de contradicción ex art. 219.1 LRJS , pues, centrándonos en la cuestión objeto de debate, concurrencia o no de los requisitos para exigencia de responsabilidad empresarial sobre recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS, ante hechos sustancialmente iguales (en especial, se parte en ambos supuestos de unas pretendidas valoraciones de riesgos correctas, de unas alegadas instrucciones a los trabajadores suficientes y de unas imputadas conductas de los trabajadores accidentados inadecuadas), han llegado las sentencias comparadas a soluciones jurídicas contrapuestas. En efecto, en ambos casos, -- conforme se interpreta en una y otra sentencia comparada --, existían evaluaciones empresariales de riesgos que la sentencias contrastadas consideran suficientes, se impartieron previas instrucciones empresariales consideradas correctas dirigidas al trabajador sobre el no actuar de una determinada forma para evitar riesgos de accidente y por el trabajador accidentado se habrían incumplido en ambos casos dichas instrucciones con resultado lesivo, y, sin embargo ha sido distinta la solución jurídica adoptada, sobre la exigencia de responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS , pues en la recurrida interpreta que la conducta empresarial no es infractora conforme al art. 123 LGSS al interpretar que, una vez previsto el riesgo, basta con haber informado previamente al trabajador sobre su actuar si observa alguna anomalía lo que no cumplió, mientras que en la sentencia de constarte, dictada por esa Sala de casación, ello no es suficiente pues incluso existiendo imprudencia del trabajador puede existir responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS , puesto que << La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente

o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo >>.

4.- Por otra parte, partiendo de esa identidad sustancial fáctica y de pretensiones, -- y sin que suponga la que siempre se ha rechazado por esta Sala comparación , abstracta , de doctrinas ---, resulta que la doctrina por la sentencia recurrida y la de contraste, dictada por esta Sala de casación, son radicalmente distintas. Recordemos que nuestra STS/IV 12-julio-2007 se afirma, además, que << en el caso que examinamos la conducta del trabajador no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador>>, que <<Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones">>. Siguen esta misma línea interpretativa, entre otras, la citada STS/IV 22-julio-2010 (rcud 2621/2010).

QUINTO.-1.- En conclusión, no comparto el criterio estricto sobre la no concurrencia del presupuesto de contradicción de sentencias contenido en la sentencia mayoritaria, tanto más cuanto mezcla los elementos del juicio de contradicción con sus tesis de fondo sobre la adecuada conducta del empleador y la inadecuada actuación del trabajador en el caso concreto, adicionando, por tanto, de forma no correcta jurídicamente , calificaciones que pertenecerían a la fundamentación jurídica ,, separándose, sin motivarlo, de la doctrina sentada en la citada STS/IV 20-enero-2010 (rcud 1239/2009 , ponente Desdentado Bonete), en la que se concluía que << las conductas son muy similares y quizá - dejando aparte las calificaciones que pertenecerían a la fundamentación jurídica - pudiera resultar más grave la conducta que enjuicia la sentencia de contraste, en la que el trabajador comienza a realizar las operaciones con la máquina en marcha >>.

2.- En efecto, en la sentencia mayoritaria se concluye sobre este extremo de la contradicción , lo que no comparto que << En definitiva, los hechos probados de la sentencia recurrida ponen de manifiesto el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de formación e información adecuadas sobre el específico puesto de trabajo y la correcta evaluación de riesgos de dicho puesto así como que el trabajador accidentado, además de desatender su función de limpiar con una barra la piqueta de salida de la escoria en caso de atasco (h. p. 5º), sobre todo, no cumplió la advertencia de parar el ciclón de agua y avisar al mando en caso de anomalía en la salida del hierro fundido, tal como preveía el plan de prevención; pero nada de eso era lo que sucedía en la sentencia de contraste, en la que, como vimos, aunque el trabajador incumplió la instrucción expresa de no meter la mano en el cilindro del laminador, la razón determinante de la imposición del recargo no fue sino el incumplimiento empresarial que, ignorando el plan de prevención, no adoptó las medidas necesarias para proteger los cilindros de la máquina, cosa que no hizo hasta después de producido el accidente, ,siendo por otra parte muy difícil, ya no en el caso concreto, sino en términos generales,, cual sucede en los litigios sobre invalidez o sobre despidos y cuestiones disciplinarias en general, ,valorar como equivalentes las distintas conductas de cada trabajador en pleitos sobre recargo de prestaciones, como puede deducirse de

los numerosos supuestos en que esta Sala ha entendido que no existe contradicción en temas de recargo, (por todas, SSTS 4ª 25-10-1999, R. 4472/98 , 24-3-2004, R. 747/03 , 1-2-2006, R. 4183/04 [a la que pertenecen las frases precedentemente entrecomilladas], 11-2-2016, R. 2806/14 , y 1-6-2016, R. 609/15) >>.

II.2.- Sobre la solución que debiera haberse dado sobre el fondo del asunto :

PRIMERO.-1.- El trabajador recurrente, -- por el cauce procesal del art. 224.2 en relación con el art. 207.e) LRJS (, Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate) --, alegaba como infringidos por la sentencia de suplicación impugnada el art. 123.1 LGSS en relación con los arts. 14 y 42 LPRL , 16 Convenio nº 155 de la OIT de fecha 22-06-1981, 16.2.a) LPRJ, 2.2, 3.1, 4 y 5 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de Servicios de Prevención, 14, 15 y 17 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL -Ley 31/1995, de 8 de noviembre), 4 Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio (por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo) y 40.2 Constitución Española.

2.- En la citada sentencia de contraste (STS/IV 12-julio-2007 -rcud 938/2006), con doctrina reiterada en otras posteriores, como luego indicaré --, se contiene la interpretación efectuada por esta Sala de casación sobre los esenciales preceptos denunciados como infringidos, cuyo criterio comparto, deduciéndose, como luego desarrollo, que la doctrina jurídicamente correcta era la contenida en dicha sentencia referencial. Se razona, en esencia, que:

<< La Sala llega a conclusión contraria a la resolución impugnada al entender que si existe responsabilidad de la empresa determinante del recargo pretendido, en virtud de los razonamientos que se pasan a exponer:

El art. 123.1 de la LGSS preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el art. 42 de la ley 31/1995 , de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su art. 14.2 , que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del art. 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el art. 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el art. 40.2 de la Constitución , obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE , así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998) >>.

<< Es claro que, en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración (STS 20 de marzo de 1983 , 21 de abril de 1988 , 6 de mayo de 1998, 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006). Pero como antes se ha expuesto, en el caso que examinamos la conducta del trabajador no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo,

configurado en el art. 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran . Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador . No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones ">>.

3.- La doctrina contenida en la anterior sentencia, con referencia expresa a su forma interpretativa de los referidos preceptos, se ha reiterado por esta Sala, entre otras, en las SSTS/IV 20-enero-2010 (rcud 1239/2009), 12-junio-2013 (rcud 793/2012 - atraco en salón recreativo), 22-noviembre-2014 (rcud 2399/2013 - atraco en gasolinera) y 22-julio-2010 (rcud 1241/2009); en esta última se resalta, conforme a nuestra jurisprudencia (reflejada, entre otras, en la STS/IV 26-mayo-2009 -rcud 2304/2008), que:

<< La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia , pues no es el trabajador quien debe organizar el

trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la ,dirección y control de la actividad laboral, (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del ,deber de protección, mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, -- e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime ,del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona, (art. 14.2 y 4 LPRL) -- y, en suma, preceptuarse que ,la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, (art. 15.4 LPRL) >> y que

<< Es el empresario el que tiene la posición de garante (empresario garante,) del cumplimiento de las normas de prevención (arts. 19.1 ET y 14 LPRL). El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero, según sus posibilidades,, como dice expresamente el art. 29.1 LPRL . Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada >>.

4.- Debe recordarse, incidentalmente, en este punto que para determinar el porcentaje del recargo de prestaciones ex art. 123.1 LGSS (de un 30 a un 50 por ciento) debe atenderse por imperativo legal a la , gravedad de la falta, y en este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala estableciendo que no procede la minoración del recargo cuando se aprecia en deudor seguridad un , absoluto desprecio de la normativa de prevención ,; así en la STS/IV 4-marzo-2014 (rcud 788/2013) se afirma que << El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica

también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal>>); en la STS/IV 17- marzo-2015 (rcud 2045/2014) se precisa que <<siendo de reseñar, en fin ... que la normativa de aplicación es siempre y en todo caso, de mínimos, y que no impide la actuación en un grado superior, acorde con un principio de responsabilidad social, de la empresa auténticamente diligente en el cumplimiento de sus obligaciones más primarias y generales en beneficio del elemento humano>>), reitera la doctrina de la anteriormente citada la STS/IV 26-abril-2016 (rcud 149/2015).

SEGUNDO.- Igualmente, la jurisprudencia constitucional, en un supuesto de riesgos psicosociales, ha destacado, entre otras en la STC 160/2007, que, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, concreta, en el ámbito de la prestación de trabajo, la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE . Dicha Ley, como se sabe, es una norma de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la propia Ley o en sus normas de desarrollo (art. 3 de la Ley 31/1995 , de prevención de riesgos laborales, tanto en su redacción originaria, como en la dada por la disposición final segunda de la Ley 31/2006, de 18 de octubre). Pues bien, su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, señalándose expresamente que este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio. En cumplimiento del deber de protección, decía la misma Ley en la redacción vigente en el momento en que se produjo la orden de traslado el empresario (la Administración empleadora, en esta ocasión) deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos

relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

TERCERO.- 1.- En la misma línea interpretativa y con relación al contenido y alcance del citado art. 123 LGSS la jurisprudencia de esta Sala ha seguido reiterando en ulteriores sentencias y estableciendo las siguientes conclusiones:

a) Con carácter general se ha venido declarando, reiterando y exigiendo, como requisitos determinantes de tal responsabilidad empresarial, la infracción, el daño producido y el nexo de causalidad; en concreto se requiere que << a) que la empresa haya cometido infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad especial o general, pues bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador; b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso (SSTS 12/07/07 -rcud 938/06 ; 12/06/13 -rcud 793/12 ; y 20/11/14 -rcud 2399/13). Y se insiste en que la imposición del recargo exige la existencia de una relación de causalidad entre la conducta culpable -por acción u omisión- del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, y el accidente o daño producido, debiendo valorarse a tal efecto todas las pruebas admitidas en Derecho, incluso las presunciones [art. 1249 a 1253 CC; art. 386 LECiv] (entre muchas anteriores, SSTS 16/01/06 -rcud 3970/04; 26/05/09 -rcud 2304/08; y 15/10/14 -rcud 3164/13) >> (STS/IV 22-junio-2015 -rcud 853/2014).

b) El concepto de riesgo no es abstracto sino que está unido a la específica actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus características personales, habiéndose declarado que << El concepto de riesgo, según el Diccionario de la RAE es "contingencia o proximidad de

un daño", apareciendo definido en el art. 4.2 de la LPRL como "La posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo", es decir es la posibilidad de que ocurra un siniestro o se contraiga una enfermedad en el trabajo.- ... La LPRL trata de prevenir el riesgo laboral, apareciendo este término a lo largo de su articulado, así en los arts. 1, 2.1, 4.1.2.5.7.8, 5.3, 6.1, 11, 14.1.2, 15.5, 16.1.2, 21. 22. 25. 27.1, 28.2, 29.5.- Por su parte el art. 4.3 de la Ley, dispone que se consideran "daños derivados de trabajo" las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. La norma considera que son daños derivados del trabajo los que se producen, no sólo con motivo del trabajo sino también los que se producen con ocasión del mismo, lo que amplía considerablemente el concepto >>, que << ... El examen de los preceptos anteriormente transcritos nos lleva a concluir que la ley no utiliza el término "riesgo laboral" únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos. El concepto de riesgo laboral ha de trasladarse a la actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus características personales. El riesgo concreto existente en la empresa es el objeto de la prevención, manifestada en la identificación del mismo para posteriormente evitarlo, eliminarlo o reducirlo. Aparece así el riesgo unido a las concretas condiciones de trabajo existentes en la empresa, entendiéndose por condiciones de trabajo, a tenor del art. 4.7 LPRL, cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador" >>, concluyendo que <<... el concepto de riesgo laboral, señalando que el concepto del mismo, proporcionado por el art. 4.2 de la LPRL ha de trasladarse a la actividad concreta desarrollada por la empresa >> (STS/IV 25-junio-2008 -rco 70/2007 con doctrina seguida por antes citadas SSTs/IV 12-junio-2013 -rcud 793/2012 - atraco en salón recreativo y 22-noviembre-2014 -rcud 2399/2013 - atraco en gasolinera).

c) Igualmente se ha declarado la inaplicabilidad al recargo de la presunción de inocencia y la posibilidad acreditar relación de causalidad por prueba plena o por presunciones ; se ha interpretado por esta Sala de casación que << La presunción de

inocencia no es aplicable al recargo de prestaciones , porque éste en nuestro ordenamiento no tiene formalmente el carácter de una sanción tipificada como tal por la ley ... >> y, por otra parte, aplicando la doctrina relativa al recargo en supuestos de enfermedades profesionales (asbestosis) que << Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial --, y se reitera en las ... SSTS/IV 18-mayo-2011 (rcud 2621/2010) y 16-enero-2012 (rcud 4142/2010)--, que ... ,la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso ... lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la EP declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte ,>> (STS/IV 15-octubre-2014 -rcud 3164/2013 ; en la misma línea interpretativa SSTS/IV 22-junio-2015 -rcud 853/2014 y 1-junio-2016 -rcud 609/2015).

2.- En general, sobre la problemática de la carga de la prueba en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y su solución por la jurisprudencia de esta Sala, -- cuyo doctrina ha tenido reflejo en el art. 96.2 LRJS --, <<se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008), que ,la propia existencia de un daño pudiera implicar ... el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable],, aplicando la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual ,la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual,, que ,La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias , y que, en cuanto concretamente a la carga de la prueba, ,ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al

caso fortuito, salvo prueba en contrario ; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta], y que ,el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente,>>, destacando expresamente que << La referida doctrina jurisprudencial se ha visto reflejada ulteriormente en el art. 96.2 LRJS ..., en el que se preceptúa que ,En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira,>> (STS/IV 27-enero-2014 -rcud 3179/2012); doctrina que se ha aplicado también, como posibilita el texto legal, en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTs/IV 15-octubre-2014 -rcud 3164/2013).

3.- Para determinar si existe nexo causal entre infracción y daño esta Sala viene aplicando los mismos principios sobre la carga de la prueba y la responsabilidad por culpa ya se trate del recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS o de la exigencia de responsabilidad de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional , como lo evidencia la aplicación del denominado efecto positivo de la cosa juzgada entre las resoluciones firmes recaídas en las resoluciones dictadas en uno u otro procedimiento. Destaca nuestra jurisprudencia las interrelaciones entre sentencia firme

dictada en litigio sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de AT (en la que se declara que no medió relación de causalidad entre la infracción atribuible a la empresa y el accidente) y la sentencia sobre recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS recaída sobre el mismo AT, en la STS/IV 22-junio-2015 (rcud 853/2014) (en ella se hace referencia al supuesto inverso en que se declaración la existencia de responsabilidad empresarial, resuelto en STS/IV 12-julio-2013 -rcud 2294/2012), afirmando que << ...- aunque median diferencias entre las dos instituciones [recargo/indemnización civil] que son objeto de decisión en los respectivos procedimientos, existe «un elemento constitutivo de ambos institutos -recargo e indemnización- que tiene que ser objeto de decisión en las dos controversias: [...] la relación de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y las lesiones derivadas del accidente [...] Las diferencias existen, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer [...]».- Sentencia esta última que precisamente decide -en el sentido referido, aunque inverso al de autos- que la sentencia que declaró la procedencia del recargo tiene efecto positivo sobre la reclamación de responsabilidad adicional por daños y perjuicios, porque «fue una resolución que decidió sobre el recargo, por lo que tuvo que decidir también sobre la existencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y las lesiones que constituyen el daño derivado del incumplimiento de las normas de prevención» >>. Precisamente, sobre esta cuestión y esta materia la STS/IV 13-abril-2016 (rcud 3043/2013) analiza el presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS desde la perspectiva de la cosa juzgada , señalando que << Es importante destacar ... que existe ... en el caso analizado en la sentencia de contraste ... una decisión previa de la misma Sala de lo Social confirmando la concurrencia en el accidente de una omisión de medidas de seguridad, y esa es la razón por la que aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 192/2009, de 28 de septiembre) y de esta sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTs de 29 de mayo de 2.005 y 28 de abril de 2.006), la realidad jurídica que se refiere a esa ausencia de medidas de seguridad como elemento determinante de la causa del accidente había de producir el efecto positivo de la cosa juzgada en la reclamación de daños y perjuicios posterior, sin perjuicio de la moderación de las responsabilidades que pueda llevarse a cabo a través del análisis de otros hechos concurrentes >>, que << la admisión de la sentencia precedente como

documento relevante y al amparo del art. 233.1 LRJS ha de tener necesariamente relevancia en el ámbito de la contradicción, por cuanto su contenido ha quedado procesalmente incorporado al debate, debiendo ahora determinarse el alcance de esos efectos jurídicos >>, por lo que << El punto de partida de dichos efectos ha de ser necesariamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 77/1983, 192/2009, 139/2009 o 16/2008, en todas las que el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art 24.1 CE es el punto de partida, o lo que es lo mismo, la necesidad de que las resoluciones judiciales que abordan unos mismos hechos en distintas resoluciones judiciales, tengan en cuenta los factores concurrentes y decidan de manera razonada desde esa perspectiva de tutela lo que resulte ajustado a derecho>>.

CUARTO.- 1.- Debe destacarse, por otra parte, que, aun referida a un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de accidente de trabajo, por esta Sala se han rechazado interpretaciones sobre la interrelación entre la conducta del empleador y del trabajador accidentado similares a las se efectúan en la sentencia ahora recurrida, puesto que no se puede partir de una igualdad en la valoración de las conductas (, culpas ,) de empresario y trabajador al no estar en el mismo plano cuando se trata de materia de riesgos laborales que pudiera conducir a una rechazable estricta compensación, reiterando que el concepto de riesgo laboral ex art. 4.2 LPRL ha de trasladarse a la actividad concreta desarrollada por la empresa y declarándose expresamente que << No es aceptable jurídicamente, conforme a nuestra jurisprudencia, el criterio sustentando en la sentencia recurrida para exonerar de responsabilidad para lo que le basta con que ,no existía deficiencia alguna en la máquina, adecuada y coherente con el trabajo, que estaba evaluada a estos efectos, por la sociedad de prevención de riesgos laborales ..., unido a que ,la actora había recibido la correspondiente formación e información de prevención de riesgos laborales para las tareas de manipulado que realizaba ..., tareas que además ya había realizado antes del accidente,, -- pues sin efectuar comparaciones con analogía a otro tipo de accidentes, como los de tráfico, en los que los vehículos están habitualmente homologados y los conductores disponen de permiso adecuado para su conducción y ello no impide las existencia de supuestos de responsabilidad por daños --, dado que, como se deduce de los diversos supuestos enjuiciados por esta Sala, si bien

la trabajadora debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET) ,según sus posibilidades, (art. 29.1 LPRL), el deudor de seguridad debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización >> (STS/IV 4-mayo-2015 -rcud 1281/2014).

2.- Cuestión distinta es que en materia de responsabilidad patrimonial derivada de accidente de trabajo, -- no para el recargo ex art. 123 LGSS , en que el porcentaje del mismo se determina en función de la gravedad de la falta --, pueda tenerse en cuenta la conducta del trabajador accidentado y las demás circunstancias concurrentes en un accidente generado por omisión empresarial de medidas de seguridad a los efectos de fijar la indemnización correspondiente; pues, como se afirma en nuestra STS/IV 4-mayo-2015 (rcud 1281/2014), << sin que ello obste, entendemos, que cuando se trate de exigencia de responsabilidad por daños puedan tenerse en cuenta para su determinación, en su caso, todas las circunstancias concurrentes (en especial, las relativas a las conductas de los implicados y a la forma de producirse el accidente y sus resultados) que pudieran incidir en la producción y gravedad del daño y en su reparación, fijando los adecuados criterios de moderación del importe indemnizatorio si procede >>.

QUINTO.- A modo de síntesis de la jurisprudencia expuesta interpretativa del art. 123 LGSS y de la normativa de prevención concordante, -- como antecedentes para aplicarlas al caso concreto ahora enjuiciado --, cabe extraer las siguientes conclusiones:

a) El requisito de que , la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial , debe

concretarse , añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador;

b) El concepto de riesgo no es abstracto sino que está unido a la específica actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus características personales ,, relacionándose, por tanto, directamente con , la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos;

c) Se ha afirmado por esta Sala y se ha concluido por la doctrina científica que , el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, y que. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran;

d) el deudor de seguridad debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización;

e) Se advierte que , no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la dirección y control de la actividad laboral, y que, la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador;

f) Incluso en materia de recargo de prestaciones se entiende que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene ... entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo;

g) En cuanto a la carga de la prueba se afirma que la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias, doctrina jurisprudencial que ha tenido ulterior reflejo en el art. 96.2 LRJS;

h) En materia de recargo de prestaciones no cabe aplicar el principio de presunción de inocencia con respecto a la conducta del empleador y es dable acreditar relación de causalidad por prueba plena o por presunciones;

j) Para determinar si existe nexo causal entre infracción y daño se aplican los mismos principios sobre la carga de la prueba y la responsabilidad por culpa ya se trate del recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS o de la exigencia de responsabilidad de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, como lo evidencia la aplicación del denominado efecto positivo de la cosa juzgada entre las resoluciones firmes recaídas en las resoluciones dictadas en uno u otro procedimiento; y

k) La conducta del trabajador, junto con otras circunstancias puede valorarse a los efectos de terminar la existencia del nexo causal, excluyéndolo únicamente si es dable configurar dicha conducta como imprudencia temeraria; no siendo aplicable la posible, culpa, del trabajador a los fines de determinar el porcentaje del recargo puesto el mismo se basa legalmente en la, gravedad de la falta.

SEXTO.- 1.- En el presente caso, a efectos de la imposición del denominado , recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional , definido en el art. 123.1 LGSS (actual art. 164.1 LGSS /2015) (1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán ... cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador), entiendo que concurren, como detallaré, los presupuestos jurisprudencialmente exigidos de:

a) Comisión por la empresa de infracción consistente en el incumplimiento de medidas de seguridad especial o general o, como mínimo, de falta de diligencia de un prudente empleador (no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, - art. 123 LGSS);

b) Acreditación de la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador;

c) Existencia de una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso (cuando la lesión se produzca por art. 123 LGSS); y

e) El resultado lesivo no se ha producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador (imprudencia temeraria) o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario; elementos que deben tenerse en cuenta a efectos de determinar la concurrencia o no del nexo causal.

2.- Por lo que, en el presente caso, acreditándose lo referidos presupuestos, interpreto que no cabía entender cumplida la deuda de seguridad del empleador ex art. 123 LGSS y debía ser calificado de, empresario infractor ,. Puesto que, aunque se entendiera que formalmente hubiera efectuado una adecuada evaluación de riesgos e informado al trabajador sobre lo que debía efectuar en caso de riesgo, no obstante la lesión constitutiva del accidente se produce en el caso concreto por no haberse,... observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, y sin que haya mediado fuerza mayor, caso fortuito ni imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

3.- En efecto, en el presente caso y a la vista de los HPs de la sentencia de instancia inalterados en suplicación, -- aunque: a) se acepte, como se efectúa en la sentencia recurrida, que por la empresa se había evaluado el riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión o de explosión de los cubilotes (y aun obviando el que no parece constar incluido específicamente el riesgo de explosión), pero no aceptando su argumento de que se trataba de un supuesto , imprevisible e inevitable ,. pues, como destaca el recurrente, resultaría contradictorio con el hecho de que tal riesgo estaba expresamente previsto en la evaluación de riesgos; y b) se asuma, también, que el trabajador (conductor cubilote en una fábrica de bañeras de fundición) había recibido la prevención informativa de que , si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido deberá para el ciclón de agua e informar al mando , e incluso adicionando (en concordancia con el HP 8º) que se le hubiere también informado sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual y que éstos deberían consistir, conforme al Plan de evaluación (en concordancia con el HP 7º), en los , necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido, -- ; resulta que en el caso ahora enjuiciado tales prevenciones resultaron manifiestamente insuficientes para evitar el grave accidente (especialmente con pérdida total de un ojo) o reducir sus consecuencias, reduciéndose a una prevención e información meramente formal o abstracta, incumpliendo, entiendo,

por una parte, el empresario, como deudor de seguridad, con sus obligaciones, puesto que como tal, debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización; y, por otra parte, no es imputable al trabajador conducta que pueda ser calificable de imprudencia temeraria que impidiera la concurrencia del nexo causal entre infracción y lesión.

4.- La anterior conclusión, como he adelantado, es dable deducirla directamente de los HPs inalterados de la sentencia recurrida en relación con el Acta levantada por la Inspección de Trabajo que se resume en aquéllos y a la que se remiten, y la que constituye también el fundamento fáctico de la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada, puesto que:

a) No puede entenderse adecuada y suficiente para exonerar de responsabilidad al empleador la mera y formal existencia de una evaluación de riesgos laborales en la que se contemplen, entre otros extremos, los , contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido ,, las , proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados, y el, riesgo de explosión si de manera accidental el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado , y menos, como se ha adelantado, por entenderse que la referida explosión tenía , carácter accidental -- imprevisible e inevitable;

b) La insuficiencia de la referida evaluación de riesgos laborales en el caso concreto se pone de evidencia en la propia acta de la Inspección de Trabajo y cuyos hechos gozan de presunción de certeza (arg. ex art. 151.8.II LRJS: presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e

intereses puedan aportar los interesados), -- en los extremos no desvirtuados por el empresario cuya carga de la prueba le incumbía y que deberían, en su caso, haber tenido adecuado reflejo en los hechos probados para poder constatar el cumplimiento empresarial de su deuda de seguridad --, en especial cuando en ella se afirma que , Al ser una evaluación general , no consta la identificación de las posibles causas o circunstancias de los factores de riesgo que pueden concurrir para que se produzca una proyección por entrar en contacto el hierro con el agua, y en consecuencia poder determinar la onda expansiva para así concretar los epis adecuados al riesgo específico y poder proporcionar medios adecuados que garanticen una distancia de seguridad suficiente entre el trabajador y la zona enfriamiento y eliminación de escoria en ciclón de agua de escoria, en resumen la empresa no acredita haber efectuado la preceptiva evaluación del procedimiento de trabajo que se utiliza ,, o dado que , tampoco se ha establecido un sistema de control que detecte el incremento de escoria para ralentizar la producción , o por la , falta de mantenimiento de la piqueta de escoria que estaba colocada en el momento del accidente, que presentaba alteraciones en su cara interna que se encuentra unida al sifón , o dado que , los equipos de protección individual resultaron insuficientes al riesgo específico de explosión; siendo éstos los datos esenciales objeto de la infracción a los que por remisión a la referida Acta se fundamenta la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada.

c) No puede, finalmente, entenderse adecuada y suficiente para exonerar de responsabilidad al empleador la formal prevención informativa al trabajador de que , si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido deberá para el ciclón de agua e informar al mando ,, tanto más si no se acredita que en el caso concreto el trabajador habría tenido un tiempo mínimo suficiente para transmitir tal previa información al mando tanto más cuanto en el acta de la Inspección de Trabajo, no desvirtuada (habría correspondido a la empresa desvirtuar su presunción de veracidad), se afirma que la explosión fue repentina (salió un chorro grande escoria y de repente explotó, al encapsularse el agua dentro del hierro); por lo que su teórica conducta incumplidora de dicha instrucción empresarial no es posible calificarla de imprudencia temeraria que rompa el nexo causal entre infracción y lesión.

SÉPTIMO.- La aplicación de la expuesta doctrina jurisprudencial al presente caso entiendo que obligaba a entender que la doctrina jurídicamente correcta era la contenida en la sentencia referencial dictada por esta Sala de casación; por lo que procedía haber estimado el recurso de casación unificadora interpuesto por el trabajador accidentado, lo que comportaba casar y anular la sentencia de suplicación impugnada y a que, resolviendo el debate suscitado en suplicación, se hubiera estimado el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador ahora recurrente y se hubiere revocado la sentencia de instancia, desestimando la demanda interpuesta por la sociedad empleadora.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por DON Severino frente a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. y el INSS-TGSS, revoco la resolución administrativa de fecha 18 de noviembre de 2013, y declaro la existencia de responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo sufrido el 25 de abril de 2011 por D. Severino, y, en consecuencia, declaro que las prestaciones económicas derivadas de dicho accidente, descritas en el hecho probado noveno, sean descritas en un 40%, con cargo a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «PRIMERO.- El trabajador, DON Severino, con DNI NUM000, nacido el NUM001 /1955, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 y encuadrado en el Régimen General, ha venido prestando servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., como instalador electricista, con la categoría de oficial de primera. La empresa dedica su actividad al mantenimiento de instalaciones eléctricas, postes de electricidad y similares, prestando sus servicios para la empresa IBERDROLA. SEGUNDO.- El día 25 de abril de 2011, D. Severino sufrió un accidente de trabajo, mientras prestaba sus servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., realizando labores de desmontaje del tendido eléctrico en las instalaciones de la empresa BODEGAS SIERRA en el término municipal de Villalmanzo. La cuadrilla de trabajo estaba formada por cinco trabajadores, dirigidos por el encargado D. Avelino , el cual abandonó el lugar tras distribuir el trabajo. El Sr. Avelino dio la orden a D. Eduardo , que actuaba como jefe de equipo en ausencia de aquel, de proceder, junto con el Sr. Severino , al desmontaje del trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Tras realizar la desconexión del trenzado sin incidencias, el Sr. Eduardo y el Sr. Severino se dirigieron al poste de madera, y procedieron a colocar una escalera de mano apoyada para el ascenso. D. Severino fue el encargado de subir a la escalera, mientras que el Sr. Eduardo sujetaba la escalera en la base. Tras cortar el Sr. Severino el cable de trenzado del lado de apoyo de hormigón, el poste comenzó a balancearse y oscilar, provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste, de aproximadamente diez metros. Los trabajadores no arriostraron debidamente el apoyo de madera, si bien disponían de medios para ello, ni utilizaron la cesta elevadora que también tenían disponible en el camión. TERCERO .- D. Severino disponía, a fecha del accidente, de formación e información en materia de prevención de riesgos laborales, incluido el riesgo de trabajados en altura, conforme a lo previsto en los artículos 18 y 19 de la Ley 31/1995 .

CUARTO.-.- El puesto de trabajo del actor se encontraba, a fecha del accidente, evaluado, contando la empresa con un Plan genérico de seguridad y salud y para la coordinación de actividades empresariales, conforme al artículo 16 de la Ley 31/95, de

Prevención de Riesgos Laborales . El apartado 3.2.4.3 del Plan establece lo siguiente: - Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar. QUINTO .- El 12 de mayo de 2011 se emite informe por la Unidad de Seguridad y Salud Laboral. El informe obra a los folios 210 a 214 de los autos y su contenido se da íntegramente por reproducido. SEXTO.- El 18 de octubre de 2011 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social concluye la investigación del accidente, y se emite informe, cuyo contenido obra a los folios 68 a 72 de los autos. El Inspector concluye lo siguiente "Del conjunto de actuaciones comprobatorias practicadas, hechos comprobados y manifestaciones vertidas con ocasión de las mismas, se concluye considerando que el accidente sufrido por el trabajador tiene su causa en la incorrecta decisión del trabajador. Ciertamente es que la empresa tiene una labor de garante de la salud de los trabajadores. No obstante, se considera que la empresa ha facilitado los medios necesarios para realizar el trabajo de manera segura, ya que, en primer lugar, pone a disposición de los trabajadores una cesta elevadora, que les permite un nivel óptimo de seguridad. Además, facilita a los trabajadores medios mecánicos para el adecuado enclavamiento del poste (cuerdas de seguridad, amarres) los cuales no son usados por los trabajadores. Por ello, el que suscribe entiende que no concurre responsabilidad administrativa de la empresa en relación con el accidente investigado". SÉPTIMO .- El 22 de agosto de 2012 el Inspector de Trabajo emite, a petición del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lerma, informe ampliatorio en el que manifiesta que a través de las actuaciones comprobatorias practicadas por la Inspección, no quedó acreditado quién ostentaba la dirección de los trabajos, por lo que se entendió que D. Eduardo y D. Severino actuaban en igualdad jerárquica. OCTAVO.- El 25 de febrero de 2013, ante la Jefatura Provincial de Burgos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el trabajador presentó escrito de disconformidad con la actuación llevada a cabo por la Inspección de Trabajo. El 17 de julio de 2013 la Subdirectora General, en contestación al mismo, concluye que la

actuación llevada a cabo por dicho organismo en la investigación ha sido correcta y adecuada, tanto en los medios de investigación empleados como en las medidas adoptadas por el funcionario actuante, ajustándose a las normas y preceptos legales de funcionamiento de actuación inspectora. NOVENO .- El accidente sufrido por el trabajador dio lugar a prestaciones de incapacidad temporal, por importe de 22.158,40 euros y de incapacidad permanente total, declarada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 10 de julio de 2012, con arreglo a una base reguladora de 2.246,11 euros al mes, y efectos de 19 de abril del mismo año, siendo el capital coste de la prestación el de 363.935,16 euros. DÉCIMO .- Iniciado a instancia del trabajador, con fecha 25 de junio de 2013, ante la Dirección Provincial del INSS, expediente de recargo en prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, con fecha 18 de noviembre de 2013, acogiendo el dictamen propuesta del EVI de 14 noviembre de 2013, se dicta resolución por la que se acuerda. "Denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitada por D. Severino contra la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido". UNDÉCIMO .- Tras el acaecimiento del accidente, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Lerma se siguieron Diligencias Previas 189/2011, dictándose, con fecha 7 de febrero de 2013, auto por el que, se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la misma. DUODÉCIMO .- Ejercitada por el trabajador la acción de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, el 2 de abril de 2014, por el Juzgado de lo Social 3 de Burgos se dictó sentencia estimatoria de la demanda, recaída en autos 1099/2013, en la que se condena a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., y a la compañía aseguradora MAPFRE EMPRESAS, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., al abono al demandante de una indemnización. No consta si la referida sentencia ha sido o no objeto de recurso.".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, TGSS y Urán Servicios Integrales S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de suplicación formulados por la representación de la empresa URAN SERVICIOS INTEGRALES SL y por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 8 de mayo del 2014 por el Juzgado de lo Social número 2 de PALENCIA (Autos 790/2013), en virtud de demanda promovida por DON Severino contra las referidas recurrentes, sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia en su integridad. Se imponen a la empresa recurrente, URAN SERVICIOS INTEGRALES SL, las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte recurrida que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.».

CUARTO.- Por la representación de Urán Servicios Integrales S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Burgos) de fecha 20 de octubre de 2014, en el Recurso número 547/2014.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 15 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El actor, instalador electricista con categoría de oficial primera, realizaba tareas de desmontaje del tendido eléctrico con una cuadrilla compuesta de cinco trabajadores al frente de la cual se hallaba un encargado. Éste abandonó el lugar de trabajo una vez distribuido el plan de actividad y haber ordenado al que actuaba como jefe de equipo en su ausencia proceder con el demandante a desmontar el trenzado desde la fachada al poste y desde éste al apoyo de hormigón. Finalizada la desconexión del trenzado, colocaron una escalera de mano apoyándola en el poste subiendo por ella el accidentado mientras el otro trabajador sujetaba la base. Una vez cortado el cabo del lado de apoyo de hormigón el poste empezó a balancearse oscilando y rompiéndose lo que provocó la caída del trabajador que estaba anclado al poste, dese una altura de diez metros.

Los trabajadores disponían de cesta elevadora y medios para arriostrar debidamente el poste de madera que no fueron utilizados. El Juzgado de lo Social impuso un recargo del 40% confirmado en Suplicación al considerar al trabajador que acompañaba al actor como jefe de equipo que actuaba a petición del encargado, quién se había ausentado.

Recorre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 20 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos.

La sentencia de comparación revoca la de instancia desestimando así la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta por el mismo trabajador que ostenta la condición de parte actora en la sentencia recurrida y en relación al mismo accidente de trabajo en ella descrito.

Son preceptos examinados por la Sentencia al ser objeto de denuncia la infracción el artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La sentencia referencial razona, en función de los hechos probados que: «En el caso de autos, no es apreciable dicha responsabilidad empresarial. Pues no existe acto o omisión imputable a la empresa que haya incidido en el desgraciado accidente. Puesto que éste se produjo cuando el trabajador demandante estaba subido a un poste, donde efectuaba su trabajo, y dicho poste se balanceó cayendo al suelo el trabajador. Habiendo observado ya éste que con anterioridad el poste se encontraba torcido. Y aún cuando sabía que debía utilizar grúa, o arriostrar el poste antes de subirse al mismo, y teniendo elementos materiales a su disposición para ello, procedió a subirse al mismo, utilizando medios manuales, una escalera de mano, que estaba siendo sujeta por su compañero. Con la desgracia que al cortar el trenzado el poste, que ya estaba torcido, se balanceó aún más, oscilando, provocándose su rotura, y cayendo al suelo el trabajador. Estando dicho poste torcido ya de antes, por circunstancias ajenas a la actividad empresarial de la entidad recurrente, que simplemente fue a realizar un trabajo encargado por otra empresa, en dicho lugar, concretamente la empresa Bodegas Sierra.».

En la sentencia recurrida es objeto de análisis por ser la fundamentación en la que se apoya el recurso el artículo 123 de la L.G.S.S . en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 , así como del artículo 39.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en relación con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de noviembre de 2008 y el artículo 56 del Convenio colectivo del Sector de Siderometalurgia de Madrid. De ahí que la sentencia valore de manera indistinta que en el lugar de trabajo no se encontrara presente el encargado o que sus funciones fueran válidamente asumidas por el Jefe de Equipo, formado por cinco personas, a la hora de atribuir a la empleadora la elección inadecuada de medios auxiliares de trabajo en lugar de achacar las consecuencias al trabajador.1 considera que se halla presente la empresa a la hora de atribuir la facultad de

organización. Así mismo otorga relevancia en relación a las previsiones el convenio colectivo que la cuadrilla de trabajo se componía de cinco personas.

En la sentencia de contraste se alega por el recurso la infracción del artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La sentencia examina los requisitos que deberán acompañar a la declaración de responsabilidad por culpa contractual, existencia de daños, acción u omisión con incumplimiento de obligaciones de seguridad, nexo causal y relevancia de la conducta del trabajador para llegar a la conclusión de que no cabe establecer una afirmación positiva de culpa o negligencia en la conducta empresarial ante la ausencia de nexo entre actuación y resultado acaecido.

Entre ambas sentencias cabe establecer la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.R.J.S ., sin que sea óbice para ello que en la sentencia de contraste la reclamación se dirigiera a destacar la interpretación que mereciera dar al artículo 1902 del Código Civil respecto a los hechos acaecidos pues su invocación se hizo también en relación a los preceptos concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 123 de la L.G.S.S., 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 , y 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Con carácter previo al análisis de su argumentación deberá examinarse la estructura de la misma pues si bien enuncia la formulación de un solo motivo es lo cierto que en el se incluye la denuncia de infracción de dos preceptos que por su naturaleza habrían merecido el planteamiento de dos motivos por separado.

Así, el precepto que en primer lugar se cita es el artículo 222.4 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

En suma se trata de alegar la existencia de cosa juzgada entre ambos procedimientos.

Aún siendo conscientes de la imposibilidad de tratar la cuestión en las fases anteriores del proceso, la sentencia de contraste data el 20 de octubre de 2014 en tanto que el juicio oral ante el Juzgado de lo Social en las presentes actuaciones tuvo lugar el 22 de Abril de 2014, la sentencia recae el 8 de mayo y el recurso de suplicación frente a ésta se interpone el 29 de septiembre de 2014, no resulta factible su apreciación de oficio por hallarnos en la modalidad de casación unificadora siendo doctrina consolidada la necesidad de articular la contradicción respecto de las cuestiones procesales como se ve a continuación: «El artículo 219 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , admite en cuanto que objeto de casación para la unificación de doctrina tanto cuestiones sustantivas como procesales, si bien como reiteradamente ha señalado esta Sala en sentencias de 21 de marzo de 2000 (R. 2260/1999), 16 de Julio de 2004 (R. 4126/03), 6 de junio de 2006 (R. 1234/2005), 28 de mayo de 2008 (R. 813/2007), 9 de julio de 2009 (R. 2186/2008), 22 de marzo de 2010 (R. 4274/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 31 de enero de 2011 (R. 855/2009), y 4 de mayo de 2011 (R. 1534/2010), entre otras muchas, este excepcional recurso está condicionado, también cuando el objeto sea el examen de las infracciones procesales -salvo cuestiones de manifiesta falta de jurisdicción o relativas a la competencia funcional de esta Sala-, por la existencia de contradicción, siendo necesario para que pueda apreciarse ésta en los recursos en que se denuncian infracciones procesales no sólo "que las irregularidades que se invocan sean homogéneas", sino también que concurren en suficiente medida "las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones" que exigía el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y que sigue exigiendo el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, [como así se determinó en las sentencias dictadas en Sala General de SSTs 21 de noviembre de 2000

(R. 2856/1999 y 234/2000), y 28 de febrero de 2001 (R. 1902/2000), y después se reiteró en múltiples, sentencias de esta Sala, entre otras, 29 de enero de 2004 (R. 1917/2003), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 20 de marzo de 2007 (R. 747/2006), 19 de febrero de 2008 (R. 3976/2006), 15 de septiembre de 2009 (R. 1205/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 28 de febrero de 2011 (R. 297/2010), y 8 de marzo de 2011 (R. 2327/2010)].».

Que se haya admitido la existencia de contradicción respecto a la cuestión de fondo no implica soslayarla respecto a la cuestión procesal.

No se ha intentado siquiera por la demandada estructurar la contradicción aportando una sentencia que resolviera sobre la cuestión de cosa juzgada, pues tal función no cabe predicarla de una sentencia de contraste que por vez primera se ocupa de la reclamación planteada y es preciso que la cuestión procesal sea tratada como en la sentencia de contraste.

Por lo expuesto procede desestimar la denuncia de infracción del artículo 222.4 de la L.E.C . que como parte del único motivo se formula.

TERCERO.- El recurso alega la infracción del artículo 123 del R.D. 1/1994 de 20 de junio en relación con el artículo 1902 del Código Civil y con el artículo 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

El artículo 123 de la L.G.S.S . en la redacción vigente en las fechas en que ocurrieron los hechos se limita a establecer con carácter general la posibilidad de la imposición del recargo. El artículo 1902 del Código Civil establece:«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.».

El artículo 17 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales establece: «1. El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que: a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.

b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello.

2. El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo.».

La sentencia recurrida cifra en esencia la declaración e responsabilidad de la empresa en la circunstancia de hallarse presente durante los trabajos un Jefe de equipo, así denominado por el convenio Colectivo en una cuadrilla de trabajo formada por cinco personas según expresión de la sentencia. Ello es suficiente según la sentencia recurrida para determinar que la empresa se halla presente, por delegación del Encargado que se ausentó y por lo tanto su responsabilidad.

Los hechos se produjeron en una forma que figura redactada en forma idéntica tanto en la recurrida como en la Sentencia de contraste.

Así, ambos nos dan cuenta e que las tareas a realizar consistían en desmontar un tendido eléctrico, en concreto el trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Se realiza la desconexión del trenzado sin incidencias y a continuación el actor inició el ascenso del poste de madera sin arriostrarlo previamente. El ascenso lo realizó subido a una escalera de mano que otro trabajador sujetaba en la base pese a que disponían de medios para arriostrar así como de una cesta elevadora en el camión. Una vez cortado el cable del lado de apoyo del hormigón el poste comenzó a balancearse y a oscilar provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste.

Consta que el trabajador, con carácter previo al accidente había recibido formación sobre prevención de riesgos incluido el de trabajo en altura así como la evaluación de su puesto de trabajo contando la empresa con un Plan Genérico de seguridad y salud, que se expresa en los siguientes términos: «Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar.».

Acreditado que existía tanto la información necesaria acerca del modo de llevar a cabo la operación de desmontaje como los medios adecuados para cumplir con el plan no existe razón para que la conducta de los dos trabajadores, incluido el actor, no

siguieran las prescripciones indicadas y además prescindieran de los medios a su alcance por lo que, en el ámbito en que se desarrolla la presente controversia no cabe establecer la relación causa-efecto entre omisión de medidas de seguridad que no es dable imputar a la empresa, y resultado dañoso para el actor.

No consta la imposición por el encargado antes de ausentarse del uso de la escalera de mano ni que el Jefe de Equipo exigiera ese comportamiento al actor, con categoría de oficial 1º sino que actuando conjuntamente éste con el Jefe de Equipo, ni arriostraron el poste ni usaron la cesta elevadora que se hallaba a su disposición.

No cabe incardinar el supuesto que se somete a consideración en ninguna de las infracciones denunciadas cuyo tenor literal se reproduce en esta fundamentación por lo que el recurso visto el informe del Ministerio Fiscal deberá ser estimado resolviendo el debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados sin que haya lugar a la imposición de las costas, acorde con lo dispuesto en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Daniel Muñoz Peinado actuando en nombre y representación de Urán Servicios Integrales S.L., contra de la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en recurso de suplicación nº 1877/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia, en autos núm. 790/2013, seguidos a instancias de D. Severino frente a INSS, TGSS, y Urán Servicios Integrales S.L. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, resolviendo el

debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 18 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Social número 11 de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la concurrencia de la excepción de prescripción de la acción, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Ovidio, contra la HERENCIA YACENTE DE D. Víctor, D. Luis Enrique, DÑA. Palmira, D. Ambrosio, D. Ceferino, DÑA. María José y la entidad aseguradora LA ESTRELLA SEGUROS Y REASEGUROS».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1. El demandante D. Ovidio, nacido el NUM000 /1985, vecino de Málaga, DNI NUM001, figura afiliado a la Seguridad Social con el n° NUM002 , y suscribió contrato de trabajo de duración determinada, el 9 de diciembre de 2002, en el que figuraba como empleador D. Víctor, NIF NUM003, con actividad económica de carrusel de feria, con la categoría de oficial de 3a-montador- a tiempo completo, y retribución pactada conforme a convenio. (fol. 21 y 22 contrato).

2. El día 10 de diciembre de 2002, se produce un siniestro -accidente de trabajo- en la atracción denominada Noria, cuando el trabajador se dedicaba a la actividad de montaje por cuenta de la empresa, encontrándose a una altura de 14 metros, sujeto por cinturón de seguridad y arnés, del que se desabrochó para pasar de una plataforma a otra, momento en que se rompió la base de madera de la plataforma, cayendo al suelo desde esa altura.

3. Como consecuencia de la caída el trabajador sufrió fractura estallido de L4 con parálisis del pie izquierdo, fractura de cotilo derecho con disyunción sacro-iliaca derecha, fractura luxación abierta grado III-A de tobillo izquierdo, fractura de calcáneo derecho abierta grado III-A, fractura conminuta de extremidad distal radio izquierdo.

4. Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 29/06/2004, le fue reconocida al actor la pensión por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, integrada por el 100% de la base reguladora de 522,04€, sobre un cuadro clínico apreciado por el EVI el 25/05/2004 de secuelas de accidente de trabajo con politraumatismo, paraparesia de predominio en M.I.I. y discontrol genitourinario. (folios 41 y 42).

5. En los autos 610/2004 del Juzgado de lo Social 2 de Jaén, recayó sentencia de 12/04/2005 que devino firme, en la que se considera probado que la empresa no había realizado evaluación de riesgos laborales para el trabajo a desempeñar por un menor de edad, ni se había informado al trabajador, padre o tutor de los riesgos y medidas adoptadas, ni el trabajador había recibido formación sobre los equipos de protección individual. Dicha sentencia confirmaba la resolución administrativa que imponía a cargo de D. Víctor por falta de medida de seguridad un recargo del 50% de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo.

6. Ante el Juzgado de lo Penal 3 de Málaga se siguió procedimiento 447/2008, proveniente de diligencias previas 5915/05 del Juzgado de Instrucción 9, en la que recayó sentencia absolutoria respecto de D. Víctor por el delito de lesiones imprudentes en la persona del trabajador, siguiéndose el procedimiento igualmente frente a la Compañía Aseguradora La Estrella como responsable civil.

7. D. Víctor falleció el 8 de mayo de 2.010, por lo que en la Sección III de la Audiencia Provincial de Málaga, que conocía del Recurso de Apelación contra la sentencia penal, dictó auto de 31 de mayo de 2.010, declarando extinguida la responsabilidad criminal.

8. Figuran como herederos del empresario Don. Víctor, sus hijos: Luis Enrique, Palmira, Ambrosio y Ceferino, así como su esposa María José. No consta aceptación o repudiación de la herencia, ni declaración de herederos. No ha quedado acreditado que los herederos hayan sucedido al empresario en su actividad empresarial.

9. El procedimiento penal se inició por denuncia interpuesta ante el Juzgado Decano el 11 de julio de 2005 por el trabajador contra D. Víctor.

10. En fecha 10 de mayo de 2.011, la representación de D. Ovidio dirige comunicación a los hijos del empresario, comunicándole la intención de ejercitar acción civil frente a la herencia yacente, y con la finalidad de interrumpir la prescripción de cualquier acción que pudiera corresponderle. (folio 104).

11. El actor presentó papeleta de conciliación ante el CMAC por la reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente frente a la herencia yacente y la compañía de seguros La Estrella el 7/06/2011, celebrándose el acto sin avenencia el 21/06/2011.

12. Obra a los folios 274 y 275 informe de sanidad forense del trabajador emitido en el procedimiento penal a fecha 29 de mayo de 2.006, constando que el trabajador invirtió en su curación 595 días improductivos de los cuales 30 días lo fueron de hospitalización, restándole como secuelas paraparesia de miembros inferiores valorada en 50 puntos, osteosíntesis lumbar valorada en 8 puntos, osteosíntesis de tobillos valorada en 3 puntos, osteosíntesis de muñeca derecha valorada en 2 puntos, limitación de muñeca derecha valorada en 2 puntos, síndrome depresivo postraumático valorado en 6 puntos, perjuicio estético importante valorado en 10 puntos, y lumbalgia valorada en 8 puntos.

13. A los folios 495 a 502 liquidación y abono de recargo por falta de medidas de seguridad en prestaciones por.- incapacidad permanente absoluta y prestaciones de incapacidad temporal, y capitalización de tales prestaciones. (por reproducido).

14. La póliza de responsabilidad civil suscrita entre el empleador y la Compañía de Seguros La Estrella obra a los folios 681 y ss, le corresponde la cobertura del siniestro con un límite de responsabilidad por daños contratado de 15.000.000 Pesetas (90.151,82€)».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Que DESESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por D. Ovidio frente a la sentencia dictada en fecha 18.10.2013 por el Juzgado de lo Social número Once de Málaga , en los autos 667/2011 promovidos por el indicado recurrente frente a la HERENCIA YACENTE DE D. Víctor, D. Luis Enrique, D^a Palmira, D. Ambrosio, D. Ceferino, D^a María José, y la entidad aseguradora GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS (antes LA ESTRELLA

S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS), debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Ovidio, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de julio de 2001 y la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2004 , así como la infracción de lo dispuesto en el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1968 y 1969 del Código Civil e infracción del art. 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 12 de febrero de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 17 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El recurso casacional interpuesto trae causa de una demanda formulada contra empresa aseguradora y herencia yacente de un empresario fallecido el 8 de mayo de 2010 por trabajador nacido el 26 de abril de 1985 y accidentado el 10 de diciembre de 2002, habiendo resultado, cuando realizaba actividades de montaje en el

trabajo en que prestaba servicios, con lesiones que le ocasionaron una situación de incapacidad permanente absoluta (IPA), al caer de una altura de 14 metros. La sentencia de instancia considera prescrita la acción de responsabilidad civil y la de suplicación lo confirma, sosteniendo, en sustancia, que la resolución del INSS sobre la IPA fue de 29 de junio de 2004 con sello de salida de ese día, sin que conste fecha de la notificación y que el actor inició denuncia en sede penal el 11 de julio de 2005, con lo que había transcurrido el plazo de un año del art 59.2 del ET . Recurre la parte actora solicitando se anule la sentencia recurrida y se desestime la excepción de prescripción de la acción ordenando la devolución de las actuaciones al Juzgado para que se dicte nueva sentencia por la que se resuelva la cuestión de fondo de la reclamación indemnizatoria planteada. Impugnan separadamente la herencia yacente y la aseguradora. El Mº Fiscal considera improcedente el recurso.

SEGUNDO.- Son dos los motivos que alega el actor y otras tantas las sentencias que cita de contraste, debiendo precisarse de antemano que aunque para la inadmisión previa del recurso se denuncia en el primero de los escritos de impugnación (D. Luis Enrique y otros) que "no se diferencian los motivos de contradicción o recurso sino que se plantean de forma conjunta y heterogénea", ello no resulta atendible pues aun reconociendo una cierta heterodoxia expositiva, lo cierto es que tras exponer el recurrente la correspondiente comparativa de sentencias en cada uno de los dos motivos de recurso señalando la identidad de pretensión y la existencia de pronunciamientos distintos, finalmente se contiene en uno y otro un apartado C) relativo a la "infracción legal de la sentencia recurrida y quebranto en la interpretación del Derecho y formación de jurisprudencia" donde se denuncia la vulneración normativa (del art 59 del ET y 1968 y 1969 del CC el primero y del 217.3 de la LEC el segundo) correspondiente, cumpliéndose así los requisitos mínimos al respecto.

Entrando, pues, en el examen de la contradicción exigida en el art 219 de la LRJS, la sentencia referencial que se cita en el primero de los motivos es la de 24 de julio de 2001 del TSJPV, que contempla un caso en el que el trabajador de una empresa

de montajes metálicos sufrió un accidente por caída de un andamio el 13 de marzo de 1998, habiéndose hallado a consecuencia de ello en situación de incapacidad temporal hasta el 30 de junio de 1999 en que causó alta con informe-propuesta de incapacidad, siéndole reconocida una incapacidad permanente total (IPT) por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 21 de octubre de 1999, habiendo presentado el trabajador papeleta de conciliación frente a las empresas demandadas el 23 de octubre de 2000 y frente a las compañías de seguro el 14 de ese mismo mes y año y precisando la Sala de suplicación, al revisar los hechos probados, que la fecha de salida de la citada resolución es de 2 de noviembre de 1999. Sobre esta base fáctica se declara que no opera la prescripción alegada pues el actor debió tener conocimiento de la resolución administrativa sólo a partir del 2 de noviembre de 1999 en que data el sello de salida de la misma, habiendo accionado "pocos días antes de finalizar el plazo anual de prescripción", en tácita referencia a la mencionada fecha de la presentación de la papeleta de conciliación (23/10/2000) como dies ad quem.

La comparación entre resoluciones, en los términos precitados, depara el resultado de inexistencia de contradicción, porque ambas aplican la misma doctrina, si bien sobre diferentes hechos, que es lo que determina que aquélla no pueda apreciarse, toda vez que partiendo las dos de la fecha de salida de la resolución administrativa como única conocida a efectos de determinar el inicio del cómputo del plazo (dies a quo), no había transcurrido el año en el caso de la sentencia de contradicción, según su tercer fundamento de derecho en relación con sus hechos probados segundo y séptimo (este último, como dice la sentencia de suplicación en su segundo fundamento, quizás errando en la referencia del ordinal queriendo referirse, en realidad, al segundo) y se había sobrepasado en el de la recurrida, conforme se desprende de su segundo y -sobre todo- cuarto (primer y segundo párrafos) fundamento de derecho en relación con sus hechos probados cuarto y noveno, con lo que se justifican los pronunciamientos encontrados.

En consecuencia no se puede considerar cumplido el requisito del art 219.1 de la LRJS, como apunta el Mº Fiscal en su preceptivo informe, con lo que el motivo, de antemano, debe desestimarse por concurrir, como en aquél se dice, en causa de inadmisión.

TERCERO.- En cuanto al segundo motivo, la sentencia de contraste es la de esta Sala del TS de 20 de abril de 2004 , que se refiere a un accidente laboral acaecido el 29 de marzo de 1996, que dio lugar a una resolución administrativa de 24 de septiembre de 1997 que reconocía al trabajador, de oficio, una IPT, habiendo éste presentado papeleta de conciliación el 26 de enero de 1999 y demanda el 27 de mayo de ese año. En dicha resolución se declara que no existiendo proceso penal previo, la acción exigiendo responsabilidad por daños y perjuicios no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas producidas por el mismo, lo que no se deriva del mero parte médico, sino de la resolución firme en proceso de invalidez, debiendo entenderse que aun cuando la fecha de ésta es el 24 de septiembre de 1997, al no existir, sin embargo, en los hechos probados de la sentencia recurrida ni en la de instancia constancia alguna de la fecha en que tal resolución se notificó, la carga de la prueba de los elementos que constituyen una excepción, como es la de la prescripción, incumben a quien la invoca, lo que implica en ese caso que se declare no prescrita la acción, con devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que se dicte nueva sentencia en la que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas.

Cabe entender que la contradicción concurre, dado que en la sentencia recurrida la carga de la prueba sobre la prescripción (inexistencia) se hace recaer sobre el actor, según se infiere del segundo párrafo de su cuarto fundamento de derecho cuando dice que "por parte del actor no se prueba -en puridad ni se alega- la concurrencia de circunstancias ciertamente anormales por causa de las cuales no pudiera razonablemente haber tenido conocimiento hasta el 11.07.2004 del contenido del informe de valoración médica del EVI que consta emitido en fecha 25.05.2004 o incluso de la resolución del

INSS declarándolo en incapacidad permanente absoluta en la que consta como fecha de salida el 29.06.2004", es decir, que, como se ha expresado, considera que es el trabajador quien debe acreditar en qué fecha exacta conoció lo resuelto por la entidad gestora desplazándose hacia éste la carga de la prueba del plazo prescriptivo, contrariamente a lo que sostiene la sentencia de contraste, que exige se esclarezca, a cargo de la parte contraria, que alega la prescripción, la fecha de notificación de la resolución administrativa, a partir de cuyo momento comienza el cómputo del plazo al efecto.

CUARTO.- Siendo posible, pues, el examen de este segundo y último motivo, el recurrente señala, como se ha dicho, la infracción del art 217.3 de la LEC , sosteniendo que "debieron ser los demandados quienes al alegar que había transcurrido más de un año desde que (el actor) había tenido conocimiento de la resolución que acordaba su incapacidad.....debían indicar el día de inicio de la prescripción, lo que no sólo no se alegó ni se probó en modo alguno" .

Como dice nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2013 (rcud 1164/2013), que cita la sentencia recurrida en su cuarto fundamento de derecho y también la parte demandada (D. F. y otros) en su escrito de impugnación, aunque ambas de modo incompleto, "La cuestión suscitada en el presente recurso ya sido decidida por la Sala en diferentes ocasiones anteriores a la decisión recurrida, porque -en efecto- reiteradamente hemos indicado [SSTS SG 10/12/98 -rcud 4078/97; 12/02/99 -rcud 1494/98 -; 06/05/99 -rcud 2350/97-; 22/03/02 -rcud 2231/01 -; 20/04/04 -rcud 1954/03-; 04/07/06 - 834/05 -; 12/02/07 - 4491/05 -; y 21/06/11 -rcud 3214/10 -] que:

a).- El plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios atribuibles a la empresa y derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional es -efectivamente- el de un año, previsto en el art. 59.2 ET ; y la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el art. 1968 CC , se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas.

b).- Aunque el «dies a quo» para reclamar tal responsabilidad empresarial se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, ello no necesariamente equivale al momento en que acaece el AT o la del alta médica en el mismo o en la EP, «que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse»; como tampoco se inicia en la fecha en que se impone el recargo por infracción de medidas de seguridad; en igual forma que los «procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo, impiden que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente».

c).- En puridad, el plazo «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico». Y cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa «no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo», «pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos»; y «obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar al informe propuesta». Y en consecuencia, tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es «cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios».

El hecho de estar al informe propuesta cabe entenderlo en el sentido de que dicha propuesta es la que establece el marco patológico de la persona accidentada, que, no obstante, como tal propuesta, ha de confirmarse por la autoridad laboral a quien está dirigida mediante la subsiguiente resolución administrativa, y en todo caso, tanto respecto del informe como de la resolución, la solución que se impone es la misma, ya que no hay constancia en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia reproducida en la recurrida -que es la única relación fáctica que puede tenerse en cuenta- de la fecha en que pudo haberse notificado aquél (el informe propuesta de 25 de mayo de 2004) al actor y si tal notificación se produjo realmente al mismo y no sólo a la entidad gestora, no apareciendo, por otra parte, en el hecho cuarto de la sentencia de instancia -reproducido en el antecedente de hecho segundo de la sentencia recurrida- más que la fecha en que se emitió tal dictamen pero no la de su hipotética comunicación al trabajador, como tampoco, según se ha repetido, cuándo tuvo lugar la notificación al mismo de la resolución administrativa declarando la IPT.

En tales condiciones la solución es la que señala nuestra precitada sentencia de 20 de abril de 2004 (rcud 1954/2003), que culmina su razonamiento diciendo que " resulta evidente del examen de las actuaciones que la acción que se inició con la papeleta de conciliación presentada el 4 de enero de 1.999 se había interpuesto transcurrido ya el año desde que se dictó la resolución del INSS por la que se declaró la invalidez permanente total del actor, fechada el 24 de septiembre de 1.997, pero no existen en los hechos probados de la sentencia recurrida, ni en la de instancia, constancia alguna de la fecha en que tal resolución se notificó y la carga de la prueba de los elementos que constituyen una excepción como es la de al prescripción incumben a quien la invoca, tanto por aplicación del viejo principio del artículo 1214 del Código Civil, como del hoy vigente artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que señala que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impida, extingan o enerven la eficacia de los hechos jurídicos constitutivos. Implica ello que declaremos no prescrita la acción..."

En consecuencia, también en este caso la carga de la prueba de la superación del plazo prescriptivo y, por tanto, de la existencia de la prescripción, incumbe a la parte que alega la excepción y no al revés, tal y como se infiere del brocardo jurídico que dice que corresponde la carga de la prueba al que afirma y no al que niega, que es lo que plasma el art 217.3 de la LEC , invocado, como infringido, por el actor, toda vez que en el relato del que se parte sólo consta que la resolución de la Dirección Provincial del INSS por la que se reconoce al actor una situación de incapacidad permanente absoluta es de 29/06/2004 sobre un cuadro clínico apreciado por el EVI el 25/05/2004 (hecho quinto) y que el procedimiento penal se inició por denuncia interpuesta por el trabajador el 11/07/2005 (hecho noveno), sin que aparezca cuándo tuvo lugar la notificación de aquélla al actor, lo que no permite efectuar con certeza y exactitud el cálculo del año normativamente establecido al efecto, siendo ello de todo punto necesario e ineludible al sustentarse la prescripción sobre un principio de seguridad jurídica y no de justicia.

No es obstáculo, sino precisión a todo ello, lo prevenido en el art 217.7 de la LEC, a que hace mención la referida parte demandada en su escrito de impugnación y que alude a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio como cláusula de cierre del precepto, porque partiendo de la base de que la excepción de prescripción no pudo ser conocida por el actor más que en el propio acto de juicio donde se formuló, éste no se hallaba obligado a elucubrar anticipadamente sobre su formulación ni precaverse de ese modo contra la misma, al incumbir su prueba a la parte que la formulaba, mientras que esta última (la demandada) preparaba dicha excepción como parte de su contestación a la demanda sabiendo que la/s fecha/s que podía dar como inicio del cómputo del plazo prescriptivo ex art 59 del ET era/n únicamente la de la resolución o documento correspondiente pero en todo caso no la de su notificación al interesado - que es la que realmente cuenta- por ser ajena a ese procedimiento. Y, precisamente por ello, si entendía que existía un principio o indicio de tal prescripción pero no su plena acreditación, tenía que tratar de asegurar su resultado mediante el esclarecimiento de dicho extremo, para lo cual pudo, si no lo obtenía de otro modo, instar de manera razonada, incluso acudiendo anticipadamente al órgano jurisdiccional y en aplicación y desarrollo efectivo de los principios de los arts

24.1 y 118 de la CE , que se requiriese del propio actor o de la entidad gestora la documentación acreditativa de ese particular, que era un disponible y fácil recurso para formular con éxito esa oposición procesal para quien, en principio y como se ha indicado, está obligado a acreditarlo, precisamente por tratarse de un hecho extintivo o impeditivo de la acción de exigencia de la responsabilidad demandada, de manera que no basta tampoco para sostener la apreciación de la prescripción lo que alega la aseguradora codemandada en su escrito de impugnación de que le resulta imposible demostrar la fecha de notificación por no tener acceso a los documentos correspondientes al ser privados, ni, en fin, es aplicable al respecto, como dice, el art 265 de la LEC , que se refiere a documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto y no a las cuestiones de diferente índole, como la excepción referida.

Y si ese extremo (la notificación) no aparece en la relación de hechos probados del caso presente y, por tanto, no puede considerarse suficientemente demostrado, como se precisa para iniciar el cómputo del plazo que transcurre hasta el ejercicio de la acción penal interruptiva de tal prescripción, ésta no puede entenderse producida sin lugar a dudas, al faltar la fehaciencia del inicial dies a quo, sin que sean atendibles al respecto ni la alegación de cuestión nueva formulada por los familiares del empresario fallecido en su escrito de impugnación -toda vez que la cuestión de la notificación documental, se haya o no alegado expresamente por el actor en su momento, es inherente al tema de la prescripción misma y forma parte de ella- ni las hipótesis y elucubraciones de esa parte que expone densa y no muy claramente en dicho escrito sobre la base, o bien de la mención de documentos que no acreditan decididamente el extremo controvertido, como la percepción de la primera prestación de seguridad social por el actor, o sobre la de fechas diferentes referentes a otros extremos como el fallecimiento del empresario, cuando lo que cuenta es que la acción penal (a la que se aúna la acción civil en principio), que como reclamación interrumpe la prescripción, se siguió el 11 de julio de 2005 contra aquél (hecho noveno de la sentencia de instancia) y continuó hasta que se dictó auto de 31 de mayo de 2010 de sobreseimiento por fallecimiento del mismo (hecho séptimo), a partir de cuya notificación se reanudaría ex novo el cómputo del plazo de la acción debatida en las presentes actuaciones, interrumpiéndose nuevamente

el plazo con la reclamación de 10 de mayo de 2011 del actor a que se hace mención en el relato probatorio (hecho décimo), hasta que, por fin, se interpuso demanda el 21 de junio siguiente (21/06/2011, folio 2 de las actuaciones), sin que, en consecuencia, sea posible constatar indubitadamente el transcurso del reiterado plazo prescriptivo.

Por todo ello, visto el informe del Mº Fiscal, se impone la estimación del recurso, lo que implica la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia -cuya sentencia, acogedora de la excepción, fue confirmada por la de suplicación- para que dicte nueva sentencia por la que, teniendo por no prescrita la acción ejercitada, se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ovidio, contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga, en el recurso de suplicación núm. 275/2014, formulado frente a la sentencia de fecha 18 de octubre de 2013, dictada en autos 667/2011 por el Juzgado de lo Social número 11 de Málaga, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la HERENCIA YACENTE DE D. Víctor, D. Luis Enrique, DÑA. Palmira, D. Ambrosio, D. Ceferino, DÑA. María José y la entidad aseguradora LA ESTRELLA SEGUROS Y REASEGUROS, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de instancia -cuya sentencia, acogedora de la excepción, fue confirmada por la de suplicación- para que dicte nueva sentencia por la que, teniendo por no prescrita la acción ejercitada, se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: «
1º.- D. Marcos prestaba sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad desde el 13-12-99, con la categoría profesional de engrasador y devengando un salario anual de 28.776 euros. D. Primitivo prestaba sus servicios para la empresa demandada con una antigüedad desde el 5- 2-01, con categoría profesional de Mozo de cubierta y devengando un salario anual de 32.556 euros.

2º.- El día 30-7-09 D. Marcos sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios en el buque Fortuny, causando baja médica desde el 30-7-09 hasta el 16-11-10. Mediante resolución del INSS de 17-11-10 se le declara en situación de incapacidad permanente total por la contingencia de accidente de trabajo, por el siguiente cuadro clínico residual: "lumbalgia postcirugía de hernia discal L5-S1 intervenida". Como consecuencia del accidente al demandante le han quedado las siguientes secuelas: - Déficit de -20º y -15º de flexión y extensión lumbar, con rotaciones conservadas, porta artrodesis L5-S1 Instrumentada.

3º.- El día 16-3-09 D. Primitivo sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios en el buque Superfast Canarias, causando baja médica desde el 16-3-09 hasta 15-10-10. Mediante resolución de INSS de 15-10-10 se reconoce al demandante afecto de incapacidad Permanente Total por la contingencia de accidente de trabajo, por el

siguiente cuadro clínico residual: "Herida abierta en rodilla derecha complicada con isquemia aguda por síndrome compartimental. Herida hueco poplíteo izquierdo postraumático 03/09". Como consecuencia del accidente al demandante le han quedado las siguientes secuelas: - Atrofia muscular del miembro inferior derecho condicionada por la lesión del nervio ciático que genera un pie equino (con disminución de movilidad en tobillo derecho). -Defecto de repleción distal del bypass fémoro- poplíteo.

4º.- El art. 48 del Convenio Colectivo establece la obligación, por parte de la empresa, de suscribir un seguro de accidentes. Con base en dicho artículo la empresa subcribió una póliza con Mafre -Familiar.

5º.- mediante carta de fecha 8-2-11 Mafre comunica a Transmediterránea que la indemnización fijada para D. Primitivo asciende a 13.222 euros. A D. Marcos le reconoce una indemnización de 5.288,90 euros, dichos importes no fueron abonados al estar condicionados a la firma del finiquito.

6º.- Con fechas 16-12-10 y 27-1-11 los actores presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC ».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda formulada por D. Marcos y D. Primitivo contra CIA Transmediterránea SA, y Mafre Familiar, debo condenar y condeno a Mafre Familias a abonar a cada uno de los demandantes 66.111,33 euros, absolviendo a CIA. Transmediterránea SA. de los pedimentos formulados».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 22 de septiembre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos el recurso de

suplicación interpuesto por la representación de D. Marcos y D. Primitivo, desestimando el formulado por la aseguradora Mafre Familiar, contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2013, por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en autos número 1268/2011 promovidos por D. Marcos y D. Primitivo contra la empresa Compañía Transmediterránea SA y contra la recurrente Mafre Familiar, y revocándola en parte, condenamos a Mafre Familiar a pagar la cantidad que resulte de aplicar el interés anual del 20% sobre la cantidad de condena a computar desde el momento respectivo en que se declaró a D. Marcos y D. Primitivo afectos de una cantidad indemnizatoria, confirmándola en el resto de pronunciamientos que contiene. Se imponen a la recurrente Mafre Familiar, las costas procesales que comprenderán los honorarios de la representación letrada de la parte que en este recurso ha actuado en defensa de la parte actora, en cuantía que esta Sección de Sala fija en 400 euros. »

TERCERO.- Por la representación de Mafre Familiar Compañía de Seguros y Reaseguros, SA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 30 de octubre de 2014.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007 (rcud. 2080/05).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de marzo de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Los demandantes iniciales habían sufrido sendos accidentes de trabajo mientras prestaban servicios para la empresa demandada, siendo ambos declarados en situación de incapacidad permanente total. Siguiendo el mandato de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, la empresa tenía asegurado el riesgo de accidentes con la también demandada Mapfre.

En cumplimiento de la póliza, la aseguradora ofreció a los trabajadores la indemnización que, según sus cálculos, ascendía a 13.222 € para uno de ellos y a 5.288,90 para el otro. Disconformes con dichas cuantías, los actores demandan que se fije la correspondiente indemnización en la suma de 66.11,33 € para cada uno, lo que es admitido tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Madrid, como por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad Autónoma.

La Sala de suplicación acoge, además, la pretensión de los actores relativa a los intereses y condena a la aseguradora a la cantidad que resulte de aplicar el interés anual del 20% sobre el importe de la condena desde el momento en que, respectivamente, fueron declarados en situación de incapacidad permanente y hasta la fecha en que se les haga efectivo el pago de la citada indemnización.

2. Es la aseguradora la que acude ahora a la casación para unificación de doctrina para plantear un único punto de discrepancia: el relativo a los intereses moratorios.

La recurrente aporta, como sentencia de contraste a los efectos del requisito del art. 219.1 LRJS , nuestra STS/4ª/Pleno de 16 mayo 2007 (rcud. 2080/2005).

En ella se daba respuesta a un supuesto en que la mejora consistía en el aseguramiento del riesgo de accidente no laboral. La sentencia del Juzgado de instancia había condenado a la compañía de seguros al abono de la indemnización "más intereses legales". En ejecución de sentencia los actores sostuvieron que el interés aplicable era del 20% desde la fecha del siniestro, lo cual fue acogido por el Juzgado y posteriormente por la Sala de suplicación. La sentencia de contraste razona que durante los dos primeros años contados a partir de la fecha del siniestro solo se aplica el interés legal del dinero más el 50% cualquiera que sea el tiempo de tardanza de la aseguradora en efectuar el pago, por consiguiente, el interés del 20% solo se abona a partir del cumplimiento de esos dos años.

3. No cabe duda de que existe contradicción entre ambas sentencias, como pone de relieve el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- 1. Con arreglo a lo que dispone el art. 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, "Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas: (...)

4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

2. La interpretación de este precepto ha resultado siempre compleja, pues obliga a determinar si el citado art. 20.4 establece dos regímenes de aplicación sucesiva (el interés legal incrementado en un 50% durante los dos primeros años y el 20% a partir de ese momento) o si, por el contrario, regula un único parámetro de fijación del interés por mora (el 20%).

La cuestión fue abordada por la STS/1ª/Pleno de 1 marzo 2007 (rec. 2302/2001), que fue seguida por nuestra sentencia (la ahora referencial) y cuyo criterio ha reiterado la propia Sala 1ª de este Tribunal Supremo, entre otras, en las STS/1ª de 17 septiembre 2008 (rec. 653/2002), 10 diciembre 2009 (rec. 1090/2005), 31 mayo 2010 (rec. 1221/2005), 12 julio 2010 (rec. 694/2006), 29 septiembre 2010 (rec. 1222/2006), 1 octubre 2010 (rec. 657/2006) y 26 octubre 2010 (rec. 702/2007).

3. En ella se opta por entender que, durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. Y, a partir de esa fecha, el interés se devengará con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los intereses ya devengados diariamente hasta dicho momento.

Se razonaba allí, con argumentos que reproducimos en la sentencia de contraste, que " Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al art. 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que «se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero». Este posicionamiento legal no supone la concesión de un plazo de gracia mayor a las compañías de seguros, puesto que nada se dice al respecto. Supone establecer dos períodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se fijarán sin alterar el cálculo diario, con el mínimo del 20% si a partir del segundo año del siniestro no supera dicho porcentaje. Es además coherente con su tenor gramatical y con su devengo diario, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores. El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria puede ser aceptado con reservas desde la idea de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias, no desde la clara y evidente intención del legislador de dar nuevo tratamiento a la norma y de contemplar la conducta del obligado al pago de una forma distinta tanto más cuanto que, al tiempo, se decreta de oficio el devengo del interés y éste se produce por días. Si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior pues le bastaba mantener vigente el tipo único de interés anual del 20%. Pretender, además, que esta fórmula es más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50% al interés legal del dinero puede proporcionar un interés muy superior al del 20%, que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor. Finalmente, la norma 6ª del art. 20, no queda alterada con esta interpretación, por cuanto viene referida al momento concreto en que empiezan a devengarse los intereses moratorios, siendo en el apartado 4º en el que se determina el tipo de interés para uno y otro período a partir del siniestro".

4. La sentencia recurrida se aparta de esta doctrina y, por ello, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado.

TERCERO.- 1. En consecuencia, casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos en parte el recurso de dicha clase interpuesto por los dos trabajadores demandantes y, revocando en parte la sentencia del Juzgado, condenamos a la aseguradora a pagar la cantidad que resulte de aplicar el interés legal del dinero, incrementado en el 50%, vigente en la fecha del momento respectivo en que se les declaró en situación de incapacidad permanente y hasta dos años después, y, a partir de dicho momento y hasta la fecha en que se abonó la pertinente indemnización se aplicará, en su caso, el 20% de interés anual.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS no procede la imposición de costas, debiendo devolverse el depósito dado para recurrir y darse a la consignación el destino legal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mafre Familiar Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 41/2014, casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos en parte el recurso de dicha clase interpuesto por los dos trabajadores demandantes, D. Marcos y D. Primitivo, revocando también en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de

condenar a la aseguradora a pagar la cantidad que resulte de aplicar el interés legal del dinero, incrementado en el 50%, vigente en la fecha del momento respectivo en que se les declaró en situación de incapacidad permanente y hasta dos años después, y, a partir de dicho momento y hasta la fecha en que se abonó la pertinente indemnización se aplicará, en su caso, el 20% de interés anual. Sin imposición de costas, debiendo devolverse el depósito dado para recurrir y darse a la consignación el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º .- La parte actora nacido el día 24 de febrero de 1967, prestó servicios por orden y cuenta de la empresa demandada, ASSESSORIA I GESTORIA HERNANDEZ, S.L., en virtud de contrato de trabajo indefinido para trabajadores con disminución, a tiempo completo, con categoría profesional de Oficial de 1ª administrativo, antigüedad desde el 3 de mayo de 2004 y salario mensual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 2.221,82 euros. (Fs. 254 a 265, 289 y 290).

2º.- En fecha 29 de julio de 2006 la empresa demandada procedió al despido disciplinario del actor, lo que fue impugnado por éste dando lugar a los Autos 648/2006, tramitados en este Juzgado. Por Sentencia número 04/2007 de fecha 2 de enero de 2007, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 6 de

noviembre de 2007, Recurso de Suplicación número 4856/2007 , se declaró improcedente el despido efectuado por la empresa demandada, condenando a la misma, bien a la readmisión del actor en el mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido, bien, si ejercita el derecho de opción a favor de la extinción en el plazo de cinco días desde la notificación de la Sentencia, le indemnice en la cantidad de 7.220,92 euros. (Fs. 254 a 278 y doc. Número 61 ramo prueba demandada autos 649/2006). La empresa demandada no efectuó opción expresa, por lo que tácitamente optó por la readmisión. (Fs. 895 a 900, 330 y 331).

3º.- La parte actora permaneció en situación de Incapacidad Temporal por contingencias comunes desde el 10 de mayo de 2006 (Fs. 254 a 265, doc. Número 27 ramo prueba demandada autos 649/06). D. Carlos Ramón fue declarado en situación de Incapacidad Permanente en grado de Absoluta derivada de enfermedad común, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 31 de enero de 2008. La parte actora interesó del referido organismo la determinación del periodo de Incapacidad Temporal, ratificando su resolución inicial, lo que fue impugnado por la parte actora, dando lugar a los autos 362/2009, tramitados en el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona, recayendo Sentencia en fecha 1 de septiembre de 2009 , por la que se declaraba que la contingencia determinante de la Incapacidad Temporal era de accidente de trabajo. Dicha resolución no era firme a la fecha de celebración de los actos de conciliación y juicio. (Fs. 285 a 288 y 341 a 343). La referida resolución fue confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 5 de julio de 2011, Recurso de Suplicación número 2464/2010. (Documental aportada por la parte actora en fecha 8 de julio de 2013).

4º.- Por Auto dictado por este Juzgado en fecha 3 de febrero de 2010, Autos núm. 648/2006 se declaró extinguida la relación laboral que unía a las partes del presente procedimiento, con fecha de efectos de la declaración de la situación de Incapacidad Absoluta de 10 de noviembre de 2007, sin derecho a indemnización por despido. (Fs. 895 a 900).

5º.- La parte actora se halla afecta de un trastorno psicótico delirante con sintomatología de tipo hipocondríaca y con somatizaciones derivada de problemática laboral. (Pericial Dr. Cipriano, Fs. 608 a 613). La parte actora continúa, a fecha 19 de abril de 2010, en tratamiento psiquiátrico. (Fs. 939).

6º.- El padre del actor falleció en el mes de agosto del año 2007. (Fs. 955)

7º.- La causa inicial de la baja fue síndrome ansioso depresivo derivado de un exceso de trabajo con una jornada laboral prolongada. (Fs. 904 a 959 y Pericial Médica del Dr. Isaac).

8º.- Por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 18 de noviembre de 2011 se declaró que la Incapacidad Permanente Absoluta reconocida al actor derivaba de accidente de trabajo, declarando el derecho a percibir una pensión mensual de 2.221,82 euros mensuales más las revalorizaciones correspondientes a percibir desde el 10 de noviembre de 2007. (Documental aportada por la parte actora en fecha 8 de julio de 2013).

9º.- El horario legal establecido era de 9 horas de la mañana a 13 horas, y de 16 horas a 20 horas. El demandante realizaba un horario distinto, incorporándose entre las 10 horas y las 11 horas de la mañana, finalizando con posterioridad a las 13 horas, y reincorporándose por la tarde entre las 16:00 horas y las 17:00 horas, quedándose en su lugar de trabajo una vez finalizado el horario laboral. (Fs. 254 a 278, 487 a 881, doc. Número 61 del ramo de prueba parte demandada autos 649/06 y testifical de Doña. Esmeralda y Roque autos 649/06).

10°.- Las funciones del demandante en la empresa era la de llevar la contabilidad y supervisar las realizadas por otros empleados, efectuar declaraciones fiscales, impuesto de sociedades, las cuentas anuales y registro de las mismas, de las distintas empresas que tenían contratados dichos servicios con la parte demandada. (Fs. 254 a 265).

11°.- El gerente de la empresa, Don. Cipriano, solicitaba a la parte actora resultados contables únicamente en época de impuestos. (Testifical de Doña. Esmeralda y Roque).

12°.- D. Carlos Ramón disponía de llaves del local donde prestaba servicios para la empresa demandada. Se presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo de suerte que, en fecha 25 de abril de 2006 acudió una Inspectora solicitando documentación a la empresa. Al día siguiente, 26 de abril de 2006, Don Cipriano cambió el candado de acceso a la oficina donde prestaba servicios la parte actora, colocando un letrero en la entrada en el que se recordaba a todos los trabajadores el horario de trabajo. Dicho letrero fue firmado por algunos trabajadores de la empresa. Al actor no le facilitaron la llave del nuevo candado. (Fs. 254 a 278, doc. Número 61 ramo prueba parte demandada autos 649).

13°.- Durante el tiempo de prestación de servicios para la empresa demandada el actor permaneció en situación de incapacidad temporal los siguientes periodos: 9 de marzo de 2005 al 17 de marzo de 2005 y del 10 de mayo de 2006 hasta permaneciendo en dicha situación hasta el 10 de noviembre de 2007, fecha en que se reconoció al actor en situación de Incapacidad Absoluta. (Fs. 254 a 265, 285 a 288, 341 a 343 y docs. Número 25 a 27 ramo prueba demandada autos 649/06).

14°.- El actor trabajó hasta en 76 ocasiones durante un año y medio hasta después de las 12 horas y la mayoría hasta después de la una, y más tarde aún. (Fs. 254 a 278).

15°.- La parte actora ha trabajado los siguientes fines de semana y festivos:

16°.- Asimismo, la parte actora ha trabajado los siguientes días más allá de las 21 horas, permaneciendo en su lugar de trabajo desarrollando tareas propias de su cometido profesional durante las siguientes horas: Octubre de 2005: Martes día 4 hasta las 21:37 horas; martes día 18 y hasta las 2:00 horas; miércoles 19 de octubre y hasta las 0:02 horas.

17°.- Tanto la persona que precedió en el cargo al actor como aquella que lo ha sucedido no han realizado horas extraordinarias para llevar a cabo su cometido. (Testifical de Dña. Esmeralda y Roque).

18°.- La empresa demandada presentó las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2002 a 2004 de los clientes a los que llevaba la contabilidad en el Registro Mercantil dentro del plazo reglamentario. (Doc. 62 a 66 del ramo de prueba de la parte demandada autos 649/06).

19°.- En fecha 26 de junio de 2006 la parte actora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denunciando la prestación de servicios por unas jornadas de más de ocho horas, así como la prestación de servicios laborales para la empresa demandada los fines de semana y festivos. Por la Inspección de Trabajo se procedió al archivo provisional de actuaciones hasta que se dictara sentencia en el correspondiente proceso judicial. (Fs. 23 a 25). La parte actora interpuso demanda en

reclamación de horas extraordinarias, dando lugar a los autos 649/06 tramitados en este mismo Juzgado.

20º.- D. Carlos Ramón interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por acoso. La Inspección de Trabajo, a la vista de la documentación aportada y las declaraciones de los comparecientes, no pudiendo acreditar de forma suficiente la existencia de un incumplimiento empresarial de la normativa vigente en materia de relaciones laborales que pudiera dar inicio a un procedimiento sancionador. (Fs. 75 a 78).

21º.- A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos para los años 2004 a 2007. (DOGC número 4265, Código Convenio número 7900375). En el referido Convenio Colectivo se establece una jornada de trabajo anual de 1772 horas para los años 2005, 2006 y 2007.

22º.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.C.I. el día 15 de septiembre, se celebró acto de conciliación en fecha 17 de octubre, ambos de 2006, resultando sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. Carlos Ramón, contra Asesoría y Gestoría Hernández SL., con citación del Ministerio Fiscal en reclamación de cantidad por vulneración de derechos fundamentales, debo condenar y condeno a la citada empresa a abonar a D. Carlos Ramón , la cantidad de 34.888,88 euros en concepto de indemnización por vulneración del derecho fundamental a la integridad física y psíquica."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Carlos Ramón ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 10 de abril de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Carlos Ramón y confirmar en todo la sentencia de fecha 31/7/2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona , excepto en la cuantía de la indemnización que, en lugar de 34.888,88 €, debe ser de 45.988,88 € de forma que condenamos a Asesoría y Gestoría Hernández S.L. a pagar a D. Carlos Ramón dicha cantidad de cuarenta y cinco mil novecientos ochenta y ocho euros con ochenta y ocho céntimos. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación de D. Carlos Ramón se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 1 de julio de 2014.

Propone, como sentencia de contraste a los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 (rcud. 1531/12), y 6 de junio de 2013 (rcud. 2757/11)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de marzo 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de interesar se estime parcialmente el recurso.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de abril de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Barcelona, dictada el 31 de julio de 2013 (autos 651/2006) estimó en parte la demanda de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Recurrida en suplicación por el actor, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó también parte su recurso en el sentido de incrementar el importe de la indemnización respecto del que había fijado la sentencia de instancia.

2. El actor fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por resolución del INSS de 31 de enero de 2008. Asimismo, la Entidad Gestora impuso a la empresa un recargo del 30% de las prestaciones derivadas del accidente.

3. Es el demandante inicial quien acude ahora a la casación para unificación de doctrina con dos pretensiones: una relativa al importe de la indemnización; la otra, sobre los intereses moratorios.

SEGUNDO.- 1. El primero de los motivos se formula para mostrar la disconformidad del recurrente con el importe de la indemnización fijada en concepto de daños morales.

2. El Juzgado de lo Social reconoció la suma de 14.888,88 € por incapacidad temporal y 20.000 € por daños morales complementarios. La Sala de suplicación

incrementó el total de la indemnización en 11.100, de los cuales 3.000 € correspondían a lucro cesante y 8.100 € a daño corporal.

Sostiene el recurso que se han omitido los daños morales derivados de la incapacidad permanente. Sin embargo, en el escrito de formalización del recurso no se explicita la cantidad que se reclama por tal concepto. En fase de suplicación el recurrente había solicitado que, a lo reconocido en la instancia, se añadieran: 6.665,46 € por lucro cesante; 26.661,84 € por daño moral derivado de la incapacidad permanente absoluta; 74.881,35 € por daños corporal; 11.997,82 € por daño emergente; y 18.000€ por gastos derivados del procedimiento.

3. En apoyo de la admisibilidad del recurso se aporta, como sentencia de contraste, nuestra STS/4ª de 6 junio 2013 (rcud. 2757/2011).

En ella se resolvía también un litigio instado en reclamación de indemnización de daños y perjuicios de quien, a consecuencia de un accidente de trabajo, había sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, habiéndose declarado asimismo la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El debate resuelto por la sentencia de contraste se ceñía al modo de calcular los daños morales derivados de la incapacidad permanente partiendo de que la sentencia de suplicación aplicaba un parámetro erróneo y, fruto de tal error, rechazaba la indemnización pretendida. La sentencia referencial confirma el pronunciamiento del Juzgado de instancia que había calificado tal partida como "lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima", y no "daños morales complementarios".

4. El escrito de formalización del recurso no resulta particularmente riguroso con el cumplimiento del deber de precisar la contradicción. Y, en todo caso, esta contradicción es inexistente porque lo que aquí se suscita es si cabe cuantificar el daño

moral derivado de la incapacidad permanente absoluta en la suma equivalente a una anualidad de salario. Por consiguiente, los conceptos indemnizatorios sobre los que se pronuncian una y otra sentencia son distintos.

Como propone también el Ministerio Fiscal, debemos negar que se den los requisitos exigidos por el art. 219.1 LRJS para que esta Sala IV del Tribunal Supremo entre a analizar el motivo.

TERCERO.- 1. A través del segundo y último de los motivos del recurso se persigue el reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar en septiembre de 2006.

También respecto de este motivo hemos de advertir su poca pulcritud a la hora de efectuar una relación precisa y circunstanciada de la contradicción, además de omitir la petición sobre los intereses en el suplico.

2. No obstante, al designarse como sentencia de contraste nuestra STS/4ª de 12 marzo 2013 (rcud. 1531/2012), podemos colegir cuáles son los extremos sobre los que se afirma la contradicción.

En efecto, mientras que la sentencia aquí recurrida niega el derecho a percibir intereses por apreciar una diferencia significativa entre la cantidad reclamada en la demanda y la declarada en la sentencia y sostiene, además, que no cabe su imposición cuando haya existido controversia fundada que justifique el retraso en el pago, la sentencia referencial reconoce los intereses por mora desde la fecha de consolidación de las secuelas hasta que recaiga sentencia y señala que, a partir de ahí, se devengan los intereses del art. 576 LEC .

No hay duda de la contradicción doctrinal entre las sentencias comparadas, por lo que hemos de pasar a dar respuesta a este concreto motivo del recurso.

CUARTO.- 1. El recurso invoca los arts. 1100 y 1108 del Código Civil para pedir que se le reconozca "la deuda de intereses generada por el transcurso del tiempo", partiendo de la fecha del accidente de trabajo de 10 de mayo de 2006.

2. Ciertamente, nuestra doctrina, plasmada en la sentencia de contraste, es ya reiterada, en tanto tiene como antecedente la STS/4ª de 30 junio 2010 (rcud. 4123/2008).

Hemos partido en dichas sentencias de existencia de una deuda de seguridad por parte del empleador, lo cual nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que "en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas".

Y nuestra conclusión sobre los efectos del paso del tiempo en la satisfacción de la obligación de indemnizar es la de que a la cifra indemnizatoria finalmente obtenida ha de aplicársele, desde su devengo en la fecha de la consolidación de las secuelas y hasta la sentencia que fija el importe de la indemnización, el interés legal moratorio; y desde la fecha de esta sentencia, los oportunos intereses procesales (art. 576 LEC).

3. La sentencia recurrida se aparta de este planteamiento doctrinal al negar todo derecho a los intereses y, por ello, tal y como también sostiene el Ministerio Fiscal, debe ser casada y anulada en este extremo, estimando así en parte el presente recurso de casación unificadora.

Ello comporta la estimación parcial de recurso de suplicación en el sentido estimar también en parte la demanda inicial y añadir el reconocimiento del derecho del demandante al abono de los intereses por mora devengados desde la fecha de consolidación de sus secuelas; fecha que debe coincidir con la de efectos de la declaración de la incapacidad permanente absoluta de la que trae causa la presente reclamación, esto es, el 10 de noviembre de 2007 (según fijó la resolución administrativa del INSS de 31 de enero de 2008).

4. En virtud de lo dispuesto en el art., 235 LRJS no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos Ramón , contra la sentencia dictada el 10 de abril de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 68/2014, casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos también en parte la demanda inicial añadiendo el reconocimiento del derecho del demandante al abono de los intereses por mora devengados desde el 10 de noviembre de 2007 hasta la fecha de la sentencia de la Sala de suplicación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE
2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 5 de febrero de 2013 el Juzgado de lo Social número 2 de Mostoles dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Fermín debo absolver y absuelvo de la misma al demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social y MUTUA MUGENAT UNIVERSAL".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Fermín, fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de médico de atención continuada, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 20 de junio de 2011, con una base reguladora de 1.518,58 e mensuales. Las patologías que determinaron la declaración fueron las de "cardiopatía isquémica, actualmente estable, con enfermedad severa de DA y diagonal; lesión moderada de CX, CPT + STENT taxus a DA media, FEVI conservada. Enfermedad severa de OM2 tratada con ACTP STENT convencional mayo de 2010. Episodios repetidos de angor de esfuerzo.- SEGUNDO.- Fermín conforme al dictamen propuesta del expediente administrativo no está incapacitado para la profesión de médico del trabajo que ejerció para la empresa MONTES MONTALVO SERVICIOS S.L., en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2010 y el 30 de septiembre de 2012. Dicha empresa cubría los riesgos derivados de accidente de trabajo con la mutua UNIVERSAL MUGENAT.- TERCERO.- La base reguladora de la contingencia derivada de accidente de trabajo para la profesión de médico de atención

continuada asciende a 3.193,76 €.- CUARTO.- En fecha 5 de abril de 2009, mientras prestaba sus servicios en el servicio de salud de Castilla la Mancha, sufrió un angor. Como consecuencia de ellos se produjo su ingreso hospitalario hasta el 8 de abril de 2009, y se le colocó un stent; permaneciendo como consecuencia de ello en situación de IT por contingencias profesionales entre el 5 de abril de 2009 y el 12 de mayo de 2009.- QUINTO.- En fecha 13 de noviembre de 2010 sufrió una angina de pecho estando en su puesto de trabajo, permaneciendo como consecuencia de ello en situación de IT por contingencias profesionales entre el 13 de noviembre de 2010 y el 17 de diciembre de 2010."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Fermín, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 14 de abril de 2014 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Fermín, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Móstoles, en el procedimiento seguido a instancia del recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA y MONTES MONTALVO SERVICIOS, S.L., en reclamación por incapacidad y, en consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Fermín, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por esta Sala, de fecha 23 julio de 1999 [rcud 3044/98].

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo.

Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por STSJ Madrid 14/Abril/14 [rec. 1486/13] se confirmó la sentencia que en 05/02/13 había sido dictada por el J/S nº 2 de Móstoles [autos 1592/11], rechazado pretensión de que la IPT reconocida al accionante -Don Fermín - fuese declarada derivada de accidente de trabajo.

2.- La decisión se recurre en unificación de doctrina, con denuncia de haberse infringido el art. 115 [apartados 1 y 3] LGSS y de diversa jurisprudencia, aportando como referencial la STS 23/06/99 [rcud 3044/98].

3.- En una primera aproximación, ambas resoluciones contrastadas son contradictorias en los términos legal y jurisprudencialmente exigibles [art. 219 LRJS], en tanto que: a) en ambos casos se trata de Médicos que prestando servicios tales [Atención Continuada en la recurrida; Departamento de Cirugía en la de contraste] sufrieron similares cuadros de cardiopatía isquémica; b) en ambos casos la patología cardíaca determinó el reconocimiento de Invalidez Permanente [IPT en autos; IPP en la referencial]; y c) la sentencia de autos resuelve que la contingencia deriva de enfermedad común, y nuestra sentencia de contraste entendió que procedía de accidente de trabajo.

Ahora bien, tal como en sus respectivas impugnaciones ponen de manifiesto el INSS y la Mutua, también es innegable que entre ambos supuestos media alguna diferencia: Así, en concreto el actor: a) sufre episodio de ágor en 05/04/09, mientras prestaba realizaba su cometido laboral en el Servicio de Salud, lo que determinó su

ingreso hospitalario, colocación de un «Stent» y baja por IT -contingencia profesional- hasta el 12/05/09; b) en 13/11/10 sufre angina de pecho, con nueva IT -nuevamente por contingencia profesional- hasta el 17/12/10; c) posteriormente presta servicios como Médico del Trabajo para la empresa «Montes Montalvo Servicios SL» hasta el 30/09/12; d) en 20/06/11 se le declara en situación de IPT -enfermedad común-, por padecer «cardiopatía isquémica, actualmente estable con enfermedad severa de DA y diagonal; lesión moderada de CX, CPT, STENT taxus a DA media... Enfermedad severa de OM2... episodios repetidos de ángor de esfuerzo». En tanto que en el caso enjuiciado por nuestra decisión referencial, el trabajador sufre un único proceso de angina de pecho en 29/03/94, pasa a -entonces- ILT y «dado de alta en ILT se instruyó el correspondiente expediente para determinar el alcance de las residuales, que concluyó con la declaración del actor en situación» de IPP, por padecer «estenosis severa del 85 % de la ADA, obstrucción del 50% de la CX... By-PASS mamario-coronario a la DA y safena a la CD...».

De esta forma es innegable que en tanto que en la decisión recurrida la declaración de IP no solamente va precedida de dos procesos anginosos -efectivamente producidos durante la actividad laboral-, sino que tras ellos se sucede un periodo -más de seis meses- de actividad laboral, muy contrariamente en el supuesto contemplado por la decisión de contraste hay un único proceso isquémico -también producido en el curso de la actividad laboral- que determina IT y sin solución de continuidad genera la declaración de IP. Pero de ello no deducimos diferencia sustancial alguna que obste el requisito de contradicción, porque en uno y otro caso se trata de procesos cardiopáticos que se manifiestan en el curso de la actividad laboral, se cursa alta de la IT con propuesta de Invalidez Permanente y finalmente se reconoce -efectivamente- la IP, en base a un cuadro en el que se aprecia una clara base patológica de innegable origen común [severa obstrucción arterial] y las secuelas de los episodios agudos acaecidos durante la actividad laboral [Stent; By-Pass...], que es lo que realmente se ha valorado de diversa manera en una y otra resolución.

SEGUNDO.- 1.- Para la decisión recurrida, el ágor y la angina de pecho sufridas por el actor «son un episodio derivado de cardiopatía isquémica que pudieron acontecer tanto en el tiempo y lugar de trabajo, como en otro momento y en otro sitio. En este caso concreto, el actor presentaba una patología cardíaca ajena a su actividad laboral. La invalidez permanente reconocida, en el grado de total, deriva de una enfermedad y si bien tuvo una manifestación externa durante el trabajo, no puede decirse que esta enfermedad se haya contraído con ocasión o por consecuencia del trabajo, ya que debe establecerse la distinción entre la patología cardíaca referida, de las manifestaciones sintomáticas agudas, como el ágor y la angina de pecho, que tuvieron lugar en tiempo y lugar de trabajo, y cuya estabilización se produjo tras el correspondiente período de incapacidad temporal, y ... la existencia de episodios de ágor y angina en tiempo y lugar de trabajo no supone una agravación de la patología».

2.- Pero este razonamiento no se ajusta a la jurisprudencia de la Sala, cuyos criterios podemos resumir -entre otros muchos- en los términos que siguen:

a).- La presunción «iuris tantum» del art. 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que "por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral" (SSTS 22/12/10 -rcud 719/10-; 14/03/12 -rcud 4360/10-; 18/12/13 -rcud 726/13-; y 10/12/14 -rcud 3138/13).

b).- La presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo (STS 14/03/12 -rcud 4360/10-).

c).- La doctrina ha sido sintetizada con la «apodíctica conclusión» de que ha de calificarse como AT aquel en el que «de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante», debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (reproduciendo jurisprudencia previa a la unificación de doctrina, SSTS 09/05/06 -rcud 2932/04-; 15/06/10 -rcud 2101/09-; y 06/12/15 -rcud 2990/13-).

d).- El hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante, por ser «de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio» [STS 27/12/95 -rcud 1213/95 -]; aparte de que «no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca», ya que «las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral» [STS 14/07/97 -rcud 892/96] (SSTS 27/02/08 -rcud 2716/06; y 20/10/09 -rcud 1810/08).

e).- Para destruir la presunción de laboralidad a que nos referimos es necesario que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal (reiterando constante doctrina anterior, SSTS 20/10/09 -rcud 1810/08; 18/12/13 -rcud 726/13; y 10/12/14 -rcud 3138/13).

f).- Como hemos destacado recientemente, la presunción legal del art. 115.3 de la LGSS entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, «lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del

hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo» (STS 03/12/14 -rcud 3264/13).

3.- La aplicación de esta consolidada doctrina no puede sino llevar a estimar el recurso formulado, porque los cuadros agudos de patología cardíaca se produjeron en tiempo y lugar de trabajo, dando lugar a procesos de IT que incluso fueron reconocidos como derivados de contingencia profesional, por lo que no habiéndose articulado prueba alguna desvirtuadora de la conexión trabajo/lesión, tampoco hay razón alguna para excluir que opere el mecanismo de la presunción de que tratamos y que declaremos - también- AT a la IPT consecuente con las secuelas físicas resultantes de aquellos procesos, en su día ya calificados como profesionales y que -discrepamos del sugerente razonamiento de la recurrida- no pueden calificarse como meras «manifestaciones sintomáticas agudas» de una patología cardíaca de origen común.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Fermín y revocamos la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 14/Abril/14 [rec. 1486/13], que a su vez había confirmado la resolución - desestimatoria de la demanda- que en 05/Febrero/2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Móstoles [autos 1592/11], y resolviendo el debate en

Suplicación estimamos el de tal clase formulado, declarando que la IPT reconocida al Sr. Fermín deriva de accidente de trabajo y condenando a los demandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA y MONTES MONTALVO SERVICIOS, S.L., a estar y pasar por tal declaración con los efectos que de la misma respectivamente se deriven para cada una de las partes.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: Según consta en la sentencia recurrida, en fecha 8-6-2012 fue dictado Auto por el nº 3 de Cádiz, en sede de ejecución de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 25-11-2010, cuyos antecedentes de hecho son los siguientes:

"PRIMERO.- En fecha de 25 de noviembre de 2.010 se dictó sentencia por el TSJ de Andalucía, que devino firme, por la que, revocando la de instancia, estimaba la demanda y declaraba la procedencia del recargo en las prestaciones de incapacidad derivadas del accidente laboral por él (recurrente) sufrido el 27-5-99 en cuantía del 50% y la responsabilidad solidaria en su abono de las empresas Miguel y Agropecuaria Cuarto Nuevo, S.A., todo ello con efectos a partir de los tres meses anteriores a su solicitud ante el INSS de fecha 14-7-04 (esto es, a partir del 14-4-04). Dicha sentencia recogía como hecho probado el estar el actor afecto de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo con derecho a percibir el 100% de la pensión de 895,16 euros, siendo a cargo de la mutua 628,56 euros y de la empresa Miguel la de 266,60 euros, por infracotización.

SEGUNDO.- En fecha de 15 de febrero de 2.011 se presentó solicitud de ejecución por parte del demandante Florentino , solicitando que se proceda al cálculo del capital coste por el INSS/TGSS, lo que se reitera por escrito de 15-4-11. Dicho cálculo se aportó por el INSS en escrito de 1-6-11, escrito que expresaba el importe del capital coste y el importe de los intereses de capitalización al 5% desde la fecha del hecho causante el 14-4-04. El despacho de ejecución fue por auto de 6-6- 11.

TERCERO.- En fecha de 30 de diciembre de 2.011 se presentó solicitud de ejecución por parte del demandante Florentino, solicitando que se proceda al cálculo del importe correcto del capital coste por el INSS/TGSS y al cálculo de los intereses de capitalización a los atrasos percibidos por el ejecutante; entiende que:

- Respecto de lo primero: que el INSS calculó el capital coste aplicando el recargo conforme a la pensión de 2.001 en vez de a la de 2.004, de modo que para el INSS a la pensión de 895,16 euros corresponde un recargo de 447,58 euros, mientras que la pensión ha de ser la de 1.034,72 euros cuyo recargo ascendería a 517,36 euros; por tanto las cantidades adeudadas serían las siguientes:

2.004: (si la pensión sin recargo es de 1.034 euros, el recargo es de 517,36 euros) x 8,5 meses = 4.397,56 euros;

2.005: (si la pensión sin recargo es de 1.052,86 euros, el recargo es de 526,43 euros) x 12 meses = 5.317,16 euros;

2.006: (si la pensión sin recargo es de 1.089,93 euros, el recargo es de 544,61 euros) x 12 meses = 6.535,32 euros;

2.007: (si la pensión sin recargo es de 1.129,37 euros, el recargo es de 564,68 euros) x 12 meses = 6.776,16 euros;

2.008: (si la pensión sin recargo es de 1.129,37 euros, el recargo es de 564,68 euros) x 12 meses = 6.776,16 euros;

2.009: (si la pensión sin recargo es de 1.153,41 euros, el recargo es de 576,70 euros) x 12 meses = 6.920,46 euros;

2.010: (si la pensión sin recargo es de 1.197,98 euros, el recargo es de 598,99 euros) x 12 meses = 7.187,88 euros;

2.011: (si la pensión sin recargo es de 1.197,98 euros, el recargo es de 598,99 euros) x 11 meses = 6.588,89 euros;

Suma de atrasos: 50.499,59 euros, por lo que queda pendiente de abono 9.516,18 euros;

.- Respecto a lo segundo: dichos atrasos que sumaban 50.499,59 euros generarían un interés de capitalización del 5%, de modo que aplicando el mismo porcentaje que el del incremento del capital coste del 41,483%, resulta: 50.499,59 euros x 41,483 % = 20.948,74 euros;

Todo ello suma: 30.464,92 euros.

Tras ello se convocó para la comparecencia legalmente prevista, que se llevó a cabo el 30 de enero de 2.012, en la que las partes alegaron en los siguientes términos:

.- Ejecutante: rectificó su escrito en el sentido de que la cantidad que reclama no es la de 30.464,92 euros sino 34.872,85 euros por cuanto que esto es el resultado de la suma de (53.350,87 euros - 9.516,18 euros) + (53.350,87 euros x 41,483 %);

.- INSS: se opuso:

Que la pensión sobre la que aplicar el 50% es la pensión inicial, esto es, aquella desprovista de revalorizaciones que no forman la pensión inicial; Que respecto a los intereses, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa al ser parte de la gestión recaudatoria; que tales intereses son a favor de la Tesorería;

.- Agropecuaria Cuarto Nuevo S.A.: se adhirió a las alegaciones del INSS.

Por auto de 31-1-12 se resolvió:

.- a favor de la competencia de la jurisdicción social jurisdicción social (artículo 2-o de la LRJS);

.- tomar como importe de la pensión base para las operaciones de cálculo la vigente a fecha de 14-4-04 (la sentencia de suplicación fija como fecha de efectos económicos la de 14-4-04 para "todos" los efectos económicos, entre los que ha de incluirse las operaciones de cálculo);

.- no liquidar cantidad alguna adicional como intereses de capitalización, pues estos quedan integrados en los cálculos para el capital coste.

CUARTO.- Ambas partes recurrieron en reposición. Florentino en escrito de 15-2-12 al entender que:

.- la cantidad sobre la que ha de calcularse el recargo ha de incrementarse conforme a las revalorizaciones;

.- han de abonarse intereses de capitalización del 5% en los atrasos que le son debidos a la parte ejecutante.

El INSS al entender: que el artículo 45 LGSS no equipara la fecha del hecho causante a la fecha de efectos económicos."

SEGUNDO.- Desestimado por el referido Auto el recurso de reposición presentado por el demandante ejecutante, se interpuso recurso de suplicación frente al mismo por dicha parte, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, dictándose sentencia en fecha 9 de enero de 2014, cuyo parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Florentino contra el auto de fecha 08/06/12, dictado por el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz , en autos nº 174/10, seguidos a instancia de D. Florentino contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Agropecuaria Cuarto Nuevo S.A. y D. Miguel, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada. No se efectúa condena en costas."

TERCERO.- Por el Letrado Don Beltrán Raposo García, en nombre y representación de Don Florentino, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de noviembre de 2014, recurso nº 4047/2004.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 29 de mayo de 2015 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que procedía desestimar el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de abril de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el interés del 5% aplicable para fijar el valor actual del capital coste de una pensión de incapacidad permanente absoluta (IPA) derivada de accidente de trabajo, que se abona por la empresa a la Entidad Gestora, debe ser también abonado, o no, al trabajador al percibir los atrasos de la prestación.

2. La sentencia impugnada (STSJ de Andalucía/Sevilla 9-1-2014, R. 478/13), desestima el recurso de suplicación del trabajador/beneficiario y confirma la decisión del juzgado de instancia que, en trámite de ejecución de sentencia, denegó al demandante el abono de tales intereses.

Consta en los antecedentes de hecho de la sentencia aquí recurrida que el 25 de noviembre de 2010, el propio TSJ de Andalucía dictó sentencia, que devino firme, por la que, en ese caso, revocando la dictada en la instancia, estimó la demanda y declaró la procedencia del recargo, por falta de medidas de seguridad, del 50% en las prestaciones de incapacidad derivadas del accidente laboral sufrido por el recurrente el 27 de mayo de 1999 y la responsabilidad solidaria en su abono de las empresas "Miguel" y "Agropecuaria Cuarto Nuevo, SA", todo ello con efectos a partir de los tres meses anteriores a su solicitud ante el INSS de fecha 14 de julio de 2004 (esto es, a partir del 14 de abril de 2004). Dicha sentencia recogía como hecho probado que el actor estaba afecto de IPA, con derecho a percibir el 100% de la pensión de 895,16 €, siendo a cargo de la Mutua 628,56 € y de la empresa "Miguel" la de 266,60 € por infracotización.

Cerca de 7 años después, el día 15 de febrero de 2011, el demandante, en solicitud de ejecución de la precitada sentencia, instó a que se procediera al cálculo del capital coste por el INSS/TGSS, lo que reiteró por escrito de 15 de abril de 2011. El INSS, en escrito de 1 de junio de 2011, expresaba el importe del capital coste y el de los intereses de capitalización al 5% desde la fecha del hecho causante el 14 de abril de

2004, despachándose la ejecución por auto del Juzgado de lo Social de 6 de junio de 2011.

En la comparecencia efectuada al efecto el 30 de enero de 2012 ante el Juzgado, el demandante/ejecutante, con la oposición de la Gestora, a la que se adhirió la empresa "Agropecuaria Cuatro Nuevo, SA", solicitaba: a) que se aplicara el 50% de recargo a la pensión calculada con las revalorizaciones efectuadas tras su cuantificación inicial (lo que, a su entender, arrojaba un saldo total de atrasos pendientes a su favor de 9.516,18 €); y b) los mismos intereses del 5% de capitalización del capital coste, que, a su entender, supondrían un total de 20.948,74 €.

El Juzgado de lo Social, mediante auto de 31 de enero de 2012, además de aceptar su propia competencia sobre la materia, acordó tomar como importe de la pensión base para el cálculo del recargo la vigente al día 14 de abril de 2004, sin incluir las revalorizaciones posteriores, y no liquidar cantidad alguna adicional como intereses de capitalización a favor del trabajador pues dichos intereses, según entendía, quedaban integrados en los cálculos para el capital coste.

Ambas partes (gestora y beneficiario) interpusieron recurso de reposición frente al precitado auto y, tras ser los dos desestimados, sólo el demandante recurrió en suplicación, reiterando las dos peticiones antes descritas, siendo desestimado por la Sala del TSJ en la sentencia que es ahora objeto de la presente casación unificadora con el argumento principal, en lo que ahora interesa (en unificación de doctrina únicamente se cuestiona el posible incremento del interés del 5% del capital coste, "cuyo beneficiario [según dice el aquí recurrente] no puede ser otro que el beneficiario de la prestación"), y con cita, precisamente, de la sentencia de 22-11-2004 del TSJ de Madrid a la que enseguida aludiremos, aunque para discrepar de su conclusión y seguir la jurisprudencia que menciona y transcribe en parte [STS/4ª/21-7-2006 y las que en ella se citan], de que los intereses de la capitalización tratan de compensar al órgano recaudador (según se dice de modo literal por la sentencia recurrida) "tanto el pago incrementado de la

pensión a partir del momento en que se declare el derecho, como la liquidación de los atrasos a los que tal declaración se retrotrae, que en nuestro caso se sitúa en el año 2004, siendo la sentencia que se ejecuta de 25-11-2010".

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina postula, como hemos adelantado y según expresa literalmente su suplico, "un incremento del 5 % de interés o recargo de capitalización desde el momento de su devengo hasta el efectivo cobro de las mensualidades atrasadas" (que cuantifica ahora, el escrito de interposición, sin razonamiento o detalle alguno, en la suma de 23.783,31 €). Como única explicación de la infracción legal que se achaca a la sentencia del TSJ, el recurrente aduce que "se vulnera la Orden Ministerial de Trabajo y Seguridad Social de 23 de septiembre de 1.985 (BOE 30/9/1986), el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social , y el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto", invocando, como sentencia de contraste, la dictada el 22 de noviembre de 2004 (R. 4047/2004) por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

En esta resolución referencial, la actora, que representaba también a un hijo entonces menor de edad, reclamaba la actualización del pago percibido en marzo de 2003 como recargo por las prestaciones de viudedad y orfandad. La sentencia de instancia estimó la demanda y condenó al INSS y TGSS al pago del 5 % en concepto de interés respecto de los atrasos abonados en ese mes de marzo de 2003, siendo confirmada por la resolución referencial.

Según la incuestionada declaración de hechos probados de la sentencia del Juzgado, el causante murió el 16-4-1996 como consecuencia de un accidente laboral sufrido el día anterior. A la viuda e hijo menor del fallecido se les reconoció el derecho a percibir las pertinentes prestaciones de muerte y supervivencia y, por resolución del INSS de 12-5-1999, se declaró la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y que las referidas prestaciones debían ser incrementadas en el 35 % con cargo a varias empresas; tales empresas "prestaron Aavales para responder del recargo de

prestaciones, a la vez que interponían procedimientos ante la jurisdicción social y la contencioso administrativa hasta Marzo de 2003" (h. p. 4º). Los beneficiarios, reclamaron desde la resolución de 12-5-1999, el pago del recargo a la Entidad Gestora, siendo denegado por ésta hasta que hubiese resolución firme. En relación con el expediente por falta de medidas de seguridad, el INSS, por resolución de 10-3-2003, procede a revisar las pensiones de viudedad y orfandad, aplicándoles el recargo del 35 % y la Gestora liquida a las empresas responsables del pago del recargo, aplicando el interés para actualizar el capital coste en un 5 %, sin que tal interés se aplique a los atrasos que, por el período comprendido entre el 17-4-1996 y el 28-2-2002, se liquidaron a los beneficiarios. En la desestimación de la reclamación previa, el INSS sostiene que "el recargo sobre las prestaciones consiste en una cuantía fija sin revalorizar, calculada sobre la pensión en la fecha de fallecimiento del causante" (h. p. 10º).

4. En contra de lo que al respecto sostiene el Ministerio Fiscal, esta Sala entiende que concurre el requisito de identidad del art. 219.1 de la LRJS porque, pese a que en la sentencia recurrida, en efecto, no se cuestione --parece darse por hecho-- que la empresa obligada al pago del recargo, a requerimiento del INSS, haya ingresado el 5% de la capitalización del recargo, mientras que en la sentencia de contraste no consta expresamente que ese 5% de intereses se contabilizara por el INSS al capitalizar el recargo, lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos de la contradicción no es sino que, por un lado, ambas resoluciones parten de unos hechos perfectamente comparables (el reconocimiento a los beneficiarios de prestaciones recargadas por falta de medidas de seguridad cuyo abono --atrasos-- se dilata en el tiempo en virtud de procesos judiciales pendientes), por otro, las dos contienen un mismo debate jurídico (determinar si el beneficiario tiene o no derecho a percibir los atrasos del recargo con el 5% previsto para la capitalización a ingresar en la TGSS), hasta el punto de que la propia sentencia recurrida conoce y menciona, para discrepar y separarse de ella, la tesis contraria de la sentencia referencial, y, por último, en fin, analizando ambas la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 23 de septiembre de 1985, o incluso la posterior normativa concordante que regula el modo de cálculo del capital coste (Orden

TAS/4054/2005), alcanzan soluciones radicalmente distintas: la recurrida rechaza que ese interés del 5% pueda incrementar los atrasos de la pensión que perciba el beneficiario, mientras que, por el contrario, la sentencia de contraste se lo reconoce.

SEGUNDO .- 1. El recurso no debe prosperar, no tanto porque su cuestionable formulación pudiera resultar defectuosa en los términos que esta Sala exige tradicionalmente (puede verse al respecto, entre otras muchas, la reciente sentencia de 18-12- 2015, R. 745/2015 , y las que en ella se citan), puesto que, pese a tal hipotética deficiencia, cabe entender suficientemente fundamentados los términos jurídicos del debate, sin indefensión alguna para los recurridos (que ni siquiera aducen cualquier defecto del recurso), en la medida que la denuncia de la infracción normativa se concreta, como vimos, en "la Orden Ministerial de Trabajo y Seguridad Social de 23 de septiembre de 1986 (BOE 30/9/1985), el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social , y el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto", sino, sobre todo, porque la doctrina correcta se contiene, no en la referencial, sino en la sentencia impugnada cuando, en lo esencial, se remite y transcribe en parte la jurisprudencia aplicable a la materia debatida.

2. En efecto, la doctrina de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo (SSTS4ª/21/7/2006 , R. 2031/2005, y 11/7/2007, R. 2967/2006, y las que en ellas se citan), asumida con reiteración en sus aspectos recaudatorios por su Sala Tercera (por todas, STS3ª/9/1/2015, R. 3483/13), tiene establecido con claridad que:

"El recargo de prestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad, aparte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social (...), de modo que el recargo sigue el mismo régimen que las prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, es evidente que los elementos a tomar en cuenta para los cálculos actuariales en ese momento (tablas de mortalidad) arrojarían un capital

coste superior al fijado en el momento posterior de la liquidación e ingreso, con el consiguiente perjuicio de la Tesorería que habrá de abonar la prestación desde aquella fecha, a no ser que se corrija ese desfase temporal mediante los intereses de capitalización. No se habla por tanto de intereses moratorios por el retraso en el ingreso de una deuda líquida, sino de fijar el capital coste necesario para abonar las prestaciones, ya incrementadas por el recargo, desde el momento del hecho causante, ya que (...) "los intereses de capitalización constituyen un acto único". En definitiva, los intereses no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuando debe pagarse la prestación incrementada por el recargo".

3. Así pues, los intereses de capitalización que aquí reclama el recurrente para sí, ni derivan del art. 123 LGSS invocado, ni se generan por mora o retraso en el pago de la prestación, sino que conforman "los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones", en los términos utilizados por la vigente Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, o el propio capital coste actualizado al momento del hecho causante, tal como preveía el artículo Único de la disposición ministerial invocada en el recurso (Orden de 23 de septiembre de 1985: "La tasa de interés a aplicar para determinar el valor actual del capital coste de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte, debidas a accidentes de trabajo producidos a partir de 1 de enero de 1985 será del 5 por 100"), lo que excluye cualquier tipo de enriquecimiento injusto por parte de la Gestora, porque, como vimos, no estaban destinados al beneficiario sino a corregir el desfase temporal que sufre aquélla al tener que abonar a éste la prestación recargada desde la fecha del hecho causante, todo lo cual, en fin, como hemos adelantado, determina la desestimación del recurso y la consecuente confirmación de la sentencia impugnada porque es ella y no la referencial la que contiene la doctrina ajustada a derecho. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Beltrán Raposo García en nombre y representación de D. Florentino frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, de fecha 9 de enero de 2014, dictada en el recurso de suplicación número 478/2013 , formulado por el propio demandante contra el auto del Juzgado de lo Social número 3 de Cádiz (autos nº 174/2010) y frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y otros, en reclamación derivada del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ABRIL DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2010 el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- Los demandantes Doña Felicísima, DNI nº NUM000, Doña Pilar, DNI nº NUM001, Don Elíseo, DNI nº NUM002 y Don Íñigo, DNI nº NUM003, son la mujer e hijos de Don Valentín fallecido el 17 de julio de 2007 cuando prestaba servicios para la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L.- 2º.- Don Valentín venía prestando servicios para la empresa aquí demandada desde el 25 de septiembre de 2000, y en la fecha en la que ocurrió el accidente (17-07-07) se encontraba trabajando en la construcción de un inmueble en el término municipal de Barreiros, lugar de San Cosme (Lugo).- El inmueble en construcción era un edificio de planta sótano, baja, dos altas y bajo cubierta.- 3º.- El accidente se produjo entre las 16,30 h y las 17,30 h del día 17 de julio de 2007. Ese día se encontraban cuatro trabajadores de la empresa Cantería Hermanos Sobral S.L. realizando labores de tabicado en la planta segunda del edificio.- En un determinado momento, los compañeros de Don Valentín bajaron a descargar un camión de ladrillo quedándose en la obra el trabajador accidentado, el cual procedió a subir al bajo cubierta y se subió a un andamio de borriquetas de una altura aproximada de 80-81 cm., para proceder a taladrar un hueco en el techo del bajo cubierta con un taladro, marca DEWALT, con marcado CE de un peso aproximado de 5 ó 6 kg y una broca de 50 cm, taladro que le había facilitado D. Bernardino, trabajador de una empresa de fontanería que se encontraba subcontratada por la empresa aquí demandada.- D. Valentín se encontraba subido al andamio a unos 37 cm del hueco del ascensor, y en un determinado momento, por motivos que se desconocen, perdió el equilibrio y se precipitó por el hueco del ascensor hasta el foso de la planta sótano que se encontraba cubierto de agua.- 4º.- El trabajador no hacía uso del arnés de seguridad cuando se cayó por el hueco del ascensor desde una altura aproximada de 13 m. El hueco del ascensor se encontraba tapado con dos tablones que alcanzaban una altura aproximada de 1 m. Cuando los compañeros de D. Valentín terminaron de descargar el ladrillo volvieron a la obra y no vieron a dicho trabajador, pero no fue hasta un tiempo más tarde cuando se empezaron a preocupar y comenzaron a buscarlo, encontrando una gorra flotando en el agua del hueco del ascensor, y después de remover el agua, que estaba turbia, encontraron el cuerpo de su compañero.- 5º.- A consecuencia del accidente se produjo el fallecimiento de Don Valentín, siendo la causa inmediata de la

muerte la asfixia por sumersión.- 6º.- Se desconoce el motivo por el que el trabajador fallecido estaba realizando un agujero en el forjado del techo del bajo cubierta, aunque pudiera ser para pasar un cable de antena para el tejado, cableado que correspondería hacer a la fase de instalaciones, figurando esta fase con el epígrafe 3.9 del Plan de Seguridad y Salud de la empresa demandada.- El día del accidente la obra se encontraba en la fase de ejecución 3.6 (Cerramientos y distribución), siendo las fases posteriores la 3.7. (Acabados) la 3.8 (Carpintería) y la ya indicada 3.9 (Instalaciones).- Esta última fase (Instalaciones) estaba subcontratada con la empresa ELECTRONIMA S.L.- 7º.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción (nº NUM004) frente a la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L., en la que se le imputaba a dicha empresa una infracción grave del art. 12.16 f) del Texto Refundido de la LISOS y se proponía una sanción de 20.000 euros.- Con posterioridad, y después de formular alegaciones la empresa afectada, se procedió a declarar la caducidad del expediente sancionador, dejando sin efecto la sanción propuesta en el acta nº NUM004 y ordenando el archivo de las actuaciones.- 8º.- El INSS inició expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad y salud laboral, y dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial de la empresa aquí demandada, imponiéndole un recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social.- No consta la firmeza de dicho recargo.- 9º.- Por el accidente ocurrido el 17 de julio de 2007 se incoaron diligencias penales (Diligencias Previas nº 372/07) en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Mondoñedo, diligencias que concluyeron por auto de 8 de enero de 2009 en el que se acordaba el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa al no quedar acreditada suficientemente la concurrencia de los elementos del tipo penal, al no haberse probado que alguno de los posibles responsables de la obra hubiesen ordenado al fallecido realizar un agujero en el techo del bajo cubierta.- El auto de sobreseimiento fue confirmado por la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 1 de abril de 2009 .- 10º.- La empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. tenía suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil con la entidad aseguradora Mapfre, póliza que cubre un capital máximo de responsabilidad civil patronal de 150.000 euros por víctima.- Asimismo, en dicha póliza se establece una franquicia con carácter general de 900 euros por siniestro.- 11º.- La Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo abonó a los demandantes las siguientes cantidades: - Pensión de viudedad: 555,32 euros mensuales desde el 18-07-

2007.- Indemnización Especial a tanto alzado por importe de 6.407,58 euros. - Auxilio por defunción: 30,05 euros.- 12º.- En fecha 27 de julio de 2009 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D^a Felicísima, D^a Pilar, D. Eliseo y D. Íñigo contra CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. y MAPFRE EMPRESAS debo absolver y absuelvo a los expresados demandados de todas las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 27 de septiembre de 2013, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de doña Felicísima, doña Pilar, don Eliseo y Don Íñigo, contra la sentencia de fecha treinta de diciembre del año dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Pontevedra, en proceso promovido por los recurrentes frente a la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. y MAPFRE EMPRESAS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Por la representación de D^a Felicísima, D^a Pilar, D. Eliseo y D. Íñigo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 19 de noviembre de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 23 de febrero de 2010 .

CUARTO.- Con fecha 12 de mayo de 2014 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2015. Con la misma fecha se suspendió el señalamiento a los efectos de considerar la incorporación a las actuaciones, por el cauce del artículo 233.1 LRJS , de la sentencia mencionada por la recurrente de fecha 8 de mayo de 2013 de la misma Sala que la recurrida. Por auto de 6 de noviembre de 2015, se admitió la incorporación de dicho documento.

SEXTO.- Por providencia de 8 de febrero de 2016, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 27 de septiembre de 2.013 , en la que se confirma en suplicación la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra, que desestimó la demanda de responsabilidad civil planteada por la viuda y los tres hijos del trabajador fallecido en accidente de trabajo.

La sentencia recurrida desestimó los motivos de suplicación encaminados a la modificación de los hechos probados, y con arreglo a ellos se puede afirmar lo siguiente:

a) El accidente de trabajo se produjo el 17 de julio de 2.007, cuando el trabajador --después fallecido--prestaba sus servicios en la construcción de un edificio de planta sótano, baja, dos altas y bajo cubierta.

b) Entre las 16,30 y las 17,30 horas se encontraban cuatro trabajadores de la empresa Cantería Hermanos Sobral S.L. realizando labores de tabicado en la planta segunda del edificio. En un determinado momento el trabajador accidentado procedió a subir al bajo cubierta y se encaramó a un andamio de borriquetas de una altura aproximada de 80-81 cm., con objeto de taladrar un agujero en el techo del bajo cubierta, a unos 37 cm del hueco del ascensor, probablemente para pasar un cable de antena para el tejado, cableado que correspondería hacer en la fase de instalaciones, figurando esta fase con el epígrafe 3.9 del Plan de Seguridad y Salud de la empresa demandada.

c) Por causas que se desconocen, realizando esa tarea perdió el equilibrio y se precipitó por el hueco del ascensor hasta el foso de la planta sótano que se encontraba cubierto de agua, pereciendo por asfixia por sumersión.

d) El trabajador no hacía uso del arnés de seguridad cuando se cayó desde una altura aproximada de 13 metros por el referido hueco, que a modo de barandilla se encontraba tapado con dos tablones, que alcanzaban una altura aproximada de 1 metro.

e) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción frente a la empresa, en la que se le imputaba una infracción grave del art. 12.16 f) del Texto Refundido de la LISOS y se proponía una sanción de 20.000 euros.

f) Con posterioridad y a la vista de las alegaciones de la empresa afectada, se procedió a declarar la caducidad del expediente sancionador, dejando sin efecto la sanción propuesta, ordenando el archivo de las actuaciones.

g) Por su parte el INSS inició expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad y salud laboral, y dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial de la empresa aquí demandada, imponiéndole un recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social.

h) Como hecho probado en la sentencia de instancia, al que se atuvo la sentencia de suplicación, se afirma que "No consta la firmeza de dicho recargo".

i) Como consecuencia del accidente se incoaron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Mondoñedo, diligencias que fueron sobreseídas de manera provisional y archivadas por no quedar acreditada suficientemente la concurrencia de los elementos del tipo penal, al no haberse probado que alguno de los posibles responsables de la obra hubiesen ordenado al fallecido realizar un agujero en el techo del bajo cubierta. El archivo fue confirmado por la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 1 de Abril de 2009 .

j) Como quiera que en el escrito de recurso de casación para la unificación de doctrina se interesaba por la vía del artículo 233.1 LRJS la incorporación de una sentencia anterior de la misma Sala de lo Social, se accedió a ello y consta en las actuaciones la sentencia dictada por aquella en fecha 8 de marzo de 2.013 , en la que se ratificaba la sentencia de instancia que había mantenido el recargo en las prestaciones por accidente de trabajo fijadas en un 50% y referidas al mismo accidente de trabajo.

SEGUNDO.- La sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina rechaza la existencia de responsabilidad civil imputable a la empresa empleadora porque "... el hecho de haber procedido a subir el trabajador accidentado al bajo cubierta, subiéndose a un andamio (lo que a su vez hizo ineficaz el vallado de protección del ascensor), a realizar una serie de labores que no le habían sido encomendadas con herramientas de otra empresa y sin hacer uso del arnés de seguridad sólo puede achacarse a la imprudencia temeraria del actor, advirtiéndose así en el caso de autos una voluntaria y consciente asunción del riesgo por parte del mismo, con un patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible, corriendo un riesgo innecesario que finalmente provocó el evento dañoso...sin que por ello mismo pueda constatarse la presencia de medidas concretas exigibles y viables que puedan comportar la atribución a la empresa, a título de culpa, del evento accidental ocurrido".

El recurso de casación para la unificación de doctrina se plantea ahora con la pretensión de que se acepte el efecto de cosa juzgada entre lo declarado y devenido firme en un proceso de recargo en las prestaciones por ausencia de medidas de seguridad y el que se refiere a la determinación de las responsabilidades civiles derivadas del accidente, invocando al efecto como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23-2-2010 (rec. 2700/2009).

Dicha resolución estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia (que había desestimado la demanda), condena a algunas de las empresas demandadas al abono de parte de la indemnización por responsabilidad civil solicitada.

En la sentencia de contraste, el accidente se produjo cuando el trabajador procedía al desencofrado de un pilar pegado al hueco del ascensor de la planta tercera. En el desarrollo de esa actividad el trabajador necesitó acceder a la planta cuarta para retirar unos puntales; para ello pasó la barandilla que se había colocado en el perímetro

del hueco como medida colectiva de prevención sin adoptar medidas de seguridad individuales, como el arnés, y se colocó encima del tablero, que cedió por haberse quitado un soporte o yugo que servía para asegurarlo, sin que constara la causa o circunstancias de la retirada; a consecuencia de ello el actor se precipitó al suelo desde la altura correspondiente a una cuarta planta, produciéndose lesiones.

La Sala del País Vasco rechaza que se hubiera producido la imprudencia temeraria del trabajador, pero también que no existiera responsabilidad empresarial, que ya había sido declarada en la sentencia de fecha 5 de febrero de 2.008 de la propia Sala recaída al resolver y confirmar el recargo de prestaciones de Seguridad Social por ausencia de medidas de seguridad, porque el siniestro se produjo al faltar una de las piezas de la estructura metálica sobre la que se apoyaban los tableros, lo que suponía la infracción de lo dispuesto en el art. 14 de LPRL y en el Anexo IV, Parte A, punto 2, letras a) y b), del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en las obras de construcción. No obstante, al apreciar también la sentencia de contraste una negligencia en la actuación del demandante, al traspasar las barandillas de seguridad y situarse en un lugar desde el que existía peligro de caída, sin utilizar ningún medio de protección individual, y asumir con ello un riesgo evidente, aplica la sentencia la concurrencia de culpas, atribuyendo al trabajador el 50% en la producción del accidente.

Es importante destacar entonces que existe por tanto en el caso analizado en la sentencia de contraste -como se ha dicho ya- una decisión previa de la misma Sala de lo Social confirmando la concurrencia en el accidente de una omisión de medidas de seguridad, y esa es la razón por la que aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 192/2009, de 28 de septiembre) y de esta sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de mayo de 2.005 y 28 de abril de 2.006), la realidad jurídica que se refiere a esa ausencia de medidas de seguridad como elemento determinante de la causa del accidente había de producir el efecto positivo de la cosa juzgada en la reclamación de daños y perjuicios posterior, sin perjuicio de la moderación de las responsabilidades que

pueda llevarse a cabo a través del análisis de otros hechos concurrentes. Es decir: a tal conclusión jurídica se llega en la resolución que analizamos como contradictoria desde el análisis de la referida sentencia precedente que obraba en las actuaciones, sobre la que se efectuaron también alegaciones en el correspondiente recurso de suplicación.

TERCERO.- 1.- De la lectura de la sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina se infiere con claridad que la misma no tuvo presente la decisión anterior de la propia Sala de Galicia, la de fecha 8 de marzo de 2.013 y firme desde el 9 de abril de ese mismo año (recordemos que la recurrida es de fecha 27 de septiembre de 2.013) en la que se resolvía sobre el recargo de medidas de seguridad en el mismo accidente y decidió que resultaba ajustado a derecho el del 50% impuesto a la empresa, aquí recurrida, por ausencia de medidas de seguridad en el acaecimiento del accidente del trabajador cuyos herederos hoy reclaman la indemnización de daños y perjuicios.

También es cierto que esa sentencia anterior en ningún momento cuando se interpuso y tramitó el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, del Juzgado número 2 de Pontevedra, que ha dado origen a la que ahora se recurre, fue invocada por los hoy recurrentes, que se limitaron a solicitar su incorporación a los autos por medio de otrosí en el escrito de interposición del recurso.

2.- Ya se dijo antes que esta Sala, tras cumplir el trámite previsto en el citado art. 233 LRJS, decidió por auto de fecha 6 de noviembre de 2.015 admitir el documento solicitado, consistente en esa sentencia firme anterior, de manera que con ella incorporada a los autos ha de entenderse completada la relación de acontecimientos de hecho que han de ser relevantes para analizar la posible contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste tal y como exige el artículo 219 LRJS.

Si no estuviese aportada esa sentencia firme anterior, podría sostenerse, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe y las partes recurridas en sus escritos

de impugnación del recurso, que entre la sentencia recurrida y la de contraste no habría en principio contradicción que pudiera encuadrarse en aquél precepto, por cuanto que en el supuesto que la sentencia recurrida resuelve no había en el trámite de suplicación alegación alguna de parte sobre ello y por tanto la decisión judicial -que debió conocer su propio precedente- no se pronunció -al contrario que la sentencia de contraste- sobre el efecto positivo de la cosa juzgada que una sentencia anterior sobre ausencia de medidas de seguridad pudiera producir en la de reclamación de responsabilidad civil.

3.- Sin embargo, la admisión de la sentencia precedente como documento relevante y al amparo del art. 233.1 LRJS ha de tener necesariamente relevancia en el ámbito de la contradicción, por cuanto su contenido ha quedado procesalmente incorporado al debate, debiendo ahora determinarse el alcance de esos efectos jurídicos.

El punto de partida de dichos efectos ha de ser necesariamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 77/1983, 192/2009, 139/2009 o 16/2008, en todas las que el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art 24.1 CE es el punto de partida, o lo que es lo mismo, la necesidad de que las resoluciones judiciales que abordan unos mismos hechos en distintas resoluciones judiciales, tengan en cuenta los factores concurrentes y decidan de manera razonada desde esa perspectiva de tutela lo que resulte ajustado a derecho.

CUARTO.- Como venimos razonando, la sentencia ahora recurrida debemos integrarla o completarla con la de fecha anterior y firme que se ha unido a las actuaciones, con lo que la situación de hecho que en conjunto se contempla es sustancialmente igual que en el caso que se resuelve en la sentencia recurrida.

Tanto en una como en otra se trata de un accidente de trabajo en el que existe una sentencia precedente en la que se decide el alcance de la conducta de trabajador en

relación con la producción del propio accidente y la de la empresa en lo que a la ausencia de medidas de seguridad se refiere y su incidencia en la producción del accidente, no habiendo originado el efecto de cosa juzgada esa sentencia anterior en el caso de la resolución recurrida, por las razones ampliamente explicadas en los anteriores fundamentos, y produciéndolo, por el contrario, en el de la sentencia de contraste.

Existe por tanto contradicción en el ámbito procesal ceñido al efecto positivo de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de manera que, por lo razonado, deberá estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina en este punto, y como se afirma en nuestra SSTS de 12 de julio de 2.013 (recurso 2294/2012) y 3 de diciembre de 2.013 (recurso 354/2012), esa estimación comporta la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida para que por la Sala de suplicación se pronuncie nueva sentencia teniendo presente la anterior de la misma Sala de Galicia dictada en fecha 8 de marzo de 2.013. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Augusto Aláez Legerén en nombre y representación de D^a Felicísima, D^a Pilar, D. Eliseo y D. Íñigo, contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1472/11 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, de fecha 30 de diciembre de 2010 , recaída en autos núm. 638/2009, seguidos a instancia de los aquí recurrentes contra Cantería Hermanos Sobral S.L. y Mapfre Empresas, sobre indemnización por accidente laboral. Casamos y anulamos la sentencia recurrida para que por la Sala de suplicación se pronuncie nueva sentencia teniendo presente la anterior de la misma Sala de Galicia de fecha 8 de marzo de 2.013. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º .- El actor, afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM000 , presta sus servicios para la empresa García Junquera SL con la categoría profesional de Conductor; la empresa tiene cubiertas las contingencias profesionales por la mutua Intercomarcal.

2º.- El día 21 de agosto de 2012, el actor entró en las instalaciones de Capsa a las 17,08 horas para descargar leche; alrededor de las 18 horas llamó al empresario Vicente para decirle que se encontraba mal, que iba a ir al médico y para que se hiciera cargo de la descarga, cosa que efectivamente éste realizó, saliendo de Capsa a las 21,47 horas.

3º.- El actor acudió al centro de salud de Castrillón a las 18,29 horas del mismo día y fue atendido por la enfermera del mismo, a las 19,06 horas; ingresó en el servicio de urgencias del hospital San Agustín de Avilés, donde fue atendido a las 21, 21 horas.

4º.- El actor comenzó con dolor torácico el día 18 de agosto, relacionado con esfuerzos, que cedía en reposo; continuó con episodios más intensos y el día 20 comenzó de madrugada, continuo y asociado a disnea. Fue diagnosticado de infarto agudo de miocardio, con enfermedad de dos vasos, presentando dislipemia sin tratamiento, posible hipertensión arterial y diabetes Mellitus tipo 2 de diagnóstico reciente.

5º.- El 22 de agosto de 2012 comenzó un periodo de incapacidad temporal que fue calificado como derivado de enfermedad común. La empresa no elaboró el parte de accidente de trabajo. El actor solicitó el cambio de contingencia de la incapacidad, que fue denegado por resolución de 14 de junio de 2013, frente a la que presentó reclamación previa en tiempo y forma, que fue también desestimada por otra resolución de 5 de julio. Interpuso la demanda el 23 del mismo mes.

6º.- El importe de la base reguladora mensual es de 1.738,18 € ".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimo la desmanda interpuesta por Hilario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Servicio de Salud del Principado de Asturias, Tesorería General de la Seguridad Social, García Junquera S.L, y la Mutua Intercomarcal absolviendo a los demandados de todos los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Hilario ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Hilario contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua Intercomarcal, el Servicio de Salud del Principado de Asturias,

(SESPA), y la empresa García Junquera S.L, sobre incapacidad permanente, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada."

TERCERO.- Por la representación de D. Hilario se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 10 de febrero de 2015.

Propone, como sentencia de contraste a los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 29 de abril de 2014 (rcud. 1521/2013).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de junio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de marzo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias confirma la dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Oviedo de 15 de julio de 2014, desestimatoria, a su vez, de la demanda del trabajador sobre determinación de contingencia profesional del proceso de incapacidad temporal.

2. Acude dicha parte demandante en casación para unificación de doctrina insistiendo en su pretensión de que se declare que las prestaciones derivadas de aquella situación obedecen a contingencias profesionales; y aporta, como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por esta misma Sala IV del Tribunal Supremo el 29 abril 2104 (rcud. 1521/2013).

3. La sentencia recurrida rechaza que el infarto de miocardio sufrido por el trabajador demandante pueda considerarse producido en tiempo y lugar de trabajo, partiendo del dato de que éste había comenzado a sentir dolor torácico tres días antes de su ingreso hospitalario. Y a tal conclusión llega la Sala de Asturias pese a que el trabajador continuó acudiendo a su trabajo hasta el momento en que debió abandonarlo para ser asistido médicamente momento en que fue diagnosticado de infarto evolucionado.

4. En la sentencia de contraste consta que el trabajador, oficial de construcción, había sufrido, de forma brusca, pérdida de fuerza y adormecimiento de los miembros del lado izquierdo del cuerpo, acompañados de dificultad para articular palabra. Dicho cuadro mejoró de forma espontáneamente y unos días más tarde, cuando se encontraba en su puesto de trabajo, notó que se le caían las cosas y hormigueo en los miembros, motivo por el que acudió al médico, siendo diagnosticado de infarto en hemiprotuberancia derecha. La sentencia referencial entiende que, existiendo una patología previa, ésta se agravó estando el trabajador en el centro de trabajo desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo, por lo que declara que se trataba de un accidente de trabajo.

5. Tal y como también propone el Ministerio Fiscal, la comparación entre las dos sentencias permite afirmar la concurrencia del requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

En los dos casos se trata trabajadores que, antes de ser diagnosticados de infarto (cardíaco en un caso, cerebral en el otro), tuvieron alguna manifestación de la dolencia, sin que tales síntomas les impidieran acudir a trabajar, siendo durante el desempeño del trabajo que se manifestó el episodio determinante del diagnóstico de sus padecimientos. También en ambos supuestos la situación de incapacidad (temporal en un caso, de gran invalidez en el otro) no se inicia hasta ese diagnóstico motivado por el episodio que les obligó a acudir de modo urgente al médico.

Pese a dichas similitudes y cuestionarse en los dos supuestos la aplicación del presunción de laboralidad del art. 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), los fallos son contradictorios ya que, mientras la sentencia recurrida considera que la contingencia es común -por haber debutado la patología fuera del lugar y tiempo de trabajo-, la de contraste la declara laboral porque la dolencia manifestada previamente no había provocado que el trabajador iniciara proceso de incapacidad alguno.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción del art. 115 LGSS , con cita de las STS/4ª de 27 octubre 1992 , 23 febrero 2010, 3 junio 2013 y 18 diciembre de 2013.

2. La definición el accidente de trabajo está perfilada en términos amplios en art. 115.1 LGSS, como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". Tal amplitud del concepto, desbordado incluso por el propio legislador, ha sido señalada por la STS/4ª de 9 mayo 2006 (rcud. 2932/20014).

En todo caso, de esa definición se colige la necesidad de nexo de causalidad entre trabajo y lesión. Ahora bien, el propio texto legal tiene en cuenta la posibilidad que el trabajo no sea la causa única y exclusiva de una dolencia, por ello, ante las dificultades de establecer esa relación de causalidad directa, entra en juego la presunción del art. 115.3 LGSS, según el cual, "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 del trabajo".

3. Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha aplicado la presunción, no solo en el caso ya señalado de la sentencia de contraste, sino también en otro supuesto análogo, el que fue resuelto por nuestra STS/4ª de 18 diciembre 2013 (rcud. 726/2013), en el que se concluía que estábamos ante un accidente de trabajo aunque existieran antecedentes. Se trataba allí de un infarto en tiempo y lugar de trabajo de quien había presentado un episodio de dolor en la noche en casa, repitiéndose el mismo con más fuerza en el lugar de trabajo.

4. La presunción del artículo 115.3 LGSS se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

Por ello, el juego de la presunción exigirá que, de negarse su etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal; lo que sucederá con facilidad en los supuestos de enfermedades en las que el trabajo no tuviere influencia; pero se hace difícil en los casos de las lesiones cardíacas, las cuales

no son extrañas a las causas de carácter laboral (véase la STS/4ª de 20 octubre 2009, rcud. 1810/2008).

En suma, "La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del art. 115.2.f) LGSS . como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección "(así lo hemos sostenido en la STS/4ª de 27 septiembre de 2007 -rcud. 853/2006-).

Dicha tesis ha sido reiterada por la STS/4ª de 10 diciembre 2014 (rcud. 3138/2013), en relación con un supuesto de hemorragia cerebral que se exterioriza durante el descanso para comer, tras haberse sentido indisposto el trabajador en tiempo y lugar de trabajo, aunque el trabajador padeciera una malformación congénita arterio-venosa.

TERCERO.- 1. La sentencia recurrida se aparta de la doctrina jurisprudencial consolidada que venimos recordando.

Por ello, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado y la citada sentencia casada y anulada.

2. La consecuencia de ello es que debemos resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de dicha clase que planteó el demandante

inicial y, en consecuencia, hayamos de revocar la sentencia de instancia para estimar favorablemente la demanda declarando que la incapacidad temporal reconocida al actor deriva de accidente de trabajo, con las consecuencias que tal declaración haya de tener para las partes demandadas.

3. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235 LRJS no procede la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Hilario, contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 2223/2014 , casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de dicha clase que planteó el demandante inicial y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, en autos número 791/2013, estimamos favorablemente la demanda declarando que la incapacidad temporal reconocida al actor deriva de accidente de trabajo, con las consecuencias que tal declaración haya de tener para las partes demandadas. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE MARZO DE
2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social número 2 de Badajoz, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Julia frente al Excmo. Ayuntamiento de Campillo de Llerena, sobre reclamación de cantidad, debo condenarlo y lo condeno a que abone a la parte actora la cantidad de 27.000 €. Estimo la falta de legitimación pasiva alegada por la defensa de la entidad CASER, S A, absolviéndola de las pretensiones que contra ella se dirigen."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- La actora Julia, sufrió un accidente de trabajo el 16/02/2010 cuando prestaba servicios como peón de la construcción para el Excmo. Ayuntamiento de Campillo de Llerena. (f.8, 33 a 38, 44 a 47, 71 y 72, 196 y 197).

SEGUNDO. - La contratación de la trabajadora se efectuó con cargo al Programa de Fomento del Empleo Agrario AEPSA 2009, con el objeto de realizar una serie de obras consistentes en: reforma de acerado en c/ San Bartolomé, c/ Enrique Sánchez de león y C/Tejares, adecuación de la calzada en callejón del Arroyo y centro de Desinfección y Adecuación de zona verde aneja a campa de camiones.

TERCERO. - Con motivo del accidente de trabajo, la demandante por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 27/02/2012, fue declara en situación de incapacidad permanente total. (f.7 y 8, 65,100).

CUARTO.- El Excmo. Ayuntamiento de Campillo de Llerena, tiene suscrito seguro de responsabilidad civil por accidente de trabajo, con el siguiente contenido:

"Caser Seguros. RESPONSABILIDAD CIVIL GENERAL CONDICIONES PARTICULARES Y ESPECIALES, Póliza nº NUM000. CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, Cía de Seguros y Resaseguros, S.A. - CASER Avenida de Burgos, 109-28050. DELIMITACIÓN Y ALCANCE DE LAS COBERTURAS R. CIVIL PATRONAL, POR ACCIDENTES DE TRABAJO.

1º- Objeto del Seguro.

Mediante esta cobertura EL ASEGURADOR garantiza al Tomador del seguro Asegurado las indemnizaciones pecuniarias que venga obligado a satisfacer por sentencia firme, en caso de reclamaciones presentadas por su personal asalariado, o sus derechohabientes, a causa de daños corporales o muerte de dicho personal, que sean consecuencia de accidentes de trabajo sufridos en el ejercicio de sus funciones a! servicio del Asegurado.

Quedarán por tanto garantizadas las reclamaciones que pudieran presentarse contra el Asegurado al amparo de los artículos 1.902 al 1.910 del Código civil por:

Las personas que trabajan a su servicio y que estén amparadas efectivamente por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo, o sus derecho habientes.

Las Entidades y Organismos que hayan asumido el Seguro de Accidentes de Trabajo, por el costo de las prestaciones sanitarias satisfechas.

Quedan igualmente garantizadas:

Las reclamaciones como consecuencia de accidentes de trabajo que hayan sido motivados, en todo o en parte, por acciones u omisiones de las que daba responder el Asegurado o las personas que de él dependan y de las que pueda resultar subsidiariamente responsable.

El pago de las costas y gastos judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro y la constitución de fianzas civiles y penales de acuerdo con lo dispuesto en las Condiciones Generales de la póliza.

2º. - Riesgos Excluidos

Queda excluida de las coberturas de la póliza, y en ningún caso estará cubierta por CASER, la responsabilidad civil del Asegurado por:

1. Responsabilidad (directa, solidaria o subsidiaria) del Asegurado prevista en los artículos 126 y 127, 1-2, del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 20 de Junio de 1.994.

2. Responsabilidad del pago del recargo establecido en el artículo 123.1 de la Ley de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o de penalizaciones que se impongan al Asegurado por aplicación del Reglamento de Accidentes de Trabajo de la citada Ley de Seguridad Social.

3. Responsabilidad, directa o subsidiaria, del Asegurado derivada del incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo. Leído y conforme CAJA DE SEGUROS REUNIDOS EL TOMADOR DEL SEGURO Cía de Seguros y Reaseguros, S.A.-CASER DIRECTOR GENERAL.

4. Responsabilidad Civil derivada de la responsabilidad criminal a que hace referencia el artículo 12 7.3 de la Ley de Seguridad Social.

5. Las responsabilidades por hechos que no sean calificados como accidente de trabajo o que estén excluidos del Seguro de Accidentes de Trabajo, así como las reclamaciones de trabajadores que no estén dados de alta a los efectos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo.

6. Las indemnizaciones y gastos de asistencia por enfermedad profesional o bien por enfermedades no profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, así como el infarto de miocardio, trombosis, hemorragia cerebral y enfermedades de similar etiología.

7. Las responsabilidades por accidentes sobrevenidos fuera del periodo de seguro fijado en las Condiciones Particulares

8. El resarcimiento de los daños materiales

9. Las responsabilidades resultantes de la utilización de vehículos a motor embarcaciones, así como de los accidentes de trabajo ocurridos "in itinere".

10. Responsabilidades derivadas de conductas calificadas como "infracciones muy graves" por la Inspección de Trabajo, así como del incumplimiento doloso reiterado de las normas de Seguridad e Higiene.

11. Responsabilidades por asbestosis o cualesquiera enfermedades debidas a la fabricación, elaboración, transformación, montaje, venta o uso de amianto o de productos que lo contengan.

12. Responsabilidades por danos derivados de acciones, omisiones o errores que tengan como consecuencia la adquisición, transmisión o contagio de! Síndrome del Inmunodeficiencia Adquirida o de sus agentes patógenos.

13. Las responsabilidades por daños producidos por la exposición a radiaciones nucleares, radiactivas o ionizantes.

14. Reclamaciones de socios, administradores sociales o directivos del Asegurado y, en general, de cualquier persona cuyo régimen contractual se encuentre excluido de la legislación laboral.

15. Responsabilidades directas y personales de contratistas y subcontratistas.

16. Responsabilidades que se impongan como consecuencia de accidentes que hayan sobrevenido con motivo de la elección de ciertos métodos de trabajo adoptados precisamente con el fin de disminuir costes o acelerar la finalización de las labores a ejecutar. Leído y conforme CAJA DE SEGUROS REUNIDOS. EL TOMADOR DEL SEGURO Cía de Seguros y Reaseguros, S.A. -CASER. DIRECTOR GENERAL"

(f.151a 158). QUINTO. - Se interpuso reclamación previa el 10/01/20 13, que fue desestimada por resolución de 8/02/20 13. (f.9 y 10, 241 y 242, 245 y 246)."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: ESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Julia frente al Excmo. Ayuntamiento de Campillo de Llerena, sobre reclamación de cantidad, debo condenarlo y lo condeno a que abone a la parte actora la cantidad de 27.000€.

Estimo la falta de legitimación pasiva alegada la entidad CASER, 5 A, absolviéndola de las pretensiones que contra ella se dirigen."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 9-5-14.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26-6-14 para los actos de votación y fallo".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE CAMPILLO DE LLERENA (BADAJOZ), dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura/Cáceres, sentencia con fecha 7 de julio de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos Desestimar y Desestimamos el Recurso de

Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE CAMPILLO DE LLERENA (BA), contra la sentencia número 76/14 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 2 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 0000137 /2013, seguidos a instancia de D^a. Julia , parte representada por el Sr. Letrado D. FERNANDO VERA RANGEL, frente al indicado Recurrente y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS SA .-CASER SA, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de Instancia.

CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE RECURRENTE INCLUYÉNDOSE EN ELLAS LOS HONORARIOS DEL LETRADO DE LA PARTE CONTRARIA QUE IMPUGNÓ EL RECURSO CUYA CUANTÍA SE ESTIMA EN DOSCIENTOS EUROS)."

CUARTO.- Don Tomás Guerrero Flores, mediante escrito presentado el 21 de julio de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 31 de mayo de 2012, recurso número 144/2012.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 24 de febrero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 7 de julio de 2014 (Rec. 256/2014), que la actora, que prestaba servicios como peón de la construcción para el Excmo. Ayuntamiento de Campillo de Llerena, sufrió un accidente de trabajo a resultas del cual fue declarada en situación de incapacidad permanente total, reclamando se le abonara la indemnización prevista en el Convenio Colectivo Provincial de la Construcción. En instancia se estimó la demanda, condenando al Ayuntamiento al abono de 27.000 euros como mejora voluntaria de la Seguridad Social, absolviendo a la compañía aseguradora. Dicha sentencia es confirmada en suplicación, por entender la Sala que la cuestión que se plantea en el recurso de suplicación gira en torno a la aplicación o no del Convenio Colectivo Provincial de Badajoz de la Construcción, puesto que al prestar servicios como peón de la construcción, y no existir norma convencional del Ayuntamiento, debe ser de aplicación dicha norma convencional, y como no se ha solicitado la revisión de hechos probados, en relación a la actividad desempeñada por la trabajadora, no procede la estimación del recurso. Añade la Sala que a pesar de que simplemente por las razones anteriormente expuestas ya no prosperaría el recurso, debe ser de aplicación en el presente supuesto lo dispuesto en STS (Sala General) de 07-10-2004, cuya doctrina se siguió en la STS 01-06-2005 y en la que se determinó que a falta de norma propia del Ayuntamiento, ha de aplicarse la que rige en la actividad en que se desarrolla el trabajo por el accionante, por lo que al no existir en el presente supuesto convenio de ámbito específico en el seno del Ayuntamiento, la relación laboral queda sujeta al convenio mencionando, y que en caso contrario se crearía un injustificado vacío legal vulnerado del principio de igualdad, ya que "lo que no es de recibo es que el empleador prescinda de un convenio de empresa y a la vez pretenda, como es el caso, no someterse a aquél que regula la actividad concreta de que se trata".

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el Ayuntamiento de Campillo de Llerena, planteando lo que parecen ser dos motivos de casación unificadora para los que invoca una única sentencia de contraste, la del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 31 de mayo de 2012 (Rec. 644/2012).

En el caso de esta sentencia el actor prestó servicios para el Ayuntamiento de Villanueva del Fresno, como oficial cerrajero, siendo despedido. Presentó demanda el trabajador reclamando 3.013,17 euros correspondientes a las diferencias entre el salario que se le había abonado y el que le correspondía haber percibido en aplicación del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Badajoz durante los meses de agosto de 2010 a junio de 2012, pretensión estimada en instancia, cuya sentencia es revocada en suplicación, por entender la Sala, ante la cuestión de si en los Ayuntamientos que no tienen convenio propio deben ser de aplicación los convenios colectivos sectoriales que regulan las diversas actividades que se pueden desarrollar por la corporación, que si bien podría aplicarse lo dispuesto en la STS 07-10-2004 (Rec. 2182/2003), cuya doctrina se siguió en la STS 01-06-2005, en la STS 17-06-2011 (Rec. 2855/2010), se ha determinado que en un Ayuntamiento que carece de convenio, y que se hace cargo del servicio de limpieza que antes se llevaba a cabo una empresa, no le es de aplicación la cláusula de subrogación del convenio sectorial, por lo que no se puede volver al criterio sustentado con anterioridad, según el cuál sí sería de aplicación el convenio sectorial de que se trate, máxime cuando en el presente supuesto el art. 2 (ámbito funcional), determina que se aplicará a las empresas dedicadas a la actividad siderometalúrgica, el art. 3 (ámbito personal) determina que se aplicará a todos los trabajadores que trabajen en las empresas anteriores, y el Ayuntamiento demandado no es una empresa dedicada a la actividad siderometalúrgica, además de que el convenio sólo puede obligar a quienes estuvieron representados como partes intervinientes en la negociación del convenio colectivo, entre los que no está el Ayuntamiento. Concluye, en definitiva, que cuando no existe convenio colectivo, no se puede aplicar otro de carácter sectorial.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal entiende que concurre la necesaria contradicción, aunque las profesiones de los actores, los convenios que pretende se les apliquen y sus pretensiones sean diferentes, pues el tema debatido en suplicación en las dos sentencias - y por eso entiende que tales diferencias no son esenciales - es si puede aplicarse a los trabajadores de los Ayuntamientos que carezcan de convenio propio los

convenios sectoriales que regulen las actividades que desarrollen para la corporación local.

Aunque se consideren accidentales las diferencias en los hechos y en las pretensiones (en la recurrida se reclama indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, solicitando que se aplique el Convenio Colectivo Provincial de Badajoz para la Construcción, mientras en la de contraste se reclaman diferencias salariales, solicitando la aplicación del Convenio Colectivo Colectivo Provincial de Badajoz para la Industria Siderometalúrgica), sin embargo, hay diferencias relevantes que explican el signo contradictorio de las sentencias comparadas. Así:

- La recurrida aplica el convenio colectivo provincial de construcción de Badajoz, en cuyo texto, que figura en los autos dispone en su art. 3 la aplicación a "todas las actividades propias del sector de la construcción", y en su art. 4 integra en su ámbito personal a "todas las empresas entidades públicas y trabajadores de las actividades enumeradas en el artículo anterior", lo cual permite que dicha sentencia considere incluido al citado Ayuntamiento, ahora recurrente, en el ámbito funcional y personal del Convenio de la Construcción que le aplicó. Pero ello no ocurre en el caso de la sentencia de contraste, a la que no le parece razonable que el Ayuntamiento pueda estar incluido en el ámbito de aplicación del convenio provincial de Siderometalúrgica.

- Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, sobre lo que se debatió en la sentencia de instancia dictada en estos autos, con una póliza que no cubría la indemnización del convenio colectivo, sino solo indemnizaciones adicionales de tipo empresarial, no fue objeto de debate en la sentencia de contraste.

- En definitiva, la diferente problemática de enjuiciamiento respecto de una mejora voluntaria con suscripción de una póliza de aseguramiento por responsabilidad civil (sentencia recurrida) y una reclamación de salarios de acuerdo con la categoría

profesional y función del trabajador (sentencia de contraste), así como las diferencias entre los convenios colectivos aplicados en ambas sentencias (el provincial de Badajoz para la construcción, en la recurrida, y el provincial de Badajoz para la industria siderometalúrgica, en la de contraste), determinan que no se estime concurrente el presupuesto procesal de la contradicción.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CAMPILLO DE LLERENA (BADAJOZ), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 7 de julio de 2014, dictada en el recurso de suplicación número 256/2014, que queda firme. Se imponen a la parte recurrente las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

XXVIII. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”.

Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. "Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español". Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. "El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola". Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM