

**Consulta realizada**

---

Búsqueda en Jurisprudencia

Día y hora:	23-09-2014 10:09:53		
Relevancia:	<b>mayorque3</b>		
Texto:	<b>indemnizaciones accidente trabajo</b>		
Resumen:			
Voces:			
Tribunal:			
Fecha desde:	1/1/2010	Fecha hasta:	31/12/2010
Normativa aplicada:			
Disposiciones examinadas:			
Artículos:			

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 29 noviembre 2010

[RJ2011\1353](#)



**RECARGO DE PRESTACIONES OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:** aplicación al incremento del 20 por ciento de la pensión de incapacidad permanente total.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 3355/2009

**Ponente:** Excm. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3355/2009) interpuesto por la empresa «Montajes y Construcciones Dilo, SL», contra la Sentencia del TSJ del País Vasco, de fecha 14-07-2009, dictada en autos promovidos por don José Ramón contra la recurrente y otros, en reclamación sobre recargo de prestaciones económicas.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora Dª Marta Hernandez Torrego, en nombre y representación de MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha [14 de julio de 2009 \( PROV 2009, 499391 \)](#) , recaída en el recurso de suplicación nº 1099/2009 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictada el 23 de octubre de 2008 , aclarada en auto de fecha 23 de octubre de 2008 en los autos de juicio nº 426/08, iniciados en virtud de demanda presentada por Jose Ramón , contra MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., INSS, TGSS y MUTUA LA FRATERNIDAD MUPRESPA , sobre PRESTACION.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

Con fecha 13 de octubre de 2008, el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar la demanda formulada por Dº Jose Ramón contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra el empresario Montajes y Construcciones Dilo, S.L., y contra la Mutua Fraternidad-Muprespa, debo declarar y declaro el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la incapacidad permanente total con el incremento por la falta de medidas de seguridad en el cuarenta por ciento de la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total, por un importe de 573,13 euros a sumar al importe que reciba por la pensión por la incapacidad permanente total, todo ello con los aumentos incrementos que vaya percibiendo, con cargo al empresario Montajes y Construcciones Dilo, S.L., que en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, deberán ser anticipadas por la Mutua La Fraternidad-Muprespa y siendo responsable subsidiario el Instituto Nacional de la Seguridad Social, solo en caso de insolvencia del empresario codemandado Montajes y Construcciones Dilo, S.L."

Esta sentencia fue aclarada por auto de fecha 23 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Estimar la demanda formulada por Dº. Jose Ramón contra MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., y debe declarar el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la Incapacidad Permanente Total con el incremento por las Faltas de Medidas de Seguridad en el 40% de la base reguladora de la pensión por Incapacidad Permanente Total por importe de 513,78 euros a sumar al importe que reciba por la pensión de Incapacidad Permanente Total, todo ello con los incrementos que vaya percibiendo con cargo a la empresa MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L. con efectos al 17 de enero de 2008, fecha del cumplimiento de los 55 años del actor, y absolviendo expresamente a la Mutua FRATERNIDAD- MUPRESPA y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL". Se mantiene inalterada el resto de la sentencia de referencia.

## SEGUNDO

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: 1º. La parte actora Jose Ramón , con DNI, nº NUM000 , se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con efectos de la prestación al 19 de mayo de 2006. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), mediante Resolución notificada al actor el pasado 23 de febrero de 2008, resolvió estimar la solicitud del incremento del 20 por ciento sobre la base reguladora resultante de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador, fijando la pensión mensual del mismo en la cantidad de 1.382,91 euros. 2º . Disconforme el actor con la indicada Resolución, entabló reclamación previa contra la misma, que fue desestimada. Solicitaba al citado organismo del Estado que el recargo por la falta de medidas de seguridad lo fuera en el porcentaje del 50 por ciento, acorde con lo indicado en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social solicitaba el citado porcentaje del cincuenta por ciento de incremento a la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total. En el acto del juicio la parte actora modifica lo solicitado en la demanda y señala que el recargo postulado lo cifra en el cuarenta por ciento, establece la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total en 1.212,60 euros, el setenta y cinco por ciento 1284,45 euros y el cuarenta por ciento, en la reclamación de 513,78 euros."

## TERCERO

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Montajes y Construcciones Dilo, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha [14 de julio de 2009 \( PROV 2009, 499391 \)](#) , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Montajes Y Construcciones Dilo SA frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de los de Bizkaia, dictada el 13 de octubre de 2008 en los autos nº 426/08 sobre aplicación del recargo por falta de medidas de seguridad, seguidos a instancia de D. Jose Ramón contra la empresa recurrente, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Fraternidad-Muprespa, revocamos parcialmente la sentencia recurrida en los aspectos relativos a la

revalorización del recargo y la cuantificación efectuada, manteniendo el resto de los pronunciamientos."

#### CUARTO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernandez Torrego, en nombre de MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., 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 Catalunya el 9 de diciembre de 1999, en el recurso 4350/1999 .

#### QUINTO

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por el INSS y por D. Jose Ramón , se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

#### SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 23 de noviembre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

- El Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao dictó sentencia el 13 de octubre de 2008 , aclarada por auto de 23 de octubre de 2008, autos número 426/08, estimando la demanda formulada por D. Jose Ramón contra Montajes y Construcciones DILO S.L., declarando el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la incapacidad permanente total con el incremento por la falta de medidas de seguridad del 40% de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total por importe de 513'78 euros a sumar al importe que recibe por la pensión de incapacidad permanente total, todo ello con los incrementos que vaya percibiendo con cargo a la empresa Montajes y Construcciones Dilo S.L., con efectos del 17 de enero de 2008, fecha del cumplimiento de los 55 años del actor, absolviendo expresamente a la Mutua Fraternidad-Muprespa y al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tal y como consta en la citada sentencia al actor le fue reconocida la situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo con fecha de efectos de 19 de mayo de 2006, habiendo acordado el INSS estimar la solicitud del incremento del 20% sobre la base reguladora de la pensión. El actor solicitó recargo de la prestación por falta de medidas de seguridad en el 40% que ha de incrementarse en la base reguladora de la pensión.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada Montajes y Construcciones Dilo S.L., dictando sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el [14 de julio de 2009 \( PROV 2009, 499391 \)](#) , recurso 1099/09 , estimando parcialmente el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida en los aspectos relativos a la revalorización del recargo y a la cuantificación efectuada, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma. La sentencia entendió que procede la aplicación del recargo sobre el incremento del 20% que se ha aplicado a la prestación de incapacidad permanente total, fijada en el 55% de la base reguladora, al cumplir el actor 55 años de edad.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada 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 Catalunya el 9 de diciembre de 1999 \( AS 2000, 405 \)](#) , recurso 8875/99 , firme en el momento de publicación de la recurrida.

El recurso ha sido impugnado por la parte actora y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social,

habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

## SEGUNDO

- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 9 de diciembre de 1999, recurso número 8875/99 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Formo S.A., contra la sentencia de 6 de marzo de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Barcelona, en el procedimiento número 1264/98 , seguido a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Isaac y Mutua Intercomarcal, revocando la sentencia impugnada y estimando la demanda formulada, declarando la nulidad de la resolución de la D.P. de Barcelona por la que se comunicó a la empresa Formo, S.A., liquidación de deuda consistente en el capital coste de recargo del 35% por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en relación con el incremento en el 20% reconocido por resolución de 5 de noviembre de 1997 en la pensión de incapacidad permanente total que desde el 28 de mayo de 1985 venía percibiendo el trabajador demandado, declarando la ausencia de responsabilidad de la citada empresa en el recargo que se le impone sobre el 20%.

La sentencia entendió que el recargo por falta de medidas de seguridad no es aplicable al incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, dado su carácter circunstancial y provisional o transitorio ya que, a tenor del artículo 6, apartado 4 del [Decreto 1646/72, de 23 de junio \( RCL 1972, 1211\)](#) el mismo quedará en suspenso durante el periodo en el que el trabajador obtenga un empleo. Continúa razonando que el precepto legal regulador ha de ser interpretado restrictivamente, pues en otro caso supondría una segunda sanción a la empresa.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , pues en ambos supuestos se trata de trabajadores a los que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total, se ha acordado el incremento del 20% en el cálculo de la pensión correspondiente a la incapacidad reconocida, se ha condenado a la empresa en la que los trabajadores prestaban servicios al incremento de todas las prestaciones económicas reconocidas al trabajador como recargo por falta de medidas de seguridad, planteándose en ambas si el citado recargo opera o no sobre el 20% de incremento de la pensión. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios pues, en tanto la sentencia recurrida entiende que el recargo ha de operar sobre el 20%, la de contraste estima que el citado recargo no se aplica al 20%.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

## TERCERO

- El recurrente alega infracción del artículo 123 de la [Ley General de la Seguridad Social \( RCL 1994, 1825\)](#) , aduciendo en esencia que no cabe incrementar el 20% con el recargo de prestaciones impuesto en su momento porque dicho complemento no es una prestación de las establecidas en las normas sobre seguridad social, sino una mejora que se reconoce en determinados supuestos y cumpliendo unos determinados requisitos.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en asunto que guarda gran similitud con el ahora debatido y lo ha hecho en sentencia de [27 de septiembre de 2000 \( RJ 2000, 8348\)](#) , recurso número 4590/1999 , en la que se contiene el siguiente razonamiento: "2.- *La cuestión que en estos autos se plantea fue objeto de debate doctrinal en época anterior a la Ley General de la Seguridad Social de 1974 ( RCL 1974, 1482)* , y más en concreto durante la vigencia del texto articulado de la Ley de

Seguridad Social probado por [Decreto 907/1966, de 21 de abril \( RCL 1966, 734, 997\)](#) en tanto en cuanto en su art. 147 limitaba el incremento por falta de medidas de seguridad a "las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas por baremo...", de donde se podía deducir que el incremento del 50 por 100 que se reconocía a la gran invalidez quedaba exento del recargo si se entendía, como en un primer momento se entendió, que ese incremento no era una pensión, sino una prestación complementaria destinada a la finalidad específica de retribuir a la persona que atendiera al gran inválido, como interpretó en su día y en base a dicha legislación el TS en sentencia de 9-2-1972 (Ar.- 490 ). Pero esa duda la despejó la reforma introducida por la [Ley 24/1972, de 21 de junio \( RCL 1972, 1166\)](#) , de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General cuando recogió, sin duda para obviar las dificultades interpretativas de aquella norma anterior, que el recargo por falta de medidas de seguridad "se extiende a todas las prestaciones económicas", en precepto que pasó con la misma redacción al art. 93.1 del texto aprobado por [Decreto 2065/74, de 30 de mayo \( RCL 1974, 1482\)](#) , recogido a su vez en el art. 123 del texto vigente al decir en todos ellos que "todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad se incrementarán...", cuando y en la cuantía que proceda. Por lo tanto, con independencia de la naturaleza que pueda serle atribuida a aquel incremento del 50 por 100 previsto en el art. 139.4 de la [vigente Ley General de la Seguridad Social \( RCL 1994, 1825\)](#) , de lo que no cabe duda es de que se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesta en relación con lo dispuesto en el art. 123 precitado no puede haber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica.

3.- El hecho de que el recargo haya sido calificado tradicionalmente como una medida sancionadora no impide en modo alguno entender que debe de recaer sobre el total de la prestación cuando la norma así lo dispone, en cuanto que el "odiosa restringenda" al que se refiere la sentencia recurrida como argumento para no extender el recargo al 50 por 100 de incremento, regirá cuando hay margen para la interpretación de las previsiones legales, pero no para los supuestos en que la norma ha previsto expresamente que el recargo recaiga sobre la prestación de que se trate como aquí ocurre.

4.- Y tampoco supone inconveniente alguno a dicha solución el hecho de que, conforme se prevé en el art. 139.4 LGSS el que la indicada prestación se calcule en su 50 % por referencia a la prestación correspondiente a la invalidez absoluta, por cuanto esta referencia constituye una forma referencial de calcular el incremento, pero no elimina la naturaleza de prestación compensatoria de una situación de invalidez. Ni tampoco el hecho de que la finalidad de ese 50 % se haya previsto con la intención de que "el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda", pues tal previsión finalista no impide calificar ese incremento como la prestación económica que es."

La anterior doctrina ha de ser aplicada al supuesto sometido a la consideración de la Sala pues aunque es cierto que el incremento del 20% previsto para la pensión de incapacidad permanente total no tiene la misma naturaleza que el incremento del 50% de la gran invalidez, porcentaje vigente por razones temporales en la fecha de la sentencia de esta Sala parcialmente transcrita, la naturaleza del citado incremento del 20% es prestacional, por lo que es de plena aplicación el recargo establecido por falta de medidas de seguridad.

En efecto esta Sala, en sentencia de [9 de febrero de 2010 \( RJ 2010, 2830\)](#) , recurso 1607/09 , ha resuelto en relación a la naturaleza del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, lo siguiente: "aunque la Sala ha sostenido que el 20% que se abona en caso de la denominada incapacidad permanente total cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma ( sentencias de [4 de marzo de 1993 \( RJ 1993, 1705\)](#) y [21 de marzo de 1994 \( RJ 1994, 2616\)](#) ), lo cierto es que, como señala la sentencia de [22 de noviembre de 1999 \( RJ 1999, 9506\)](#) , ese complemento "tiene una cierta autonomía" con requisitos específicos de acceso al mismo que "aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación" ( sentencia de [22-5-1995 \( RJ 1995, 3993\)](#) ) y esta autonomía justifica un tratamiento similar al que el artículo 43.1 [Ley General de la Seguridad Social \( RCL 1994, 1825\)](#) establece para las prestaciones, de forma que debe ser aplicable la limitación que en relación con su abono establece el precepto que se denuncia como infringido". Este criterio ha sido reiterado por las sentencias de [9 de octubre de 2008 \( RJ 2009, 120\)](#)

---

y [25 de junio de 2009 \( RJ 2009, 5046\)](#) .".

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernandez Torrego, en nombre y representación de la empresa Montajes y Construcciones Dilo SL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha [14 de julio de 2009 \( PROV 2009, 499391\)](#) , en el recurso 1099/09 , interpuesto por la ahora recurrente, contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao , en los autos número 426/08, seguidos a instancia de D. Jose Ramón contra Montajes y Construcciones Dilo S.L., INSS, TGSS y Mutua la Fraternidad Muprespa. Se condena en costas a la recurrente, incluyendo los honorarios de los letrados de la parte actora y de la demandada, Administración de la Seguridad Social, que impugnaron el recurso. Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir.

Devuélvase 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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 10 junio 2010

[RJ2010\2703](#)



**DEPORTISTAS PROFESIONALES:** extinción del contrato de trabajo por incapacidad total o absoluta: indemnización: concesión: declaración de incapacidad efectuada con posterioridad a la fecha de extinción del contrato: hecho causante: fecha del accidente de trabajo.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 4394/2008

**Ponente:** Excmo Sr. Jesús Souto Prieto

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4394/2008) interpuesto por don Borja contra la Sentencia de fecha 03-11-2008, del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el «Real Murcia CF, SAD», sobre reclamación de cantidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Borja , contra [sentencia de fecha 3 de noviembre de 2008 \( AS 2009. 75\)](#) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso nº 6196/07, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona, en autos nº 114/07, seguidos por D. Borja frente a REAL MURCIA C.F. S.A.D.; LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, la Procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de Liga Nacional de Fútbol Profesional, y el Letrado D. Jorge Carrión Abedul, en nombre y representación de Real Murcia C.F. S.A.D.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,



---

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

Con fecha 29 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Borja contra el Real Murcia C.F. S.A.D, la Liga Nacional de Fútbol Profesional y el Fondo de Garantía Salarial, absuelvo a todos ellos de las pretensiones formuladas en su contra."

### SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1. El demandante acredita haber prestado servicios para la entidad Real Murcia C.F. S.A.D. con las siguientes circunstancias profesionales: antigüedad desde el 7-08-02 hasta el 10-11-04, en que se extinguió la relación laboral por despido cuya improcedencia fue reconocida por dicha entidad en conciliación administrativa, que tuvo lugar el 16-11-04, percibiendo por ello aquél la cantidad de 69.480,00 #, de la que 47.882,00 # lo fueron en concepto de **indemnización** y el resto en concepto de liquidación, saldo y finiquito, firmando al respecto el correspondiente recibo, categoría de jugador de fútbol profesional y salario bruto anual de 127.715,00 # (equivalentes a 10.642,92 # mensuales) con inclusión de pagas extras. (Resulta de la valoración conjunta de los documentos obrantes a los folios 35, 36, 37-38, 39 y 65). 2. El 28-9-04 el demandante sufrió un **accidente de trabajo** , a consecuencia del cual permaneció en situación de IT derivada del mismo hasta el 8-6-06, tramitándose por el INSS el correspondiente expediente administrativo para valorar la eventual incapacidad permanente, en el que recayó resolución de 23-11-06 que le declaró en situación de incapacidad permanente en grado total para la actividad de futbolista profesional, derivada de **accidente de trabajo** , con efectos de 8-06-06. (Documento obrante a los folios 33-34). 3. El 8-7-98 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo para la Actividad de Fútbol Profesional con vigencia inicial desde el 1-6-98 hasta el 31-5-01. (Documento obrante a los folios 68-75). 4. Este Convenio fue denunciado 13-2-04 por la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL (folios 76, 77 y 78-79), no constando la suscripción de otro Convenio posterior. 5. El actor agotó sin éxito el trámite de conciliación previa. (Folio 5 )."

### TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Borja ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha [3 de noviembre de 2008 \( AS 2009, 75 \)](#) , 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 Don Borja , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Barcelona de fecha 29 de marzo de 2007 , en los autos nº 114/2007, sobre reclamación de cantidad, confirmamos la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos."

### CUARTO

Por la Procuradora D<sup>a</sup> Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de D. Borja , 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 Cataluña, de fecha 28 de mayo de 2007 , recurso nº 2572/06.

### QUINTO

Por providencia de esta Sala de fecha 26 de mayo de 2009 , apreciando la eventual existencia de la causa de inadmisión del recurso por posible falta de contradicción, se acordó oír a la parte recurrente por el plazo de tres días, formulando ésta las correspondientes alegaciones en su escrito de 16 de junio de 2009; se dio traslado al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar procedente la inadmisión del recurso.

## SEXTO

Por providencia de esta sala de fecha 16 de diciembre de 2009 , se procedió a admitir 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 Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de junio de 2010, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

## PRIMERO

La cuestión que se plantea consiste en determinar si el actor, deportista profesional que fue declarado incapaz permanente total como consecuencia de un **accidente de trabajo** sufrido durante la vigencia de su relación laboral especial, tiene o no derecho a percibir la **indemnización** prevista en el art. 13 d) del [RD 1006/85, de 26 de junio \( RCL 1985, 1533\)](#) , que regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales, cuando dicha incapacidad opera como causa de extinción de la relación laboral.

En la sentencia recurrida el actor sufre un **accidente de trabajo** el 28-9-2004; el 10-11-2004 se extingue la relación laboral por despido, cuya improcedencia reconoce la empresa en el acto de conciliación administrativa abonando la **indemnización** correspondiente; con efectos de 8-6-2006 el actor es declarado en situación de incapacidad permanente total por las lesiones derivadas del **accidente** . La sentencia desestima su pretensión de abono de la **indemnización** prevista en el art. 13 d) del RD 1006/1985 por entender que la declaración de incapacidad permanente total no es en este caso la causa de extinción del contrato, que previamente ya estaba extinguido por despido disciplinario reconocido como improcedente.

Se alega como sentencia de contraste la de la misma [Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de mayo de 2007 \( AS 2007, 2643\)](#) . La situación de la sentencia de contraste es la de un futbolista profesional que sufre un **accidente de trabajo** el 9- 2-2003 por el que inicia un proceso de incapacidad temporal durante el cual pacta con la empresa la extinción del contrato por mutuo acuerdo (el 1-3-2004), recibiendo una **indemnización** . El 11-7-2005 el INSS le reconoce una incapacidad permanente total derivada de **accidente de trabajo** . La sentencia declara su derecho al percibo de la **indemnización** prevista en el citado Real Decreto por entender que se trata de una **indemnización** independiente de las vicisitudes del contrato laboral porque los requisitos legales no atienden a una vigencia de la relación laboral sino a que la lesión derive del ejercicio del deporte y sea declarada o reconocida como incapacidad permanente total o absoluta.

## SEGUNDO

Se dá la contradicción del art. 217 de la [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , que obliga a entrar en el fondo, pues los supuestos de hecho son idénticos, al referirse a dos deportistas profesionales que sufren sendos accidentes de trabajo, vigente su relación laboral especial, que en ambos casos los aparta de la práctica del fútbol profesional -pasan a situación de incapacidad temporal que desemboca en la declaración de incapacidad permanente total en los dos casos- habiéndose procedido en el periodo intermedio a la extinción de sus contratos de trabajo -en la recurrida, por despido reconocido improcedente por la empresa, y en la de contraste, por mutuo acuerdo, también con indemnización-, careciendo de relevancia que la extinción se formalice de modo distinto en uno y otro caso, pues la causa se deriva en ambos casos de la imposibilidad para la práctica del fútbol profesional.

## TERCERO

El recurrente denuncia la infracción de la doctrina unificada de esta Sala en [sentencias de 2 de marzo de 2004 \( RJ 2004, 2431\)](#) y [26 de abril de 2001 \( RJ 2001, 5122\)](#) , en relación con los arts. 9 y 24 de la [Constitución Española \( RCL 1978, 2836\)](#) , invocando luego el art. 13.d) del Real Decreto

1006/85, de 26 de junio , que regula la relación laboral especial de deportistas profesionales.

La cuestión ha sido efectivamente unificada por sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 2004 (Rec. 2820/03 ), para un caso sustancialmente igual en el que un futbolista que había sufrido un **accidente de trabajo** durante un entrenamiento vió extinguida poco después su relación laboral especial por llegar a término su contrato, y, posteriormente, ya finalizado su contrato fué declarado en situación de incapacidad permanente total. En dicha sentencia se declara que lo decisivo es que el contrato esté vigente a la fecha del **accidente** y no en el momento de la declaración de incapacidad, cuando a la fecha de extinción de la relación laboral el demandante se encontraba de hecho incapacitado para la práctica del deporte, siendo ese daño el que se indemniza en aplicación del citado art. 13.d) del R.D. 1006/85 , a cuyo tenor -sigue diciendo la sentencia-: *"Cuando el contrato se extinga por muerte o lesión que produzca en el deportista la incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez, el deportista o sus beneficiarios tendrían derecho a percibir una **indemnización** , cuando menos, de seis mensualidades si la muerte o lesión tuviera su causa en el ejercicio del deporte, condiciones todas ellas que se cumplen en este supuesto, dado que al demandante se le declaró afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual de deportista profesional, a consecuencia del **accidente de trabajo** sufrido el 21 de octubre de 1998, que la invalidez que padece trae causa de tal contingencia y que el actor no se incorporó al **trabajo** después de aquel episodio, así es que se manifestó una causa que por sí sola podría determinar la extinción de la relación laboral, con independencia del efecto que llegara desplegar a su vez el vencimiento del plazo del contrato; en definitiva, desde el **accidente de trabajo** el inicio de la incapacidad temporal, el contrato quedó suspendido en sus efectos y dicha contingencia era por sí sola causa legal para extinguir el contrato, con independencia de la duración prevista para el mismo".*

Lo anteriormente razonado conduce, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor, casar y anular la sentencia recurrida y conceder al recurrente la indemnización que reclama, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Borja , frente a la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3 de noviembre de 2008 \( AS 2009, 75\)](#) en el recurso nº 6196/07 que casamos y anulamos. Y resolviendo el debate de duplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el actor y condenamos a la empresa demandada a que le abone al demandante la cantidad de 63.857,46 # (SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS), sin especial pronunciamiento sobre costas.

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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 21 enero 2010

[RJ2010\1264](#)



**EXTRANJEROS:** contrato de trabajo nulo: identidad falsa: vicio del consentimiento. PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: sufrido por trabajador extranjero sin autorización para residir ni para trabajar y que había suplantado la personalidad de otro, habiendo sido dado de alta y cotizado por el empleador con esa personalidad equívoca facilitada por el propio accidentado: inexistencia de un contrato de trabajo válido o susceptible de producir efectos en materia de Seguridad Social: denegación de la prestación. VOTOS PARTICULARES.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 106/2009

**Ponente:** Excmo Sr. Gonzalo Moliner Tamborero

El TS, Sala de lo Social constituida en **Sala General** , **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 106/2009) interpuesto por don Ceferino contra la Sentencia de fecha 03-12-2008, del TSJ de Andalucía, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS y otras, sobre prestaciones por incapacidad permanente.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ceferino , representado por el Procurador Sr. Codes Feijoo y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de [3 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 1844/08 \( AS 2009, 976\)](#) , interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Dª Tania , sobre invalidez permanente.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, la MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, representada y defendida por el Letrado Sr. Serradilla Enciso, el INSTITUTO NACIONAL DE LA

SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por Letrada del INSS y D<sup>a</sup> Tania , representada y defendida por el Letrado Sr. Herreros Rull.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Gonzalo Moliner Tamborero** ,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

- El [3 de diciembre de 2.008 \( AS 2009, 976\)](#) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 386/07 , seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y D<sup>a</sup> Tania , sobre invalidez permanente. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Jaén en fecha 18 de enero de 2008 , en autos seguidos a instancia de Ceferino en reclamación sobre invalidez permanente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT Y Tania , debemos revocar y revocamos dicha sentencia, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas".

### SEGUNDO

La sentencia de instancia, de 18 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El actor ciudadano de Guinea Conakry, mayor de edad, nacido el 6/08/1983, con pasaporte núm. NUM000 , y NIE núm. NUM001 , comenzó a trabajar para la empresa FELIPA ARROYO PEREZ, en fecha 21/12/06, con la categoría de peón agrícola, para la campaña de recolección de aceituna. Prestó servicios para la citada empresa, presentando para alta en seguridad social, documentación de identidad con el nombre de Gabriel NIE núm. NUM002 , desconociendo la empresa tal circunstancia, habiendo la empresa efectuado las cotizaciones oportunas. La empresa tenía cubierto el riesgo por accidente de trabajo con la mutua Universal. El actor carecía de permiso de trabajo y de residencia en España. En 3/10/05 se había acordado su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por tres años. ----2º.- En fecha 28/12/04, cuando el actor acudía a su trabajo sufrió un accidente de tráfico, y como consecuencia del mismo resultó herido grave, sufriendo lesiones en el MSD. ----3º.- Como consecuencia del accidente sufrido y descubierta la verdadera identidad del actor se inician diligencias previas, dando origen a las núm. 2648/05 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jaén por supuesto delito de usurpación de estado civil, y Procedimiento Abreviado núm. 402/06 . No consta dictado de sentencia. ----4º.- En fecha 28/06/06 , el actor solicitó del INSS declaración de incapacidad permanente. Iniciado expediente se emite informe de síntesis por médico evaluador del EVI de fecha 15/09/06 en el que se indica en conclusiones que el actor padece: síndrome subacromial derecho con plexopatía braquial derecha y tendinosis del supra e infraespinoso; menoscabo permanente para trabajos de esfuerzo y movimientos repetitivos con hombro derecho. ----5º.- Previa alegaciones de las partes implicadas en el expediente (Mutua, empresa) e informe sobre la viabilidad de solicitud de incapacidad permanente y régimen de responsabilidades, por resolución de fecha 21/02/07 el INSS deniega la prestación de Incapacidad Permanente al actor por no estar incluido en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y no tener la condición de trabajador por cuenta ajena y encontrarse en situación ilegal en España, careciendo de legitimación. ----6º.- No conforme el actor con dicha resolución se presentó en fecha 28/03/07 que fue denegada por resolución de fecha 7/06/07, por no desvirtuar sus alegaciones y prueba que aportó el contenido de la resolución recurrida. Por dictamen propuesta del EVI de 10/09/07 se propone para el caso de que por resolución judicial se reconociese al actor derecho a pensión por incapacidad permanente, fecha de revisión por agravación o mejoría a partir del 10/11/2009. ----5º.- La base reguladora asciende a 853'35 euros. ----6º.- La demanda fue presentada el día 26/07/07. ----7º.- La

parte actora padece las siguientes enfermedades y secuelas: síndrome subacromial derecho con plexopatía braquial derecha y tendinosis del supra e infraespinoso; menoscabo permanente para trabajos de esfuerzo y movimientos repetitivos con hombro derecho."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Ceferino contra el INSS, TGSS, MUTUA UNIVERSAL y empresa FELIPA ARROYO PEREZ, debo declarar y declaro que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su trabajo habitual derivada de accidente de trabajo, debiendo los demandados estar y pasar por dicha declaración, condenando a la MUTUA UNIVERSAL a abonar al actor una pensión equivalente al 55% de su base reguladora, con los mínimos, incrementos, mejoras y revalorizaciones que procedan y con efectos desde el día 21/02/07, con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS y absolviendo de responsabilidad en el pago a la empresa FELIPA ARROYO PEREZ."

### TERCERO

El Procurador Sr. Codes Feijoo, en representación de D. Ceferino, mediante escrito de 5 de febrero de 2.009, 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 Superior de Justicia de Cataluña de 15 de noviembre de 2.006. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

### CUARTO

Por providencia de esta Sala de 10 de febrero de 2.009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

### QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de diciembre de 2009. Por providencia de 1 de diciembre de 2009 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de la fecha, trasladando el mismo para el día 20 de enero de 2.010, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete 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 Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

1.- En los hechos probados de la sentencia de instancia se recoge que el actor, ciudadano de Guinea Conakry, que carecía de autorizaciones de residencia y trabajo en España y que en 2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada, comenzó a trabajar para la empresaria demandada como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentando para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. La empresa, que desconocía que la identidad fuera falsa, realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. El 28 de diciembre de 2004 el demandante sufrió un accidente de tráfico cuando acudía al trabajo, iniciándose el correspondiente procedimiento de declaración de incapacidad permanente. También se han iniciado diligencias previas por un delito de usurpación de estado civil. El INSS denegó la prestación solicitada por no estar incluido el actor en el campo de la Seguridad Social al encontrarse en situación ilegal en España. Presentada demanda, la misma fue estimada en la instancia, donde se reconoció el derecho a una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo condenando a la mutua de accidentes de trabajo a su abono;

pronunciamiento que ha sido revocado por la sentencia recurrida, razonando ésta que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía los correspondientes permisos de trabajo determina la nulidad del contrato de trabajo; nulidad que, a su vez, implica la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluye la responsabilidad de la empresa y de la entidad que asumió la cobertura del accidente.

2.- Recurre el actor este pronunciamiento, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Cataluña de [15 de noviembre de 2006 \( AS 2007, 1561 \)](#) . Se trata en ella de un trabajador extranjero, de Guinea Bissau, que comenzó a trabajar, sin permisos de residencia y de trabajo para una empresa el 4 de agosto de 1997 y que fue dado de alta en la Seguridad Social con el nombre de otra persona que no precisaba permiso de trabajo. Sufrió accidente de tráfico el 29 de diciembre de 1997, calificado como accidente de trabajo "in itinere", lo que determinó el reconocimiento de una pensión de gran invalidez, también con falsa identidad. En 2004 se anuló el reconocimiento de la pensión. La sentencia revoca esta decisión de la gestora , argumentando que, aunque de acuerdo con la legislación vigente en la fecha en que se produjo el accidente de trabajo -1997-, pudiera considerarse afectado de nulidad el contrato de trabajo celebrado, ello no determinaría exclusión de la cobertura de los accidentes de trabajo, pues en virtud de lo establecido en el [Convenio 19 de la OIT \( RCL 1967, 1093 \)](#) esa cobertura debe concederse a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales, sin ninguna condición de residencia. Concluye la sentencia de contraste que el trabajador extranjero tiene derecho a la pensión, aunque se encuentre en situación ilegal y aunque haya incurrido en una suplantación de personalidad.

## SEGUNDO

El Ministerio Fiscal en su informe sostiene que hay diferencias esenciales en las dos sentencias que impiden apreciar la contradicción, ya que: 1º) la sentencia recurrida funda su decisión en una nulidad del contrato de trabajo por error sustancial en la persona del trabajador y en el dolo del trabajador, 2º) mientras que Guinea Bissau ha ratificado el Convenio 19 de la OIT, Guinea Conakry no lo ha hecho. Todavía puede añadirse otra diferencia: la legislación vigente en materia de extranjería en 1997 -la [Ley Orgánica 7/1985 \( RCL 1985, 1591 \)](#) - era distinta de la vigente en el momento del hecho causante de la prestación que aquí se debate -la [Ley Orgánica 4/2000 \( RCL 2000, 72, 209 \)](#) , con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas [11 \( RCL 2003, 2332 \)](#) y [14/2003 \( RCL 2003, 2711 \)](#) -.

Sin embargo, estas diferencias no pueden considerarse relevantes. En primer lugar, porque el planteamiento del recurso y el ámbito donde éste centra la contradicción no es el de la nulidad del contrato de trabajo, que viene en realidad a admitirse por el recurrente y que también se daría en la sentencia de contraste, sino en el de la relación jurídica de protección, que el recurso considera independiente de esa nulidad en el marco de un funcionamiento autónomo, en el que lo decisivo sería la realización práctica del trabajo y no su inclusión en el marco jurídico del contrato de trabajo. En efecto, el recurso sostiene que si bien es cierto que ha existido una suplantación de la personalidad por parte del trabajador, "ello no conlleva que el trabajador extranjero irregular carezca de los requisitos necesarios para causar derecho a la prestación por incapacidad permanente", sin perjuicio de la responsabilidad que pueda determinar". La sentencia recurrida se combate no sosteniendo la validez del alta y negando su nulidad, pese a la simulación, sino admitiendo que no se está en alta, pero afirmando que, pese a ello, se tiene derecho a la pensión por tratarse de un accidente de trabajo. En segundo lugar, es cierto que en la lista de ratificaciones del Convenio nº 19 de la OIT no figura Guinea Conakry, mientras que sí está incluida Guinea Bissau, pero el dato no es decisivo por lo que se dirá más adelante sobre el alcance del nº 2 del artículo 1 del mencionado Convenio y porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de [9 de junio de 2003 \(recurso 4217/2002\) \( RJ 2003, 3936 \)](#) . En tercer lugar, porque la diferencia en la legislación de extranjería opera reforzando la contradicción, ya que el régimen de la Ley Orgánica 7/1985 era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

## TERCERO

1.- La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en determinar si un trabajador extranjero que sufrió un accidente de trabajo mientras se hallaba prestando servicios para una empresa que le había dado de alta y contratado en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, puede tener derecho a las prestaciones derivadas del mismo cuando se acredita que dicho trabajador había suplantado la personalidad de otro, y resultó carecer de la autorización para residir que sí tenía el suplantado siendo esta circunstancia la que permitió dicha contratación y su alta en Seguridad Social por parte del empresario .

2.- El recurrente cita como precepto infringido por la sentencia de instancia el art. 42 del [Real Decreto 84/1996 \( RCL 1996, 673, 1442\)](#) en la redacción dada por el [Real Decreto 1041/2005 \( RCL 2005, 1834, 2994\)](#) , en el cual , después de establecer en su apartado 1 que sólo los extranjeros con residencia legal en España se equiparán a los españoles a los efectos de su afiliación y alta en la Seguridad Social, establece en su apartado 2 como excepción que " *con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos el sistema español de Seguridad Social y el alta en régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales*", añadiendo que " *ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida*" .

A partir de dicha redacción pretende llegar a la conclusión, de que la situación planteada en este caso concreto ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conocedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por nuestra jurisprudencia al trabajador español a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, como puede deducirse de las sentencias dictadas por esta Sala en [9-6-2003 \(rec.- 4217/02\) \( RJ 2003, 3936\)](#) y [7-10-2003 \(rec.- 2153/2002\) \( RJ 2003, 6497\)](#) .

3.- Pero el recurrente no tiene en cuenta que en las dos sentencias previamente citadas se partió de una situación fáctica concreta cual fue la de un trabajador extranjero sin autorización para residir, contratado por un empresario que había incumplido con la obligación de solicitar la autorización correspondiente exigida por el art. 36 de la [Ley 4/2000, de 11 de enero \( RCL 2000, 72, 209\)](#) , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), con el resultado de haberse celebrado un contrato de trabajo con infracción de una norma prohibitiva al que, sin embargo el propio art. 36.3 de la Ley citada le reconocía unos efectos limitados y ciertamente difíciles de establecer.

Ahora bien, en el caso que aquí se enjuicia nos encontramos ante una situación distinta de la contemplada en aquellas sentencias que es la que ha dado lugar a la discrepancia, pues mientras en aquellos dos supuestos anteriores el contrato celebrado lo había sido a ciencia y conciencia de los intervinientes aunque con infracción de la exigencia legal contenida en el art. 36.3 LOEX de que para contratar a un extranjero es necesaria la obtención de la previa autorización para trabajar, en los supuestos contemplados por las dos sentencias aquí en entredicho el empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente. En este caso, a diferencia de los que sustentaron aquellas sentencias anteriores de la Sala, se puede afirmar en definitiva que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 1261 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) , y, como en el mismo se dice, en estos casos "no hay contrato", puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación



con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el art. 1266 del mismo CC . Y esta diferencia sustancial es la que impide mantener las tesis defendidas por el recurrente puesto que el punto de partida no es el de un contrato celebrado contra las exigencias de la LOEX con los efectos derivados de las previsiones contenidas en esta Ley, sino ante un contrato inexistente o nulo en aplicación de las previsiones básicas de todo nuestro sistema de contratación.

4.- En efecto, al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable si tenemos en cuenta que desde nuestra primera Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador, pues aun cuando la Seguridad Social se haga cargo en los supuestos normales del todo o de parte de los daños sufridos como consecuencia del accidente, lo hace en sustitución de dicho empleador como actualmente viene establecido en los arts. 123 y sgts de la [LGSS \( RCL 1994, 1825\)](#) ; y el que esto es así lo demuestra el hecho de que, a pesar del régimen de automaticidad y anticipo de prestaciones por las que el modelo se rige, al final el responsable último por subrogación es el empresario cuando resuelta ser el incumplidor de sus obligaciones previas en esta materia como se dispone claramente en el art. 126.3 de la indicada LGSS , lo que se aprecia mucho más claramente cuando los daños y perjuicios sufridos por el accidente exceden de los cubiertos por el sistema en cuyo caso es el empleador el que responde directamente y en exclusiva del "plus" que pudiera serle reclamado -arts. 123. 3 y 127 LGSS en relación con el art. 1101 CC y reiterada doctrina de esta Sala y de la Sala 1ª de este Tribunal-. De forma que en nuestro modelo de protección, que no alcanza a ser un sistema socializado de cobertura de prestaciones, la existencia previa de una vinculación contractual de esta naturaleza sigue siendo requisito "sine qua non" para la obtención de la protección, pues es, así mismo, una de los requisitos exigidos por el art. 7.1 de la LGSS para que un trabajador por cuenta ajena pueda estimarse comprendido en el campo de aplicación de nuestro Sistema de Seguridad Social.

#### CUARTO

1.- Con independencia de los argumentos anteriores, pero íntimamente relacionados con ellos, si nos atenemos a lo que se dispone en el art. 36.3 párrafo segundo de la ley básica en esta materia de extranjería - la [LOEX \( RCL 2000, 72, 209\)](#) - se impone llegar a la misma conclusión en tanto en cuanto, no solo la protección establecida para un accidente laboral sino cualquier tipo de responsabilidad empresarial - y la correspondiente a los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe estimarse incluida dentro del ámbito regulador de dicho precepto - se halla condicionada a "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario", y por ello regirá sólo para los supuestos en los que aquella autorización que habilita al trabajador para residir en nuestro país por el tiempo de trabajo no la ha solicitado y obtenido el empresario antes de contratar a un trabajador como el legislador le ha encomendado hacer cual puede apreciarse en los arts 36. 3 LOEX puesto que es al empresario y no al trabajador al que se le exige solicitar aquella autorización. Ahora bien, en un supuesto como el presente en el que el empleador no pudo pedir esa autorización para el trabajador accidentado sino que la pidió para otro debido a la propia actuación dolosa del propio trabajador, no podrá afirmarse que la carencia de la autorización era imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones que todo tipo que de ello devienen, incluidas las de seguridad social en el decir textual del precepto citado.

2.- En el art. 36 LOEX , como se ha dicho, se impone al empleador y no al trabajador la obligatoriedad de solicitar las autorizaciones para residir y para trabajar a diferencia de lo que ocurrió en la legislación de extranjería anterior a la actual en la que estas autorizaciones (entonces permisos) eran a cargo del propio empleado, de forma que en la nueva legislación no solo es "irregular" el trabajador extranjero que presta sus servicios en España sino también el empleador que lo contrata sin aquellas autorizaciones; y es sobre esa "irregularidad" del empresario sobre la que el apartado 3 del precepto dispone que no se considera inválido el contrato e imputa al empresario las responsabilidades que de la misma se deriven como claramente se aprecia en el inicio de su

redacción cuando toda esa responsabilidad la hace derivar de "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario". El legislador ha relativizado los efectos de lo que sería una nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa tan contundente como la de que cualquier trabajador extranjero "precisará" aquellas autorizaciones para trabajar en España en aplicación de las previsiones de excepción del art. 6.3 "in fine" del Código Civil , sobre la base de aquella irregularidad empresarial, entendiéndose con defendible criterio de justicia que en los supuestos en que la irregularidad era del empresario habría de ser éste y no el trabajador el responsable de los daños de todo tipo derivados de aquella irregularidad

Ahora bien, cuando la carencia de aquellas autorizaciones no es debida a un incumplimiento "por parte del empleador" sino a una actuación dolosa del trabajador como en el caso ha ocurrido, desaparece el condicionante relativizador del apartado 3 del art. 36 CC para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado. Todo ello partiendo de la base de que en nuestro supuesto no se ha alegado ni se desprende del relato de hechos probados ni de ninguna alegación de parte que el empleador hubiera sido consciente ni tuviera complicidad alguna en la contratación ilegalmente celebrada.

#### QUINTO

A partir de la inexistencia y consiguiente nulidad el contrato celebrado en el presente caso entre el trabajador extranjero y su empresaria, los únicos efectos del mismo serán los que deriven de la aplicación del art. 9 del [Estatuto de los Trabajadores \( RCL 1995, 997 \)](#) , los que reconoce a todo trabajador extranjero el art. 14.3 de la propia LOEX, o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual - de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo "in itinere" o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso -; no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante.

#### SEXTO

De conformidad con los argumentos mantenidos en los apartados anteriores procede la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto que se atuvo a los mismos criterios que se han defendido en la presente resolución, todo ello con la consiguiente desestimación del recurso contra la misma por el demandante en las presentes actuaciones; sin que proceda la condena en costas a ninguno de los recurrentes por mor de lo dispuesto al respecto en el art. 233 de la [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de [3 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 1844/08 \( AS 2009, 976 \)](#) , interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén , en los autos nº 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y D<sup>a</sup> Tania , sobre invalidez permanente. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. 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.

## Voto Particular

## VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete a la sentencia dictada en el recurso 106/2009.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2318/2008 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

## PRIMERA

Comparto plenamente el fallo de la sentencia y la apreciación del requisito de la contradicción, si bien me parece conveniente precisar que es irrelevante el dato relativo a que el actor en la sentencia recurrida procede de Guinea Conakry, país que no ha ratificado el Convenio 19 de la OIT, mientras que sí lo ha hecho Guinea Bissau, de donde procedía el demandante en las actuaciones que dieron lugar a la sentencia de contraste. La ratificación del Convenio citado no altera la identidad de las controversias, porque, como se razonará más adelante, la regulación contenida en el mismo no se extiende a los extranjeros sin residencia legal. Tampoco afecta a la contradicción otra diferencia relativa a la legislación aplicable, que en la sentencia recurrida era la Ley Orgánica 7/1985 cuando en el asunto aquí decidido rige la Ley Orgánica 4/2000, con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003 . La diferencia en la norma aplicable refuerza la contradicción, ya que el régimen de la Ley Orgánica 7/1985 era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

## SEGUNDA

El recurrente denuncia la infracción del artículo 42 del Real Decreto 84/1996 , en la redacción del Real Decreto 1041/2005. Este precepto establece, en su número 1 , las reglas para la afiliación y el alta de los trabajadores extranjeros en situación regular y en el número 2 prevé que "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1.925 , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", añadiendo que lo anterior "se entiende sin perjuicio de la reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

La argumentación del recurrente opera con independencia de la nulidad del contrato de trabajo que suscribió, estableciendo que lo que determina la protección no es la validez del contrato, sino el trabajo prestado como hecho. Está admitiendo así también la nulidad del alta que fue practicada en su día con la identidad falsa y de ahí el apoyo de su tesis en el precepto citado en la medida en que éste otorga la protección a los trabajadores que no están en alta y que residen y trabajan irregularmente en España.

Para resolver sobre la denuncia formulada es necesario examinar el marco legal general en el que se encuentra el precepto reglamentario citado y al que debe ajustarse en virtud del principio de jerarquía normativa y en este sentido el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece que estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, "...los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España". De ahí se concluye que el extranjero que no se encuentra legalmente en España no está incluido en la Seguridad Social española. Pero esta primera conclusión tiene que ponerse en relación con dos preceptos que la LOEx ha introducido en esta materia. Por una parte, el artículo 10

establece que "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho... al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente". Por otra parte, el artículo 14 prevé, en su número 1, que "los extranjeros *residentes* tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles"; el número 2 precisa que "los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles" y el número 3 señala que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas". De forma más concreta, el artículo 36 de la LOEx, después de establecer el permiso de trabajo como requisito para trabajar, dispone que "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Nuestra sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso 800/2007) ha interpretado estos preceptos estableciendo que la regulación del artículo 36.3 de la LOEx tiene que ponerse en relación con el artículo 14 que distingue entre: 1º) los extranjeros con autorización de residencia, que tienen derecho a las *prestaciones de la Seguridad Social*, y 2º) los extranjeros sin esa autorización, que sólo tienen derecho a *los servicios y prestaciones sociales básicas*, entendiendo por tales determinados servicios sociales y "aquellas prestaciones que las leyes declaren básicas a estos efectos".

En cuanto al primer grupo - *trabajadores extranjeros con autorización de residencia* -, pueden distinguirse a su vez dos supuestos:

1º) Los trabajadores extranjeros que tienen permiso de trabajo, que podrán formalizar su inclusión en la Seguridad Social a través de los correspondientes actos de encuadramiento y

2º) Los trabajadores extranjeros que no tienen permiso de trabajo, que no podrán formalizar su encuadramiento en la Seguridad Social y, por tanto, su protección por ésta tendrá que operar en régimen de responsabilidad empresarial, pero con aplicación del anticipo derivado del principio de automaticidad, ya que se trata de prestaciones de la Seguridad Social.

En el segundo grupo - *trabajadores extranjeros sin autorización de residencia* - sólo cabe, como ya se ha dicho, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, pero también se incluyen, por imperativo del artículo 36.3.2º LOEx, "las prestaciones que pudieran corresponderle", pero únicamente las que se derivan de las "responsabilidades" del empleador "en materia de Seguridad Social". La sentencia de 18 de marzo de 2008 precisa que estamos aquí ante "una responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que puede exigirse al empresario que da empleo al extranjero no residente o irregular... siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador". "Esa responsabilidad -añade la sentencia citada- tendría carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras". Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para aquél la obligación de asumir (artículo 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del artículo 48 de la Ley 62/2003, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del artículo 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción.

### TERCERA

Llegados a este punto, hay que establecer una aclaración en orden al alcance de la doctrina sobre la exclusión de la nulidad del contrato de trabajo del trabajador sin autorizaciones de residencia y/o de trabajo. En la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 -seguida por las de 29 de septiembre de 2003 y 7 de octubre de 2003- se afirma que "el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no

es en la actual legislación un contrato nulo", citando a estos efectos el primer inciso artículo 36.3.2º LOEx. Pero, de acuerdo con el artículo 6.3 del Código Civil, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para la contravención. El artículo 36.3.2º LOEx no establece un efecto distinto a la nulidad. Se limita a prever que la carencia de la autorización... no invalida el contrato", pero esa exclusión de la invalidez afecta sólo a "los derechos del trabajador extranjero" y a la obtención de "las prestaciones que pudieran corresponderle" por la vía de la responsabilidad empresarial en los términos ya indicados.

Con estas limitaciones, el contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose. En realidad, la finalidad de la norma consiste en garantizar que, prestado ya de hecho el trabajo y habiéndose apropiado el empresario de los frutos del mismo, no debe quedar el trabajador extranjero privado de los derechos que le corresponden en función del trabajo prestado, aunque éste sea irregular y ello en atención a que ya no es posible el efecto de restitución que ordena el art. 1303 del CC. Es una garantía similar a la que establece el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero de mayor alcance, pues no se limita al salario, sino que puede alcanzar a las indemnizaciones y, en determinadas condiciones, a las prestaciones de Seguridad Social. Es una recuperación de validez, pero sólo parcial con respecto a los efectos ya consumados; no es una garantía "pro futuro" de mantenimiento del contrato irregular, porque entonces la prohibición se negaría a sí misma, pues admitiría que se puede continuar desarrollando el trabajo sin autorización, aunque se trate una actividad prohibida y sancionada, incluso con la expulsión (artículos 53 .a) y b) y 54.1.d) y e) y 57 LOEx). En este sentido, es preciso recordar que, aunque la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 2 de diciembre de 1998 (recurso 9978/1992), en la que se funda nuestra sentencia de 9 de junio de 2003, admitió la obligación de cotizar por el extranjero sin autorización, lo hizo sin aceptar la existencia de una relación laboral válida, aunque ampliando a las cuotas de la Seguridad Social la solución del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución, incluso con las limitaciones indicadas, no ha sido autorizada por la regulación posterior, como puede verse en el artículo 48 de la Ley 62/2003, que establece con el carácter de sanción un incremento de la multa que procede por el empleo de un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo; ese incremento es el importe de lo que hubiera procedido ingresar por las cuotas de Seguridad Social. No se trata, por tanto, de la reconstrucción de una relación de cotización, sino de una sanción especial con la finalidad de eliminar el enriquecimiento del empresario a través de la contratación ilegal de extranjeros.

#### CUARTA

En el presente caso a la nulidad del contrato de trabajo derivada de la prohibición del trabajo del extranjero que no cuenta con las autorizaciones necesarias (art. 6.3 CC) se une la nulidad que surge del error en la persona del trabajador; error que vició el consentimiento de la empresaria (art. 1265 CC) y que se produjo como consecuencia de una actuación dolosa del propio trabajador, al utilizar una identidad falsa con la finalidad de ocultar su situación irregular que impedía la contratación laboral. Pero entiendo que esta segunda causa de nulidad tiene un proyección relativa, que se conecta funcionalmente con la primera, que es, a mi juicio, la que resulta decisiva. En efecto, el art. 1265 del CC establece que "el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo". Pues bien, en el presente caso el error en la persona del trabajador tiene relevancia no en lo que se refiere a sus cualidades laborales, sino únicamente en lo relativo a su incapacidad legal para trabajar en España. Es decir, que el contrato es nulo porque el error ha dado lugar a la contratación de una persona que no podía ser legalmente contratada. Sin esta incapacidad legal para contratar, el contrato posiblemente no sería nulo, como sucedería en el caso de la contratación de un trabajador español, que, por razones externas al contrato y a su ejecución, hubiera firmado el mismo con una identidad falsa, sin perjuicio del eventual encuadramiento de esa conducta en el art. 54.2.d) del ET. Esto determina que el contrato del actor es nulo en la medida, pero sólo en la medida, en que lo es la contratación de un extranjero sin las autorizaciones de residencia y trabajo. La segunda causa de nulidad -el error en el consentimiento derivado de una actuación dolosa- sólo es relevante para eliminar la responsabilidad del empresario que ha sido engañado y ello en los términos que se expondrán más adelante.

Por otra parte, es claro que no estamos ante un contrato inexistente, categoría por lo demás cuestionable en nuestro Derecho. El vínculo, pese al error y al carácter ilegal del trabajo, se ha mantenido y las obligaciones que derivan de él se han ejecutado, por lo que tienen que aplicarse las reglas del art. 9.2 del ET y 36.3 del LOEx en la medida en que no queden afectadas por el engaño.

## QUINTA

Pero, volviendo a la posición de los trabajadores extranjeros ante la Seguridad Social, hay que señalar que la doctrina de la Sala en las sentencias del año 2003 a las que se ha hecho referencia recoge otra situación: la que se produce en materia de contingencias profesionales, en las que se ha admitido la cobertura en virtud de la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros que se dice que deriva de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Convenio número 19 de la OIT (sentencia de 7 de octubre de 2003 ) y del principio de reciprocidad (sentencia de 9 de junio de 2003 ). El artículo 1 del Convenio citado establece en su número 1 que todo Estado miembro que ratifique el Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes "el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de accidentes de trabajo", añadiendo el número 2 que "esa igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y sus derechohabientes condición de residencia". Ahora bien, ya se ha señalado que Guinea Conakry no ha ratificado el Convenio, por lo que el actor no estaría incluido en la protección que pudiera derivar del mismo. Por otra parte, esa protección no se extiende a los extranjeros que trabajan ilegalmente sin las autorizaciones necesarias. El trato igual, como confirma el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT, se refiere a los inmigrantes que "se encuentren legalmente" en el territorio del correspondiente país, pues la igualdad de trato no puede exigirse en la ilegalidad y en contra de las políticas estatales de inmigración. En este sentido es claro que la ampliación del trato igual a los trabajadores extranjeros sin autorizaciones de residencia y/o trabajo no puede derivarse del número 2 del artículo 1 del Convenio 19 cuando se refiere a que el trato igual será otorgado "sin condición de residencia", porque, como ha señalado la doctrina científica, esa referencia no tiene por finalidad extender la igualdad de trato a la inmigración ilegal, sino garantizar que las pensiones e indemnizaciones se abonen en el país extranjero cuando allí ha retornado el trabajador accidentado o viven sus familiares, como fácilmente se comprueba del examen del siguiente inciso del precepto, que remite a acuerdos especiales sobre los pagos que han de realizarse fuera del territorio, y de la Recomendación 25.

En realidad, no puede existir igualdad de trato entre el extranjero ilegal y el nacional, porque no hay identidad de partida en sus situaciones. No están en la misma situación porque uno está en situación de ilegalidad y el otro no. La igualdad de trato sí tiene sentido con respecto al extranjero legal. La línea general de los instrumentos internacionales en esta materia condiciona normalmente la igualdad de trato a la residencia legal, como puede verse en el Convenio 97 de la OIT y en el Reglamento CE 859/2003. El art. 6 del Convenio 97 de la OIT sobre igualdad de trato a los trabajadores migrantes también refiere el trato igual "a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio". Por su parte, el art. 1 del Reglamento CE 859/2003, sobre protección social de los nacionales de terceros países en la UE, establece que "sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro". Sólo en un sistema de inmigración libre o no intervenida podría aplicarse la igualdad de trato a los inmigrantes ilegales, que no serían propiamente tales.

Por otra parte, si el Convenio 19 de la OIT se interpretara en el sentido de que la exigencia de trato igual se aplica a los extranjeros ilegales, la regulación vigente en España sería contraria al Convenio 19 de la OIT, pues para garantizar la igualdad habría que permitir el establecimiento de la cobertura para esos extranjeros, dándoles de alta en la Seguridad Social y cotizando por ellos, lo que no es posible.

El art. 9 del Convenio 143 OIT y la Recomendación 111 de la misma organización no llevan a conclusión contraria. El Convenio 143 no ha sido ratificado y la Recomendación es sólo una orientación que no obliga a los Estados miembros. Por otra parte, su sentido no es claro. El art. 9 del Convenio señala que el trabajador deberá disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a "los derechos derivados de *empleos anteriores* en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios". La norma no menciona la Seguridad Social, aunque podría englobarse en "otros beneficios". Pero el ámbito de la garantía se refiere a empleos anteriores, lo que plantea el problema de cuáles son éstos. No obstante conviene precisar que la interpretación que se ha realizado por la sentencia de 18 de marzo de 2008 del art. 36.3 LOEx permite incluso cumplir este objetivo de protección del extranjero ilegal: el empleo ilegal de un trabajador extranjero determina para el empresario -no para las Entidades Gestoras- las correspondientes responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que el empresario deberá ser condenado al abono de las prestaciones causadas por la vía de la indemnización y sin anticipo a cargo de las gestoras de la Seguridad Social, con las que no ha podido establecerse la cobertura y que no son responsables del incumplimiento empresarial, ni de la infracción del trabajador, que reside ilegalmente en territorio nacional. Lo que sucede es que en el presente caso el error derivado del fraude excluye la responsabilidad del empresario.

## SEXTA

Tampoco puede derivarse la protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España del principio de reciprocidad y en este sentido es necesario revisar la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2003, que se pronunció sobre un trabajador ecuatoriano, sin permiso de residencia y trabajo. Ecuador no había suscrito el Convenio 19 OIT, pero la sentencia le reconoció la prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo, razonando en función del principio de reciprocidad. La reciprocidad se fundaba en el art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966 y en el art. 2 del Convenio Hispano -ecuatoriano de Seguridad Social. El primero establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional" y el art. 2 del Convenio dispone en su art. 2 «que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países».

Ninguna de las normas citadas permite, a mi juicio, establecer la conclusión que sostiene la sentencia de referencia. En primer lugar, el art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966 carecería de rango para establecer una regulación contraria al art. 7.1 de la LGSS, que sólo incluye en la Seguridad Social a los extranjeros que residen legalmente en España. Por otra parte, leído de forma completa, el art. 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966 no establece ninguna presunción de reciprocidad para los extranjeros sin residencia en España, pues se refiere expresamente dicho apartado a "los súbditos de los restantes países que *residan en territorio español*"; expresión que, como ha señalado la sentencia de 18 de marzo de 2008, interpretando el art. 14.1 LOEx, ha de entenderse como residencia legal.

En segundo lugar, entre Guinea Conakry y España no se ha firmado ningún convenio bilateral de Seguridad Social. Pero, aunque fuera así y se hubiera incorporado una norma convencional sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los nacionales de los países firmantes que trabajen legalmente en éstos, tampoco podría llegarse a la inclusión. Por reciprocidad en Derecho Internacional se entiende el supuesto en que la legislación admite que en un país se conceda un derecho a un extranjero siempre que en el país de éste se otorgue el mismo derecho a los nacionales del primer país. La reciprocidad es, por tanto, una forma de extensión de la ley nacional cuando no hay norma internacional que regule el supuesto. Por ello, hay que concluir que, por definición, una norma de un convenio internacional no puede ser una regla de reciprocidad, que sólo juega en defecto de norma internacional aplicable. Por otra parte, la cláusula de trato igual en la aplicación de la ley en materia de Seguridad Social, que es propia de los convenios internacionales en esta materia, parte siempre de que ese trato igual se concede a quienes trabajan legalmente en los países firmantes del convenio. Esta es una exigencia de las políticas internas de emigración y

también una exigencia del propio principio de igualdad, que no puede equiparar una situación de trabajo legal con otra de trabajo ilegal. Para llegar a la conclusión que sostiene nuestra sentencia 9 de junio de 2003 el convenio tendría que disponer que los países firmantes se comprometen a aplicar la legislación de Seguridad Social a los extranjeros provenientes de cada uno de esos países que trabajen ilegalmente en cualquiera de ellos. Pero ni siquiera así se trataría del principio de reciprocidad, pues lo que contempla ese principio es un *tratamiento simétrico de hecho* que ha de ser objeto de prueba: que los españoles que trabajan ilegalmente en otro país están protegidos por la Seguridad Social de ese país frente a los accidentes de trabajo. La STS 9.6.2003 relaciona además la reciprocidad en el trato de los extranjeros sin residencia legal con el principio de automaticidad, pero con ello proyecta ese principio fuera de su ámbito de aplicación: el principio de automaticidad se aplica desde luego a todos los extranjeros, pero siempre que residan legalmente en España.

#### SEPTIMA

.- Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que la regulación contenida en el número 2 del artículo 42 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 84/1996 -en la redacción del Real Decreto 1041/2005- es contraria a normas con rango legal como son los artículos 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social, 14 y 36 de la LOEx, por lo que no puede ser aplicada (artículos 51 de la LRJAPC y 23 de la Ley 50/1997, del Gobierno, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ).

De ello se deriva, con rectificación de la doctrina anterior, que en las contingencias profesionales rige también el régimen común que hemos expuesto con anterioridad: 1º) los trabajadores con autorizaciones de residencia y de trabajo están equiparados plenamente a los nacionales; 2º) los trabajadores con autorización de residencia, pero sin permiso de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, pero con anticipo por las gestoras y 3º) los trabajadores sin autorización de residencia sólo pueden acceder a las prestaciones por la vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario en los términos que se han indicado en el fundamento segundo.

Si aplicamos estos criterios al caso enjuiciado, hay que concluir que: 1º) la simulación de la identidad ha determinado no sólo la nulidad del contrato de trabajo, sino la nulidad del alta del actor en la Seguridad Social; 2º) no estaba ni podía estar legalmente en alta y, por tanto, no podía causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo, 3º) no puede aplicarse la asimilación al alta del artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996 , porque es contraria a la ley y 4º ) no existe tampoco responsabilidad indemnizatoria del empresario, porque la simulación de la identidad determina que no le sea imputable a éste ni el encuadramiento irregular del actor en la Seguridad Social, ni el incumplimiento de las normas sobre empleo de extranjeros.

Hay que aclarar que sería, sin embargo, posible la cobertura de los daños provocados por el accidente de trabajo cuando en los mismos concurrese responsabilidad por culpa del empresario como consecuencia del incumplimiento de normas de prevención. Pero se trataría de una responsabilidad excontractual, que en el presente caso hay que excluir, pues se trata de un accidente de tráfico en el trayecto hacia el trabajo, que, aunque se protege por el art. 115.2 a) LGSS queda fuera de la esfera de riesgo del empleador.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas.

Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 106/2009 , al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jordi Agustí Julia, Doña Rosa Maria Viroles Piñol y Doña Maria Lourdes Arastey Sahun.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 106/2009 .

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:



PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública en un tema tan sensible como es el de los accidentes de trabajo.

La nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero, -- sin perjuicio de sus responsabilidades penales u de otro orden, en su caso --, no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de prestaciones en el supuesto de accidentes de trabajo, regla básica de nuestra legislación protectora, que solo podría obviarse si el trabajador accidentado fuera el único responsable del accidente o lo hubiere causado con la finalidad de generar las derivadas prestaciones; pero, entiendo, que no puede inaplicarse tal regla básica en el supuesto analizado, sin perjuicio de la posible exoneración o disminución de la responsabilidad empresarial en el estricto ámbito de la seguridad social.

Valórese que acontecería si la nulidad del contrato de trabajo derivara del hecho de que un menor de dieciséis años, de nacionalidad española, aportara para ser contratado un DNI de una persona mayor de dicha edad y en esas condiciones de ocultación de personalidad fuera contratado laboralmente, de sufrir este trabajador realmente menor de edad laboral un accidente, por estar trabajando en condiciones vulneradoras de las normas básicas de prevención de riesgos laborales, ¿se le privaría también de la protección de la Seguridad Social pública?.

SEGUNDO.-.- Comparto plenamente la apreciación del requisito de la contradicción entendiendo que es irrelevante, a dicho efecto, que en la sentencia recurrida La Republica de Guinea (capital Conakry) -país originario del trabajador de la sentencia recurrida- no haya suscrito el Convenio nº 19 de la OIT, en tanto si lo ha hecho Guinea Bissau -país de origen del actor de la sentencia de contraste- porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002 ). Asimismo no impide la contradicción el que la sentencia recurrida aplique la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LOEX y la de contraste la Ley Orgánica 7/1985 , pues el régimen de esta última era más restrictivo respecto a los derechos de los extranjeros en situación irregular que el establecido por la LOEX y es la sentencia de contraste la que resulta favorable al trabajador extranjero, en tanto la recurrida desestima sus pretensiones.

TERCERO.-.- 1. El recurrente denuncia la infracción del artículo 42 del Real Decreto 84/1996 , en la redacción dada por el Real Decreto 1041/2005 . Aduce, en esencia, que lo que determina la protección no es la validez del contrato de trabajo, sino el trabajo prestado, razonando que la situación ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conector de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por la jurisprudencia de esta Sala a la situación del trabajador español, a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidente de trabajo, tal como resulta de las sentencias de de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/02) y 7 de octubre de 2003 (recurso 2153/02 ).

2. Procede examinar, en primer lugar, la protección dispensada a un trabajador extranjero en situación irregular, cuyo país de origen no ha ratificado el convenio 19 de la OIT, ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

A este respecto hay que señalar que el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece: "Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) trabajadores por cuenta ajena.." Por su parte el apartado 5 del precepto dispone: "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equipararan a los españoles a efectos de lo dispuesto en

el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

El examen del citado precepto revela que la LGSS únicamente considera incluido dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el artículo 14.1 de la LOEX expone: "Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles".

La claridad de tales preceptos se ve perturbada por la confusa redacción del artículo 36.3 de la LOEX que parece contemplar una excepción, frente a la anterior regla general de la imposibilidad de reconocer prestaciones de Seguridad Social al extranjero que trabaja sin autorización. Dispone el precepto: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Hay que señalar que el último párrafo, que hace referencia expresa a responsabilidad en materia de "seguridad social y prestaciones que pudieran corresponderle" ha sido añadido por la Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre .

El tenor literal del precepto proporciona una regla protectora respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador extranjero en situación irregular, con lo que dulcifica el rigor que presenta el artículo 7 de la LGSS y el 14.4 de la LOEX, permitiendo vislumbrar que, aunque se encuentre en situación irregular, el trabajador extranjero tiene derecho a determinadas prestaciones de la seguridad social. Si el legislador hubiera querido limitar las prestaciones a los servicios y prestaciones sociales básicas, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, se hubiera remitido al artículo 14.3 de la LOEX -los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas- en lugar de consignar la amplia fórmula de "prestaciones que pudieran corresponderle".

En correlación con dicha regulación el Real Decreto 1041/05, de 5 de septiembre, ha reformado el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por R.D. 84/96, de 26 de enero , disponiendo lo siguiente: "2. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley". En este precepto se consigna el reconocimiento del derecho del trabajador extranjero en situación irregular a percibir determinadas prestaciones de Seguridad Social, si bien no concreta cuáles.

Por otro lado conviene precisar que el artículo 57.5 d) de la LOEX dispone que la sanción de expulsión -que se aplica en el supuesto en que el trabajador se halle irregularmente en territorio español- no podrá ser impuesta a "los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo", precepto que corrobora la plena protección por contingencias profesionales del trabajador extranjero, con independencia de cual sea su situación administrativa. No cabe entender que se trata de una situación de ilegalidad sobrevenida, como ha entendido la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2008, recurso 800/07 -extranjero residente que está percibiendo una prestación por desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia-, en sentido diferente a como había interpretado el precepto la sentencia de la Sala de 9 de Junio de 2003, recurso 4217/02 . En efecto, si se entendiese el precepto en el sentido señalado por la precitada sentencia de 18 de marzo de 2008 , resultaría innecesario por reiterativo, ya que el artículo 72.3 b) del R.D. 2393/04, de 30 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 , reconoce la residencia permanente al extranjero beneficiario de una prestación de incapacidad permanente y el artículo 38.3 b) LOEX dispone la renovación del permiso de trabajo cuando el trabajador haya obtenido una prestación contributiva por desempleo.

Hay que señalar, por último, la vigencia del artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 , que establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional".

3. La jurisprudencia ha reconocido el derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales a trabajadores extranjeros en situación irregular. Así las sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2003, recurso 4217/02 y de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02 , reconocieron prestaciones económicas a trabajadores extranjeros en situación irregular. La primera de dichas sentencias reconoció el derecho del actor, súbdito ecuatoriano, a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas, derivadas de accidente de trabajo, a cargo de la empresa en la que prestaba servicios. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: " 2. *Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero , vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su art. 33.3 que "los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.* " Por otra parte, el art. 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social , establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992 ) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000 , y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a..." d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo". Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.

4. No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 , que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

5. En el concreto supuesto que hoy se enjuicia ha de tenerse en cuenta que el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (ratificado por España BOE 180/1975, de 28 de julio 1975 ), dispone en su art. 2 "que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países" . Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones en idénticos términos que a los súbditos nacionales."

La sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02 , declaró el derecho del actor, de nacionalidad colombiana, que carecía de permiso de residencia y **trabajo** , y no estaba de alta en la

seguridad social, a la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de **accidente de trabajo**, razonando que se trata de un trabajador cuyo país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT, también ratificado por España, y el principio de reciprocidad obliga a conceder el mismo trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de **indemnización por accidente de trabajo**, por lo que se considera al extranjero irregular en situación de alta de pleno derecho en la Seguridad Social.

Por su parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998, ha establecido la obligación de cotizar durante el tiempo de prestación de servicios de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, con el siguiente razonamiento. " *Mas en el caso de un contrato nulo y éste es el presente dada la realidad de la prestación de trabajo durante casi cinco años al apelado, por un extranjero sin permiso de trabajo al que no le es aplicable con eficacia la presunción de laboralidad a causa de la prohibición legal analizada, el art. 9.2 ET establece que el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido; lo que implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el Estatuto de los Trabajadores la regla segunda del art. 1306 del Código Civil.*

*Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón del tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del art. 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada, tiene su reflejo en el art. 70.1 LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad), y aún mas, señala la norma que la mera solicitud del antiguo INP, hoy Tesorería General de la Seguridad Social, de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización), es decir, aun no siendo procedente la afiliación al alta, se cotiza en función al tiempo trabajado".*

4. La modificación de la LOEX, operada por la L.O. 2/2009, el 11 de diciembre, en cuya exposición de motivos se señala que "los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios, de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida..." ha incidido en el contenido del artículo 36, añadiendo el apartado 2, en el que se dispone: "la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador a la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad".

El último inciso del apartado 3 del precepto, ha pasado ahora a ser el nuevo apartado 5, con redacción que difiere sensiblemente de la anterior, pues mientras en la primitiva redacción -la introducida por la LOEX 14/03- se señalaba que "la carencia de la correspondiente autorización ... no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle", en el nuevo texto se añade: "...de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores ni otras que pudieran corresponderles, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".

La redacción actual del precepto trata de limitar la amplitud con el que el precepto en su redacción originaria se refería a "las prestaciones que pudieran corresponderle" concretándolas a "prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores", y si bien es cierto que añade "u otras que pudieran corresponderle", a reglón seguido

parece limitarlas al establecer "siempre que sean compatibles con su situación".

La reforma introducida intenta concretar las prestaciones de seguridad social que puedan corresponder a un trabajador extranjero en situación irregular, reconduciéndolas a lo regulado en los convenios internacionales y, en el supuesto de no estar contempladas en dichos convenios, condicionándolas a que "sean compatibles con su situación".

5. En virtud de todo lo anteriormente expuesto y razonado, procede reconocer al trabajador extranjero en situación irregular, como acontece en el presente supuesto, el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo siendo responsable de su abono el empresario, debiendo adelantar las mismas la entidad gestora o colaboradora en la gestión, a tenor de lo establecido en los artículos 124.1 y 4, 125.3, 126.3 de la LGSS.

CUARTO.- 1. Ocurre, sin embargo, que en el supuesto analizado concurre una particular circunstancia, cual es que el actor, D. Ceferino, ciudadano de La República de Guinea, que carecía de permiso de residencia y de trabajo, presentó a la empresa para la que prestó sus servicios, Doña Tania, una documentación con el nombre de Gabriel, que sí tenía dichos permisos, siendo desconocida por la empresa tal circunstancia -según consta en el hecho probado primero de la sentencia recurrida- habiéndose presentado la falsa identidad por el trabajador, a efectos del alta en la Seguridad Social.

Tal y como resulta de la sentencia recurrida, la empresaria no habría contratado al trabajador de haber conocido que no era su verdadera identidad la afirmada, por lo que, dando por buena esa conclusión judicial y atendiendo a que, además el posible error era invencible y que la empresaria intentó informarse de la situación del trabajador que contrataba, prestó su consentimiento viciado por error. Tal como establece el artículo 1265 del Código Civil es nulo el consentimiento prestado por error, exigiendo el artículo 1266 de dicho texto legal, para que el error invalide el consentimiento, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, precisando el segundo apartado del precepto que "el error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo". En el presente caso parece entenderse que el error en la persona del trabajador es relevante, pues recae sobre su capacidad legal para contratar en España, artículo 7c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3 de la LOEX, por lo que invalida el consentimiento prestado por la empleadora y, en consecuencia el contrato, al faltar uno de los requisitos esenciales del mismo, a tenor del artículo 1261 del Código Civil.

2. El hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio del consentimiento, cual es el error de la empresaria respecto a la identidad del trabajador -sustancial en cuanto recae sobre su capacidad legal para celebrar válidamente un contrato de trabajo en España- no supone, empero, que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales.

En efecto, la nulidad del contrato no acarrea tal consecuencia, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de trabajo, que ha desplegado determinados efectos, expresamente reconocidos por el legislador. Así, un primer efecto aparece en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores que dispone: "En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido", es decir, que entra en juego la previsión contenida en el artículo 6.3 del Código Civil "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", habiendo establecido ese "efecto distinto" el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores. Obedece tal previsión a evitar el enriquecimiento injusto del empresario, que se produciría si no estuviese obligado a retribuir al trabajador por los servicios que este le ha prestado y que, lógicamente, han generado un beneficio al empleador, al hacer suyos los frutos del trabajo.

Un segundo efecto que produce el contrato nulo cuando ha habido efectiva prestación de servicios durante un determinado periodo de tiempo, es el nacimiento de la obligación de cotizar durante todo el tiempo de prestación de dichos servicios, tal como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo,

Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998 . La previsión contenida en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre , de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no incide en la obligación de cotización empresarial, pues se limita a incrementar la sanción a imponer a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo -falta calificada como muy grave en el artículo 54 .l d) de la LOEX-, disponiendo que el importe de la multa establecida en la LOEX se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo hasta el último día en que se constate dicha prestación.

El tercer efecto que se produce es que el trabajador goza de la protección de la Seguridad Social por contingencias profesionales, tal como resulta del juego conjunto de los artículos 7.1 y 3 de la LGSS, 14, 36. 3 y 57.5 d) de la LOEX, artículo 42 del R.D. 84/96 de 26 de enero y artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 , a la luz de la interpretación dada por la jurisprudencia, tal como se ha consignado en el fundamento jurídico tercero.

3. No hay que olvidar, por otra parte, que la nulidad que predicamos del contrato por vicio del consentimiento, no es esencialmente distinta de la situación del extranjero, que carece de la correspondiente autorización, y presta servicios en España, pues lo que dispone el artículo 36.3 de la LOEX es que "la carencia de la correspondiente autorización ... no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle", es decir, no mantiene la plena validez del contrato sino los derechos del trabajador y las prestaciones que pudieran corresponderle -retribución, cotización a la seguridad social y protección por contingencias profesionales-. En ambos supuestos ha habido una efectiva prestación de servicios de la que derivan determinadas obligaciones, unas comunes, como la prevista en el artículo 9.3 del Estatuto y otras propias de cada situación, a tenor del artículo 36.3 de la LOEX que examinaremos a continuación.

4. Como ya hemos adelantado, la similitud entre ambas situaciones no es total, pues no podemos olvidar que en el supuesto examinado el empleador que podría entenderse, es totalmente ajeno a la situación irregular en la que se encuentra el trabajador, carecía de autorización para trabajar -habiendo sido inducido a error por el propio trabajador-, por lo que aunque pudiera exonerarse de determinadas responsabilidades -en este supuesto las derivadas de la contratación y del accidente "in itinere" sufrido por el trabajador- no queda liberado de las posibles responsabilidades sancionatorias e indemnizatorias si el accidente de trabajo ha derivado de infracción empresarial de medidas de seguridad.

A este respecto hay qu

e señalar que el artículo 36.3 de la LOEX distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado "responsabilidades a que de lugar , incluidas aquellas en materia de Seguridad Social", por otro "las prestaciones que pudieran corresponderle". Las responsabilidades, incluidas las de Seguridad Social, se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales, por ejemplo falta de autorización para trabajar, conocida por el empresario, o infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales... que determinan que el empresario sea responsable de las prestaciones, que en su caso correspondan, del recargo de las mismas, de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera proceder....

La obtención de las prestaciones que puedan corresponder al trabajador extranjero sin autorización para trabajar, es independiente del incumplimiento empresarial, es decir, que el trabajador puede tener derecho a prestaciones de seguridad social, aunque no haya habido ningún incumplimiento del empresario y aunque éste ignorase que el trabajador carecía de la correspondiente autorización. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta, tal como ha quedado anteriormente razonado.

El incumplimiento del empleador genera su responsabilidad en orden a las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador, en tanto que, por el contrario, la contratación de un trabajador extranjero sin autorización, desconociendo este extremo el empresario debido a la propia conducta del trabajador que le facilitó una falsa identidad, ninguna responsabilidad genera en el empresario, pero no incide en las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderle máxime si, como acontece en el presente caso, el accidente (in itinere) no tuvo su causa en ningún incumplimiento del empleador en materia de salud, prevención de riesgos o ausencia de medidas de seguridad, y todo ello sin perjuicio de la pertinente responsabilidad, de índole administrativa o penal, que pueda exigirse al trabajador - en el supuesto examinado se iniciaron diligencias previas núm. 2648/05 en el Juzgado de Instrucción número 1 de Jaén por supuesto delito de usurpación de estado civil y procedimiento abreviado núm. 402/06-.

QUINTO.-.- Sentada la ausencia de responsabilidad de la empresaria y el derecho del trabajador al percibo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido, el abono de las mismas ha de ser imputado a la Entidad Gestora o colaboradora, aseguradora de las contingencias profesionales, en esta caso a la Mutua Universal, en virtud de lo establecido en los artículos 124.4, 125.3 y 126 de la L.G.S.S ., debiendo añadirse a mayor abundamiento que se habían realizado las correspondientes cotizaciones.

SEXTO.-.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el formulado por la Excmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se han adherido los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jordi Agusti Julia, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol y Doña Maria Lourdes Arastey Sahun, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 9 diciembre 2010

[RJ\2011\391](#)



**PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL:** imputación de responsabilidades en supuestos de contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria de la empresa contratista respecto a la subcontratista empleadora del trabajador accidentado no dado de alta: obras y servicios ajenos a la propia actividad.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1266/2010

**Ponente:** Excmo Sr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

El TSJ **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1266/2010) interpuesto por «Isolux Ingeniería, SA» contra la Sentencia del TSJ del Principado de Asturias, de fecha 12-02-2010, dictada en autos promovidos por doña Estefanía contra la recurrente y otras, sobre pensión de viudedad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carlos Molero Manglano en nombre y representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contra la [sentencia dictada el 12 de febrero de 2010 \( PROV 2010. 134050\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 194/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, de fecha 15 de julio de 2008 , recaída en autos núm. 163/08, seguidos a instancia de Dª Estefanía contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA MC MUTUAL, ISOLUX WAT S.A. Y OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA S.L., sobre PENSIÓN DE VIUEDAD.

Han comparecido en concepto de recurridos el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández actuando en nombre y representación de MUTUAL MIDAT CYCLOPS y el Letrado D. Andrés Ramón Trillo García en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.



Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

- Con fecha 15 de julio de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación legal de D<sup>a</sup> Estefanía frente a EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES MC MUTUAL, La Empresa ISOLUX WAT SA (GRUPO ISOLUX CORSAN SA) y OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA SL debo declarar y declaro: 1º- El derecho a pensión de VIUDEDAD de la actora derivada del fallecimiento en **accidente de trabajo** *in itinere* de su esposo y causante D. Damaso fijando la base reguladora en cuantía de 36,56 #/ día, 1.096,80 # mensuales con derecho a una pensión del 52% de dicha base reguladora con efectos iniciales al 4 de septiembre de 2007, mas las revalorizaciones legales y abono de los atrasos correspondientes. 2º- El otorgamiento a la solicitante de la **indemnización** a tanto de seis mensualidades de la base reguladora a efectos de **accidente de trabajo** fijada en la suma de 1.096,80 # mensuales determinando la **indemnización** en 6.580,80 # con mas los intereses legales en los términos del fundamento de derecho noveno de la presente sentencia. 3º- El otorgamiento a la solicitante del AUXILIO POR DEFUNCIÓN en cuantía de 30,05 # con mas los intereses legales en los términos del fundamento de derecho noveno de la presente sentencia. 4º- Se declara como responsable principal y directa del pago de todas las prestaciones a que tiene derecho la actora, a la empresa OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA SL subsidiariamente ISOLUX INGENIERÍA SA para el caso de insolvencia declarada administrativa o judicialmente de esta la empresa OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA SL y subsidiariamente al INSS como entidad Gestora. 5º- Se declara como responsable del anticipo del pago de las prestaciones la MUTUA MC MUTUAL sin perjuicio del derecho de repetición de esta contra las empresas responsables y subsidiariamente si las mismas fueran declaradas insolventes contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL".

### SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- D<sup>a</sup> Estefanía , solicita pensión de viudedad el día 20 de noviembre de 2003 por el fallecimiento de su cónyuge Damaso , ocurrido el día 6 de noviembre de 2003. Por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 27 de noviembre de 2003 se dicta resolución por la que se resuelve denegar la pensión de viudedad por no tener acreditados el causante 500 días de cotización en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante y no reunir 15 años de cotización desde la situación de no alta. Posteriormente se presentó Reclamación Previa cuya tramitación fue suspendida en las que se planteaba una posible falta de alta en la Seguridad Social de su esposo y la posible existencia de un accidente de trabajo *in itinere* . En oficio de la Dirección provincial de Asturias de fecha 29 de enero de 2008 dirigido a MC MUTUAL se hace constar que analizando el expediente, y en concreto las actas de liquidación e infracción dictadas por la Inspección de trabajo y Seguridad Social de Cantabria se comprueba que: En el momento del fallecimiento del trabajador éste no se encontraba de alta en la Seguridad Social, estamos ante un accidente de trabajo *in itinere* . Se determina como responsable principal a la Empresa Obras y Proyectos La Rozona SL. 2º.- Con fecha 10 de octubre de 2006 se levanta Acta de Liquidación 177/06 y Acta de Infracción de Seguridad Social con nº 766/06 en esta última se hacen constar los siguientes hechos: 1º) El 25-4-03 el Ayuntamiento de Bezana adjudicó a Isolux Wat SA la contratación de las obras de Urbanización del entorno del Centro Cívico en Maoño dicha adjudicación es recibida por Isolux Wat el 9-5-03 y el 29-5-03 se firma el contrato. El acta de replanteo es de 25-6-03 y con fecha 30-9-03 se firma el acta de recepción de obra por parte de Isolux, Ayuntamiento de Bezana y Parque Ingenieros SL. 2º) Isolux Wat a través del pedido nº 3.06.05085-10393117/6 firma con el subcontratista Obras y Proyectos La Rozona por un valor de 25.079 # las obras que se recogen en el documento I de fecha 14-10-03 y comprometiéndose La Rozona el 6-8-03 a cumplimentar el plan de seguridad de Isolux Wat. 3º) Con fecha 1-12-2005 Isolux Ingeniería SA se subroga en la principal de Isolux Wat ya que la

misma ocupa la rama de ingeniería proveniente de la Fusión de los grupos Isolux y Corsan en adelante Grupo Isolux-Corsan, todo ello de acuerdo con la escritura de 6-10-05 y de 14-12-05 adjuntadas. 4º) Con fecha 6-10-03 La Rozona presenta certificado negativo de descubiertos a Isolux Wat, pero no es menos cierto que según reconoce el representante de Isolux Ingeniería hay una serie de trabajadores que sin el permiso verbal trabajaron para la Rozona sin alta en la Seguridad Social, pero sin que Isolux desarrollara acción alguna para que la subcontrata regularizara dicha situación o para que abandonaran la obra, sin que se pueda objetivar fecha cierta de comienzo de su actividad. 5º) Los trabajadores afectados fueron los Srs. Raúl , Damaso , Jose Ángel , Abel y Candido . 6º) Regresando en coche a Asturias sufrieron los supraindicados operarios accidente de tráfico estudiado en profundidad en la Sentencia 190/06 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo en el hecho probado único. "...". 7º) La Policía Local de Bezana realiza atestado el 14-11-03 el cual se incorpora al expediente sancionador como documento III deduciéndose del mismo la actividad laboral de los afectados por el accidente de tráfico en el centro de Isolux Wat. El actuante a la vista de los hechos aprecia la existencia de falta de alta en Obras y Proyectos La Rozona de los 5 afectados en el accidente de tráfico y en consecuencia extiende acta de infracción contra la misma. Asimismo extiende alta de oficio en La Rozona. Practica por último acta de liquidación de cuotas solidaria entre Isolux Ingeniería como continuadora de la actividad de Isolux-Wat y Obras y Proyectos La Rozona. No existiendo datos exactos sobre el comienzo de la actividad los operarios en Obras y Proyectos La Rozona y siendo indudable la salida para Asturias en la fecha del accidente de Tráfico se toman como fecha de la falta de alta y cotización la del accidente de trabajo el día 6 de noviembre de 2003. 3º.- En resolución de la Inspección de Trabajo y Asuntos Sociales de Santander de fecha 7 de abril de 2007 se confirman las actas de Liquidación nº 177/06 expedida en fecha 10-10-2006 y el Acta de infracción nº 766/06 expedida de fecha 10-10-2006. Estas actas están impugnadas por Isolux Ingeniería SA. 4º.- Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo se dicta sentencia nº 190/06 confirmada por la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis en la que se condena a D. Raúl como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, tres delitos de homicidio por imprudencia grave y tres delitos de lesiones por imprudencia grave, en cuyo hecho probado único dice en lo que aquí nos interesa: Sobre las 19.05 horas del día 6 de noviembre de 2003 D. Raúl conducía el SEAT Córdoba con matrícula 5971-CKB, propiedad de Global Rental Compañía AEC SL y asegurado en FIATC, por la autopista A-8 en sentido a Pardes. En este vehículo viajaban D. Abel , que lo hacía en el asiento delantero derecho y D. Damaso , D. Jose Ángel y D. Candido , que lo hacían en los asientos posteriores. El Sr. Raúl que carecía de permiso de conducir, había ingerido previamente bebidas alcohólicas en cantidad tal que le inhabilitaban para el adecuado ejercicio de la conducción. Por la misma vía, pero en sentido opuesto D. Romeo conducía el Audi A6 con matrícula .....-RV en el que viajaba Dª Visitacion . A la altura del punto kilométrico 451,400 D. Raúl perdió el control del SEAT Córdoba, que se salió de la vía por el margen izquierdo, cruzó la mediana e invadió la calzada destinada a la circulación en sentido contrario, en donde colisionó con el Audi A6 con matrícula 28-29-MB En el momento en que el Sr. Raúl perdió el control del vehículo, circulaba a una velocidad no inferior a 142 Kilómetros por hora. Como consecuencia de esta colisión fallecieron D. Damaso , D. Jose Ángel y D. Candido ; "....." D. Candido que tenía 24 años en la fecha del accidente, no estaba casado ni tenía hijos o hermanos menores de edad y convivía con sus padres, D. Artemio y Dª Erica en el domicilio de la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 de Langreo. No ha quedado acreditado el importe a que ascendían sus ingresos netos anuales por trabajo personal "...". 5º.- La Empresa Obras y Proyectos la Rozona SL fue inscrita en la Seguridad Social el día 5 de marzo de 2003, siendo MIDAT CYCLOPS la entidad que protegía las contingencias profesionales de sus trabajadores, en el momento del fallecimiento del Sr. Damaso . 6º.- El día 6 de noviembre de 2003 los trabajadores estuvieron prestando servicios en la obra adjudicada a Isolux Wat SA y en la que se subroga Isolux Ingeniería SA concretamente las obras de Urbanización del entorno del Centro Cívico en Maoño, que ese día salieron más pronto que otros días por la falta de material y que cuando se produjo el siniestro a las 19:05 horas regresaban de la obra por el mismo trayecto de siempre, donde al parecer durante la comida como hacían todos los días habían estado bebiendo calimocho. 7º.- La Empresa Isolux Ingeniería SA se rige por el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector Industria Siderometalúrgica de Cantabria para los años 2005-2006. 8º.- La base reguladora se fija en 36,56 €/día, 1.096,80 € mensuales. 9º.- La actora presenta solicitud con valor de reclamación previa el día 4 de diciembre de 2007 no resuelta. La presente demanda se formula el día 24 de marzo de 2.008".

---

### TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por ISOLUX INGENIERÍA, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, la cual dictó [sentencia con fecha 12 de febrero de 2010 \( PROV 2010, 134050\)](#) en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por Estefanía y por la empresa Isolux Ingeniería S.A. (sucesora de Isolux Watt S.A.) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo en autos seguidos a instancia de la recurrente contra el I.N.S.S., OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA S.L., ISOLUX INGENIERÍA S.A., MUTUA MC MUTUAL, y la T.G.S.S. sobre Pensión de viudedad, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada, condenando a la empresa recurrente a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir y al abono de las costas causadas con su recurso, incluidos honorarios de la Letrada de la parte impugnante en cuantía de 300 euros".

### CUARTO

Por el Letrado D. Carlos Molero Manglano, en nombre y representación de ISOLUX INGENIERÍA S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 13 de abril de 2010, 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 Cataluña de fecha 4 de marzo de 2008 .

### QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por los recurridos, 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 día 1 de diciembre de 2010, en el que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

La cuestión que se plantea en este recurso es la del alcance de la responsabilidad empresarial subsidiaria en orden al pago de las prestaciones de Seguridad Social establecida en el artículo 127.1 de la [Ley General de la Seguridad Social \( RCL 1994, 1825\)](#) (LGSS ). El empresario incumplidor de sus obligaciones de dar de alta al trabajador y cotizar es el responsable directo, pero, dado que se trata de un subcontratista de otro empresario contratista, se trata de saber si a este último le alcanza la responsabilidad en caso de insolvencia del anterior (responsabilidad subsidiaria), sin que se discuta en el caso si también alcanzaría a la empresa principal o comitente, que está por encima de ambos.

En la sentencia recurrida, se parte de la hipótesis de que la empresa contratista (que es la recurrente) y la subcontratista no tienen la misma actividad, puesto que a la primera se le aplica el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria mientras que a la subcontratista se le aplica el de la Construcción. Y, partiendo de esa divergencia, concluye que existe tal responsabilidad subsidiaria puesto que, en caso contrario, es decir, si fueran de la misma actividad, entonces procedería declarar la responsabilidad solidaria de ambas empresas o empresarios en virtud de lo establecido en el artículo 42 del [Estatuto de los Trabajadores \( RCL 1995, 997\)](#) (ET), pues precisamente el criterio que sirve para aplicar uno u otro precepto -el 42 del ET o el 127.1 de la LGSS- es que se trate o no de empresas que desarrollen la misma actividad, sin que el artículo 127 excluya de la responsabilidad que establece más que en un supuesto, el de que "la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda".

## SEGUNDO

Contra dicha sentencia se plantea este recurso de unificación con un único motivo, al amparo del artículo 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) (LPL), en el que se denuncia la contradicción de la misma con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de [4 de marzo de 2008 \(Rec. 8556/2006\) \( AS 2008, 1392 \)](#), así como la infracción por aplicación indebida del artículo 127.1 de la [LGSS \( RCL 1994, 1825 \)](#) en relación con el artículo 42.2 del [ET \( RCL 1995, 997 \)](#).

## TERCERO

Procede, en primer lugar, analizar si concurre la contradicción exigida por el artículo 217 de la [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563 \)](#). Los elementos de similitud de ambos casos son claros: en los dos supuestos se trata de un accidente de trabajo sufrido por un trabajador que no había sido dado de alta por lo que su empresario es condenado a pagar las prestaciones de Seguridad Social derivadas de dicho accidente (de viudedad en el caso de la sentencia recurrida y de incapacidad permanente en el de la sentencia de contraste), siendo la cuestión debatida si, además, debe o no ser declarado responsable subsidiario el empresario principal. Pues bien: en la sentencia recurrida dicho empresario principal es condenado mientras que en la de contraste es absuelto, interpretando de manera diferente el alcance del artículo 127.1 de la [LGSS \( RCL 1994, 1825 \)](#). Ahora bien, existe una diferencia importante que sí debe ser analizada porque, en la sentencia recurrida, el empresario ahora recurrente es el "contratista de primera mano", no la empresa principal, mientras que en la sentencia de contraste la demandante y recurrente es la empresa principal; y ello es así, pese a que en el recurso de casación unificadora se diga que "en ambos casos, nos encontramos con sendas empresas principales que tienen subcontratadas unas determinadas obras", lo que, entre otras cosas, constituye una contradicción en los términos: las empresas principales "contratan", no "subcontratan"; quienes subcontratan son los contratistas que, previamente, han contratado con la empresa principal o comitente. La diferencia no es baladí porque, en la sentencia de contraste, la empresa principal y recurrente era una fábrica de cervezas que había contratado con otra empresa la construcción de un almacén, por lo que es claro que no era un supuesto de "misma actividad". En el caso de la sentencia recurrida, en cambio, quienes están implicadas son una empresa contratista (que realiza una obra en virtud de su contrato con un Ayuntamiento, que es la empresa principal) y una empresa subcontratista que realiza parte de esa obra, por lo que es mucho más difícil concluir que, en tal supuesto, no estamos ante la misma actividad. Sin embargo, lo cierto es que la sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho Sexto, dice que "tampoco hay en el relato fáctico datos y circunstancias que permitan afirmar que efectivamente en el presente caso la obra o servicio subcontratado por Isolux a la empresa Obras y Proyectos La Rozona pudiera encuadrarse en una misma y propia actividad o sector, impidiendo todo ello que pueda por lo tanto aplicarse las previsiones del artículo 42.2 del [Estatuto de los Trabajadores \( RCL 1995, 997 \)](#) ...", pero sí, como dirá más adelante, el artículo 127.1 de la LGSS. Por lo tanto, debemos partir de esa afirmación, con lo que estaríamos ante supuestos iguales: empresa de distinta actividad que la incumplidora, que es considerada responsable subsidiaria por el incumplimiento de la segunda en el caso de la sentencia recurrida pero que es absuelta de dicha responsabilidad en la sentencia de contraste.

## CUARTO

Entrando, pues, en el fondo del asunto, el recurso de unificación presentado denuncia la presunta infracción del artículo 127.1 de la [LGSS \( RCL 1994, 1825 \)](#), en relación con el artículo 42.2 del [ET \( RCL 1995, 997 \)](#). Esa infracción, que presuntamente habría cometido la sentencia recurrida, se sustenta en una interpretación de los citados preceptos que coincide con la que establece la sentencia aportada como contradictoria, la cual afirma literalmente en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: "*La cuestión planteada se centra en la interpretación conjunta de los arts. 42 ET y 127.1 LGSS, a efectos de delimitar especialmente el alcance de este último en orden a los requisitos que ha de cumplir la empresa principal para su responsabilidad en la cadena de contrataciones. El art. 127.1 dispone que <<sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los trabajadores, para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad*

**del empresario contratante** , cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el art. anterior, si la correspondiente obra o industria estuviese contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda>>.

Por su parte el art. 42 ET , en la parte pertinente, dispone que <<**los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos**>> responderán solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

Resalta inmediatamente que el supuesto fundante de la responsabilidad en ambos casos es siempre el mismo, dada la prácticamente idéntica redacción en ambos casos, y que es la contrata o subcontrata de la realización de obras o servicios **correspondientes a la propia actividad** . Es la interpretación de la extensión de este texto lo que resuelve la cuestión planteada en el presente caso, de si es responsable subsidiariamente la empresa principal dedicada a la fabricación de bebidas por la realización de unas determinadas obras en un local de su propiedad dedicado a almacén. Pues si se resuelve que tal actividad no corresponde a la propia actividad, entonces no existirá responsabilidad alguna, ni solidaria del art. 42 ET ni subsidiaria del art. 127 LGSS , dado que ambas la imponen solo cuando concurre este supuesto" .

#### QUINTO

Pero dicha doctrina es errónea y debemos afirmar que la doctrina acertada es la de la sentencia recurrida, la cual aplica correctamente la doctrina de esta Sala Cuarta expresada en su [Sentencia de 23/09/2008 \(RCUD 1048/2007 \) \( RJ 2008, 5551\)](#) , cuyo Fundamento de Derecho Cuarto afirma: "Una vez afirmada la responsabilidad directa del empresario subcontratista respecto de la pensión de incapacidad permanente total en litigio, responsabilidad que no ha sido objeto de discusión en este recurso de casación pero que es el presupuesto lógico de las aquí cuestionadas, procede decidir sobre la existencia y, en su caso, sobre el tipo de responsabilidad que puede atribuirse a empresas comitentes principales y empresas contratistas "de primera mano", respecto del accidente no laboral padecido por un trabajador no dado de alta por la subcontratista "de segunda mano" empleadora del trabajador accidentado. Como ya se ha visto, a tales responsabilidades empresariales se refieren en particular los artículos 42.2 [ET \( RCL 1995, 997\)](#) y 127.1 [LGSS \( RCL 1994, 1825\)](#) .

Estos preceptos legales establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción "sin perjuicio" que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET : si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la "propia actividad" de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS , y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista <fuese declarado insolvente>".

#### SEXTO

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar, con el Ministerio Fiscal, que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que, en consecuencia, la misma ha de ser confirmada. Con imposición de costas en aplicación del art. 233.1 de la [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

---

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carlos Molero Manglano en nombre y representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contra la [sentencia dictada el 12 de febrero de 2010 \( PROV 2010, 134050\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 194/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, de fecha 15 de julio de 2008 , recaída en autos núm. 163/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Estefanía contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA MC MUTUAL, ISOLUX WAT S.A. Y OBRAS Y PROYECTOS LA ROZONA S.L., sobre PENSIÓN DE VIUDEDAD. Con imposición de costas al recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del TSJ de Asturias ,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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 30 junio 2010

[RJ2010\6775](#)



**INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO:** infracción empresarial de medidas de seguridad: caída al vacío de aprendiz, durante el desmontaje de un rocódromo, por falta de información y formación suficiente y adecuada para la realización del trabajo y por falta de asistencia del tutor durante su realización; determinación de la cuantía: aplicación del baremo para accidentes de circulación: incapacidad temporal: determinación de la indemnización por lucro cesante y por daños morales; alcance de la responsabilidad del empresario. UNIFICACION DE DOCTRINA: valor de revisiones fácticas rechazadas en suplicación por considerarlas intrascendentes.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 4123/2008

**Ponente:** Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

El TS constituido en **Sala General estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4123/2008) interpuesto por don Maximino contra la Sentencia de fecha 17-10-2008, del TSJ de Asturias, dictada en autos promovidos por el recurrente, sobre «Top 30, SL» y otros, que casa y anula en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> María Montoto García, en nombre y representación de D. Maximino, contra la sentencia dictada el [17 de octubre de 2008 \( PROV 2008. 359565\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1176/08, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés, de fecha 24 de enero de 2008, recaída en autos núm. 449/07, seguidos a instancia de D. Maximino contra TOP 30, S.L. y ZURICH ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., sobre CANTIDAD.

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado D. Iván Solano Carmona actuando en nombre y representación la empresa TOP 30, S.L. y el Procurador D. Federico J. Olivares de

Santiago en nombre y representación de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

- Con fecha 24 de enero de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Maximino contra la empresa TOP 30 S.L. y ZURICH COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., a los cuales absuelvo de los pedimentos formulados en su contra".

### SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante, Maximino , fue contratado por la empresa demandada TOP 30, S.L., el 13 de junio de 2001, con la categoría profesional de Aprendiz, mediante un contrato de formación de Almacenero, que finalizó el 12 de junio de 2002.

Interpuesta demanda de despido, el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Avilés, por sentencia de fecha 31 de julio de 2002 (Autos 871/02 ), declaró el referido contrato celebrado en fraude de ley y, por tanto, improcedente el despido de que había sido objeto el 12.06.02 , confirmada por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 26.03.04 .

En el hecho probado quinto de la Sentencia se recoge: "Por la empresa demandada se contrató con ITEM FORMACION S.L. la formación teórica del trabajador tanto para el contrato inicial como para la prórroga, habiendo remitido la citada empresa a la aquí demandada dos envíos de unidades didácticas.

No consta que el trabajador haya remitido ningún ejercicio a la empresa de formación, la cual emitió con fechas 31-12-2001 y 30-06-2002 los respectivos certificados de formación teórica, sin constar en los mismos cuál que el grado de aprovechamiento.

El horario de formación teórica que la citada empresa de formación señaló fue de Lunes a Viernes de 9.00 a 10.12 horas."

SEGUNDO.- Con fecha 6 de septiembre de 2001, el demandante sufrió un accidente de trabajo cuando procedía el desmontaje de una estructura autoportante, un rocódromo instalado en el Parque del Temple de Ponferrada con ocasión de las fiestas de la citada localidad. En la operación de desmontaje el solicitante portaba un cinturón de seguridad que fue a amarrar al brazo de la estructura que estaba desmontando, de forma que cuando ésta cayó al suelo, desde una altura aproximadamente de cinco metros, arrastró detrás al trabajador.

TERCERO.- Como consecuencia del referido accidente, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de León levantó Acta de Infracción a la empresa demandada, proponiendo la imposición de la sanción de 1.502,54 euros, por la comisión de una falta grave, al carecer el trabajador accidentado de experiencia en trabajos de desmontajes de estructuras en altura, así como de formación para este tipo de trabajos.

En dicha acta se recoge que "Tras las actuaciones practicadas, se ha podido comprobar lo siguiente:

El accidente se produjo el día 6 de septiembre de 2001, cuando la empresa procedía al desmontaje de una estructura autoportante, un rocódromo instalado en el Parque del Temple de Ponferrada con ocasión de las fiestas de la citada localidad. En la operación de desmontaje portaba



un cinturón de seguridad que el trabajador fue a amarrar al brazo de la estructura que estaba desmontando, de forma que cuando ésta cayó al suelo, desde una altura aproximadamente de cinco metros, arrastró detrás al trabajador produciéndose el accidente.

El referido trabajador presta servicios en la empresa desde el 13 de junio de 2001, siendo su trabajo el de almacenero. Según el representante de la empresa, carece de experiencia en trabajos de desmontajes de estructuras de altura, no constando que anteriormente trabajara en esta actividad antes de hacerlo para TOP 30, S.L. A su vez, la empresa no ha impartido formación alguna al trabajador que le habilite a efectuar trabajos en altura como el desempeñado el día del accidente.

La propuesta fue aceptada por la Delegación de Trabajo mediante Resolución de fecha 9-05-02.

CUARTO.- Seguidas actuaciones administrativas sobre invalidez permanente, las mismas fueron resueltas con fecha 8.05.03 por resolución de la Dirección Provincial del INSS reconociendo al demandante las prestaciones correspondientes a las lesiones permanentes no invalidantes recogidas en los números 077 y 110 del Baremo, con una cuantía total de 1590,91 euros, que fue impugnada por la parte actora interesando una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, pretensión que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés (Autos 843/03 ) dictada el 28.08.04 y posteriormente por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de fecha 17 de febrero de 2006 .

QUINTO.- Como consecuencia del accidente el actor presenta las siguientes secuelas:

Hiposmia .....	10 puntos
Resección intestinal .....	3 puntos
Lobectomía Hepática .....	10 puntos
Adherencias peritoneales .....	8 puntos
Callo hipertrófico clavicular .....	2 puntos
Algodistrofia muñeca .....	5 puntos
Cadera dolorosa .....	5 puntos
Material de osteosíntesis (alambre) en fémur derecho .....	8 puntos
PUNTUACION .....	46 puntos
Perjuicio estético importante .....	11 puntos
PUNTUACION TOTAL .....	57 puntos

El actor invirtió en su total curación cuatrocientos sesenta y tres (463) días durante los cuales permaneció incapacitado, y de los cuales treinta y tres (33) fueron de hospitalización.

SEXTO.- El actor realizó el siguiente informe:

"El jueves 6 de septiembre realizando los trabajos de desmontaje de un rocódromo, caí desde una altura de 5 m. Lo que ocurrió es que yo estaba anclado al brazo que desmontaba, y al terminar de quitarlo lo tiré al suelo desde una altura de 5 mts., su peso me llevó detrás. La situación que me llevó a realizar estas labores es que un compañero de trabajo, D. Epifanio D.N.I. NUM000 me pidió que lo hiciera, desconociendo estos hechos la dirección de la empresa. La dirección de la empresa me había enviado a esta obra a realizar labores propias de mi contrato, con mi conocimiento claro de que los trabajos de altura no lo eran.

Mi estado de salud ahora es bueno, me estoy recuperando y lo único que quiero es volver a trabajar cuanto antes, tengo el brazo derecho lastimado y la pierna derecha también, estoy haciendo

recuperación".

Firmado: Maximino y Alberto Marcos Fernández en representación de la empresa TOP 30 S.L.

SEPTIMO.- La empresa TOP 30 S.L. tiene suscrita póliza de multirisgo industrial con la aseguradora ZURICH siendo el nº (8) NUM001 , en la fecha del siniestro tenía un sublímite por víctima para la cobertura de responsabilidad civil patronal de 60.101,21 euros. En dicha póliza el riesgo que aparece recogido es: fabricación e instalación de rocódromos con madera, fibra y resinas de poliéster. Instalación de equipamientos deportivos en general.

OCTAVO.- Se presentó la papeleta de conciliación ante el UMAC de Avilés el día 9 de febrero de 2007, celebrándose el acto el día 16 de febrero de 2007, con el resultado de intentado sin avenencia".

#### TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Maximino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha [17 de octubre de 2008 \( PROV 2008. 359565\)](#) , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Maximino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés en autos seguidos a su instancia contra la empresa Top 30, S.L. y la aseguradora Zurich Cía de Seguros y Reaseguros, S.A. sobre y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada".

#### CUARTO

Por la Letrada D<sup>a</sup> María Montoto García, en nombre y representación de D. Maximino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de diciembre de 2008, 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 Cataluña de fecha 7 de noviembre de 2006 .

#### QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la empresa TOP 30 S.L. y ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso.

#### SEXTO

Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 23 de junio de 2010 la celebración de tales actos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

1.- La STSJ Asturias [17/10/08 \( PROV 2008. 359565\)](#) desestimó el recurso de suplicación [nº 1176/08] formulado contra la sentencia que en 24/01/08 [autos] había pronunciado el Juzgado de lo Social nº Dos de Avilés y por la que había desestimado la reclamación de responsabilidad civil presentada por Don Maximino frente a la empresa «TOP 30 SL» y «Zurich Compañía de Seguros y Reaseguros SA», en causa al accidente de trabajo [AT, en adelante] sufrido por el demandante en 06/09/01.

2.- Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando como decisión de contraste la STSJ Cataluña [07/11/06 \( AS 2007, 2333\)](#) [rec. 4774/05] y denunciando la infracción de los arts. 14, 15, 19 y 27 [Ley 31/1995 \[8 /Noviembre\] \( RCL 1995, 3053\)](#) , en relación con los arts. 3,5 y 19 [ET \( RCL 1995, 997\)](#) , la Directiva Marco CEE [89/391 \[12 /Junio\] \( LCEur 1989, 854\)](#) y la [Directiva CEE 94/33 \[22/Junio\] \( LCEur 1994, 2679\)](#) , así como la vulneración del art. 1101 [CC . \( LEG 1889, 27\)](#)

3.- Unánimemente sostiene esta Sala que el art. 217 [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) exige -para la viabilidad del RCU- -que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, y que este requisito se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS [19/01/10 \( RJ 2010, 3099\)](#) -rcud 1155/09-; [20/01/10 \( RJ 2010, 2815\)](#) -rcud 401/09-; [20/01/10 \( RJ 2010, 3107\)](#) -rcud 809/09-; 09/02/10 -rcud 1208/09-; 10/02/10 -rcud 194/09-; y [12/02/10 \( RJ 2010, 3415\)](#) -rcud 113/09 -); porque la finalidad unificadora de este excepcional recurso tiene por consecuencia que no sea posible tal cometido cuando entre los supuestos de hecho contemplados en las sentencias a contrastar existan diferencias que justifiquen pronunciamientos diferentes y ambos ajustados a Derecho, (así, las SSTS [21/07/06 \( RJ 2006, 8616\)](#) -rcud 619/05-; 28/03/07 -rcud 1007/06-; [18/04/07 \( RJ 2007, 6361\)](#) -rcud 1314/06-; [19/04/07 \( RJ 2007, 4149\)](#) -rcud 1802/06-; y [14/06/07 \( RJ 2007, 6635\)](#) -rcud 999/06 -). El requisito se cumple adecuadamente en autos, puesto que:

a).- En ambas sentencias se trata de accidentes de trabajo [en adelante AT] sufrido por un Aprendiz: de Almacenero y con 18 años, en la recurrida; de Mecánico y con 16 años, en la de contraste.

b).- Los dos AT se producen en ausencia del preceptivo tutor: en la recurrida, al desmontar un rocódromo sito en Ponferrada, población a la que había sido enviado desde Asturias, junto con otros dos compañeros; y en la referencial, al iniciar el desmontaje del sistema neumático de frenos de un vehículo, después de que el tutor le dejase para atender el teléfono. Y

c).- En ambos casos el AT tiene lugar por impericia y a consecuencia de acciones realizadas sin orden empresarial.

Pese a esta identidad sustancial en los hechos, cuyas posibles divergencias operarían reforzarían - a *fortiori* - la contradicción [recientes, SSTS 22/12/08 -rcud 86/07-; [29/01/09 \( RJ 2009, 1182\)](#) -rcud 326/08-; [27/02/09 \( RJ 2009, 1841\)](#) -rcud 1715/08-; 10/06/09 -rcud 2461/08-; y [21/07/09 \( RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -], las resoluciones contrastadas llegan a diversa conclusión en orden a la responsabilidad civil exigible a la empresa, pues mientras que en la que se recurre se excluye toda negligencia o infracción empresarial causalmente conectadas con el resultado dañoso, la decisión referencial sí aprecia tal nexo, al atribuir el AT -en mayor o menor medida- a la ausencia de formación específica de prevención de riesgos y no haberse advertido al accidentado la necesidad de esperar al tutor para iniciar la operación que iba a acometerse.

## SEGUNDO

1.- Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante *culpa o negligencia* , tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional» (SSTS [02/02/98 \( RJ 1998, 3250\)](#) -rcud 124/97-; [18/10/99 \( RJ 1999, 7495\)](#) -rcud 315/99-; [22/01/02 \( RJ 2002, 2688\)](#) -rcud 471/01-; y [07/02/03 \( RJ 2004, 1828\)](#) -rcud 1663/02 -), lo que 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 [18/07/08 \( RJ 2008, 6572\)](#) -rcud 2277/07- [14/07/09 \( RJ 2009, 6096\)](#) -rcud 3576/08-; y [23/07/09 \( RJ 2009, 6131\)](#) -rcud 4501/07 -), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTS [08/10/01 \( RJ 2002, 1424\)](#) -rcud 4403/00-; y [17/07/07 \( RJ 2007, 8300\)](#) -rcud 513/06-).

2.- Esa oscilante doctrina no solamente obedece a la razonable -y deseable- evolución de la jurisprudencia, sino muy primordialmente a que el AT ha sido considerado tradicionalmente como supuesto prototípico de caso fronterizo o mixto entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, como corresponde a todas aquellas relaciones contractuales en las que con la ejecución de la prestación se compromete directamente la integridad física de una de las partes [las llamadas «obligaciones de seguridad, protección o cuidado»].

Y esta cualidad fronteriza ha determinado que por la Sala se enfocase la responsabilidad empresarial por AT que se demandaba, a veces por el cauce de la responsabilidad extracontractual, y otras por el de la responsabilidad estrictamente contractual, con aplicación -más o menos próxima o discrepante- de la doctrina procedente de la Sala Primera, sin llegarse -por ello- a soluciones del todo coincidentes. En el bien entendido que en los posibles supuestos de yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, como se estaba en presencia de un concurso de normas, a resolver de acuerdo a los principios de la «unidad de culpa civil» y del «iura novit curia», se entendía que las acciones podían ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso simplemente proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplicase las normas de ambas responsabilidades que más se acomodasen a ellos; todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible [SSTS -Sala Primera- [89/1993, de 15/02 \( RJ 1993, 771\)](#) ; 24/07/98 -rec. 918/94-; 08/04/99 -rec. 3420/94- .... [29/10/08 \( RJ 2008, 5801\)](#) -rec. 942/03-; [26/03/09 \( RJ 2009, 2803\)](#) -rec. 2024/02-; y [27/05/09 \( RJ 2009, 3044\)](#) -rec. 2933/03 -).

Sometida de nuevo la cuestión a enjuiciamiento, la Sala llega a la diversa conclusión de que la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual; y que tan sólo merece la consideración extracontractual, cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, cuyo obligación de evitarlo excede de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato. Y aún en los hipotéticos supuestos de yuxtaposición de responsabilidades, parece preferible aplicar la teoría -más tradicional, en la jurisprudencia- de la «absorción», por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural [en general, por aplicación del art. 1258 CC ; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad] y el resarcimiento de los daños ha de encontrar ineluctable cobijo en la normativa contractual; tal como el trabajador de autos sostiene.

3.- El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [art. 4.2 .d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene» [art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8 /Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase «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» (STS 08/10/01 -rcud 4403/00 -, ya citada).

4.- Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello 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». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener - para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia.

### TERCERO

1.- No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador

en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET ) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL ), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral» de los trabajadores (art. 14.1 LPRL ).

2.- 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.

Sobre el primer aspecto [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 \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , 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].

Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL ], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... *deberá garantizar* la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de *cuantas medidas sean necesarias* para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas *deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias* que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención.

Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- 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], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL ).

3.- Pero -como adelantamos antes- 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.

4.- En último término no parece superfluo indicar expresamente que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto «desmotivador» en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto

disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones [de sanción cuantitativamente mayor]. Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la [STJCE 2007/141 \[14 /Junio\] \( TJCE 2007, 141\)](#) , al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 5.1 [«el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo»], que tal precepto no era conculcado por el art. 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que «El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, *en la medida en que sea razonablemente viable* ».

#### CUARTO

1.- Aunque la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso -falta contenido casacional- revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni puede descender al examen de la valoración de las pruebas referidas a tales hechos que hayan efectuado los órganos jurisdiccionales en las sentencias enfrentadas (recientemente, SSTS [16/06/09 \( RJ 2009, 5031\)](#) -rcud 1227/08-; [02/11/09 \( RJ 2009, 7728\)](#) -rcud 68/08-; 04/11/09 -rcud 4450/07-; [18/01/10 \( RJ 2010, 3097\)](#) -rcud 3237/07-; y [02/02/10 \( RJ 2010, 3387\)](#) -rcud 2033/09 -), ello no impide; a) que la Sala determine la trascendencia que poseen unos hechos declarados probados por la sentencia recurrida, lo que no cabe confundir con la revisión fáctica (así, por ejemplo, en SSTS [26/07/93 \( RJ 1993, 5981\)](#) -rcud 2350/92-; [02/06/00 \( RJ 2000, 5898\)](#) -rcud 311/99-; y [26/02/04 \( RJ 2004, 1013\)](#) -rcud 2569/03-); y b) que cuando un motivo por error de hecho que ha quedado patentizado con prueba idónea invocada al efecto y se rechaza en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho se tengan en cuenta por esta Sala si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega (entre las últimas, SSTS [21/03/02 \( RJ 2002, 3818\)](#) -rcud 2456/01-; 13/10/04 -rcud 6096/2003-; [28/02/06 \( RJ 2006, 5206\)](#) -rcud 3622/04-; [28/06/06 \( RJ 2006, 6058\)](#) -rcud 428/05-; y [24/07/08 \( RJ 2008, 7165\)](#) -rcud 456/07 -).

2.- En el caso que debatimos, son tres las revisiones fácticas que la Sala de suplicación rechaza por considerarlas irrelevantes: a) que el trabajador accidentado carecía de tutor y de formación alguna para trabajos de altura; b) la inexistencia de alegaciones por parte de la empresa en el expediente administrativo en materia de riesgos laborales y que culminó con una sanción pecuniaria; y c) que el «informe» firmado conjuntamente por el actor y por el representante de la empresa se suscribió el mismo día en que se presentó en el INEM la prórroga del contrato. Muy contrariamente a lo que afirma la sentencia recurrida, tales datos -que además cuentan con adecuada prueba de soporte y son rechazados por los impugnantes del recurso con la misma argumentación de irrelevancia-, a nuestro juicio tienen la negada trascendencia y nos llevan -conjuntamente con otros datos-a una conclusión diversa a la que deduce la Sala de Asturias; en concreto, a la más que dudosa exactitud de un «informe» que ofrece débiles flancos [es poco creíble que un aprendiz de Almacenero sea enviado con dos compañeros a lejana población para realizar su trabajo en calidad de tal para el desmontaje de una estructura autoportante; la firma del documento se hace junto con la representación de la empresa y en mismo día en que se le prorroga por aquélla el contrato; no parece razonable que en el curso del expediente sancionador la empresa no hubiera alegado la iniciativa del trabajador al acometer funciones -arriesgadas- que no le competían], y en todo caso la ausencia -indebida- de tutor del Aprendiz, ya fuese para el cometido de Almacenero ya para el Mecánico desmontador de estructuras.

#### QUINTO

1.- De esta forma, el relato de hechos que se ha efectuado por la sentencia de instancia, complementado por los datos cuya revisión fue rechazada por la Sala de Suplicación exclusivamente por considerarlos irrelevantes y que ofrecen prueba avalatoria, resultaría los siguientes: 1º)- El actor fue contratado -con 18 años cumplidos- como Aprendiz de Almacenero en 13/06/01; 2º).- En 06/09/01 fue enviado de Gozón [Avilés] a Ponferrada junto con dos compañeros, para desmontar un rocódromo, y hallándose encaramado a una altura de cinco metros y sujeto con cinturón de seguridad al brazo de la estructura, al desmontar ésta cayó conjuntamente con ella, sufriendo

lesiones de diversa consideración; 3º).- La actividad de Ponferrada fue desarrollada sin la asistencia de tutor alguno; 4º).- Como consecuencia del accidente, el actor presenta secuelas que alcanzan una puntuación de 57 puntos en el Anexo de la [LRCSCVM \( RCL 1995. 3046\)](#) y que en vía administrativa fueron calificadas como lesiones permanentes no invalidantes e indemnizadas con 1590,91 euros, rechazándose en vía judicial -por el Juzgado y la Sala de Suplicación- la existencia de IPT; 5º).- Invirtió en su curación -con incapacidad para el trabajo- 463 días, de los que 33 fueron de hospitalización; 6º).- En 21/01/02 suscribe documento -también firmado por el representante de la empresa- en el que afirma que fue enviado a Ponferrada para cumplir sus funciones de Almacenero y que si procedió a auxiliar en el desmontaje de la plataforma fue a instancia de un compañero; 7º).- Ese documento fue suscrito el mismo día en que la empresa presentó la prórroga del contrato en el INEM; 8º).- En el expediente administrativo sancionador abierto a la empresa por infracción de medidas de seguridad y que concluyó con la imposición de una multa de 1502,54 euros, por falta grave consistente en carecer el trabajador en falta de experiencia y formación para trabajos de desmontajes de estructuras en altura.; 9º).- En 12/06/02 se le comunicó al trabajador su cese y esta decisión fue calificada de despido improcedente -por fraude- por sentencia que ha adquirido firmeza; y 10).- La empresa «TOP 30 SL» tiene suscrita póliza con la aseguradora «Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» con el límite de responsabilidad por víctima de 60.101,21 euros.

2.- Tales hechos probados consienten afirmar la existencia de culpabilidad justificativa de la responsabilidad civil que se demanda, por concurrir la infracción de los preceptos que el recurso denuncia. No los de las Directivas CE 89/391 [12/Junio] y 94/33 [22 /Junio], por no hacerse indicación del precepto de las mismas que se considera vulnerado y no ser válida la cita o mención genérica de un precepto extenso y complejo, que contenga en su seno disposiciones diversas, pues en tal caso es obligado identificar el extremo o extremos específicos del mismo que se consideren conculcados (por ejemplo, SSTS [22/07/91 \( RJ 1991. 6837\)](#) -rec. 98/91-; [14/06/94 -rcud 3559/93-](#); y [28/04/06 \( RJ 2006. 3478\)](#) -rcud 5177/04- LGS ); y porque -en todo caso- el ámbito de aplicación de la segunda de ellas se limita a las personas menores de 18 años [art. 2], edad que ya había cumplido el trabajador en la fecha del accidente.

Más en concreto, la empresa demandada incurrió en la decisiva vulneración de fundamentales preceptos, siquiera tampoco del art. 27 LPRL , que va referido al trabajo de menores y actor ya había cumplido 18 años cuando suscribe el contrato formativo. En efecto: a) en manera alguna consta que se hubiese proporcionado al trabajador -conforme disponen los arts. 19.4 [ET \( RCL 1995. 997\)](#) y 15.3 LPRL- la información «suficiente y adecuada» para acceder a la zona de «riesgo grave» cual era la de desmontaje de la estructura [bien le hubiese enviado como simple Almacenero, bien como colaborador de los otros dos Mecánicos]; b) como consecuencia de ello en manera alguna se previeron -como es obligado ex art. 15.4 LPRL - las «distracciones o imprudencias no temerarias» del trabajador [la ignorancia y falta de formación -que no la temeridad- están en la base de la actuación del Aprendiz]; c) mal puede entenderse observada la obligación de «garantizar la seguridad y la salud» del trabajador [art. 14.2 LPRL ] y el derecho a su «integridad física» [art. 4.2.d) ET ] y a una «protección eficaz» [art. 19.1 ET ], si el mismo carecía de adecuada formación y en el momento del accidente no tenía el imprescindible tutor [art. 8.3 [RD 488/1998, de 27 /Marzo \( RCL 1998. 943\)](#) ], que es un extremo sobre el que se insiste una y otra vez en todas las fases del procedimiento, puesto que la presencia del mismo hubiese impedido -propiamente, debido impedir- que el inexperto trabajador llevase a cabo funciones para las que carecía de adecuada formación y que ponían en riesgo su integridad; y d) en todo caso, aún aceptando la veracidad del «informe» suscrito conjuntamente por el actor y el representante de la empresa [nos remitimos a las consideraciones más arriba indicadas sobre su escasa fiabilidad], de todas formas nos hallaríamos ante una responsabilidad empresarial *in vigilando o in eligendo* , dado que - según la cuestionable versión suscrita- el Aprendiz actuaría atendiendo a los requerimientos de otro de los dos empleados, que hemos de suponer -en caso contrario la responsabilidad de la empresa sería más evidente- ostentaba la categoría profesional y formación que le autorizasen trabajos en altura y desmontar estructuras metálicas.

4.- Frente a esta clara negligencia empresarial, la que pueda atribuirse al accidentado -como factor corrector a la baja, conforme al Criterio 7 del Anexo a la LRCSCVM- se presenta incluso como consecuencia de aquélla, puesto que la actuación indebida del Aprendiz más que nada ha de atribuirse no sólo a su inexperiencia [componente decisivo en el mecanismo compensatorio], sino

muy especialmente a la falta de formación y -sobre todo- a la ausencia del obligado tutor; y, en su caso, a que hubiese sido requerido por un compañero experimentado. Por lo que la actuación del lesionado carece de relevancia a los efectos de una posible compensación de culpas y responsabilidades.

## SEXTO

1.- Ante determinadas secuelas o daños derivadas de AT, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa -ex art. 4.1 CC -, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la DA Octava de la Ley 30/1995 [8 /Noviembre] en la LRCSCVM [ [Decreto 632/1968, de 21 /Marzo \( RCL 1968, 690 \)](#) ], cuyos módulos [cuantitativamente actualizados por Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones] pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados. Pero en el bien entendido que esa aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética, pues no hay que olvidar -resumimos- que: a) ello sería opuesto, por definición, a la aplicación orientativa; y b) con el Baremo del Anexo se está regulando la responsabilidad de una aseguradora de automóviles en el marco de una responsabilidad objetiva en materia de accidentes de tráfico, mientras que en el supuesto de accidentes de trabajo se trata de la indemnización que pueda atribuirse al empleador por concurrencia de culpabilidad en la producción del resultado lesivo. Y por lo mismo, tampoco han de seguirse necesariamente los concretos importes máximos previstos en el citado Anexo, pues bien pudieran incrementarse en atención a diversos factores (SSTS -recogiendo precedentes sobre la aplicación analógica-de [17/07/07 \( RJ 2007, 8300\)](#) -rcud 513/06-; [17/07/07 \( RJ 2007, 8303\)](#) -rcud 4367/05-; [20/09/07 \( RJ 2007, 8304\)](#) -rcud 3326/06-; [30/01/08 -rcud 414/07-](#); y [20/10/08 \( RJ 2008, 7039\)](#) -rcud 672/07 -).

2.- Sobre la fijación y actualización de los importes fijados conforme al Baremo del Anexo a la LRCSCVM, hemos indicado que como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico para secuelas y puntos lo determina la fecha del accidente, aunque los puntos y criterios valorativos son los de la fecha de consolidación (SSTS -ambas de Sala General- de [17/07/07 -rcud 513/06-](#); y [17/07/07 \( RJ 2007, 8303\)](#) -rcud 4367/05 -).

3.- Por otro lado, el objetivo perseguido por la directriz I.2 fijada en la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa [«La indemnización destinada a reparar el daño se calculará según el valor que tenga el daño al dictarse la sentencia»], puede ser logrado -con carácter general- con una interpretación flexible de los intereses moratorios prevista en los arts. 1.101 y 1108 CC , de manera que con ello pueda alcanzarse una solución satisfactoria para los intereses del acreedor en todos los supuestos; flexibilidad de que hace gala la más reciente jurisprudencia civil en torno a la regla «in illiquidis non fit mora» que se deriva de aquellos preceptos [especialmente las SSTS -Sala I- [19/02/04 \( RJ 2004, 1427\)](#) -rec. 941/98-; [05/04/05 \( RJ 2005, 3588\)](#) -rec. 4206/98-; [03/06/05 \( RJ 2005, 6292\)](#) -rec. 4719/98-; y [09/02/07 \( RJ 2007, 1285\)](#) -rec. 4820/99 -, en línea con los numerosos precedentes que cita] y que con mayor rotundidad ha de mantenerse en el campo del Derecho del Trabajo, no sólo porque éste es un terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino también porque los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional *favor debitoris* que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda - incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser -supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial» (STS [30/01/08 \( RJ 2008, 2064\)](#) -rcud 414/07-; y [08/06/09 \( RJ 2009, 4554\)](#) -rcud 2873/08 -).

4.- Respecto del abono -solicitado por la recurrente- de los intereses previstos en el art. 20 [LCS \( RCL 1980, 2295\)](#) , esta Sala IV -siguiendo criterios de la Sala 1ª - ha entendido, por aplicación de su apartado 8º [«No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una *causa justificada*



o que no le fuere imputable »], que no ha lugar a ello cuando el retraso en el pago por parte de la aseguradora estaba fundado en situaciones discutibles, tales como la determinación de la entidad aseguradora responsable, de la fecha del hecho causante o de la cuantía de la indemnización (así, superando el automatismo, las sentencias -entre otras anteriores- de [14/11/00 \( RJ 2000, 9641\)](#) -rcud 3857/99-; [26/06/01 \( RJ 2001, 9572\)](#) -rcud 3054/00-; 20/03/03 -rcud 3516/03-; [26/07/06 \( RJ 2006, 8554\)](#) -rcud 2107/05-; y [10/11/06 \( RJ 2006, 9066\)](#) -rcud 3744/05 -).

## SÉPTIMO

1.- Un tratamiento aparte merece la reparación que haya de darse a la situación de IT, respecto de la que nuestra doctrina de la Sala sigue inmodificada desde las ya citadas SSTS -Sala General- de 17/07/07 [-rcud 513/06 y 4367/05-]. Materia de la que se trata la Tabla V del Baremo, bajo el epígrafe «Indemnizaciones por incapacidad temporal». Y en su desarrollo, la citada Tabla contiene dos apartados:

1º).- El apartado «A)», referido a lo que califica como «indemnización básica, incluidos daños morales», que establece una «indemnización diaria» para cada «día de baja», atribuyendo un importe diferente para los días de baja con «durante la estancia hospitalaria» y para los días «sin estancia hospitalaria», entre los que distingue -con diferente importe- para el día «impeditivo» y el «no impeditivo». Y

2º).- El apartado «B)», que destina a lo que denomina «factores de corrección» y que consagra a los «perjuicios económicos» y a determinados elementos de «disminución» de la indemnización [los del apartado Primero.7 del propio Anexo].

2.- El lucro cesante, salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, ha de ser fijado -así lo ha establecido la Sala desde las precitadas sentencias de Sala General- en cuantía equivalente al 100 por 100 del salario dejado de percibir en dicho período por el accidentado [incluidas las posibles mejoras de convenio, a justificar por el reclamante]; de forma que la indemnización por tal concepto ascenderá a la diferencia entre lo percibido por subsidio de IT y, en su caso, por posibles mejoras colectivas o personales [acreditados por la parte a quien beneficie su invocación] y el importe del 100 por 100 de aquel salario dejado de percibir;

3.- Esta determinación del lucro cesante determina que no proceda aplicar a los accidentes de trabajo los que en el Anexo de la LRCSCVM figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, dado que ya se ha partido -para fijar los daños y perjuicios- del importe del 100 por 100 del salario dejando de percibir» (SSTS [14/12/09 \( RJ 2010, 1431\)](#) -rcud 715/09-; y [15/12/09 \( RJ 2010, 2126\)](#) -rcud 3365/08 -).

4.- Por lo que se refiere al daño moral -por el sufrimiento psicofísico durante la IT-, desde la STS [17/07/07 \( RJ 2007, 8300\)](#) [-rcud 513/06-] [FJ 11.2 ] y hasta las más recientes [sentencias de [14/12/09 \( RJ 2010, 1431\)](#) -rcud 715/09- y [15/12/09 \( RJ 2010, 2126\)](#) -rcud 3365/08 -], hemos entendido que su importe básico por tal concepto había de situarse en el correspondiente al día «no impeditivo» -salvo que se acreditase un daño mayor-; y que tratándose de los días de baja hospitalaria -por su mayor sufrimiento de todo orden- que el resarcimiento se identificaba con la cantidad prevista para tal supuesto en el Anexo.

Pero una reconsideración del tema nos lleva a matizar este criterio, reargumentando su presupuesto y ampliando sus soluciones, porque con el mismo se resarcían de igual manera dos supuestos diferentes: los días de baja no impeditivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta] y aquellos otros que sin comportar estancia hospitalaria de todas formas sean impeditivos [para la actividad u ocupación habitual]; supuestos en los que -es obvio- el sufrimiento psíquico es de muy diferente intensidad.

Desde el momento en que las cantidades previstas en la Tabla V como «indemnización básica» para la IT se declaran «incluidos los daños morales»- [apartado «A)»], no cabe la menor duda de que la cantidad prevista para los días no impeditivos para el trabajo [aquellos que son posteriores al alta laboral, pero anteriores a la completa curación] son los únicos en los que no se contempla el perjuicio

económico [al no ser impeditivos permiten al accidentado trabajar y obtener el habitual salario] y que por lo mismo resarcen exclusivamente el dolor moral inherente a dolencias -no permanentes- que todavía persisten y obstan la declaración de sanidad completa. Pero ese resarcimiento legalmente cuantificado se nos presenta en su mínima expresión, precisamente porque también se corresponde con el mínimo de sufrimiento -dolor moral- padecido en todo el proceso de curación, al afectar a la fase de sanidad en la que la víctima está capacitada «para desarrollar su ocupación o actividad habitual» [el trabajo, en el caso de que tratamos]. Y es precisamente esta consideración la que lleva a entender que la cantidad resarcitoria que ha de atribuirse a tal etapa «no impeditiva» ha de ser inferior -como hasta ahora hemos venido entendiendo- no solamente a la que en justicia ha de corresponder a los días de «estancia hospitalaria» [a los que asimilar los de inmovilización o permanencia obligada en el domicilio], sino que igualmente ha de serlo respecto de la que deba atribuirse a los días simplemente «impeditivos» y sin estancia hospitalaria, pues no cabe duda de que -en un orden natural de las cosas- el sufrimiento psico-físico de la víctima ha de ser mayor cuando se está incapacitado que cuando se está en condiciones de desarrollar la ocupación habitual.

5.- No plantea excesiva dificultad -en los términos orientativos de que tratamos- identificar el resarcimiento del daño moral correspondiente al día «no impeditivo» con el importe que el Baremo indica, pues como por definición tales días no determinan perjuicio económico atribuible a la falta de trabajo, la cantidad legalmente fijada ha de atribuirse exclusivamente a daño moral. Y aunque la previsión legal del resarcimiento de los restantes días [«impeditivos» e «impeditivos con estancia hospitalaria»] no deje de contener un cierto factor económico [se les califica de «indemnización básica, incluidos daños morales»], pese a todo no hay que olvidar que estas cantidades se corresponden a una responsabilidad objetiva [la propia de la LRCSCVM] y de la que estamos tratando -por AT- requiere culpabilidad empresarial; elemento subjetivo éste que justifica no se minoren las previsiones de la Tabla V a los efectos de determinar el resarcimiento del daño moral en la situación de IT, aceptando por ello - simplificada- sus tres categorías e importes indemnizatorios para días -sin sanidad- no impeditivos, impeditivos y con permanencia hospitalaria.

## OCTAVO

Aplicadas las indicaciones anteriores al concreto caso que es objeto de debate, las conclusiones no pueden ser sino las que siguen:

1ª).- Que el valor del punto atribuible a las lesiones permanentes [57 puntos, según el relato de hechos] ha de ser el previsto en [Resolución 20/01/03 \( RCL 2003, 216\)](#) [«Da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2003 el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»], por cuanto que era la disposición vigente en la fecha de consolidación de las lesiones [alta médica], y conforme a ella el valor del punto -en la horquilla entre 55 y 59 puntos; para un menor de 20 años- ascendía a 1.807,473090 euros [Tabla III]. Lo que supone un resarcimiento de 103.025,9661 euros.

2ª).- Que tal cantidad correspondiente a lesiones permanentes ha de ser incrementada por el factor de corrección denominado «perjuicios económicos» [hipotéticos/futuros] en función de los ingresos netos de la víctima por trabajo personal, que establece la Tabla IV [a diferencia de la exclusión de los factores de corrección previstos en la Tabla V para la situación de IT, por la razón que hemos expresado en el apartado 3 del precedente fundamento séptimo]. Porcentaje que se fija en el 10 % [conforme a la citada Tabla IV], a pesar de no que consta en el relato de hechos el salario percibido por el trabajador, siendo así que la sentencia firme por despido -a la que se refieren la decisión recurrida y la de instancia- fija una retribución diaria por todos los conceptos de 31,36 euros [sobre la base de considerar fraudulento el contrato y aplicar la retribución salarial de Convenio para un Almacenero a jornada completa], que resulta notablemente inferior a los 21.997 ,571907 euros/año que la referida norma contempla como límite máximo del primer tramo] y tal importe es el que se ha de tener en cuenta, en obligada aplicación del efecto positivo de cosa juzgada previsto en el art. 222.4 [LECiv \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) [«Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto»]. Lo que nos lleva a 10.302,59661 euros.

3ª).- Que de la suma así obtenida por lesiones permanentes y factor de corrección [113.328,5627 euros] ha de ser deducida la ya lucrada de la EG de la Seguridad Social por Lesiones Permanentes No Invalidantes [1.590, 91 euros], al objeto de evitar duplicidad indemnizatoria por el mismo concepto. De esta forma, por el concepto de que tratamos el resarcimiento adecuado comporta 111.737, 6527 euros.

4ª).- Que la misma disposición legal -Resolución 20/01/03 - es aplicable para calcular el resarcimiento por daño moral correspondiente a los 463 días de baja [Tabla V], que señala la cantidad diaria de 54, 955542 euros para los 33 días de baja hospitalaria [33 días 1.813,532886 euros] y la cifra de 44,652581 euros para los 430 días del periodo -impeditivo- de baja laboral [ 430 días 19.200,0938 euros]. O lo que es lo mismo, la suma de 21.014,13271 euros.

5ª).- Que la cifra que corresponde al lucro cesante en la misma situación de IT viene determinada por la diferencia entre las cantidades percibidas por IT y las que le hubieran correspondido por salario, incluyendo -como si permaneciese en activo- el periodo posterior a la extinción del contrato. Y al efecto ha de tenerse en cuenta que si el salario diario era de 31,36 euros/día, le hubiera correspondido percibir 14.519,68 euros en los 413 días de baja [nos remitimos al efecto positivo de cosa juzgada de que hemos tratado más arriba], de forma que el lucro cesante sería el 25% de esta cantidad [salario hipotéticamente percibido menos el 75% abonado en concepto de subsidio por IT], o lo que es igual, 3.629,92 euros.

Ciertamente que los términos de la resolución bien pudieran haber sido otros en este concreto aspecto [lucro cesante en la IT], si el debate suscitado por las partes hubiese sido diverso al realmente planteado. En efecto, podría haber operado un posible complemento del subsidio de IT a cargo de la empresa que redujese el lucro cesante [a probar por ésta: STS 17/07/07 -rcud 513/06 -]; y también podría haberse tenido en cuenta el más que posible incremento salarial previsto en Convenio Colectivo durante el periodo de IT [cuya invocación y probanza correspondía igualmente al operario accidentado: STS 17/07/07 -rcud 513/06 -]. Pero lo cierto es que la demanda se limita a pretender la aplicación directa de las cantidades previstas en Tabla V del Anexo a la LRCSCVM y la empresa a negar su responsabilidad en el accidente, con lo que el juego de estos elementos correctores se hace imposible.

6ª).- Que de esta cantidad total indemnizatoria, la aseguradora «Zurich, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» responderá hasta el límite de 60.101,21 euros; sin que pueda imputársele -hasta la fecha- el incremento previsto en el art. 20 LCS , habida cuenta de que su oposición -tal como inicialmente estuvo planteada la litis, con el «informe» del actor- era del todo comprensible y razonable.

7ª).- Que a la cifra indemnizatoria así obtenida ha de aplicársele, desde su devengo en la fecha de la consolidación de las secuelas y hasta la presente, el interés legal moratorio; y desde la fecha de esta sentencia, los oportunos intereses procesales [art. 576 LECiv ], a excepción de la cantidad de que responde la referida aseguradora, que hará frente al incremento del 20 % desde la fecha de esta sentencia; pero no antes, como se dijo.

## NOVENO

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 decisión recurrida ha de ser casada y anulada, en los términos que hemos adelantado. Sin imposición de costas [art. 233.1 [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) ].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Maximino y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha [17/Octubre/2008 \( PROV 2008, 359565\)](#) [recurso de Suplicación nº

1176/08], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 24/Enero/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Avilés [autos 449/07 ], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos parcialmente el de tal clase formulado por el trabajador, declarando su derecho a ser indemnizado -s.e.u.o.- con 136.381, 70 euros, desglosados en la forma siguiente:

a).- Por resarcimiento de las secuelas, incluido el daño moral a ellas atribuible, la cantidad de 111.737, 6527 euros;

b).- Por daño moral durante la situación de Incapacidad Temporal, un total de 21.014, 13271 euros; y

c).- Por lucro cesante durante la misma situación de IT, la cantidad de 3.629,92 euros.

Y condenamos al pago de tales cantidades a la empresa «TOP 30, SL» y a «ZURICH, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA», respondiendo esta última hasta el límite asegurado de 60.101,21 euros, con los abonos moratorios y procesales siguientes: desde la fecha del alta médica y hasta la presente, una y otra satisfarán el interés legal por sus respectivas deudas; y desde la fecha de esta sentencia, la empresa devengará por su débito el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y la compañía aseguradora incrementará el importe del suyo en el 20 % anual.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 abril 2010

[RJ2010\2485](#)



**CONTRATO DE SEGURO:** indemnización por invalidez derivada de enfermedad común: responsabilidad de la aseguradora: póliza vigente en el momento del hecho causante: impago de cuotas y extinción del contrato en fecha posterior; intereses: determinación. **MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL:** indemnización por incapacidad permanente: determinación del hecho causante a efectos de responsabilidades: diferencias entre según se derive de accidente de trabajo o de enfermedad común; en las mejoras voluntarias derivadas de enfermedad común la regla, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo, es fijar el hecho causante en la fecha dictamen UVAMI y, como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles. **VOTO PARTICULAR.**

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1813/2009

**Ponente:** Excmo Sr. Fernando Salinas Molina

El TS, constituido en **Sala General**, **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1813/2009) interpuesto por doña Elisabeth contra la Sentencia de fecha 09-03-2009, del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica, dictada en autos promovidos por la recurrente contra «España, SA (Compañía Nacional de Seguros)» y otra, sobre reclamación de cantidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Elisabeth, representada y defendida por la Procuradora Sra. García Rubio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9-marzo-2009, en el recurso de suplicación nº 4634/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5-octubre-2007 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 191/07, seguidos a instancia de dicha recurrente contra "ESPAÑA, S.A. -COMPAÑÍA NACIONAL DE

SEGUROS" y "FISIPE BARCELONA S.A.", sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida "ESPAÑA, S.A. -COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS", representada y defendida por el Letrado Sr. Gallego Castillo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

.- El 9 de marzo de 2.009 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 191/07 , seguidos a instancia de dicha recurrente contra "ESPAÑA, S.A. -COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS", sobre reclamación de cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por ESPAÑA, S.A. (COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS), contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Barcelona, de fecha 5 de octubre de 2.007, dictada en los autos nº 191/2007, sobre reclamación de cantidad, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de absolver a la recurrente de las pretensiones formuladas por la demandante, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas".

### SEGUNDO

La sentencia de instancia, de 5 de octubre de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Doña. Elisabeth , con DNI núm. NUM000 , inició la prestación de servicios para la empresa demandada, que ha tenido diversas denominaciones, hasta que finalmente su nombre es TEIN QUÍMICA, SA EN LIQUIDACIÓN, el día 20.11.69, ostenta la categoría profesional de auxiliar laboral textil. ----2º.- Doña. Elisabeth inició un proceso de incapacidad temporal el día 11.05.04, y por dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacitados con fecha 15.11.05, se constató el siguiente cuadro: "depresión mayor recurrente grave con períodos de recaída muy frecuentes". Con fecha 23.01.06 se dictó resolución por el INSS declarando a la demandada en situación de incapacidad permanente absoluta, para todos los tipos de trabajo, derivada de enfermedad común, con efectos desde el 15.11.05, y notificada a la demandada el 31.01.06. ----3º.- La demandada padecía trastornos depresivos desde el año 1992, que mejoraron, pero en el mes de marzo del 2004 tiene un episodio depresivo de gran intensidad que dio lugar a la baja médica desde el mes de mayo del 2004. Desde este momento su evolución ha sido desfavorable y se ha hecho crónico su estado psíquico. ----4º.- El artículo 50 del Convenio Colectivo de empresa preveía una indemnización en caso de invalidez total permanente de 19.791,33 euros, fijando una revalorización los años sucesivos de acuerdo con el incremento real del IPC estatal del año anterior. ----5º.- La empresa TEIN QUÍMICA, SA EN LIQUIDACIÓN (antes FISIPE BARCELONA, SA) tenía contratada una póliza de seguros, en cumplimiento de la previsión del convenio colectivo, con la entidad ESPAÑA, SA, COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, que cubría el riesgo de incapacidad permanente y total, con un capital de 21.984,27 euros, durante el período del 15 de junio al 15 de diciembre del 2004. ----6º.- El artículo 5.3 de las condiciones generales del contrato de seguros estipula que se mantendrá la vigencia durante el período expresado en las condiciones particulares. En el Art. 2.3 de las condiciones especiales de la aseguradora de riesgos complementarios se dice que la duración será la que consta en las condiciones particulares. ----7º.- Con fecha 04.05.05 la compañía ESPAÑA, SA, COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, envió una comunicación a la empresa TEIN QUÍMICA, SA EN LIQUIDACIÓN (antes FISIPE BARCELONA, SA), por la cual se confirmaba que quedaban en suspensión las garantías de la aseguradora contratada por no haber pagado el recibo con fecha de vencimiento de 15. 12. 04, y por importe de 16.344,01 euros. ----8º.- El letrado de la trabajadora demandante envió una carta, de fecha 12.06.06, a la compañía de seguros, comunicando que se había dictado resolución del INSS reconociendo la incapacidad permanente absoluta, y reclamando las cantidades aseguradas. ----9º.- ESPAÑA, SA,

COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, contestó por carta fechada el 26.06.06, diciendo que no procedía ninguna indemnización por invalidez ya que el contrato con la empresa FISIFE rescindió el 15.12.04. ----10º.- La parte actora intentó la conciliación previa con papeleta presentada con fecha 08.02.2007, y celebrada el 05.03.07, con el resultado de intento sin efecto".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Estimo la demanda interpuesta por Elisabeth , contra TEIN QUÍMICA, S.A. EN LIQUIDACIÓN ( antes FISIFE BARCELONA. S.A. ) y ESPAÑA, S.A., COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, y en este sentido:

1.- Desestimo la excepción de prescripción alegada por la empresa TEIN QUÍMICA, SA EN LIQUIDACIÓN.

2. Condeno solidariamente a TEIN QUÍMICA, SA EN LIQUIDACIÓN (antes FÍSIFE BARCELONA, SA) Y ESPAÑA, SA, COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, al pago de la cantidad de 21.984,27 euros.

3. Condeno así mismo a ESPAÑA, SA, COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS, por su parte de responsabilidad como aseguradora de FÍSIFE BARCELONA, SA, al pago del interés legal del dinero más el 50% desde el día 26.06.06 hasta la fecha de esta sentencia".

### TERCERO

La Procuradora Sra. García Rubio, en representación de D<sup>a</sup> Elisabeth , mediante escrito de 4 de junio de 2.009, 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 Superior de Justicia de Gran Canaria de 28 de diciembre de 2004 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley 50/1980, de 8 octubre .

### CUARTO

Por providencia de esta Sala de 8 de junio de 2.009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

### QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de enero actual. Por providencia de 21 de enero de 2010, se dejó sin efecto el acto de votación y fallo señalado para el día de hoy y, de conformidad con el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y dada la trascendencia del asunto, se señaló de nuevo para el día 24 de marzo de 2010, llamando a formar Sala a todos los Magistrados de esta Sala IV del Tribunal Supremo, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete 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 Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina. Se han cumplido los requisitos legales, salvo los relativos al plazo para dictar sentencia por la acumulación de asuntos.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

1.- La cuestión esencial que se plantea en el presente recurso de casación unificadora versa sobre la determinación de la fecha del hecho causante a efectos de determinar la entidad aseguradora responsable al abono de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo de empresa, en el que se establecía el abono de una cantidad a tanto alzado revalorizable en casos de " *invalidez total permanente* ", sin distinción de la clase de contingencia de la que derivara, en un supuesto en el que la trabajadora demandante había sido

declarada en situación de incapacidad permanente absoluta (IPA) derivada de enfermedad común.

2.- La sentencia de instancia (de fecha 5-octubre-2007 dictada por el JS/Barcelona nº 3 -autos 191/2007) estima la demanda, frente a la empresa y la aseguradora, fijando como fecha del hecho causante la del inicio de la situación de incapacidad temporal (IT) de la que derivó sin solución de continuidad la posterior situación de IPA, partiendo de que desde ese momento su evolución había sido desfavorable y se había cronificado su estado psíquico. Consta en los hechos probados de la referida sentencia, no aceptada su revisión fáctica en suplicación, que la actora inició un proceso de IT por depresión el 11-mayo-2004, tras un episodio depresivo de gran intensidad en el mes de marzo de 2004, y que el 15-noviembre-2005 se emitió dictamen por la unidad de valoración médica de incapacidades (UVAMI), constatando " *un cuadro de depresión mayor recurrente grave con períodos de recaída muy frecuentes* ". El 23-enero-2006 se dictó por el INSS resolución reconociendo a la trabajadora la situación de IPA derivada de enfermedad común con efectos desde el día 15-noviembre-2005, fecha del dictamen de la UVAMI. Se declara probado también que la actora padecía trastornos depresivos desde el año 1992, que mejoraron, pero en el mes de marzo del 2004 tuvo un episodio depresivo de gran intensidad que dio lugar a la baja médica referida desde el mes de mayo del 2004. La actora ha solicitado la indemnización prevista en el artículo 50 del convenio colectivo de la empresa. Esta tenía concertada la correspondiente póliza con una compañía de seguros, que cubría la incapacidad permanente y total. El 4-mayo-2005 la aseguradora comunicó a la empresa que quedaban en suspenso las garantías del seguro contratado por no haberse pagado la prima que vencía el 15-diciembre-2004.

3.- La sentencia ahora recurrida en casación unificadora (STSJ/Cataluña 9-marzo-2009 -rollo 4634/2008 ), revoca la sentencia de instancia, considera que no hay constancia de que la depresión mayor estuviera consolidada y toma como fecha de referencia para establecer el inicio de la incapacidad permanente asegurada la fecha del dictamen de la UVAMI y, en consecuencia, revisa el fallo de instancia y absuelve a la aseguradora.

4.- Contra este pronunciamiento recurre la parte actora, aportando como sentencia contradictoria la STSJ/Canarias, sede de Las Palmas, de fecha [28-diciembre-2004 \( AS 2004, 3991 \)](#) (rollo 1207/2002 ). Se trata en ella de una trabajadora que había causado baja por enfermedad común en 4-octubre-1991 y, tras pasar a la situación de invalidez provisional, se emitió dictamen de la EVI en 22- diciembre-1997, siendo declarada en situación de IPT derivada de enfermedad común en 29-enero-1998 con efectos económicos desde el 4-octubre-1997. La sentencia reconoce el derecho a la indemnización pactada colectivamente, aunque había causado baja en la póliza en enero de 1992 por decisión empresarial. La sentencia incorpora a los hechos probados que " *las patologías declaradas por la EVI en 22.12.97 , fueron las de lumbociática postquirúrgica consecuencia de una hemilaminectomía L5-S1 derecha llevada a cabo en 1991, más hemiflabeotomía y discectomía L4-L5, practicadas en 1996, que la limitan a la sobrecarga de la columna lumbar* ". A partir de esta modificación fáctica, razona que, si un proceso de IT desemboca en una situación de invalidez o muerte objeto de protección en la póliza, debe asumir su cobertura la aseguradora que cubría estos riesgos en el momento del inicio del proceso, pues lo decisivo es la relación entre el contingencia y sus secuelas y no la fecha en que éstas se manifiestan.

5.- Hay que apreciar la contradicción que se alega, como propone el Ministerio Fiscal en su informe. La parte recurrida señala que las lesiones son distintas, pero, aunque efectivamente es así, se trata de una diferencia irrelevante, pues en los dos casos es clara la conexión entre las lesiones que motivaron la IT y las que luego determinaron la incapacidad permanente. En el caso de la sentencia recurrida la baja por depresión en mayo de 2004 lleva a la incapacidad que se aprecia en noviembre de 2005. En la sentencia de contraste las lesiones lumbares existían ya en 1991, aunque pudieron ampliarse en 1996. La diferencia en esa proyección funcional -- más clara en la sentencia recurrida -- reforzaría en todo caso la contradicción en lugar de negarla, pues siendo la misma depresión la que determina la incapacidad temporal y la permanente se deniega la cobertura por la sentencia recurrida, mientras que en la sentencia de contraste, con una distancia temporal mayor entre las dos situaciones y un cambio significativo en 1996, se concede la protección. En los dos casos el problema de cobertura es el mismo y consiste en determinar la fecha del hecho causante a los efectos de concretar, en su caso, las correspondientes responsabilidades.



## SEGUNDO

1.- Con carácter previo, debe destacarse, como se refleja, entre otras, en la STS/IV [8-junio-2009 \( RJ 2009, 4554\)](#) (rcud 2873/2008), que por esta Sala de casación respecto a la concreción de la normativa aplicable en orden a la determinación del contenido y alcance de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo, ha declarado que dichas mejoras " *se regulan, en primer lugar, por las disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero que en lo no expresamente previsto, deben regirse, en principio, por las propias normas del sistema de la Seguridad Social básica (entre otras, SSTS/IV [17-marzo-1997 \( RJ 1997, 2556\)](#) -rcud 2817/1996, [20-marzo-1997 \( RJ 1997, 2591\)](#) -rcud 2730/1996, [5-junio-1997 \( RJ 1997, 4628\)](#) -rcud 4675/1996, [13-julio-1998 \( RJ 1998, 7013\)](#) -rcud 3883/1997 ), e incluso interrelacionándolas con las posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros (en especial a partir de la STS/IV [1-febrero-2000 \( RJ 2000, 1069\)](#) -rcud 200/1999, dictada en Sala General )* ".

2.- En esta misma línea interpretativa, como recuerda la STS/IV [30-abril-2007 \( RJ 2007, 4845\)](#) (rcud 618/2006), la doctrina de la Sala ha señalado que " *cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango. Y a tal solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que una inconveniencia o un desajuste no equivale a una infracción del orden público, ni, en general, a la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el art. 1255 CC ( LEG 1889, 27) , especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias (SSTS [20/11/03 \( RJ 2003, 9098\)](#) -rcud 3238/03; 19/01/04 -rcud 2807/02; [28/04/04 \( RJ 2004, 3915\)](#) -rcud 2346/03; [23/12/04 \( RJ 2005, 2307\)](#) -rcud 3356/03; y [24/05/06 \( RJ 2006, 5944\)](#) -rcud 210/05 )* ".

## TERCERO

- 1.- Partiendo del anterior presupuesto y en cuanto a la problemática de la determinación de la fecha del hecho causante, la jurisprudencia unificadora, tratándose de incapacidades permanentes derivadas de accidente de trabajo y de mejora voluntaria pactada en Convenio Colectivo y asegurada o debida asegurar con póliza mercantil, venía inicialmente sosteniendo que, a falta indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria de la situación de incapacidad permanente, el hecho causante debía coincidir con fecha declaración de la incapacidad permanente que daba lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica (entre otras muchas, SSTS/IV [28-enero-1997 \( RJ 1997, 908\)](#) -rcud 2666/1996, [12-junio-1997 \( RJ 1997, 6129\)](#) -rcud 2203/1996, [12-febrero-1998 \( RJ 1998, 1803\)](#) -rcud 1392/1997, 18-marzo-1998 -rcud 2222/1997, 6-octubre-1998 -rcud 205/1998, [2-febrero-1999 \( RJ 1999, 4409\)](#) -rcud 1886/1998 ).

2.- No obstante, se produce un cambio de doctrina jurisprudencial a partir de la STS/IV [1-febrero-2000 \( RJ 2000, 1069\)](#) (rcud 200/1999), dictada en Sala General , -- pero solo y exclusivamente con respecto a las contingencias derivadas de accidente de trabajo, pero no de las derivadas de enfermedad común, como en el supuesto ahora enjuiciado acontece --, en la que detalladamente se argumenta el nuevo criterio jurisprudencial, -- que fija como fecha del hecho causante aquella en que acontece el accidente de trabajo --, acudiendo, a falta de regla en la norma en que establece la mejora, a la interpretación integradora con la normativa mercantil de seguros, posibilitando una distinción entre el accidente como riesgo asegurado (coincidente con la fecha de producción del accidente y que determina la aseguradora) y el efecto dañoso o daño indemnizado o efectos de la actualización del riesgo (la incapacidad o la muerte) que puede aparecer con posterioridad.

3.- Se afirma en la citada sentencia, sobre la referida distinción entre " *riesgo asegurado* " y " *daño indemnizado* ", que " *desde la perspectiva mercantil, los seguros se establecen como cobertura del riesgo de accidente, aunque el daño indemnizado se refiera a determinadas secuelas derivadas del*

mismo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte). Esto queda claro en el art. 100 de la [Ley de Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295 \)](#) : el riesgo asegurado es el accidente -la lesión corporal- que se manifiesta en unas secuelas de invalidez temporal o permanente y muerte. Estas secuelas ya no son el riesgo, sino los efectos de su actualización, como se advierte en el art. 104 de la citada Ley . Por ello, lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo esté vigente. Si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no esté vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica. La cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro " . Resaltemos que se afirma que lo esencial es que la póliza esté vigente en la fecha del accidente para que exista cobertura, con independencia de que la póliza ya no estuviera vigente en la fecha de determinación de la incapacidad.

4.- En este extremo delimitador se apoya la Sala General en la jurisprudencia emanada de la Sala Civil de este Tribunal Supremo, efectuando una declaración de trascendencia a los fines de determinación de las consecuencias económicas derivadas del accidente, señalando que " Así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo: #la declaración de la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste# (sentencia Sala Primera Tribunal Supremo [17-junio-1993 \( RJ 1993, 4761 \)](#) en el mismo; sentido sentencia de [6-febrero-1995 \( RJ 1995, 779 \)](#) ) ". Se añade, además, que " Otra solución sería además imposible de articular, pues conforme a los arts. 1 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro el contrato de seguro es nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. Lo que quiere decir que si el accidente se ha producido en una determinada fecha, no podrá asegurarse su cobertura con posterioridad a la misma, aunque una determinada secuela (la incapacidad permanente o la muerte) se manifieste o se constate administrativamente después " .

5.- Advierte la referida STS/IV 1-febrero-2000, proponiendo incluso soluciones, que " Es cierto que en determinados supuestos puede existir un margen de aleatoriedad en la conversión de la lesión producida por el accidente en un efecto invalidante o en la muerte. Pero, aparte de que en la mayoría de los casos, esos efectos suelen ser previsibles de acuerdo con los estándares generales, se trata de un supuesto anormal que habría de pactarse así con el lógico incremento de la prima " y que " Sucede lo mismo en materia de Seguridad Social, donde la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente. Esta es la que responde de todas las consecuencias del accidente (art. 126.1 [LGSS \( RCL 1994, 1825 \)](#) en relación con los arts. 5 y 6 [OM 13-febrero-1967 \( RCL 1967, 360 \)](#) , 25 [OM 15-abril-1969 \( RCL 1969, 869, 1548 \)](#) y 30 y 31 [OM 13-febrero-1967](#) ), aunque se manifiesten con posterioridad. Por otra parte, basta que el trabajador esté en alta en el momento del accidente para que acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente ... Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 124.1 [LGSS](#), 3 de la [OM de 13-octubre-1967 \( RCL 1967, 2097 \)](#) , 19 de la [OM de 15 -abril-1969](#) y 2.1 de la [OM de 13-febrero- 1967](#), aunque en ocasiones la confusión entre contingencia determinante y hecho causante pueda oscurecer esa distinción " .

6.- Adicionando, por último, la citada sentencia de Sala General que " la solución contraria lleva además a consecuencias prácticas inconvenientes, que se han manifestado con claridad en la experiencia anterior y que han de tenerse en cuenta en una interpretación sensible a la realidad social (art. 3 [Código Civil \( LEG 1889, 27 \)](#) ): dificultad de protección de los accidentes de los trabajadores temporales cuando la extinción del contrato de trabajo se produce antes de la constatación de la incapacidad permanente o de la producción de la muerte, imposibilidad o extrema dificultad de las empresas para suscribir pólizas cuando ya se ha actualizado el riesgo y es previsible el daño derivado del mismo, facilitación de conductas estratégicas o incluso fraudulentas cuando la cobertura depende de un hecho o una actuación posterior a la producción de la contingencia determinante " .

7.- La doctrina reformada ha sido seguida reiteradamente por esta Sala (entre otras, SSTS/IV [25-junio-2001 \( RJ 2001, 10018\)](#) -rcud 2202/2000, 15-diciembre-2003 -rcud 12/2003 , 12-mayo-2006 -rcud 2880/2004, 24-mayo-2006 -rcud 210/2005, 25-septiembre-2006 -rcud 1609/2005, [30-abril-2007 \( RJ 2007, 4906\)](#) -rcud 829/2006, [24-septiembre-2008 \( RJ 2008, 7221\)](#) -rcud 562/2007, 19-enero-2009 -rcud 1172/2008). Matizándose en la STS/IV [13-noviembre-2007 \( RJ 2007, 9338\)](#) (recurso 4908/2006 ) que si bien " es cierto que esta doctrina se ha establecido fundamentalmente en el marco de las prestaciones de la Seguridad Social y de sus mejoras ", resulta que " con mayor razón habrá de aplicarse a los supuestos de responsabilidad adicional del empresario en los accidentes de trabajo, que es lo que aquí ocurre, pues lo que se asegura, conforme al art. 73 de la [Ley del Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295\)](#) , es esa responsabilidad que deriva de la producción del riesgo con independencia de que las consecuencias dañosas de ese evento se manifiesten de forma inmediata o con posterioridad, como ocurre con los denominados daños diferidos o escalonados ".

8.- Como recuerda la reciente STS/IV [19-enero-2009 \( RJ 2009, 658\)](#) (rcud 1172/2008), con referencia a la STS/IV [30 -septiembre-2003 \( RJ 2003, 7452\)](#) (rcud 1163/2002), la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad; argumentándose que " 1.- Esta Sala ha afirmado que la entidad responsable de los riesgos derivados de accidente de trabajo es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente, y lo ha dicho tanto en los supuestos de reaseguro -SSTS de [1 de febrero de 2000 \( RJ 2000, 1069\)](#) (Rec.- 200/99), 7-2-2000 (Rec.- 435/99), 21-3-2000 (Rec.- 2445/99), 14-3-2000 (Rec.- 3259/99), entre otras- como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social -SSTS de [18-4-2000 \( RJ 2000, 3968\)](#) (Rec.- 3112/99), [20-7-2000 \( RJ 2000, 6637\)](#) (Rec.- 3142/99) o [21-9-2000 \( RJ 2000, 8212\)](#) (Rec.- 2021/99)-. Y ello porque... en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas en los arts. 115 a 118 LGSS ), situaciones protegidas y prestaciones (art. 38 LGSS ), en forma análoga a la que, en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reaparición, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que éste se produce. 2.- La noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte), no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad ".

9.- Igualmente la Sala Civil de este Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina en supuestos relativos a accidentes, así, entre otras, en las SSTS/I [14-junio-1999 \( RJ 1999, 4472\)](#) (recurso 3545/1994), [23-diciembre-1999 \( RJ 1999, 9373\)](#) (recurso 1365/1995) y [22-abril-2008 \( RJ 2008, 1905\)](#) (recurso 332/2001 ). Las dos primeras destacan, en caso de accidente, que " esta era la aseguradora cuyo contrato estaba vigente al tiempo de producirse la caída que fue origen de la incapacidad, es decir, el hecho generador de la misma, el evento que constituyó el riesgo objeto de cobertura, como dice el artículo 1 de la ley citada del seguro y que cuando se produjo, provocó la incapacidad o baja laboral del asegurado que, sin solución de continuidad, terminó con la declaración de incapacidad total permanente del asegurado, declaración, no constitución, de la incapacidad ". La STS/I [22-abril-2008 \(recurso 332/2001 \)](#) reitera que " el contrato de seguro alcanza el siniestro y éste es el hecho, no la declaración judicial que califica el hecho de incapacidad permanente total; lo decisivo es la fecha del hecho, no la fecha de la calificación jurídica del mismo ", así como que " el accidente fue el hecho generador y a la fecha de éste habrá que estar ... frente a la rotunda declaración del hecho probado de que la lesión en la rodilla #apartó definitiva y totalmente al guardameta de la práctica activa del futbol# (sentencia de primera instancia aceptada por la

Audiencia Provincial), que *#terminó con la declaración de incapacidad permanente total del asegurado# (sentencia de segunda instancia)*".

#### CUARTO

1.- Como se viene advirtiendo, la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia se ha elaborado fundamentalmente para los accidentes de trabajo, primero respecto del reaseguro y luego para las mejoras voluntarias.

2.- Entendemos que esa misma solución no puede extenderse a los riesgos derivados de enfermedad común, como al ahora enjuiciado, pues, -- dejando aparte que los citados arts. 100 y 104 [Ley Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295\)](#) -LCS (Ley 50/1980 de 8 -octubre) se refieren genéricamente al seguro de accidentes y no al seguro de accidentes laborales, los que entrarían en el seguro de responsabilidad civil (arts. 73 y siguientes LCS en el marco del seguro de daños) si cubrieran la responsabilidad empresarial por este riesgo, completando el aseguramiento público que se realiza a través de la Seguridad Social, aunque a aquéllos preceptos se remita el art. 106 LCS relativo al aseguramiento de la enfermedad " *en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros* " --, resultarían inaplicables en la mayoría de los casos los argumentos jurisprudenciales anteriormente expuestos (tanto los de la Sala Social como de la Civil) dada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma trascendente la situación de enfermedad común de la que sin solución de continuidad deriva necesariamente la posterior declaración de incapacidad permanente, con los que el cambio doctrinal podrá generar inseguridad jurídica y frecuentes litigios en orden a la determinación de dicho momento inicial de constituirlo como hecho causante, y, por otra parte, no supondría ninguna modificación sustancial (que no pudiera resolverse en aplicación de la doctrina hasta ahora mantenida por esta Sala, a la que luego se hará referencia) si el cambio consistiera simplemente en adelantar el momento del hecho causante desde la fecha del dictamen de la UVAMI al momento en que se inicia la situación de IT normalmente previa, pues sería un adelanto temporal de escasos meses en la práctica, al menos, en los supuestos ordinarios.

3.- El propio concepto de enfermedad común y de accidente de trabajo, jurisprudencialmente delimitados, avala la dificultad práctica de la determinación del hecho causante en los supuestos de enfermedad común si para ello debe atenderse a criterios psico-físicos del inicio trascendente de la enfermedad. A estos fines delimitadores entre los conceptos de enfermedad y de accidente, debe recordarse la doctrina unificada contenida en la jurisprudencia recaída en los supuestos de fallecimiento derivado del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), los que, -- de no contraerse por personal médico o análogo como consecuencia de la actividad profesional realizada --, han sido calificados como derivados de enfermedad común, argumentándose que es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino ni imprevisto, por lo que no tiene cabida en los conceptos ex arts. 84 y 85 [LGSS/74 \( RCL 1974, 1482\)](#) (hoy arts. 115 a 117 [LGSS/94 \( RCL 1994, 1825\)](#) ) (entre otras, SSTS/IV [2-junio-1994 \( RJ 1994, 5400\)](#) -recurso 3276/1993, [20-octubre-1994 \( RJ 1994, 8099\)](#) -recurso 228/1994, [25-enero-1995 \( RJ 1995, 411\)](#) -recurso 1828/1994 ); afirmándose que la contingencia determinante es la enfermedad común y no el accidente, argumentándose que " *no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado, es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia, porque siendo externo, por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad, tardío, perezoso, hasta llegar al resultado fatal, no puede catalogarse como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino, ni imprevisto, sin cabida en los conceptos que los arts. 84 y 85 de la LGSS presentan* ".

4.- En definitiva, como fue objeto de debate en Sala General, la enfermedad en cuanto, " *perturbación del estado de salud* " presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente - laboral o no -, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción " *violenta, súbita y externa* " que es fácilmente observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada " *antiselección de riesgos* " con

respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis.

## QUINTO

**1.-** Por lo expuesto, la Sala entiende que debe reiterarse en los supuestos de mejoras voluntarias derivadas de enfermedad común la doctrina tradicional que se refleja, entre otras muchas, en la STS/IV [30-abril-2007 \( RJ 2007, 4845\)](#) (rcud 618/2006 ) y en las que ellas se citan, en las que se establece: **a)** como regla, que para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (como ahora acontece), para determinar la fecha del hecho causante (HC) de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono, ha de acudir a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI; y **b)** como excepción, que la hecha del HC puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

**2.-** Como argumentos a favor de la aplicabilidad de la referida regla general, se han enumerado jurisprudencialmente, como destaca la referida STS/IV 30-abril-2007, entre otras: " a) *Las consecuencias derivadas de los seguros privados que garanticen mejoras en favor de los trabajadores, siguen la misma suerte que las prestaciones básicas de la Seguridad Social a las que sirven de complemento; b) A diferencia de lo que ocurre con las prestaciones básicas de la Seguridad Social, que se rigen por normas de derecho necesario absoluto, el régimen de las mejoras voluntarias será el establecido por las partes y, cuando se pacten en convenio colectivo, por lo que hayan podido acordar los negociadores, erigiéndose el pacto en la norma principal que disciplina la prestación; c) Tales mejoras no se establecen en función de la «contingencia» [enfermedad], sino para ser aplicadas a las consecuencias de tal contingencia, es decir, a la IP o la muerte, y de ahí que en la generalidad de los convenios colectivos se fijen indemnizaciones variables en relación directa con el resultado definitivo de la enfermedad; d) Por eso mismo, salvo en supuestos excepcionales en que las secuelas apreciadas en la fecha de la IT evidencien sin ningún género de dudas que el trabajador se verá afectado por una IP, como regla general, no se toma en cuenta aquella fecha cuando el efecto invalidante es en tal momento incierto, tanto en su realidad como en el alcance que pueda apreciarse al causar alta, lo que puede ocurrir después de que el trabajador haya cesado en la empresa por motivos diferentes a la invalidez y se declare ésta cuando haya desaparecido la cobertura de la póliza del seguro; e) la experiencia de que las secuelas resultantes de una dolencia o de un hecho lesivo no están por regla general predeterminadas en el momento de su acaecimiento, sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto; f) la fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la IP en el sentido indicado es sin duda la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de la Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables; y g) tal solución no rompe en un seguro de grupo la aleatoriedad de las operaciones aseguradoras exigidas en los arts. 1 y 4 de la Ley 50/1980 [8 /Octubre], porque una cosa es la aparición del agente lesivo, que coincidirá normalmente con la situación de IT, y otra cosa es la objetivación de una lesión como invalidante de forma definitiva e irreversible (SSTS [26/11/91 \( RJ 1991, 8274\)](#) -rcud 624/91; 03/04/92 -rcud 1176/91; 27/05/92 -rcud 2031/91; 08/06/92 -rcud 1476/91; 22/04/93 -rcud 744/92; -SG-20/04/94 -rcud 2198/93; 22/04/94 -rcud 1554/93; 22/04/94 -rcud 2915/93; [25/04/94 \( RJ 1994, 3459\)](#) -rcud 2799/93; [30/06/94 \( RJ 1994, 5506\)](#) -rcud 3051/92; 09/07/94 -rcud 3563/93; 21/09/94 -rcud 3670/93; [24/10/94 \( RJ 1994, 8527\)](#) -rcud 3127/93; [19/12/94 \( RJ 1994, 10342\)](#) -rcud 467/94; 23/06/95 -rcud 2253/94; 23/10/95 -rcud 3657/94-; 28/01/97 -rcud 2666/96-; 12/06/97 -rcud 2203/96; 12/02/98 -rcud 1392/97; 18/03/98 -rcud 2222/96; 06/10/98 -rcud 205/98; 02/02/99 -rcud 1886/98; 09/12/99 -rcud 4467/98; [13/12/99 \( RJ 1999, 9791\)](#) -rcud 1426/99 )".*

**3.-** En cuanto a la justificación del expuesto criterio de excepción, se señala en la antes citada sentencia, " *la fecha del dictamen de la UVAMI no puede configurarse necesariamente y en todos los*

casos como el hecho causante de la prestación, porque lo decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes. El criterio se inicia con la STS [13/02/87 \( RJ 1987, 857\)](#) , dictada en Sala General , y se reitera en numerosas ocasiones [Sentencias de [25/06/87 \( RJ 1987, 4642\)](#) ; 29/09/87; 23/12/87; 15/02/88; [08/10/91 \( RJ 1991, 7655\)](#) -rcud 580/91; 03/12/91 -rcud 600/91; [11/12/91 \( RJ 1991, 9054\)](#) -rcud 564/91; 27/12/91 -rcud 332/91; y [21/01/93 \( RJ 1993, 106\)](#) -rcud 2277/91 ], todas ellas dictadas en aplicación de la normativa transitoria de la [Ley 26/1985 \[31/Julio\] \( RCL 1985, 1907 y RCL 1986, 839\)](#) , y del [RD 1799/85 \( RCL 1985, 2387\)](#) [2 /Octubre], que posibilitaba la operatividad de la legislación anterior en aquellos supuestos en que el HC no tenía su asiento en la fecha del dictamen de la UVMI -que se establece como norma general en esta materia de incapacidad-, sino que se retrotraía al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles ". Destacándose que este criterio " atiende a la «realidad» del proceso patológico y no al plano «formal» administrativo, y que es también seguido por la STS [22/06/99 \( RJ 1999, 6740\)](#) -rcud 3431/98 , dictada a propósito del posible reconocimiento de IP en quien ya disfrutaba pensión de Jubilación; la de [09/12/99 \( RJ 2003, 2990\)](#) -rcud 4467/98, que se refiere -precisamente- al HC en prestaciones complementarias de la Seguridad y que se remite a la citada doctrina en el ámbito de la Seguridad Social básica, que reproduce, recordando que la doctrina parte de la STS -SG- 20/04/94 -rcud 2198/93 y citando sus posteriores reproducciones de [25/04/ 94 \( RJ 1994, 3459\)](#) -rcud 2799/93, [22/04/94 -rcud 1554/93](#), [20/04/94 -rcud 1780/93](#), [21/09/94 -rcud 3670/93](#), [24/10/94 \( RJ 1994, 8527\)](#) -rcud 3127/93, [19/12/94 \( RJ 1994, 10342\)](#) -rcud 467/94, [23/06/95 \( RJ 1995, 5219\)](#) -rcud 2253/94, [13/07/95 -rcud 2097/94](#) y [23/10/95 \( RJ 1995, 7865\)](#) -rcud 3657/94, todas ellas referidas a trabajadores con contrato extinguido en la fecha de declararse la contingencia; la de [17/07/00 \( RJ 2000, 7412\)](#) -rcud 3670/99, que a propósito de la fecha inicial de efectos, hace rememoración de la legislación y jurisprudencia sobre la fecha de producción del HC, recordando el ya citado criterio de la Sala y el expresado por la [STC 116/1991 \( RTC 1991, 116\)](#) [23 /Mayo], al afirmar que el HC se sitúa en la fecha del dictamen de la UVAMI, «a no ser en los que el carácter definitivo o irreversible de la lesión conste en un momento anterior»; la de [28/06/06 \( RJ 2006, 6058\)](#) -rcud 428/05, respecto también de prestación complementaria por IP, que se remite -igualmente- a la doctrina fijada en materia de Seguridad Social básica; y, finalmente, la de [14/11/06 \( RJ 2006, 9160\)](#) -rcud 3998/05, que tratando sobre la fecha inicial de efectos destaca la supremacía del carácter definitivo e irreversible de la lesión incapacitante o invalidante en un momento anterior respecto de la fecha del dictamen-propuesta, reseñando al efecto los precedentes relativos a la aplicación del Derecho transitorio más arriba indicado, y señalando además que la doctrina se basa en «que el informe médico y el dictamen-propuesta tienen un valor #declarativo# y no #constitutivo# del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente» ".

## SEXTO

1.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la estimación del recurso de casación unificador interpuesto por la trabajadora demandante, pues de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, -- cuya modificación fue expresamente denegada a la aseguradora recurrente en suplicación --, se deduce que la actora padecía trastornos depresivos desde el año 1992, que mejoraron, pero en el mes de marzo del 2004 tuvo un episodio depresivo de gran intensidad que dio lugar a la baja médica referida desde el mes de mayo del 2004, fecha en la que estaba vigente la póliza, debiendo precisarse que: **a)** la enfermedad se manifestó ya con una proyección invalidante en la indicada fecha (11-mayo-2004), pues dio origen a una incapacidad temporal; **b)** no se ha acreditado ningún cambio significativo en el estado de la actora desde esa fecha hasta la fecha del informe de la UVAMI (15-noviembre-2005); y **c)** la evolución desfavorable del estado de la actora, que registra el hecho tercero, se produce además desde marzo de 2004 y se dice también que su estado se había cronificado. Estamos, por tanto, ante la evolución de un riesgo que cualquiera que fuese la fecha de su constatación administrativa ya se ha actualizado de forma grave en mayo de 2004 o, incluso, antes, en marzo de ese año, por lo que lo " decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes ", lo que, como mínimo, acontece en fecha 11-mayo-2004.

2.- Por ello, el impago de la póliza y la posterior extinción del contrato de seguro por la denuncia de este incumplimiento por la aseguradora no afectan a la efectividad de la reparación pactada. El art. 15 de la [LCS \( RCL 1980, 2295\)](#) establece que en caso de falta de pago de una de las primas

siguientes la cobertura queda suspendida un mes después del día de su vencimiento y añade que si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. Pero, aparte de que la suspensión no tiene efectos frente a terceros (STS/I [5-marzo-2004 \( RJ 2004, 1813\)](#) ), lo cierto es que cuando se produjeron tanto la suspensión como la extinción del contrato el hecho causante ya había acontecido y la aseguradora tenía que abonar la indemnización pactada, de acuerdo con lo que se ha razonado.

## SÉPTIMO

1.- Por todo lo expuesto procede estimar el recurso, que denuncia la infracción de los arts. 1 y 4 de la Ley del Contrato de Seguro , y debe casarse la sentencia recurrida. Si bien, a la hora de resolver el debate planteado en suplicación la Sala tiene que pronunciarse también sobre el problema que suscitó la aseguradora en el motivo cuarto de su recurso y que la sentencia de suplicación no resolvió por no ser necesario, dado el sentido absolutorio de su pronunciamiento, partiendo de que, a falta de previsión en la norma o pacto en el que se establezca la mejora, deberá estarse a las reglas generales sobre los intereses sustantivos (incluidos, en su caso, los derivados del art. 20 LCS ) y los intereses procesales ulteriores (art. 576 [LEC \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) ).

2.- En el presente caso la aplicación del art. 576 LEC obliga a resolver la cuestión de los intereses aplicables en esta sentencia. La sentencia de instancia ha condenado al abono del interés legal más un 50% desde el 26-junio-2006; decisión que la aseguradora impugnó considerando que el carácter justificado de su oposición al reconocimiento le eximía del abono de la indemnización. Para resolver sobre esta cuestión hay que tener en cuenta que, por una parte, el art. 20 LCS prevé, en su nº 4 , que la indemnización por mora consistirá en el pago del interés legal del dinero más un 50% y que, transcurridos dos años, el interés anual no podrá ser inferior al 20%. El número 8 del artículo citado prevé que no habrá lugar a la indemnización por mora cuando la falta de satisfacción de la indemnización esté fundada en causa justificada. Por su parte, el art. 576.1 LEC dispone que desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley y el nº 2 de ese artículo prevé que en caso de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. De acuerdo con estas normas y con la doctrina de la Sala que ha venido considerando razonable o justificada la oposición al pago de la aseguradora en supuestos polémicos como el presente (SSTS/IV [26-junio-2001 \( RJ 2001, 5082\)](#) , 12-junio-2006, 10- noviembre-2006 y [30-abril-2007 \( RJ 2007, 2318\)](#) en relación con las SSTS/IV [16-mayo-2007 \( RJ 2007, 3759\)](#) -rcud 2080/2005 y [17-julio-2007 \( RJ 2007, 8303\)](#) -rcud 4367/2005, ambas dictadas en Sala General ), procede aplicar los siguientes intereses: a) Desde 26-junio-2006 hasta la fecha en que se dictó la sentencia de instancia (5-octubre-2007), no se da lugar al abono de intereses por entenderse justificada jurídicamente la oposición en base a las circunstancias concurrentes (art. 20.8 LCS ); b) Desde la fecha de la sentencia de instancia hasta la fecha de la sentencia de suplicación (9-marzo-2009) y desde esta última fecha en adelante el interés legal del dinero más un 50% y que, transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia de instancia, el interés anual será del 20% (art. 576.1 LEC en relación art. 20 LCS ), partiendo de haberse casado mediante el presente recurso la sentencia de suplicación con la derivada confirmación íntegra de la sentencia de instancia en orden a la responsabilidad principal. Por ello, la decisión de suplicación debe estimar con este alcance el recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Elisabeth , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9-marzo-2009 , recaiga en el recurso de suplicación nº 4634/2008, interpuesto frente a la sentencia dictada en fecha 5-octubre-2007 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, en los autos nº 191/2007, seguidos a instancia de dicha recurrente contra "ESPAÑA, S.A. -COMPAÑÍA NACIONAL

DE SEGUROS" y "FISIPE BARCELONA S.A.". Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de suplicación y revocamos la sentencia de instancia únicamente para disponer que a la condena de cantidad que establece la misma le serán aplicables los intereses que se detallan en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya , 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 1813/2009 AL QUE SE ADHIEREN EL PRESIDENTE DE LA SALA, EXCMO . SR. D. Gonzalo Moliner Tamborero Y LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS, D. Jesus Gullon Rodriguez, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1813/2009 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA

Consta en los hechos probados de la sentencia que la actora inició un proceso de incapacidad temporal por depresión el 11 de mayo de 2004 y que el 11 de noviembre de 2005 se emitió dictamen por la unidad de valoración médica de incapacidades, registrando "un cuadro de depresión mayor recurrente grave con períodos de recaída muy frecuentes". El 26 de enero se dictó por el INSS resolución reconociendo incapacidad permanente absoluta con efectos de 15.11.2005. Se declara probado también que la actora padece trastornos desde el año 1992, que mejoraron, pero en el mes de marzo del 2004 tiene un episodio depresivo de gran intensidad que dio lugar a la baja médica desde el mes de mayo del 2004. La actora ha solicitado la indemnización prevista en el artículo 50 del convenio colectivo de la empresa. Esta tenía concertada la correspondiente póliza con una compañía de seguros, que cubría la incapacidad permanente. El 4 de mayo de 2005 la aseguradora comunicó a la empresa que quedaban en suspenso las garantías del seguro contratado por no haberse pagado la prima que vencía el 15 de diciembre de 2004. La sentencia recurrida, con cita de la doctrina establecida por nuestra sentencia de [30 de abril de 2007 \( RJ 2007, 4906\)](#) , considera que no hay constancia de que la depresión mayor estuviera consolidada y se hubieran agotado las posibilidades terapéuticas, ni que la patología no hubiera sufrido variación desde la baja médica a la de la fecha de valoración de la incapacidad permanente. Por ello, toma como fecha de referencia para establecer el inicio de la incapacidad permanente asegurada la fecha del dictamen de la UVMI y, en consecuencia, revisa el fallo de instancia y absuelve a la aseguradora.

Contra este pronunciamiento recurre la parte actora, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de [28 de diciembre de 2004 \( AS 2004, 3991\)](#) . Se trata en ella de una trabajadora que había causado baja por enfermedad común en octubre de 1991 y, tras entrar en invalidez provisional, se emitió dictamen de la EVI en diciembre de 1997 y fue declarada en incapacidad permanente en enero de 1998. La sentencia reconoce el derecho a la indemnización pactada colectivamente, aunque había causado baja en la póliza en enero de 1992. La sentencia incorpora a los hechos probados que "las patologías declaradas por la EVI en 22.12.97 , fueron las de lumbociática postquirúrgica consecuencia de una hemilaminectomía L5-S1 derecha llevaba a cabo en 1991, más



hemiflabeotomía y discectomía L4-L5, practicadas en 1996, que la limitan a la sobrecarga de la columna lumbar". A partir de esta modificación razona que si un proceso de incapacidad temporal desemboca en una situación de invalidez o muerte objeto de protección en la póliza debe asumir su cobertura la aseguradora que cubría estos riesgos en el momento del inicio del proceso, pues lo decisivo es la relación entre el contingencia y sus secuelas y no la fecha en que éstas se manifiestan.

Hay que apreciar la contradicción que se alega, como propone el Ministerio Fiscal. La parte recurrida señala que las lesiones son distintas, pero, aunque efectivamente es así, se trata de una diferencia irrelevante, pues en los dos casos es clara la conexión entre las lesiones que motivaron la incapacidad temporal y las que luego determinaron la incapacidad permanente. En el caso de la sentencia recurrida la baja por depresión en mayo de 2004 lleva a la incapacidad que se aprecia en noviembre de 2005. En la sentencia de contraste la lesiones lumbares existían ya en 1991, aunque pudieron ampliarse en 1996. La diferencia en esa proyección funcional -más clara en la sentencia recurrida- reforzaría en todo caso la contradicción en lugar de negarla, pues siendo la misma depresión la que determina la incapacidad temporal y la permanente se deniega la cobertura por la sentencia recurrida, mientras que en la sentencia de contraste, con una distancia temporal mayor entre las dos situaciones y un cambio significativo en 1996, se concede la protección. En los dos casos el problema de cobertura es el mismo y consiste, como dice la doctrina científica, en que el siniestro no se ha verificado por completo, pero su proceso de formación ya ha comenzado con el hecho que ha de determinar el daño (el accidente o la enfermedad que puede ocasionar una incapacidad permanente, aunque de momento produzca sólo una incapacidad temporal).

Hay que precisar, sin embargo, que la contradicción no existiría si la decisión del recurso se plantea no en los términos a que se ha hecho referencia -es decir, como una decisión sobre el momento temporal que con carácter general ha tenerse en cuenta para establecer la vigencia de la cobertura de la póliza : el momento de actualización del siniestro por la baja médica o el momento del hecho causante formal con el dictamen de la EVI o de la UVMI-, sino como un problema de valoración fáctica relativo a si el hecho causante material -la consolidación de la lesión como permanente e invalidante- se ha producido antes del hecho causante formal -el dictamen de la EVI o de la UVMI-. Es clara no sólo la diferencia de las lesiones -una enfermedad psíquica en un caso y lesiones de la columna en el otro-, sino la evolución de los procesos: en la sentencia recurrida se trata de la misma depresión que cursa con una evolución desfavorable hasta cronificarse desde mayo de 2004 a noviembre de 2005, mientras que en la sentencia de contraste la evolución se extiende durante unos cinco años de hemilaminectomía L5-S1 derecha en 1991, a la que suman una hemiflabeotomía y discectomía L4-L5 que tienen lugar en 1996. Determinar cuándo se consolidaron como permanentes las lesiones que consideran las dos sentencias son valoraciones de hecho que no guardan ninguna identidad a efectos del art. 217 de la [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) . Por otra parte, la fundamentación de las sentencias es completamente distinta .En efecto, la sentencia de contraste, aplicando la doctrina de la sentencia de esta Sala [1 de febrero 2000 \( RJ 2000, 1069\)](#) , funda su decisión en que, siempre que se mantenga la necesaria conexión causal, hay que estar al momento en que se actualiza la contingencia determinante y no al momento en que se manifiestan como invalidantes las secuelas. Por el contrario, para la sentencia recurrida la desestimación de la demanda deriva de que la fecha del hecho causante material no es anterior a la declaración formal de la incapacidad permanente, pues "no existe constancia de que en aquella fecha -la de la baja médica- el diagnóstico de depresión mayor se hubiese establecido y agotado las posibilidades terapéuticas, ni tampoco de que dicha patología no hubiese sufrido variación desde la fecha de la baja médica hasta la fecha de la valoración de la incapacidad permanente". La contradicción existe porque en una sentencia se atiende al hecho causante -es decir a la manifestación, material o formal del efecto invalidante consolidado con carácter permanente-, mientras que en la otra se considera la fecha de la baja médica como actualización de la contingencia determinante, aunque en la misma no se haya objetivado todavía ese efecto invalidante como permanente .Pero esa contradicción desaparece cuando se trata de analizar las dos sentencias desde la perspectiva de la consolidación de las lesiones como constitutivas de una incapacidad permanente, algo que la sentencia de contraste ni siquiera considera necesario realizar.

Por otra parte, si lo que se intenta, al margen de la contradicción, es revisar la valoración que la sentencia recurrida ha realizado en orden a excluir que exista constancia de que la depresión que

padece la actora se ha convertido en permanente antes de la extinción de la vigencia de la póliza, se incurriría en dos desviaciones: 1ª) se excedería el ámbito de la contradicción de sentencias que no se sitúa, como hemos visto, en una apreciación fáctica sobre la determinación de cuándo las lesiones se han convertido en permanentes, sino en una cuestión jurídica consistente en determinar cuál es el momento relevante en orden a establecer la cobertura de la póliza, 2ª) se desconocería el contenido casacional propio del recurso de unificación de doctrina, al entrar a revisar una apreciación fáctica de la sentencia recurrida sobre el momento en que la lesión de la actora se ha consolidado como definitiva e invalidante, lo que, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, no es materia propia de este recurso, porque "el enjuiciamiento afecta más la valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma".

## SEGUNDA

El problema de la determinación temporal de la cobertura de las pólizas de seguro establecidas en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social ha sido abordado por la Sala con reiteración y en la doctrina se advierte a partir de la sentencia del Pleno de la Sala de 1 de febrero de 2000 un cambio de orientación en orden al criterio anterior, que partía de la exigencia, a efectos del establecimiento de la cobertura, de que las consecuencias del siniestro hubieran quedado plenamente completadas durante la vigencia de la póliza, recurriendo para precisar esa delimitación a la noción de hecho causante, tal como esta noción se utiliza en la Seguridad Social y, en particular, en las prestaciones de incapacidad temporal o permanente. El nuevo criterio, que rectifica el anterior que acaba de exponerse, se recoge en las sentencias de [18 de abril de 2000 \( RJ 2000, 3968 \)](#), [30 de septiembre de 2003 \( RJ 2003, 7452 \)](#), [25 de septiembre de 2006 \( RJ 2006, 6666 \)](#) y [30 de abril de 2007 \( RJ 2007, 4906 \)](#) (recurso 829/2006). En estas sentencias, siguiendo la del Pleno antes citada, se señala que los seguros de este tipo "se establecen como cobertura del riesgo de accidente, aunque el daño indemnizado se refiera a determinadas secuelas derivadas del mismo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte)", lo que se advierte en el artículo 100 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS), en el que el riesgo asegurado es el accidente -la lesión corporal- que se manifiesta en unas secuelas de invalidez temporal o permanente y muerte. Estas secuelas se desarrollan a partir de la actualización del riesgo (siniestro) y operan normalmente de forma sucesiva o diferida a través de un proceso, que, como ha señalado la doctrina científica, tiene una formación compleja que enlaza la lesión corporal, su causa y sus consecuencias. "Por ello, lo decisivo -siguen diciendo las sentencias- es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo esté vigente" y "si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no esté vigente". En este sentido se destaca que "lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica".

La doctrina de la Sala ha precisado también que la solución contraria sería además difícil de articular, pues, conforme a los artículos 1 y 4 de la [LCS \( RCL 1980, 2295 \)](#), el contrato de seguro es nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. Por ello, "si el accidente se ha producido en una determinada fecha, no podrá asegurarse su cobertura con posterioridad a la misma, aunque una determinada secuela (la incapacidad permanente o la muerte) se manifieste o se constate administrativamente después".

Este es el criterio que prevalece también en la doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal, en la que se distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo. Así la sentencia de [17 de junio de 1993 \( RJ 1993, 4682 \)](#) - citada por nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 - señalaba ya que "la declaración de la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste". Esta doctrina se ha reiterado por la sentencia de [6 de febrero de 1995 \( RJ 1995, 3129 \)](#) y en las más recientes de [14 de junio de 1999 \( RJ 1999, 4472 \)](#), [23 diciembre de 1999 \( RJ 1999, 9373 \)](#) y [22 de abril de 2008 \( RJ 2008, 1905 \)](#). La primera destaca que es la aseguradora cuyo contrato estaba vigente al tiempo de producirse la caída que fue origen de la incapacidad, la que debe hacerse cargo de la protección, pues la caída es "el hecho generador, el

evento que (constituye) el riesgo objeto de cobertura, ... y que cuando se produjo, provocó la incapacidad o baja laboral del asegurado que, sin solución de continuidad, terminó con la declaración de incapacidad total permanente del asegurado, *declaración*, no *constitución*, de la incapacidad". La sentencia de 22 de abril de 2008 reitera que "el contrato de seguro alcanza el siniestro y éste es el hecho, no la declaración judicial que califica el hecho de incapacidad permanente total; lo decisivo es la fecha del hecho, no la fecha de la calificación jurídica del mismo".

Este criterio es el que se ajusta a la dogmática del contrato de seguro. En ella se distingue entre el riesgo, el siniestro y la necesidad pecuniaria o daño. El *riesgo* o el *estado de riesgo* viene constituido por la mera posibilidad de que un determinado acontecimiento pueda producirse (la posibilidad de un accidente o de una enfermedad); el *siniestro* supone la realización actual de esa posibilidad (el accidente, la enfermedad) y el *daño* o *necesidad pecuniaria* se produce en el patrimonio de la víctima como consecuencia del siniestro. El aseguramiento, en cuanto vinculado a un contrato aleatorio, se establece en función de la cobertura de un riesgo que existe como posibilidad, de forma que la cobertura pactada debe funcionar cuando se produce el siniestro en cuanto actualización del riesgo asegurado, con independencia de que el daño o necesidad patrimonial se manifieste de forma coetánea o de forma diferida en relación con la fecha en que se haya producido el siniestro. Así se desprende claramente de los arts. 1 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro, en la que ese contrato se define como aquel que tiene por objeto la cobertura del *riesgo* de que se produzca un determinado evento (*siniestro*), provocando la necesidad de indemnizar el *daño* producido (art. 1). En concordancia con lo anterior, el art. 4 establece que el contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. Esta norma es importante para el supuesto que nos ocupa, porque muestra que la cobertura se establece en atención a una situación de riesgo, que se cierra con el siniestro, pero cubre el daño que se deriva de éste, aunque éste se manifieste con posterioridad, como sucede normalmente en el ámbito de las mejoras voluntarias con la incapacidad permanente o la muerte que siguen a un accidente o enfermedad y que conforman el daño derivado de la actualización de este riesgo o contingencia. De esta forma, mientras el siniestro ha de producirse necesariamente dentro de la vigencia de la póliza, el daño puede manifestarse después, como es el caso de los denominados *daños diferidos*, en los que el siniestro -la enfermedad o el accidente- puede ir provocando de forma sucesiva diversos estados de necesidad indemnizables que, a salvo de las previsiones de delimitación temporal de la póliza, han de protegerse siempre que deriven de aquel siniestro cuando el mismo se haya producido durante la vigencia de la póliza.

### TERCERA

Es cierto que la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia en la consideración anterior se ha elaborado fundamentalmente para los accidentes de trabajo, primero respecto del reaseguro y luego para las mejoras voluntarias. Pero su aplicación no puede limitarse a este riesgo. En realidad, los artículos 100 y 104 de la LCS son artículos que se refieren genéricamente al seguro de accidentes -sección 3ª del Título III- y no al seguro de los accidentes laborales que entrarían en el seguro de responsabilidad civil (artículo 73 y siguientes de la LCS en el marco del seguro de daños) si cubrieran la responsabilidad empresarial por este riesgo, completando el aseguramiento público que se realiza a través de la Seguridad Social, aunque también en este caso la cobertura se establecería en función del momento en que se actualiza el riesgo y no con la manifestación posterior de sus secuelas en cuanto "daño diferido"; todo ello sin perjuicio de las cláusulas de delimitación del riesgo a que se refieren tanto el artículo 100, como el artículo 73 de la LCS, si bien teniendo en cuenta lo que ha establecido la reciente sentencia del Pleno de la Sala de 24 de noviembre de 2009 sobre el alcance de estas cláusulas.

Lo mismo hay que decir de la enfermedad, cuyo aseguramiento se regula en la sección 4ª del Título III de la LCS, pues, conforme al artículo 106, son aplicables a este aseguramiento los preceptos de la Sección 3ª, que acabamos de examinar, y, en particular, los artículos 100 y 104. El seguro de enfermedad puede cubrir, por tanto, las secuelas de invalidez temporal o permanente y la muerte. Es cierto que la enfermedad en cuanto, "perturbación del estado de salud" presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente -laboral o no-, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción "violenta, súbita y externa" que es fácilmente

observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada "antiselección de riesgos" con respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis. Esta complejidad da lugar en la práctica del seguro a diversas previsiones en orden a la exclusión de patologías previas al contrato, el control mediante cuestionarios y declaraciones, la aplicación de periodos de carencia y el establecimiento de límites de protección.

Pero lo que no cabe es aplicar las normas de Seguridad Social sobre el hecho causante y, en especial, las relativas al tránsito entre las prestaciones de incapacidad temporal y las de incapacidad permanente, delimitando rígidamente la cobertura de la póliza en función del hecho causante de la incapacidad permanente, de forma que, salvo prueba de que la incapacidad permanente se ha producido antes del informe del equipo médico de incapacidades (EVI), se toma éste como hecho causante que delimita la entrada de la incapacidad permanente, con lo que, si la póliza ha vencido antes o el contrato se ha extinguido también con anterioridad, no habrá protección aunque el accidente o la enfermedad se hayan producido antes incluso con una proyección incapacitante de carácter temporal y, aunque, como ocurre en el presente caso, haya una relación de causalidad clara y sin solución de continuidad entre la manifestación inicial de la enfermedad con eficacia invalidante y la posterior declaración de la incapacidad permanente. Este criterio, sobre cuyos inconvenientes ya se pronunció la sentencia de 1 de febrero de 2000 en los términos a que se ha hecho referencia, no es correcto por las siguientes razones:

En primer lugar, porque se trata de una norma de Seguridad Social que no puede proyectarse en el ámbito del aseguramiento privado, que se rige por los preceptos de la LCS y por lo establecido en la póliza. Las normas de Seguridad Social podrán aplicarse, por vía de supletoriedad o directamente cuando se trate de la regulación propia de las mejoras voluntarias, pero no pueden utilizarse para excluir las normas propias del contrato de seguro y las reglas contenidas en la póliza cuando se trata de resolver un problema específico de esta regulación, como es el de la determinación del ámbito temporal de la cobertura de una póliza de seguro, materia que no es objeto de regulación por el ordenamiento de la Seguridad Social.

En segundo lugar, porque el informe de la EVI sólo es el hecho causante de la incapacidad permanente, con algunas reservas, en los supuestos en que esa incapacidad no está precedida por una incapacidad temporal, como aclara el artículo 13 de la [Orden de 18 de enero de 1996 \( RCL 1996, 263, 456\)](#) .

Pero sobre todo y en tercer lugar, porque no hay identidad de razón. La función del hecho causante en la Seguridad Social no es la de delimitar el alcance de la cobertura -si se protege o no una determinada situación de necesidad-, sino la de establecer el inicio de una situación protegida y regular la sucesión entre las distintas prestaciones. Es cierto que el hecho causante tiene también efectos en materia de Derecho intertemporal (disposición transitoria 1ª de la [LGSS \( RCL 1994, 1825\)](#) ), en el cálculo de la base reguladora y, en determinadas condiciones, en el cumplimiento de los requisitos de acceso a la protección. Ahora bien, la protección de la incapacidad permanente no depende de que el trabajador esté en alta -que sería el equivalente de la vigencia de la póliza- en el momento del hecho causante de la incapacidad permanente. El artículo 124.1 de la LGSS , al que remite el artículo 138.1 de la misma ley , refiere la exigencia de alta al momento en que sobreviene "la contingencia o situación protegida", con lo que se está aludiendo a la vez a la contingencia determinante propiamente dicha y al hecho causante como momento inicial de la situación protegida. La posible ambigüedad se ha resuelto entendiendo que el trabajador cumple esta exigencia cuando está en alta el momento en que se produce la contingencia determinante de la incapacidad permanente, en el de la baja médica que origina la incapacidad temporal o incluso cuando comienza a manifestarse el efecto incapacitante (sentencias [26 de diciembre de 1989 \( RJ 1989, 9267\)](#) , 12 de febrero de 1990, [12 de noviembre de 1992 \( RJ 1992, 8800\)](#) , 9 de octubre de 1995, [16 de abril de 1999 \( RJ 1999, 4425\)](#) , 17 de enero de 2002, 26 de marzo de 2002 y [31 de mayo de 2007 \( RJ](#)

[2007, 4642](#) ). En este sentido la sentencia de [9 de octubre de 1995 \( RJ 1995, 7675\)](#) señala que la exigencia del alta en el momento del hecho causante plantearía "graves problemas de articulación de la protección, pues si se aceptara que el alta ha de exigirse en el momento del hecho causante -entendiendo por tal el día del dictamen de la unidad de valoración médica de la invalidez,...o el momento en que las lesiones adquieren carácter permanente o el de la solicitud, según las distintas hipótesis- podrían producirse supuestos generalizados de desprotección contrarios al sentido y finalidad de la norma" cuando el trabajador por incidencias en la relación laboral causa baja "después de la contingencia determinante, pero antes del comienzo de la situación protegida que se inicia con el hecho causante". Y la sentencia de 16 de abril de 1999 , en un caso en que el trabajador estaba en alta al iniciarse la incapacidad temporal, pero no en el momento del informe del EVI, dice que "tenemos que rechazar por infundada la tesis..., según la cual, agotado el período máximo de incapacidad transitoria..., ya no concurría el alta ... cuando, más tarde, aparece el dictamen del EVI". "No se comprende bien -añade la sentencia- por qué se propicia la desprotección de quien, con plena regularidad, accedió a los subsidios de incapacidad temporal..., y después, por la tardanza mínima que un expediente de invalidez permanente comporta, se va a declarar en situación de tal cuando aquel breve plazo había transcurrido. Se roza la sinrazón, si se repara en que el afectado ya no puede formalizar un alta en seguridad social, que le ponga a cubierto en las exigencias del sistema, pues por hipótesis está inhabilitado físicamente para desarrollar la actividad".

No se olvide que en la Seguridad Social el requisito ha sido objeto además de una notable flexibilización tanto a través del juego de las denominadas situaciones asimiladas, como por la dispensa que establece el artículo 138.3 de la Ley General de la Seguridad Social . Por tanto, aplicar por la vía analógica la noción de hecho causante de la Seguridad Social para establecer la exigencia de que la póliza esté vigente en el momento en que se inicia la manifestación de un daño diferido, supone a la vez distorsionar la función que el hecho causante desempeña en el marco de la Seguridad Social y potenciar en el ámbito de las mejoras voluntarias una desprotección que se ha evitado en la Seguridad Social y que no se justifica ni en atención al régimen jurídico del contrato de seguro ni en función de las pólizas pactadas.

#### CUARTA

Estas conclusiones no pueden superarse por las consideraciones en que tradicionalmente se ha intentado fundar el criterio del hecho causante que ahora se recupera. Se dice que las mejoras no se establecen en función de las contingencias determinantes (el accidente o la enfermedad), sino para ser aplicadas a las consecuencias de esas contingencias (la incapacidad, temporal o permanente o la muerte). Así es, pero no es eso lo que debate, sino que estamos ante un problema técnico en orden a la determinación del ámbito temporal de la cobertura de la póliza y, en concreto, si esa determinación debe hacerse atendiendo a la fecha en que el daño derivado de esas contingencias se manifiesta o declara ( criterio del hecho causante) o a la fecha de la actualización del riesgo del que deriva; criterio este último que se estima el más correcto de conformidad con la ordenación del aseguramiento y con las exigencias de protección de los daños diferidos.

Tampoco puede aceptarse el argumento que insiste en que las secuelas no están predeterminadas en el momento del accidente o la enfermedad, sino que dependen de una evolución en función de diversos factores. Esta es una afirmación de hecho que depende de cómo se haya producido el daño en cada caso, pues, como ya se ha dicho, hay daños instantáneos y daños diferidos, y la protección no puede limitarse a los primeros, sino que debe de extenderse en principio a los segundos, siempre que exista la necesaria relación de causalidad entre el siniestro y el daño que como consecuencia de éste se manifiesta después.

Lo mismo hay que decir en relación con las consideraciones de oportunidad sobre la mayor seguridad jurídica o la menor complejidad aplicativa del criterio del hecho causante. La apelación a la seguridad jurídica es sólo retórica, pues tal seguridad es "certeza sobre la normativa jurídica aplicable" ( [STC 90/2009 \( RTC 2009, 90\)](#) ) y es obvio que la aplicación de las reglas propias del contrato de seguro para determinar el alcance temporal de la cobertura de una póliza, en lugar de recurrir, de forma inapropiada y fuera de su función, a una noción del Derecho de la Seguridad Social en nada afecta a la seguridad jurídica, sino que en todo caso habría que entender que se ajusta a

ella de manera más adecuada que la opción opuesta. La menor complejidad o la simplicidad aplicativa no debe ser un criterio para resolver conflictos sobre la selección de la norma aplicable. Pero es que además no es cierto en absoluto que el criterio del hecho causante sea menos complejo que el de la actualización de la contingencia determinante para resolver los problemas de determinación del alcance temporal de la cobertura, como se advierte en el presente caso. La simplicidad aplicativa se lograría sólo aplicando de forma automática y excluyente el criterio del hecho causante formal sin corrección alguna. Pero desde el momento en que se admite que el hecho causante material puede desplazar el hecho causante formal -el informe de la EVI- la simplicidad desaparece, pues entonces hay que abordar el difícil problema de determinar cuándo se han consolidado realmente como permanentes e invalidantes las lesiones, lo que presenta complejidad mayor que la que deriva de establecer a través de la baja médica el comienzo de la enfermedad y su conexión causal con las secuelas posteriores. Lo único que se logra con esta falsa simplicidad aplicativa es trasladar al beneficiario la dificultad de acreditar que "el hecho causante material" precede al "hecho causante formal" y es anterior a la póliza, lo que además fomenta en la práctica la desprotección y la exoneración de la aseguradora una vez producido el siniestro si puede denunciar el contrato durante la incapacidad temporal y la tramitación del procedimiento de declaración de la incapacidad, cuando, por el contrario, producido el siniestro, el trabajador afectado, que todavía no ha sido declarado incapacitado permanente, no puede obtener la cobertura a través de otra póliza en virtud de la prohibición del art. 4 LCS. Recordemos lo que dice la sentencia de 30 de abril de 2007 (recurso 618/2006) cuando recupera el criterio que la Sala había superado ya en el año 2000: "salvo en supuestos excepcionales en los que las secuelas apreciadas en la fecha de la IT evidencien sin ningún género de dudas que el trabajador se verá afectado por una IP, no se toma en cuenta aquella fecha cuando el efecto invalidante es en tal momento incierto...", para pasar luego a indicar que "la fijación del hecho causante en el momento de la declaración de la IP en el sentido indicado es sin duda el que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico".

La sentencia de 1 de febrero de 2000 ya puso de manifiesto las consecuencias negativas de la aplicación práctica de este criterio, que deben tenerse en cuenta en una interpretación sensible a la realidad social (artículo 3 del Código Civil) y que se relacionan con la dificultad de protección de los accidentes de los trabajadores temporales cuando la extinción del contrato de trabajo se produce antes de la constatación de la incapacidad permanente o de la producción de la muerte; con la imposibilidad o extrema dificultad de las empresas para suscribir pólizas cuando ya se ha actualizado el riesgo y es previsible el daño derivado del mismo y con la facilitación de conductas estratégicas cuando la cobertura depende de un hecho o una actuación posterior a la producción de la contingencia determinante. Puede objetarse que el carácter aleatorio de la cobertura determinara que en algunos casos la enfermedad o el accidente se hayan producido antes de la vigencia de la póliza, mientras que el hecho causante formal tendría lugar después. Pero en ese caso el art. 4 de la LCS impediría cubrir la incapacidad permanente o la muerte derivadas de un siniestro que ya se ha producido.

## QUINTA

La aplicación del Convenio Colectivo y de la póliza lleva a la conclusión de que a efectos de la cobertura hay que estar al momento del siniestro, es decir, cuando se produjo la baja médica por depresión, el 11 de mayo de 2004. En efecto, es cierto que el artículo 50 del Convenio se refiere únicamente a una prestación por invalidez total. Pero lo que está contemplando la norma es únicamente la mejora a que se obliga al empresario; mejora que en términos de aseguramiento mercantil ha de realizar conforme a lo previsto en los artículos 100 y 106 de la LCS a través de seguros de accidente y enfermedad con las consecuencias que ya se han analizado y que coinciden con las previsiones de la póliza obrante en autos (folios 71 a 73), en la que se establece un seguro complementario de incapacidad profesional total y permanente. Ese seguro complementario se integra en el marco de un seguro de vida de grupo. Pero es claro que se trata por su contenido y función de un seguro de accidente o enfermedad. En efecto, en la póliza se define la incapacidad total y permanente como una situación física irreversible por *accidente* o *enfermedad*, con lo que son éstos los riesgos asegurados y la incapacidad permanente se protege como daño derivado de la actualización de esos riesgos. No hay cláusula de limitación temporal de la responsabilidad en función del procedimiento de declaración de la incapacidad permanente por la Seguridad Social. El

siniestro se acredita mediante certificado médico en el que se ha de determinar " *la fecha de la enfermedad o el acaecimiento del accidente* y ...la incapacidad total y permanente" y se regula un procedimiento de comprobación de la incapacidad también ajeno al de la Seguridad Social.

La conclusión es que la protección pactada debe aplicarse en el presente caso, porque en el momento en que se manifestó con alcance relevante la enfermedad que determinó el estado de incapacidad de la actora -el 11 de mayo de 2004- la póliza estaba vigente, debiendo precisarse que: 1º) la enfermedad se manifestó ya con una proyección invalidante en la indicada fecha, pues dio origen a una incapacidad temporal, 2º) no se ha acreditado ningún cambio significativo en el estado de la actora desde esa fecha hasta la fecha del informe de la UVMI; 3º) la evolución desfavorable del estado de la actora, que registra el hecho tercero, se produce además desde marzo de 2004 cualquiera que fuese el momento en se haya cronificado. Estamos, por tanto, ante la evolución de un riesgo que cualquiera que fuese la fecha de su constatación administrativa ya se había actualizado de forma grave en mayo de 2004 o, incluso, antes, en marzo de ese año. La relación de causalidad entre la enfermedad y la invalidez es incuestionable.

Por ello, el impago de la póliza y la posterior extinción del contrato de seguro por la denuncia de este incumplimiento por la aseguradora no afectan a la efectividad de la reparación pactada. El artículo 15 de la LCS establece que en caso de falta de pago de una de las primas siguientes la cobertura queda suspendida un mes después del día de su vencimiento y añade que si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. Pero, aparte de que la suspensión no tiene efectos frente a terceros (sentencia de la Sala 1ª de [5 de marzo de 2004 \( RJ 2004, 1813\)](#) ), lo cierto es que cuando se produjeron tanto la suspensión como la extinción del contrato el riesgo ya se había actualizado y la aseguradora tenía que abonar la indemnización pactada, de acuerdo con lo que ya se ha razonado.

#### SEXTA

Es cierto que la doctrina de nuestra sentencia de 30 de abril de 2007 (recurso 618/2006 ) avala la solución adoptada por la sentencia recurrida. Pero la doctrina de esta sentencia debe ser rectificada por las razones que se han expuesto en las consideraciones anteriores. En realidad, esta sentencia lo que hace es aplicar a las contingencias comunes la doctrina que la Sala había rectificado a partir de la sentencia de 1 de febrero de 2000 . Así se evidencia con el examen de la larga lista de sentencias citadas en el inciso final del fundamento jurídico 3.2 , que son todas anteriores al año 2000.

La Sala tampoco desconoce la doctrina de su sentencia de [21 de septiembre de 2009 \( RJ 2009, 5653\)](#) , pero la misma se establece en relación con un caso en el que el riesgo asegurado no era el accidente o la enfermedad, sino el fallecimiento concertado mediante un seguro de vida.

#### SÉPTIMA

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso, que denuncia la infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley del Contrato de Seguro , y debe casarse la sentencia recurrida. A la hora de resolver el debate planteado en suplicación hay que pronunciarse también sobre el problema que planteó la aseguradora en el motivo cuarto de su recurso y que la sentencia de suplicación no resolvió por no ser necesario, dado el sentido absolutorio de su pronunciamiento; cuestión que debe resolverse en los mismo términos en que lo hace la sentencia de este recurso.

Por ello, la decisión de suplicación debe estimar con este alcance el recurso.

Madrid, a 14 de abril de 2010.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina y el Voto Particular que formuló el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhirieron el Presidente de la Sala, Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero y los Excmos. Sres. Magistrados. D. Jesus Gullon Rodriguez, D. Jose

---

Luis Gilolmo Lopez, D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana. hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 8 marzo 2010

[RJ2010\1480](#)



**MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL:** normativa aplicable; hecho causante: determinación. JUNTA DE ANDALUCIA: Convenio Colectivo del Personal Laboral: ámbito de aplicación: exclusión del personal no sanitario del Servicio Andaluz de la Salud; indemnización por incapacidad total derivada de accidente de trabajo prevista en dicho Convenio Colectivo: denegación.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 421/2009

**Ponente:** Excmo Sr. Fernando Salinas Molina

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 421/2009) interpuesto por don Mario contra la Sentencia de fecha 06-11-2008, del TSJ de Andalucía, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública) y otros, sobre reclamación de cantidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Don Mario , representado y defendido por el Letrado Don Juan Antonio Quiros Castillo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en fecha [6- noviembre-2008 \(rollo 3633/2007\) \(AS 2009. 543\)](#) , recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública) contra la sentencia de fecha 27-julio-2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla (autos 37/2004), en procedimiento seguido a instancia del trabajador ahora recurrente contra la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD y contra la aseguradora "PREVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), representada y defendida por el

Letrado de la Junta de Andalucía, el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, representada y defendida por el Letrado Don Roberto Chavez López y contra la aseguradora "PREVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", representada y defendida por la Letrada Doña Carmen Madrid Sanz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

.- El día [6 de noviembre de 2008 \( AS 2009, 543\)](#) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 3633/2007 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla en los autos nº 37/2004 , seguidos a instancia de Don Mario contra la Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública), el Servicio Andaluz de Salud y contra la aseguradora "Previsión Española S.A. de Seguros y Reaseguros" sobre reclamación de cantidad. En la sentencia de suplicación se modificó el primero de los hechos probados de la sentencia de instancia en el sentido siguiente: " *del hecho probado primero, sustituyendo la Expresión '... siendo su relación labora temporal con la Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública' por la de '...siendo su relación laboral temporal con la Junta de Andalucía, Servicio Andaluz de Salud'* . La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, es del tenor literal siguiente: " *Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Consejería de Justicia y Administración Pública contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de fecha 27 de julio de 2007 , en autos seguidos a instancia de Don Mario en reclamación sobre mejora voluntaria frente a la recurrente; Servicio Andaluz de Salud y 'Previsión Española SA de Seguros y Reaseguros', debemos revocar y revocamos dicha sentencia, absolviendo a las demandadas de la pretensión objeto de la demanda, procediéndose a la devolución a la recurrente de los depósitos y consignaciones efectuados para interponer el presente recurso de suplicación "*.

### SEGUNDO

La sentencia de instancia, de fecha 27 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla , contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- Don Mario , NIF NUM000 , tiene un contrato laboral interino por plaza vacante, siendo su relación laboral temporal con la Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración pública (folio 41), con categoría profesional de albañil, en virtud de contrato de 21.03.1994, obrante en folio 400. El actor sufrió un accidente de trabajo el día 5.06.1995, que sufrió una recaída el 21.10.1996 (folio 404), por lo que la Consejería de Salud le comunicó la suspensión de la relación laboral durante el tiempo en que estuviera en situación de incapacidad temporal, con un máximo de 2 años (folio 407). Segundo.- Según el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha de 13.05.1998 el actor padece secuelas de hernia discal L5 S1 intervenida, paresia radicular pierna izquierda, señalando como limitaciones orgánicas y funcionales: moderadas, bipedestación y/o deambulación prolongada (folio 250). Tercero.- Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha de 7.11.2000 , por la que se estimaba parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia de 12.05.1999 del Juzgado de lo Social número 5 de los de Sevilla , declaró al actor en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo (folios 251 a 255). Cuarto.- Don Mario solicitó, con fecha de 26.10.2001 (folios 256), indemnización a cargo de la póliza del seguro de accidentes del personal al servicio de la Junta de Andalucía, a cuyos efectos se emitió informe con fecha de 10.02.2004 (folios 49 a 51, que se dan por reproducidos), en el que, en esencia, se deniega la indemnización , ya que el reclamante no es personal laboral, por lo que está excluido del ámbito de aplicación de la ayuda social. Quinto. En folios 62 a 86 consta contrato de Seguro de Allianz con la Consejería de Gobernación de fecha de 27.11.1989, cuyo ámbito de aplicación era 'el presente contrato tiene por asegurados a todo el personal al servicio de la Junta de Andalucía, ya sea funcionario de carrera, interino o eventual, siempre que se encuentre en servicio activo o en comisión de servicio...' (folio 64).. 'Asimismo, son objeto de este contrato todo el personal contratado laboral, sea éste indefinido o temporal, siempre que en este último caso ocurra el accidente estando vigente*

el mencionado contrato, o como consecuencia de un hecho ocurrido en el período contractual temporal'. Sexto.- En folios 87 a 108 consta contrato de Seguro de Allianz con la Consejería de Gobernación de fecha de 19.12.1990, en el que incluye en su ámbito de aplicación 'a todo el personal al servicio de la Junta de Andalucía, siempre que se encuentre en servicio activo o en comisión de servicio. Se considera servicio activo el período de permisos reglamentarios y de licencias retribuidas'. Séptimo.- En folios 109 a 128 consta contrato de seguro de Plus Ultra S.A. con la Consejería de Gobernación (tomadora) de fecha de 19.12.1991, en el que se incluye en su ámbito de aplicación a 'todo el personal al servicio de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea la relación jurídica habilitante, siempre que se encuentre en servicio activo o comisión de servicios, se considera como de servicio activo el período de permisos reglamentarios, licencias retribuidas e incapacidad laboral transitoria. Quedan expresamente excluidos los minusválidos al servicio de la Junta de Andalucía, y los mayores de 65 años que siguieran prestando servicios al objeto de completar los servicios o de carencia necesarios para acceder a la jubilación'. Octavo.- En folios 129 a 137 consta contrato de seguro de Unión Iberoamericana S.A., con al Consejería de Gobernación (tomador del seguro) de fecha de 28.12.1993, en el que se incluye al personal al servicio de la Junta de Andalucía acogido al ámbito subjetivo de los Reglamentos de Ayudas de Acción Social, siempre que se encuentren en servicio activo o comisión de servicios, es decir: el personal funcionario, eventual o interino a que se refiere el art. 16.1 de la Ley 6/1985 de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (LAN 1985, 3189 ), así como el personal estatutario indicado en la Disposición Transitoria Tercera, punto segundo, de la citada Ley ; el personal laboral fijo o temporal sometido al ámbito de aplicación del Convenio colectivo en vigor del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía. En los sucesivos folios constan las sucesivas prórrogas del contrato de seguro. Noveno.- En folios 169 a 188 consta contrato de seguro de Previsión Española S.A. con la Consejería de Gobernación (tomadora del seguro) de fecha de 17.01.1996, que incluye como asegurados al personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía acogido al ámbito subjetivo de los Reglamentos de Ayudas de Acción Social, siempre que se encuentren en servicio activo o alta en Seguridad Social, es decir: a) Personal funcionario, eventual e interino a que se refiere el art 16.1 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía , así como el personal estatutario indicado en la Disposición Transitoria Tercera, punto segundo de la citada Ley ; b) el personal laboral fijo o temporal sometido al ámbito de aplicación del Convenio colectivo en vigor del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía'. Décimo .- En folios 190 a 208 consta contrato de seguro de Previsión Española S.A. con la Consejería de Gobernación de fecha de 24.02.1997, en el que se incluye como asegurados al personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía acogido al ámbito subjetivo de los Reglamentos de Ayudas de Acción Social, siempre que se encuentren en servicio activo o alta en Seguridad Social, es decir: a) el personal funcionario, eventual o interino a que se refiere el art 16.1 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía , así como el personal estatutario indicado en la Disposición Transitoria Tercera, punto segundo, de la citada Ley ; b) el personal laboral fijo o temporal sometido al ámbito de aplicación del V convenio colectivo en vigor, del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía. Si bien añade que 'queda expresamente excluido del presente contrato, por así establecerlo el convenio colectivo citado y, en consecuencia, el correspondiente Reglamento de Ayudas de Acción Social, el personal laboral de las Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud (S.A.S). Undécimo En folios 209 a 218 consta contrato de seguro de Previsión Española con la Consejería de Justicia y Administración Pública de fecha de 16.12.2002, en el que se incluye como asegurados al personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía acogido al ámbito subjetivo de los Reglamentos de Ayudas de Acción Social, siempre que se encuentren en servicio activo o alta en Seguridad Social, es decir: a) el personal funcionario, eventual o interino a que se refiere el art 16.1 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía , así como el personal estatutario indicado en la Disposición Transitoria Tercera, punto segundo, de la citada Ley ; b) el personal laboral fijo o temporal sometido al ámbito de aplicación del VI Convenio Colectivo en vigor del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía (LAN 2002, 536 ), así como el personal laboral de las instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; c) el personal funcionario que presta sus servicios en la Administración de Justicia (Oficiales, Auxiliares Administrativos y Agentes Judiciales). Decimosegundo. En folios 270 a 291 consta la Orden de 26.05.1993 (LAN 1993, 157) en cuyo art 26 se dice que 'en cumplimiento del convenio colectivo, el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía tendrá asegurados los riesgos de muerte, gran invalidez e

*invalidez permanente total o parcial producidos por **accidente** laboral o extralaboral' (folio 282). Dicha norma fue modificada por la Orden de 14.02.1995 (LAN 1995, 52), si bien no afectó al citado artículo (folios 292 y 293). Decimotercero.- En folios 294 a 302 consta la Orden de 12.07.1996 (LAN 1996, 291 ), que incluye el Reglamento de Ayudas de Acción Social para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, en cuyo art. 26 se dispone 'en cumplimiento del convenio colectivo, el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía a que se refiere el presente Reglamento tendrá asegurados los riesgos de muerte e invalidez permanente en sus distintos grados producidos por **accidente** laboral o extralaboral. Decimocuarto.- El Convenio colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía (folios 317 a 390 , que se da por reproducido, y en cuyo art 2.3e ) se excluye expresamente al 'personal de las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud. No tiene tal consideración el personal laboral de los Servicios Centrales y Delegaciones Provinciales de Salud' (folio 351). Decimoquinto.- En folios 391 a 397 consta el Reglamento de Ayuda Social de 2001 (LAN 2001, 174), en cuyo art. 32 se afirma 'son beneficiarios de la **indemnización**, las personas que se indiquen en la póliza del seguro de accidentes que a tal efecto se contraste'. Decimosexto.- Disconforme con la resolución presentó papeleta de conciliación e interpuso reclamación previa frente a los organismos públicos demandados, que resultaron infructuosas (folios 57 a 60), por lo que la parte actora interpuso la demanda origen del presente procedimiento (folios 6 a 1 1)".*

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " *Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don Mario contra la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, contra el Servicio Andaluz de Salud y la aseguradora Previsión Española, S.A. de Seguros y Reaseguros, en cuya virtud: I.- Debo absolver y absuelvo al Servicio Andaluz de Salud y a la Compañía de Seguros citada. II.- Debo condenar y condeno a la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía al pago al demandante de la suma de treinta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos (30.050,61 euros), sin que proceda los intereses "*

### TERCERO

Por el Letrado Don Juan Antonio Quiros Castillo, en nombre y representación de Don Mario , mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009 , 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 Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 19-noviembre-2002 (recurso 1486/2002). SEGUNDO.- Alega infracción del art. 14 de la Constitución Española y 17 del Estatuto de los Trabajadores .

### CUARTO

Por providencia de esta Sala de 14 de abril de 2009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, habiendo sido impugnado por el Letrado de la Administración de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la referida Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública).

### QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe 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 3 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en

determinar si la circunstancia de que el [Convenio colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía \( LAN 2002, 536\)](#) excluya de su ámbito personal de aplicación al personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud (SAS) y, en consecuencia, a este último personal no se le reconozca el derecho a la mejora voluntaria de la acción protectora para el caso de incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente de trabajo (AT) establecida a favor de los primeros, puede comportar una vulneración de los arts. 14 de la [Constitución Española \( RCL 1978, 2836\)](#) (CE) y 17 del [Estatuto de los Trabajadores \( RCL 1995, 997\)](#) (ET).

2.- La sentencia recurrida, -- dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha [6-noviembre-2008 \(rollo 3633/2007\) \( AS 2009, 543\)](#) , revocatoria de la sentencia estimatoria de instancia, de fecha 27-julio-2007, dictada por el JS/Sevilla nº 4 (autos 37/2004) --, en el supuesto de un trabajador laboral temporal del SAS que sufrió un accidente laboral en fecha 5-junio- 2005, siendo declarado en situación de IPT derivada de AT por sentencia firme de fecha 7-noviembre-2000, revoca la sentencia de instancia, argumentando en base a nuestra [STS/IV 17-abril-2002 \(rcud 2986/2001\) \( RJ 2002, 6764\)](#) la desestimación de la pretensión del trabajador accidentado y concluyendo, sobre la desigualdad invocada, que " *El Alto Tribunal no planteó duda sobre la cuestión de la eventual discriminación que ello supone, habida cuenta de la facultad de las partes negociadoras de establecer el ámbito personal de aplicación del Convenio Colectivo. La diferenciación vendría establecida en todo caso no respecto al personal laboral temporal de las instituciones sanitarias del SAS, sino a la totalidad del personal laboral adscrito al servicio de aquéllas, y no aparecía basada en ninguna de las causas de discriminación que recoge el art. 14 del texto constitucional . Por el contrario, el criterio establecido por el Convenio debe entenderse como admisible y no discriminatorio al basarse en la libre voluntad de las partes negociadoras en relación con un elemento como las mejoras voluntarias de prestaciones, que surgen de dicha voluntad y que no vienen a contradecir lo dispuesto en norma alguna de rango superior*".

3.- La sentencia invocada como de contraste por el trabajador accidentado, -- dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Sevilla, en fecha [19-noviembre-2002 \(rollo 1486/2002\) \( AS 2003, 472\)](#) --, desestimando el recurso de suplicación formulado por al Junta de Andalucía, confirmó la sentencia de instancia estimatoria de la demanda formulada por un trabajador laboral interino del SAS que sufrió un AT en fecha 21-octubre-1999 y que a consecuencia del mismo fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta en resolución administrativa de fecha 11-abril-2000, condenando a la Junta de Andalucía al abono de la cantidad de 30.050,61 # en concepto de mejora o ayuda de acción social. Se argumentaba en la citada sentencia referencial que " *Aunque el art. 14 de la CE y 17.1 del ET permitan la existencia de desigualdades justificadas por razones objetivas y legítimas, es decir, basadas en un hecho diferenciador que justifique el distinto trato, en el presente caso ... no se aprecia que la prestación de servicios en las instituciones sanitarias sea una causa suficientemente justificativa para la exclusión del demandante de la indemnización por AT prevista para el personal laboral en general al servicio de la Junta de Andalucía y para el personal estatutario que presta sus funciones en las instituciones sanitarias del SAS "* y que " *por ello, la falta de aseguramiento del demandante a efectos de percibir la indemnización por muerte e invalidez permanente en sus distintos grados producida por accidente laboral o extralaboral, por estar excluido expresamente en la cláusula preliminar de la póliza de seguros de accidentes para el personal al servicio de la Junta de Andalucía concertada por la Consejería demandada y la compañía ..., genera una responsabilidad indemnizatoria de la Consejería de Justicia y Administración Pública de naturaleza contractual derivada del contrato de trabajo que vincula a las partes, conforme a los arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil ( LEG 1889, 27) , por haber establecido una desigualdad injustificada con el resto de personal a su servicio, hecho que determina la condena al pago de la cantidad que hubiera correspondido percibir al trabajador en el supuesto de encontrarse asegurado "*.

4.- Concorre, por consiguiente, entre ambas resoluciones comparadas el presupuesto de la contradicción al que se refiere el art. 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) (LPL ), que da acceso a la admisión del recurso. Y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 14 CE y 17 ET) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

## SEGUNDO

1.- En orden a la normativa aplicable para la determinación del contenido y alcance de una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo, la jurisprudencia unificadora, con respecto a las denominadas mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, ha declarado, con relación a la normativa por la que se rigen, que las mismas se regulan, en primer lugar, por las disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero que en lo no expresamente previsto, deben regirse, en principio, por las propias normas del sistema de la Seguridad Social básica (entre otras, [SSTS/IV 17-marzo-1997 \( RJ 1997, 2556\)](#) -rcud 2817/1996, 20-marzo-1997 -rcud 2730/1996, [5-junio-1997 \( RJ 1997, 4628\)](#) -rcud 4675/1996, [13-julio-1998 \( RJ 1998, 7013\)](#) -rcud 3883/1997, [8-junio-2009 \( RJ 2009, 4554\)](#) -rcud 2873/2008 ), e incluso interrelacionándolas con las posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros (en especial a partir de la [STS/IV 1-febrero-2000 -rcud 200/1999 \( RJ 2000, 1069\)](#) ), dictada en Sala General ).

2.- Partiendo del anterior presupuesto y en cuanto a la problemática de la determinación de la fecha del hecho causante, la jurisprudencia unificadora, tratándose de incapacidades permanentes derivadas de accidente de trabajo y de mejora voluntaria pactada en Convenio Colectivo y asegurada o debida asegurar con póliza mercantil, venía inicialmente sosteniendo que, a falta indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria de la situación de incapacidad permanente, el hecho causante debía coincidir con fecha declaración de la incapacidad permanente que daba lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica (entre otras muchas, [SSTS/IV 28-enero-1997 \( RJ 1997, 908\)](#) -rcud 2666/1996, 12-junio-1997 -rcud 2203/1996, [12-febrero-1998 \( RJ 1998, 1803\)](#) -rcud 1392/1997, 18-marzo-1998 -rcud 2222/1997, [6-octubre-1998 \( RJ 1998, 7316\)](#) -rcud 205/1998, [2-febrero-1999 \( RJ 1999, 4409\)](#) -rcud 1886/1998 ).

3.- No obstante, se produce un cambio de doctrina jurisprudencial a partir de la STS/IV 1-febrero-2000 (rcud 200/1999), dictada en Sala General , en la que detalladamente se argumenta el nuevo criterio jurisprudencial, -- que fija como fecha del hecho causante aquélla en que acontece el accidente de trabajo --, acudiendo, a falta de regla en la norma en que establece la mejora, a la interpretación integradora con la normativa mercantil de seguros, posibilitando una distinción entre el accidente como riesgo asegurado (coincidente con la fecha de producción del accidente y que determina la aseguradora) y el efecto dañoso o daño indemnizado o efectos de la actualización del riesgo (la incapacidad o la muerte) que puede aparecer con posterioridad. La doctrina reformada ha sido seguida reiteradamente por esta Sala (entre otras, [SSTS/IV 25-junio-2001 \( RJ 2001, 10018\)](#) -rcud 2202/2000, 15-diciembre-2003 -rcud 12/2003 , [12-mayo-2006 \( RJ 2006, 5874\)](#) -rcud 2880/2004, 24-mayo-2006 -rcud 210/2005, [25-septiembre-2006 \( RJ 2006, 6666\)](#) -rcud 1609/2005, 30-abril-2007 -rcud 829/2006, 24-septiembre-2008 -rcud 562/2007, [19-enero-2009 \( RJ 2009, 658\)](#) -rcud 1172/2008, 8-junio-2009 -rcud 2873/2008).

4.- Ahora bien se ha advertido, con posible incidencia en la cuestión ahora enjuiciada, entre otras, en la [STS/IV 19-enero-2004 \( RJ 2004, 1581\)](#) (rcud 2807/2002 ) relativa a las mejoras establecidas para el personal estatutario de la Junta de Andalucía, que esta doctrina reformada " se ha establecido bien interpretando normas de la Seguridad Social ... o en pleitos sobre mejoras voluntarias que no tenían una regulación específica en este punto. Pero, cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango y en el presente caso la cláusula contenida en las dos pólizas no ofrece la menor duda sobre cuál ha sido la voluntad de las partes en orden a establecer la cobertura en el momento del reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida con exclusión del de la actualización de la contingencia. Y a esta solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que ésta es la regla que han establecido las partes, y, en consecuencia, como ya hizo en un supuesto igual la [sentencia de 20-noviembre-2003 \( RJ 2003, 9098\)](#) (recurso 3238/2002 ), hay que acoger la denuncia que se formula de los arts. 1 de la [Ley de Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295\)](#) y 1255 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) en relación con el art.

1280 y siguientes del mismo Código , pues lo que establecen las pólizas es que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que se reconoce la situación objeto de protección y no cabe limitar el claro tenor literal de la póliza a la mera fijación del momento en que nace el deber de pago por parte de la aseguradora, pues de manera inequívoca las pólizas vinculan ese momento no al pago, sino al propio derecho a la indemnización ... Es cierto que la opción acogida en las pólizas tiene los graves inconvenientes ... Pero una inconveniencia o un desajuste no equivale a una infracción del orden público, ni, en general, a la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el art. 1255 del CC , especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias. La opción de las pólizas no vulnera ninguna norma imperativa; no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad " .

### TERCERO

1.- En el presente caso no se cuestiona que, bien se tome como fecha determinante de la protección convencional del AT la del día en que éste aconteció (7-noviembre-2000) o bien la de la fecha de la resolución administrativa o judicial en la que se declaró el grado de IPT derivado de tal contingencia (5-junio-2005), en los respectivos Convenios colectivos del personal laboral de la Junta de Andalucía ( [V Convenio de fecha 22-noviembre-1996 \( LAN 1996, 466\)](#) -BOJA 12-12-1996 o [VI Convenio de fecha 22-noviembre-2002 \( LAN 2002, 536\)](#) -BOJA 28-11-2002 ) se excluyen de su ámbito personal de aplicación al personal de las instituciones sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud (arts. 2.3.c y 3 .a, respectivamente) y, por otra parte, en sus ayudas de acción social se establece que " *Conforme al Reglamento de Acción Social, todo el personal laboral incluido dentro del ámbito de aplicación de este Convenio se asegurará y adherirá a la póliza de accidentes individuales, cuyas contingencias y cuantías serán las que figuren en la póliza correspondiente* " (arts. 57.3 y 60.3 , respectivamente).

2.- Con la observación de que en el Reglamento de Ayudas de Acción Social para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (aprobado por Orden de 12-julio-1996) en el ámbito subjetivo de las ayudas, incluida la indemnización por accidentes (art. 1 .f), incluía únicamente " *El personal laboral fijo o temporal, sometido al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, con las excepciones que en este Reglamento se establecen para las distintas modalidades de ayudas* " (art. 4 .b); así como en el ulterior Reglamento de Ayudas (aprobado por [Orden 18-abril-2001 \( LAN 2001, 174\)](#) , modificada por [Orden 26-junio-2003 \( LAN 2003, 365\)](#) y por [Orden 9-junio-2004 \( LAN 2004, 356, 404\)](#) ), al delimitar el ámbito subjetivo de las ayudas, incluida la indemnización por accidentes (art. 2 .f), incluía además " *El personal laboral fijo o temporal, sometido al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, así como el personal laboral del Servicio Andaluz de Salud, con las excepciones que, en ambos casos, este Reglamento establezca para las distintas modalidades de ayudas* " (art. 4 .b), sin que se efectúe en el texto del Reglamento ulterior referencia al personal laboral de SAS, ni se invoque esta norma como infringida en la sentencia recurrida a los efectos de justificar la estimación en casación de la pretensión del trabajador accidentado.

3.- La interpretación de la normativa expuesta ya ha sido efectuada en la [STS/IV 17-abril-2002 \( RJ 2002, 6764\)](#) (rcud 2986/2001 ), -- en sentido contrario a la tesis sustentada por el trabajador accidentado recurrente --, y a dicha doctrina debe estarse por criterios de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso de casación, al no existir tampoco elementos nuevos que justifiquen un posible cambio de criterio jurisprudencial y al estar concordes las partes en que el personal laboral del SAS se rige por la normativa general del Estatuto de los Trabajadores en la que no se incluye la mejora ahora cuestionada.

4.- En este sentido se afirmaba en la STS/IV 17-abril-2002 citada que " *El texto del ... art. 2.3 e) del Convenio Colectivo de 1996 ( LAN 1996, 466)* -- primer estadio en toda función interpretativa -- *es lo suficientemente claro para que, sin necesidad de acudir a otros medios distintos del gramatical, entender ... que al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS no le es aplicable dicho Convenio, ya que su exclusión está expresamente establecida, por voluntad de las partes*

negociadoras, en aquel precepto y, consiguientemente y correlativamente, en el también transcrito art. 2 b) del [Reglamento de Ayudas de Acción Social de 1996 \( LAN 1996, 291\)](#) (al incluir en el mismo, únicamente, al *personal laboral...sometido al ámbito de aplicación del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía*) y, por lo que respecta a dichas Ayudas, en la mencionada cláusula de la póliza que, a dicho efectos y conforme a los arts. 57. 2 de dicho Convenio, venía obligada a suscribir la Junta de Andalucía y realizo con la entidad aseguradora ... ". Destacaba que " Es cierto que el art. 1 tanto del Convenio Colectivo de 1996 como el [precedente de 1993 \( LAN 1993, 8\)](#) , al determinar el ámbito funcional de dichas normas paccionadas extiende aquél a *todo el de la actividad propia de la Administración de la Junta de Andalucía, realizada en todos sus centros y dependencias, Organismos Autónomos y servicios de ella dependientes*, y que el SAS es, desde su creación, un Organismo Autónomo (art. 1 de la [Ley 8/1986, de 6 de mayo \( RCL 1986, 1406\)](#) ). Mas el *ámbito de aplicación* de dichos Convenios viene determinado -como todo Convenio Colectivo- no sólo por el *ámbito funcional* (art. 1 ), sino, también, y, de modo fundamental, por el *ámbito personal* (art. 2 ), que es, como su propio nombre indica, el que delimita el *personal* a quien afecta y, en consecuencia, al que es aplicable por estar incluido en su ámbito subjetivo. De aquí que no pueda compartirse el criterio de la sentencia referencial, para incluir en el Convenio Colectivo de 1993 , al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS que presta sus servicios en Centros Hospitalarios en el Convenio Colectivo, con fundamento -primero de los aducidos como base de su decisión- en que el art. 1 de dicho Convenio extiende su aplicación al ámbito de la actividad propia de los Organismos Autónomos y el SAS lo es, pues, esta circunstancia, por si sola, resulta insuficiente, cuando la norma paccionada, al fijar el *ámbito personal*, excluye expresamente al personal laboral de las Instituciones Sanitarias ". Concluyendo, en esencia, que " Toda otra conclusión vaciaría prácticamente de contenido al propio art. 3.2 e) -lo que debe rechazarse por jurídicamente ilógico- con sólo tener en cuenta que *el personal de las Instituciones Sanitarias dependientes del SAS* lo integran, al menos de modo primordial, quienes prestan su trabajo en los centros hospitalarios y en los servicios de asistencia sanitaria. Y, por ello, entender que a dicho personal se extiende el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo porque las Delegaciones Provinciales de Salud, actúan, de acuerdo con las facultades y funciones que tienen asignadas, en el ámbito territorial donde se encuentran los centros hospitalarios y los servicios de asistencia sanitaria, implicaría dejar sin efecto el propio precepto, al incluir en la salvedad la excepción, que viene referida, de modo expreso, al personal laboral de las Instituciones Sanitarias del SAS ".

5.- Como se razona en la sentencia ahora recurrida (" el criterio establecido por el Convenio debe entenderse como admisible y no discriminatorio al basarse en la libre voluntad de las partes negociadoras en relación con un elemento como las mejoras voluntarias de prestaciones, que surgen de dicha voluntad y que no vienen a contradecir lo dispuesto en norma alguna de rango superior ") y se mantiene por el Ministerio Fiscal en su informe, cabe concluir que la inaplicación al personal laboral del SAS de una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social establecida en un convenio colectivo en el que no está incluido dicho colectivo por realizar actividades distintas y estar sujetos los distintos organismos a presupuestos separados no comporta una desigualdad prohibida por los arts. 14 [CE \( RCL 1978, 2836\)](#) y 17 [ET \( RCL 1995, 997\)](#) , al no existir regla o principio general deducible de los preceptos invocados como infringidos que posibilite entender que en el tema de mejoras voluntarias de la acción protectora si la Administración estatal, autonómica o municipal, las reconoce a favor de alguno de los colectivos laborales incluidos en el ámbito de alguno de sus convenios colectivos, la mejora voluntaria deba aplicarse con carácter general a todo tipo de personal laboral al servicio de la Administración pública correspondiente; dada además la doctrina constitucional, contenida entre otras, en la [STC 5/2007 de 15 enero \( RTC 2007, 5\)](#) , en el sentido de que " no toda desigualdad de trato supone una infracción de dicho precepto constitucional sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad exige, pues, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, entre las más recientes y recogiendo precedente doctrina, [SSTC 154/2006, de 22 de mayo \( RTC 2006, 154\)](#) , F. 4; y [214/2006, de 3 de julio \( RTC 2006, 214\)](#) , F. 2 ) ", añadiendo que " En concreto, respecto al principio de igualdad en materia retributiva, hemos afirmado que el art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito



*del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad ( [SSTC 34/1984, de 9 de marzo \( RTC 1984, 34\)](#) , F. 2; ó [34/2004, de 8 de marzo \( RTC 2004, 34\)](#) , F. 3 , entre otras) "*.

#### CUARTO

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, es manifiesto que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina, y no así la de contraste, por lo que aquélla no infringió los preceptos antes citados y desarrollados, de forma que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por interpuesto por Don Mario , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en fecha [6-noviembre-2008 \(rollo 3633/2007\) \( AS 2009, 543\)](#) , recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la Junta de Andalucía (Consejería de Justicia y Administración Pública) contra la sentencia de fecha 27-julio-2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla (autos 37/2004), en procedimiento seguido a instancia del trabajador ahora recurrente contra la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD y contra la aseguradora "PREVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS". Confirmamos la sentencia recurrida; sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla ,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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 14 diciembre 2010

[RJ2011\50](#)



**UNIFICACION DE DOCTRINA:** inexistencia de contradicción y falta de la relación precisa y circunstanciada de la misma; indemnización por secuelas de accidente de trabajo.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1050/2010

**Ponente:** Excm. Sra. Rosa María Violes Piñol

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1050/2010) interpuesto por don Hernán contra la Sentencia de fecha 02-12-2009, del TSJ de Andalucía, sede en Granada, dictada en autos promovidos por el recurrente y «Mapfre Empresas, SA» contra «Jatar, SA», «Mapfre», «Fuencastel, SA» y «Axa-Winterthur», en reclamación de cantidad, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Angel Luis Barranco Luque, en nombre y representación de D. Hernan , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de fecha [2 de diciembre de 2009 \( AS 2010, 961\)](#) , recaída en el recurso de suplicación nº 2021/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Almería, dictada el 13 de marzo de 2009 , en los autos de juicio nº 46/08, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Hernan contra Jatar, S.A., Mapfre, Fuencastel, S.A. y Axa-Winterthur, sobre Reclamación de cantidad.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

Con fecha 13 de marzo de 2009, el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta, debo condenar y condeno a las demandadas Jatar, S.A., Mapfre, Fuencastel, S.A. y Axa-Winterthur a abonar al actor la cantidad de 42.643,81 # con carácter solidario. Sobre estas cantidades las compañías aseguradoras codemandadas habrán de abonar de forma solidaria el interés del veinte por ciento anual establecido en el artículo 20.4 LCS .".

## SEGUNDO

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "Primero.- D. Hernan , nacido el día 14-X-58, cuyas demás circunstancias personales constan en las actuaciones, sufrió accidente de trabajo el día 13-IV-05, cuando prestaba sus servicios como encofrador para la empresa Jatar, S.A.; Segundo.- El accidente referido se produjo el día 13-IV-05, a las 18 horas, en el centro de trabajo situado en Valle del Este, parcela 28, de Vera, en virtud de contrato de ejecución de obra formalizado el día 29-IV-04 con la empresa Fuencastel, S.A. El trabajador se encontraba poniendo tableros para encofrar. Durante el suministro de nuevos tableros, estos se desestabilizaron, motivando que el trabajador decidiera saltar al forjado inferior. En la obra referida había falta de medidas de protección colectivas en el forjado en el que trabajaba D. Hernan , con un riesgo de caída superior a dos metros. Como consecuencia de este accidente se levantó por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Acta de Infracción, habiéndole sido impuesta a la empresa Jatar, S.A. una sanción de 15.025,30# por una infracción grave; Tercero.- La empresa promotora Fuencastel, S.A. fue quien contrató a D. Juan Enrique , Aparejador y coordinador de seguridad de la obra referida; Cuarto.- Como consecuencia del accidente referido, el trabajador sufrió secuelas consistentes en anquilosis subastragalina izquierda, anquilosis, subastragalina derecha, limitación de movilidad del tobillo izquierdo, limitación de movilidad del tobillo derecho, material de osteosíntesis en pie derecho y perjuicio estético consistente en cojera en terreno irregular y marcha rápida. Asimismo estuvo incapacitado para su trabajo habitual desde el día en que se produjo el accidente de trabajo, el 13-IV-05, hasta el 5-IV-06. Se le reconoció, como consecuencia de las dolencias padecidas a consecuencia del accidente de trabajo, la situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, por resolución del INSS de fecha 9-V-06, con fecha de efectos del 5-IV-06; Quinto.- El actor ha percibido la cantidad de 11.274,74 # en concepto de prestación por Incapacidad temporal y complemento de Incapacidad Temporal; Quinta.- Se celebró acto de conciliación con fecha 9-V-07, con el resultado de intentada sin avenencia."

## TERCERO

Contra la anterior sentencia, D. Hernan y Mapfre Empresas, S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), dictó [sentencia en fecha 2 de diciembre de 2009 \( AS 2010, 961 \)](#) , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando ambos recursos de suplicación interpuestos por Don Hernan y MAPFRE EMPRESAS, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. DOS DE ALMERÍA, en fecha 13 de marzo de 2009 , en autos número 46-08, seguidos a instancia del primero, sobre Seguridad Social, contra la Mutua recurrente mencionada, JÁTAR, S.A., FUENCASTEL, S.A. y AXA-WINTERTHUR, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida. Asimismo, se decreta la pérdida del depósito y consignaciones efectuados por la parte recurrente (MUTUA MAPFRE) como requisito previo a la interposición de este recurso, a los que se les dará el destino legal procedente; y se condena a la misma al abono de ciento cincuenta (150) euros al letrado impugnante del presente recurso de suplicación, en concepto de honorarios profesionales."

## CUARTO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), el Letrado de D. Hernan , 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 esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2007, Rcod. 513/06 .

## QUINTO

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida MAPFRE EMPRESAS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar PROCEDENTE el recurso.

## SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 9 de diciembre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

## PRIMERO

1.- La sentencia recurrida del TSJ de Andalucía con sede en Granada de [02/12/09 \( AS 2010, 961\)](#) desestimó los recursos de suplicación [nº 2021/09 ] formulado por D. Hernan y MAPFRE EMPRESAS S.A. contra la sentencia que en 13/03/09 [autos nº46/08] había pronunciado el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería y por la que había estimado en parte la demanda formulada por D. Hernan , condenando a las demandadas Jatar S.A., MAPFRE, Fuencastel S.A. y Axa- Winterthur a abonar al actor la cantidad de 42.643,81 # con carácter solidario, más el interés del veinte por ciento anual de dicha cantidad establecido en el artículo 20,4 [LCS \( RCL 1980, 2295\)](#) .

2.- Contra la referida sentencia, se "anuncia" recurso de casación para la unificación de doctrina, señalando como decisión de contraste la [STS de 17/07/2007 -rec. 513/06 - \( RJ 2007, 8300\)](#) señalando que ambas son similares en cuanto al asunto tratado con pronunciamientos distintos.

3.- Se formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina, y en el mismo denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) , alegándose que la sentencia recurrida ha desconocido el derecho a la reparación íntegra.

## SEGUNDO

1.- Unánimemente sostiene esta Sala que el art. 217 [LPL \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) exige -para la viabilidad del RCU- -que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, y que este requisito se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, [SSTS 19/01/10 -rcud 1155/09 - \( RJ 2010, 3099\)](#) ; [20/01/10 -rcud 401/09 - \( RJ 2010, 2815\)](#) ; [20/01/10 -rcud 809/09 -](#) ; [09/02/10 -rcud 1208/09 -](#) ; [10/02/10 -rcud 194/09 - \( RJ 2010, 3412\)](#) ; y [12/02/10 -rcud 113/09 - \( RJ 2010, 3415\)](#) ); porque la finalidad unificadora de este excepcional recurso tiene por consecuencia que no sea posible tal cometido cuando entre los supuestos de hecho contemplados en las sentencias a contrastar existan diferencias que justifiquen pronunciamientos diferentes y ambos ajustados a Derecho, (así, las [SSTS 21/07/06 -rcud 619/05 - \( RJ 2006, 8616\)](#) ; [28/03/07 -rcud 1007/06 - \( RJ 2007, 6245\)](#) ; [18/04/07 -rcud 1314/06 -](#) ; [19/04/07 -rcud 1802/06- \( RJ 2007, 4149\)](#) ; y [14/06/07 -rcud 999/06- \( RJ 2007, 6635\)](#) ).

2.- En la sentencia recurrida consta que el trabajador sufrió un **accidente de trabajo** cuando prestaba servicios como encofrador, al desestabilizarse unos tableros, lo que hizo que el trabajador decidiera saltar al forjado, lo que le provocó secuelas que motivaron su declaración en situación de incapacidad permanente total. Consta asimismo probado que en la obra había falta de medidas de protección colectivas con un riesgo de caída superior a dos metros. El trabajador permaneció incapacitado para su **trabajo** habitual desde el 13-04-2005 al 05-04-2006, siéndole reconocido por Resolución del INSS de 09-05-2006, en situación de incapacidad permanente total. Por el Juzgado de instancia estimando en parte la demanda, se condena a abonar al trabajador la cantidad de 42.643,81 euros, con carácter solidario, y a las compañías aseguradoras de forma solidaria el interés del 20% anual establecido en el art. 20.4 [LCS \( RCL 1980, 2295\)](#) . Recurren en suplicación la aseguradora MAPFRE Empresas S.A. por considerar que no se ha incurrido en mora, y el trabajador

por entender que deben compatibilizarse las prestaciones de Seguridad Social y la **indemnización** por daños y perjuicios en supuestos de **accidente de trabajo** . En suplicación desestimando ambos recursos se confirma la sentencia de instancia. Respecto al recurso formulado por la Mutua, lo desestima por entender que han transcurrido cuatro años desde la fecha del **accidente** hasta la fecha por la que se reconoce el derecho del trabajador a la **indemnización** . Respecto al recurso del trabajador se desestima por entender que conforme a la [STS de 21 de enero de 2008 \( RJ 2008, 2071 \)](#) , cuando existe derecho a percibir varias **indemnizaciones** , éstas se complementan entre sí, de forma que habrá que deducir del monto total de la **indemnización** lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto, y en el supuesto de prestaciones de Seguridad Social, dado que éstas resarcan por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, dichas prestaciones solo pueden compensarse con las **indemnizaciones** reconocidas por el lucro cesante. Añade además la Sala de Suplicación, que no cabe **indemnización** por daño moral, ni por lucro cesante por las secuelas corporales, respecto de las secuelas y perjuicios estéticos determina que ya fueron valoradas por el juzgador de instancia y respecto del factor de corrección que ya ha sido aplicado en un porcentaje del 10%, por lo que desestima el recurso.

3.- La sentencia de contraste, resuelve cómo debe realizarse el cálculo de la **indemnización** por **accidente de trabajo** , en un supuesto de un trabajador que como consecuencia del mismo sufre secuelas determinantes de incapacidad permanente total con derecho a pensión del 55% incrementada en un 30% en concepto de recargo. La sentencia de suplicación, confirmatoria de la de instancia, desestima la demanda en reclamación de cantidad adicional por daños y perjuicios (130.957,30 euros, subsidiariamente 73.351,92 euros) razonando que "ni la gravedad de los daños ni la gravedad de la culpa, justifican de un modo evidente ese plus de responsabilidad que supone la **indemnización** por daño", habida cuenta -a los efectos indemnizatorios- de la cantidad que corresponde al capital-coste de la pensión por incapacidad permanente total reconocida. La Sala señala que con la **indemnización** se ha de pretender la plena indemnidad del perjudicado, es decir, aplicar el principio de reparación íntegra, guardando proporcionalidad entre el daño y la reparación. De esta forma se calcularán los daños de forma vertebral, explicando y motivando cada uno de ellos y el valor que tienen. Además, añade, que corresponde al juzgador de instancia valorar los daños producidos de forma que no sea caprichosa, desorbitada o injusta, y que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas es compensable con la parte de la **indemnización** reconocida por lucro cesante, pero no con las cantidades reconocidas por otros conceptos, de tal forma que solo se compensan conceptos homogéneos, modificando así la tradicional doctrina de la Sala, que entendía que siempre había que deducir la cuantía de las prestaciones recibidas del montante indemnizatorio que le correspondía al trabajador a excepción del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral. La sentencia reconoce finalmente el derecho a una **indemnización** de 121.509,91 euros, en concepto de lucro cesante por la situación de incapacidad temporal, daño moral por la situación de incapacidad temporal, lucro cesante por las secuelas corporales y daño moral por las secuelas físicas.

4.- Por otro lado, el art. 222 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) exige que el escrito de interposición del recurso contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción que se alega, como requisito para determinar la contradicción entre las resoluciones comparadas.

Como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, con referencia a la extensa doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, la relación precisa y circunstanciada de la contradicción debe realizarse a través de una comparación de los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias a comparar, y corresponde a la parte recurrente la carga de probar la existencia de la contradicción conforme al referido art. 222 LPL .

En este sentido, entre otras muchas, la [STS de 31 de enero de 2006 -rec.1857/2004 - \( RJ 2006, 2848 \)](#) , que en su F.D. 3º señala que: "*Es exigencia del artículo 222.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Sobre el sentido y alcance de este mandato, la Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones, como pone de relieve nuestra [sentencia de 28 de junio de 2005 \( RJ 2005, 8627 \)](#) (recurso 3116/2004 )*, en la que se

expone, como síntesis de la doctrina sobre esta cuestión, lo siguiente: 1) el principio jurídico que ha inspirado el establecimiento de este requisito es el de equilibrio procesal, enunciado en el artículo 75 de aquella Ley ( [STS 15-1-1992 \( RJ 1992, 38\)](#) , recurso 686/1991 ) de acuerdo con el cual el recurrente no puede imponer a la parte recurrida o a la Sala una investigación sobre la concurrencia de la contradicción de sentencias si no ha cumplido esta inexcusable carga, cuyo gravamen se ha de ponderar caso por caso ( [STS 7-10-1992 \( RJ 1992, 7621\)](#) , recurso 200/1992 ); 2) más concretamente, la finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que esta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos ( [STS 27-5-1992 \( RJ 1992, 3610\)](#) , recurso 1324/1991 ); 3) el análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal ( STS 30-4-1992 ) sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento ( [SSTS 12.7.94 \( RJ 1994, 6553\)](#) , recurso 4192/1992 ); 4) La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada ( [SSTS 27-2-1992 \( RJ 1992, 3610\)](#) y [27.2.95 \( RJ 1995, 1258\)](#) ); y 5) el análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito ( SSTS 22-7-1995 y [2-2-2005, recurso 5530/2003 \( RJ 2005, 2963\)](#) )."

### TERCERO

A la luz de dicha doctrina debe afirmarse en el presente supuesto que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina no satisface mínimamente las exigencias legales, pues tras señalar dos sentencias como contradictorias, la recurrida del TSJ de Andalucía (Granada) de [2/12/2009 \( AS 2010, 961\)](#) y la de esta Sala del Tribunal Supremo de [17 de julio de 2007 -recurso 513/06- \( RJ 2007, 8300\)](#) , sin referirse en concreto a ninguna de las dos, se limita el recurrente a manifestar que en ambos casos se trata de trabajadores contratados por una empresa privada de la construcción, que ambos sufrieron un accidente de trabajo motivado por la falta de medidas de seguridad con graves lesiones que determinaron su IPT, y que ejercitaron acciones en reclamación de cantidad sin añadir nada más a este respecto.

Continúa el recurso refiriéndose en el punto V a la "Legislación aplicable" y en el punto VI a la "Ratio decidendi", en los que no hay la más mínima comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas (recurrida y referencial).

En definitiva, se elude el análisis comparativo de las controversias, individualizado y pormenorizado acerca de los hechos, los sujetos, los fundamentos, las pretensiones y las decisiones concretas de cada resolución, todo ello en un litigio en que la cuestión debatida es compleja en muchos de sus matices; al igual que se hizo en el escrito de preparación en que el recurrente se limita a citar la sentencia de contraste señalando que "la sentencia impugnada y la de contraste son similares en cuanto al asunto tratado: reclamación de cantidad en concepto de indemnización a favor de un trabajador por la conculcación de sus derechos de seguridad e higiene -falta de medidas de seguridad-, por el empresario, sobre todo en lo concerniente a la necesidad de unificar los criterios orientadores a la hora de fijar la indemnización a favor de los trabajadores". El defecto apreciado es suficiente para acordar la desestimación del recurso.

A mayor abundamiento, tampoco concurre entre las sentencias comparadas la contradicción prevista en el artículo 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) . En el recurso de suplicación el trabajador altera los conceptos de lo pedido en la instancia, en los siguientes términos: a) No reclama nada en concepto de IT por lucro cesante; b) sí reclama ahora en concepto de IT por daños y perjuicios a razón de 27,12 euros por día no impeditivo, entendiéndose que tal suma cubre el daño moral, por 357 días lo que supone un total de 9.681,84 euros, c) Reclama por

lucro cesante por lesiones corporales la suma de 82.685 euros, exponiendo una serie de cálculos y justificando su pretensión en que tiene 50 años y le resulta difícil encontrar un nuevo trabajo; d) Por daño moral acepta lo fijado por el Juez y reclama 32.066,9 euros; e) Por último a dicha suma le aplica un factor corrector del 10% y obtiene la cantidad de 136.877,11 euros. En suma, el recurrente acepta no percibir nada en concepto de IT por lucro cesante y muestra su acuerdo con la cantidad fijada por las secuelas y perjuicio estético. Pero sostiene ahora, que se le debe abonar una cantidad por daño moral en concepto de IT cuando antes no distinguía y reclamaba IT de forma global, y que debe abonársele una indemnización porque la incapacidad le priva de encontrar trabajo en cantidad equivalente a la que reclamaba con anterioridad, es decir, cambia el concepto pedido para evitar el descuento.

Teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, es de notar que la sentencia de contraste, especialmente en el apartado decimocuarto al analizar la indemnización correspondiente a IT diferencia entre el lucro cesante -que ahora el recurrente no reclama- y el daño moral derivado de la IT que cuantifica con arreglo a la indemnización prevista en el baremo por día no impositivo como pretende el recurrente. Ahora bien, si bien en este punto en principio pudiere estimarse que concurre contradicción; lo cierto es que no puede apreciarse teniendo en cuenta que en suplicación se alteró el debate de instancia, con la consecuencia de que la petición en demanda era distinta. Respecto a las dolencias que padece el actor que han dado lugar a una IPT, no son coincidentes con las señaladas en la sentencia de contraste. En definitiva, no podría apreciarse la existencia de contradicción en los términos exigidos por el art. 217 LPL .

#### CUARTO

- Por lo dicho procede, tal como propone el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Hernan , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de fecha [2 de diciembre de 2009 -rec. 2021/09- \( AS 2010, 961 \)](#) , que resolvió el recurso de suplicación formulado por D. Hernan y Mapfre Empresas S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Almería, en autos nº 46/2008 seguidos a instancia del recurrente, frente JATAR, S.A., MAPFRE, FUENCASTEL S.A. y AXA-WINTERTHUR. 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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 24 noviembre 2010

[RJ2011\1208](#)



**INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO:**  
cuantía: determinación; cómputo o detracción de prestaciones de Seguridad Social: supuestos en que no procede: conceptos no homogéneos; intereses: determinación.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 651/2010

**Ponente:** Excmo Sr. José Manuel López García de la Serrana

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 651/2010) interpuesto por don Víctor Manuel contra la Sentencia de fecha 24-11-2009, del TSJ Castilla y León, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra «Gerardo García, SL» y otra, sobre reclamación de cantidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Carlos José Hernández Martín en nombre y representación de DON Víctor Manuel contra la sentencia dictada el [9 de diciembre de 2009 \( PROV 2010. 34523\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en recurso de suplicación nº 1691/09 , interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Palencia , en autos núm. 188/09, seguidos a instancias de DON Víctor Manuel contra GERARDO GARCÍA S.L., REALE SEGUROS GENERALES S.A. sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido REALE SEGUROS GENERALES S.A. representado por la Procuradora Doña Iciar de la Peña Argacha.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

## ANTECEDENTES DE HECHO



## PRIMERO

Con fecha 30 de junio de 2009 el Juzgado de lo Social nº 1 de Palencia dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- El actor D. Victor Manuel , mayor de edad, nacido el 24-4-1972 y con D.N.I. NUM000 ha prestado servicios laborales para la empresa demandada Gerardo García S.L. dedicada a la actividad de serrería y fabricación de piezas de alabastro y mármol, teniendo sus instalaciones en C/ Islas Canarias nº 3 del Polígono Industrial Nuestra Sra. de los Ángeles en Palencia. **2º**.- La categoría del Sr. Victor Manuel era la de oficial de 2ª marmolista, su antigüedad del 17-4-1998 y su retribución según Convenio Colectivo de la Construcción de Palencia. Su actividad inicialmente la desarrolló en el taller, utilizando una cortadora, siendo posteriormente desplazado a diversas obras tanto de cementerio (colocación y desmonte de panteones y placas de nicho) como en otros edificios (colocación y desmonte de escaleras, suelos y fachadas). **3º**.- La Comunidad de Propietarios de Avda Santander nº 5 de Palencia contrató con Gerardo García S.L. la ejecución de una obra de reforma del portal consistente en la demolición del pavimento y peldaños existentes en el portal (que salva el desnivel entre la calle y la cota siguiente del portal), la construcción de una rampa, colocación de escalera y nueva pavimentación del portal tanto del piso como de las paredes, solicitando y obteniendo la correspondiente licencia de obras por parte del Ayuntamiento de Palencia. **4º**.- A comienzos de febrero de 2007, Gerardo García S.L. inició la obra de reforma del portal del inmueble sito en Avda de Santander nº 5 de Palencia, destinando a la misma a dos empleados, concretamente, a D. Héctor , con categoría de oficial de 1ª y a D. Víctor Manuel . **4.1**.- El día 5-2-2007, se comenzaron las tareas de quitar las placas de la pared. **4.2**.- El día 6-2-2007, Gerardo García S.L. llevó a la obra los elementos de un andamio consistentes en dos bastidores o borriquetas verticales de tubo metálico, un travesaño lateral tipo cruz y 2 plataformas metálicas. Ambos trabajadores procedieron al montaje del andamio sin solicitar otros elementos a su empresario y así, los bastidores verticales fueron sujetos con el travesaño lateral, colocando una de las plataformas a un metro aproximadamente del suelo y la otra plataforma se sujetaba, a la misma altura en un lado en el andamio y en el otro en las escaleras del portal, no existiendo una gran distancia entre la plataforma y la pared. D. Víctor Manuel se subió a la chapa que estaba sujeta al andamio y a las escaleras, cogiendo un martillo de picar y al dar en una de las baldosas, se inclinó dicho trabajador hacia delante, resbalando la chapa y cayendo D. Ricardo al suelo. **4.3**.- No consta acreditado que el andamio se colocase perpendicular a la pared en la que tenían que trabajar los operarios de Gerardo García S.L. **5º**.- Gerardo García S.L. emitió un parte de accidente de trabajo indicando como datos:

- fecha del accidente: 6-2-2007.
- fecha baja médica: 6-2-2007.
- día de la semana: martes.
- hora del día: 10 h. (2º hora de trabajo).
- descripción: estaba subido en un andamio y metió el pie entre dos chapas del andamio y se cayó haciéndose daño en un pie.
- lugar: portal de una comunidad de propietarios.
- tipo de trabajo: colocando mármol.
- base reguladora diaria 32,04 #.

**6º**.- A consecuencia del accidente antes descrito, D. Víctor Manuel inició el 6-2-2007 una baja laboral por accidente de trabajo con el diagnóstico de fractura calcáneo con alta el 6-5-2008 con propuesta de invalidez, siendo ambos partes expedidos por Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274 con la que tenía la empresa Gerardo García S.L. cubiertos los riesgos profesionales de sus empleados. **7º**.- Ante el INSS, Dirección Provincial de Palencia, se tramitó expediente para la valoración laboral de D. Víctor Manuel , dictándose Resolución el 16-6-2008 reconociendo al Sr. Víctor Manuel una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, con base en los siguientes datos:

- Base Reguladora: 1.054,79 euros.
- Porcentaje de la pensión: 55%
- Nº de pagas anuales: 12
- Fecha de efectos económicos: 13-6-2008.
- Fecha de revisión: 12-6-2011.

**7.1.-** La situación objetivada Don. Ricardo fue la siguiente:

\* Cuadro clínico residual:

- fractura calcáneo pie izquierdo.
- distrofia regional compleja.

\* Limitaciones orgánicas y funcionales, todas ella en pie izquierdo:

- situación de talo-varo
- alteración de la movilidad
- dificultad en la bipedestación y deambulación sobre todo en terrenos irregulares.

**7.2.-** El trabajador fue dado de baja por su empresario en la Seguridad Social el 12-6-2008.

**8°.-** D. Víctor Manuel comenzó a trabajar el 19-1-2008 como peón de envasado en la empresa Snack de Castilla y León S.A. con cese el 30-1-2009 y nuevo alta con igual categoría y en la misma empresa el 25-2-2009, situación en la que permanecía al menos en mayo de 2009. **9°.-** D. Víctor Manuel realizó en octubre de 1989 un curso de monitor de atletismo en Palencia con una duración de 240 horas (40 horas lectivas presenciales y 200 horas de práctica), habiendo: obtenido la calificación de apto, estando en posesión del título de monitor nacional de atletismo desde mayo de 1991 no constando acreditado que se dedique profesionalmente a tal actividad. **10°.-** Las retribuciones brutas percibidas por D. Víctor Manuel desde febrero de 2007 han sido las siguientes:

**10.1.-** Febrero 2007:

- salario base 124,20 euros
- asistencia 35,20 euros
- plus extrasalarial 11,20 euros
- accidente 528,66 euros
- c. it. acc. 93,94 euros

793,20 euros

**10.2.-** Marzo 2007:

- accidente 744,93 euros
- c. it. acc. 134,37 euros

879,30 euros

**10.3.-** Abril 2007

- accte 720,90 euros
- c. it. acc. 84,90 euros

---

805,80 euros

**10.4.-** Mayo 2007

- accte 744,93 euros

- c. it. acc. 125,57 euros

870,50 euros

**10.5.-** Junio 2007

- accte 720,90 euros

- c. it. acc. 128,90 euros

849,80 euros

**10.6.-** P. extra verano: 173,24 euros.

**10.7.-** Julio 2007

- accte 744,93 euros

- c. it. acc. 125,57 euros

870,50 euros

**10.8.-** Agosto 2007

- accte 744,93 euros

- c. it. acc. 125,57 euros

870,50 euros

**10.9.-** Septiembre 2007

- accte 720,90 euros

- c. it. acc. 67,30 euros

788,20 euros

**10.10.-** Octubre 2007

- accte 744,93 euros

- c. it. acc. 125,57 euros

870,50 euros

**10.11.-** Noviembre 2007

- accte 720,90 euros

- c. it. acc. 111,30 euros

832,20 euros

**10.12.-** Diciembre 2007

- accte 744,93 euros

- c. it. acc. 72,77 euros

---

817,70 euros

**10.13.- Atrasos 2007**

- Salario base 48,96 euros
- Gratif. Extrasalarial 32,67 euros
- Asistencia -8,80 euros
- VaGo Disf. 15,98 euros
- PI extrasalarial 0,21 euros
- Accidente 603,58 euros

692,60 euros

**10.14.- Atrasos 2007 (enero-diciembre)**

- Salario base 15,65 euros
- Gratif. Extrasalarial 3,94 euros
- Asistencia 3,88 euros
- Vac Disf. 1,89 euros
- PI extrasalarial 1,30 euros
- Accidente 169,17 euros
- C. It. Acc. 3,06 euros

198,89 euros

**10.15.- Enero 2008**

- accte 801,89 euros
- c. it. Enf. 101,38 euros

903,27 euros

**10.16.- Febrero 2008**

- accte 750,16 euros
- c. it. ente 77,84 euros

828,00 euros

**10.17.- Enero/Febrero 2008**

- accte 30,95 euros
- c. it. ente 14,18 euros

45,13 euros

**10.18.- Marzo 2008**

- accte 817,94 euros
- c. it. acc. 82,54 euros

---

900,48 euros

**10.19.-** Abril 2008

- accte 791,55 euros

- c. it. acc. 107,37 euros

898,92 euros

**10.20.-** Mayo 2008

- accte 817,94 euros

- c. it. acc. 92,91 euros

910,85 euros

**11°.-** Las retribuciones brutas previstas en el Convenio Colectivo Provincial de la Construcción y obras Públicas de Palencia para la categoría de oficial de 2ª son las siguientes:

**11.1.-** Año 2007

- Salario base/día 22,60 #

- Plus asistencia y actividad/día 10,52 #

- Plus extrasalarial/día 3,49 #

- Vacaciones, Navidad, Verano/cada mes 1.025,81 #

- Cómputo anual 13.702,61 #

**11.2.-** Año 2008

- Salario base/día 23,62 #

- Plus asistencia y actividad/día 10,90 #

- Plus extrasalarial/día 3,61 #

- Vacaciones, Navidad, Verano/cada mes 1.090,88 #

- Cómputo anual 14.348,52 #

**12°.-** En fecha 1-2-2008, D. Victor Manuel presentó denuncia frente a la empresa Gerardo García S.L. ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Palencia. **12.1.-** Tal denuncia fue contestada por oficio de 11-3-2008 en los siguientes términos: "Efectuada la correspondiente actuación inspectora, no se han podido constatar las circunstancias que usted denuncia entre otras cuestiones, por el excesivo tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, hasta que los mismos han sido denunciados. En cuanto a los aspectos relativos a la información y formación preventiva, la empresa aporta documentación de haber efectuado los mismos, constando entre esta documentación registro de entrega de información preventiva firmado por usted y diploma expedido por Ibermutuamur del que usted figura como titular por haber participado en un curso sobre "Prevención de riesgos en el manejo de máquinas y herramientas". No obstante lo anterior, se ha procedido a emitir requerimiento a la empresa precitada para que refuerce e intensifique la labor de información y prevención de sus trabajadores sobre todo en relación con riesgos específicos". **12.2.-** Se efectuó requerimiento por la Inspección a la empresa Gerardo García S.L. en fecha 11-3-2008, a fin de que se adoptara de manera inmediata las siguientes medidas:

- Reforzar la información preventiva a los trabajadores.

- Intensificar la formación preventiva de los trabajadores, en especial, la referida a riesgos

específicos, relacionados con su prestación profesional de servicios.

- Tener permanentemente actualizada la evaluación de riesgos laborales.
- Cumplir con el resto de normativa que resulte de aplicación.

**13°.-** El 5-4-2002, D. Victor Manuel firmó un documento en el que reconocía haber recibido cierto equipo de protección individual consistente en casco, orejeras, botas de seguridad, guantes especiales, guantes de agua, ropa de protección frío y ropa de trabajo, comprometiéndose a usar y cuidar correctamente de tales equipos de protección así como informar de inmediato al superior de detectar defectos, anomalías u daños que puedan suponer una pérdida de la eficacia protectora. **13.1.-** Asimismo, en la misma fecha al Sr. Victor Manuel le fue entregada por escrito información sobre riesgos laborales generales y específicamente sobre sierra automática. **13.2.-** El 28-6-2005 se expidió por Ibermutuamur, Dirección de Prevención, un diploma a favor de D. Victor Manuel, como trabajador de Gerardo García S.L. acreditativo de haber realizado el curso de prevención de riesgos en el manejo de máquinas y herramientas, con una carga lectiva de 4 horas. **13.3.-** En mayo de 2006, fue sometido el Sr. Victor Manuel a un examen periódico de salud por parte de Ibermutuamur, siendo su resultado "apto para realizar su trabajo habitual de oficial de 2ª marmolista". **14°.-** Gerardo García S.L. tenía suscrita con efectos del 12-5-2006 y duración anual renovable, una póliza de seguro multirriesgo industrial con Reale Seguros Generales S.A. indicándose como asegurado "Gerardo García S.L."; como industria asegurada- situación del riesgo la de "Polígono Industrial Islas Canarias nº 3 de Palencia" con la actividad de fabricación y serrería de piezas de alabastro y mármol recogiendo como bienes y capitales asegurados/ continente/edificios y contenido: ajuar industrial y existencias; como garantías contratadas y entre otras, la responsabilidad civil empresarial o patronal, fijándose una responsabilidad por víctima de 150.000 euros, póliza obrante en autos a los folios 245 y siguiente y 259 y siguiente. **15°.-** D. Victor Manuel a consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 6-2-2007 presenta en pie izquierdo:

- Alteración en pie en situación de talo-varo.
- Artrodesis subastragalina, con limitación de movilidad (Nulas inversión/eversión del pie. 10° de extensión dorsal del pie (20° contralateral normal) y 20° de flexión plantar del pie (40° el contralateral normal).
- Claudicación /cojera a la deambulacion.
- Cicatriz quirúrgica de 8 cm. en cadera izquierda para toma de injerto óseo y de 5 cm. en cara externa de tobillo izquierdo.
- Dificultad para caminar por terrenos irregulares y para la bipedestación.

**16°.-** Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el 23-2-2009, el acto se celebró el 9-3-2009 con el resultado de "sin avenencia".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario alegada en el acto del juicio por la representación procesal de la empresa demandada y entrando a conocer del fondo del asunto, que desestimando la demanda inicial de estos autos interpuesta por D. Victor Manuel frente a la empresa Gerardo García S.L. y frente a Reale Seguros Generales, S.A., debo absolver y absuelvo a los citados demandados de las pretensiones deducidas en su contra".

## SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Victor Manuel ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, la cual dictó sentencia en fecha [9 de diciembre de 2009 \( PROV 2010, 34523\)](#), en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la representación de DON Victor Manuel contra la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Social numero 1 de PALENCIA (autos 188/2009), en virtud de demanda promovida por el recurrente

frente a la Empresa GERARDO GARCÍA SL y frente a REALE SEGUROS GENERALES SA, sobre DAÑOS y PERJUICIOS. En consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS el fallo de instancia revocando el fallo de la misma para, en su lugar, condenar solidariamente a GERARDO GARCÍA SL y a REALE SEGUROS GENERALES SA a indemnizar al actor en la cuantía de 11.047,75 euros más el interés legal de demora incrementado en un 50% y, a partir del 17 de junio de 2009, del 20%."

Con fecha 27 de enero de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, dicto auto de aclaración, en el que consta la siguiente parte dispositiva: "Procede la aclaración de la sentencia de 9 de diciembre de 2009 dictada en Recurso 1691/2009 , al haber incurrido en error debiendo subsanar el mismo en el sentido de que en el fundamento de derecho quinto conste "... y a partir del 17 de junio de 2010..." y que en consecuencia el fallo de la sentencia debe ser del tenor literal siguiente: "Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la representación de DON Victor Manuel contra la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Social numero 1 de PALENCIA (autos 188/2009), en virtud de demanda promovida por el recurrente frente a la Empresa GERARDO GARCÍA SL y frente a REALE SEGUROS GENERALES SA, sobre DAÑOS y PERJUICIOS. En consecuencia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS el fallo de instancia revocando el fallo de la misma para, en su lugar, condenar solidariamente a GERARDO GARCÍA SL y a REALE SEGUROS GENERALES SA a indemnizar al actor en la cuantía de 11.047,75 euros más el interés legal de demora incrementado en un 50% y, a partir del 17 de junio de 2010, del 20%.", manteniendo el resto de la sentencia inalterada."

#### TERCERO

Por la representación de DON Victor Manuel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 4 de marzo de 2010. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 3 de febrero de 2009 .

#### CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 29 de junio de 2010 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 diez días.

#### QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2010, fecha en que tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar con que conceptos de la indemnización de daños y perjuicios por accidente laboral puede compensarse el capital coste de la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual reconocida. Más concretamente, el recurso plantea si lo reconocido en concepto de indemnización básica por lesiones permanentes (Tabla III del Baremo aprobado para la reparación de los daños derivados de accidente laboral) y por el factor de corrección de la incapacidad permanente (Tabla IV del citado Baremo) puede ser compensado con el referido capital coste de la pensión reconocida por incapacidad permanente.

El problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias comparadas en el presente

recurso. La recurrida ha compensado con el importe del capital coste la totalidad de las cantidades reconocidas por los conceptos de indemnización básica por lesiones permanentes (12.326'23 euros con base en la Tabla III) y por los factores de corrección por incapacidad permanente (Tabla IV) que comprendían 1232'62 euros, diez por ciento de la cantidad anterior en función de los ingresos de la víctima, y otros 25.000 euros por el factor corrector de incapacidad permanente total. La sentencia de contraste, dictada por esta Sala el [3 de febrero de 2009 \( RJ 2009, 1186\)](#) (Rec. 560/2007 ), confirma la solución dada por la sentencia de instancia que excluyó de la compensación las cantidades reconocidas por el daño, secuelas físicas y daño estético, conforme a la Tabla III del Baremo citado y no reconoció cantidad indemnizatoria alguna por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente, dado que ese factor era compensado por la Seguridad Social, esto es con el capital coste de la pensión reconocida por ese instituto.

La contradicción en los términos requeridos por el art. 217 de la [L.P.L. \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) para la viabilidad del recurso que nos ocupa, se da sólo con respecto a si es compensable la indemnización reconocida por daño fisiológico y estético con el importe del capital coste de la pensión reconocida por el I.N.S.S. , ya que la sentencia recurrida procede a la compensación de esos conceptos, mientras que la de contraste rechaza esa compensación. Con respecto a la procedencia de la compensación de lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente con el capital coste de la pensión no existe contradicción, la sentencia referencial no abordó esa cuestión, porque no fijó indemnización alguna por ese concepto y no se planteó, por tanto, la posibilidad de compensar el mismo con la indemnización reconocida por otros. La sentencia de contraste se limita a dar por bueno lo que hizo la sentencia de instancia, que no concedió indemnización alguna por el factor de incapacidad permanente por entender que el mismo se compensaba con la pensión de la Seguridad Social. Consecuentemente, bien se estime que la sentencia referencial no abordó la cuestión controvertida, porque no la analizó, bien que, al convalidar lo resuelto en la instancia, aceptó la compensación controvertida, lo cierto es que no existe contradicción entre las sentencias comparadas en los términos requeridos por el artículo 217 de la L.P.L. . En el primer caso, porque no puede ser dispar de la recurrida la sentencia que no aborda, estudia y resuelve el tema controvertido. En el segundo, porque no son contradictorias las sentencias que llegan a igual solución, cual aquí acaece, dado que ambas acaban aceptando la compensación total del factor corrector de la incapacidad permanente con la pensión de la Seguridad Social reconocida por incapacidad permanente.

Al producirse la contradicción entre las sentencias comparadas sólo en el particular relativo a la posibilidad de compensar la indemnización básica reconocida por lesiones permanentes con el reconocimiento de una pensión vitalicia por incapacidad permanente en función del capital coste necesario para su pago, será esta la única cuestión de las que plantea el recurso que se resolverá por ser la que se encuentra necesitada de unificación. Conviene recordar que nos encontramos ante un recurso extraordinario que se establece en función del interés general, "ius constitutionis", consistente en la necesidad de que el ordenamiento jurídico se interprete y aplique de forma uniforme por los Tribunales, a fin de lograr la efectividad del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Por ello, el recurso no se concede, ni puede ser admitido cuando se trata de cuestiones respecto de las que no existe ese interés general, cuando no existen pronunciamientos contradictorios que deban ser unificados en aras a los principios señalados.

## SEGUNDO

Para resolver el fondo del asunto conviene recordar la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de [17 de julio de 2007 \( RJ 2007, 8303\)](#) (Rec. 4367/05 ) y [3 de octubre de 2007 \( RJ 2008, 607\)](#) (Rec. 2451/06 ), dictadas por el Pleno de la Sala, que ha sido reiterada por otras posteriores, como la referencial y las de [14 de diciembre de 2009 \( RJ 2010, 1431\)](#) (Rec. 715/09) y [15 de diciembre de 2009 \( RJ 2010, 2126\)](#) (Rec. 3365/08) entre otras. En la primera de las citadas dijimos: "Los artículos 1101 y 1106 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su



familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real".

"Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación. Y así con los demás conceptos, por cuánto se deriva del artículo del artículo 1.172 del Código Civil que el pago imputado a la pérdida de la capacidad de ganancia no puede compensarse con la deuda derivada de otros conceptos, máxime cuando la cuantía e imputación de aquél pago las marca la Ley, pues no son deudas de la misma especie".

"Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se afectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. La compensación parece que será más compleja cuando la cuantía de la indemnización se haya fijado atendiendo con carácter orientador al sistema para la valoración de los daños y los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que se contiene en el Anexo al [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre \( RCL 2004, 2310\)](#) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, pero la dificultad dicha es más aparente que real".

"En efecto, el citado Baremo establece diferentes indemnizaciones por los distintos conceptos que se contemplan en sus seis Tablas, con la particularidad de que las cantidades resultantes por cada concepto son acumulables. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcan por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa".

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos conlleva la estimación del recurso en este particular. En efecto, si la compensación debe operar entre conceptos homogéneos y las indemnizaciones que resarcan por la pérdida de la capacidad de ganancia, supuesto de la pensión reconocida por la Seguridad Social, sólo pueden compensarse con las indemnizaciones que reparan la pérdida de ingresos, el llamado lucro cesante, es claro que la indemnización reconocida por el daño fisiológico y moral que ha sido calculada con arreglo a la Tabla III del Baremo para la fijación de indemnizaciones por lesiones causadas en accidente de circulación que se aplica con carácter orientador, no puede ser compensada con el capital coste necesario para el pago de la pensión de la Seguridad Social, ya que, con este pago se compensa por el lucro cesante producido, mientras que con el otro se repara el daño físico causado, las secuelas que deja y el daño moral, esto es un daño diferente, lo que impide la compensación que realiza la sentencia recurrida, al no tratarse de conceptos homogéneos.

Procede, por tanto, estimar parcialmente el recurso y casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de que no cabe compensar los 12.326'33 euros reconocidos como indemnización básica por lesiones permanentes, cantidad en la que se debe incrementar la condena que contiene el fallo recurrido, cuyos pronunciamientos confirmamos en cuanto no se opongan al presente. Procede desestimar el resto de las peticiones del recurso en cuanto al fondo por no concurrir el requisito de existencia de pronunciamientos contradictorios sobre esas materias, que condiciona la admisión a examen de esas cuestiones. En cuanto a los intereses por mora en el pago de la cantidad aquí reconocida, es de aplicar el artículo 576, números 2 y 3, de la [L.E.C. \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , precepto del que se deriva que la aseguradora adeuda los intereses del artículo 20 de la [Ley 50/80, de 8 de octubre \( RCL 1980, 2295\)](#) , desde la notificación de esta sentencia, dado que la mora estaba justificada por tratarse del pago de un

---

concepto de dudoso adeudo, cual evidencia el hecho de que no se reconociera en suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Que estimando, como estimamos en parte, el recurso de casación para unificación de doctrina, formulado por el Letrado Don Carlos José Hernández Martín en nombre y representación de DON Víctor Manuel contra la sentencia dictada el [9 de diciembre de 2009 \( PROV 2010, 34523\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en recurso de suplicación nº 1691/09 , interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Palencia , en autos núm. 188/09, seguidos a instancias de DON Víctor Manuel contra GERARDO GARCÍA S.L., REALE SEGUROS GENERALES S.A. sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. Debemos casar y anular la sentencia recurrida en el particular indicado en el cuerpo de esta resolución, lo que obliga a elevar el importe de la indemnización reconocida en 12.326'23 euros y a fijar el importe total de la indemnización a pagar al actor en la cantidad total de 23.373'98 euros, pronunciamiento que se incorpora al fallo recurrido a la par que se confirman el resto de las decisiones que en él se toman, aunque precisando que los intereses por mora de la cantidad que se reconoce "ex novo" en esta sentencia sólo se deben a partir de la notificación de la misma. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 18 noviembre 2010

[JUR\2011\4483](#)



INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO. INTERESES. APLICACIÓN DEL ART. 20 LCS Y RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS. FALTA DE CONTRADICCIÓN RESPECTO DE LOS DOS MOTIVOS. ADEMÁS, PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN NUEVA RESPECTO DEL PRIMER MOTIVO Y FALTA DE CONTENIDO CASACIÓN RESPECTO DEL SEGUNDO.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 2381/2010

**Ponente:** Excmo Sr. Juan Francisco García Sánchez

## AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil diez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Francisco Garcia Sanchez

## HECHOS

### PRIMERO

Por el Juzgado de lo Social Nº 4 de los de La Coruña se dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2006, en el procedimiento nº 265/04 seguido a instancia de D. Edmundo contra ESTRUCTURAS Y OBRAS DE GALICIA, S.L. y MAPFRE INDUSTRIAL, S.A.S. y la empresa UNIÓN ATALAYA, S.L., sobre derechos, que desestimaba la pretensión formulada.

### SEGUNDO

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 23 de abril de 2010 , que estimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocaba íntegramente la sentencia impugnada con estimación parcial de la demanda.

---

## TERCERO

Por escrito de fecha 23 de junio de 2010 se formalizó por la Letrada D<sup>a</sup> María Dolores Lista Iglesias en nombre y representación de D. Edmundo , recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

## CUARTO

Esta Sala, por providencia de 30 de septiembre de 2010, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción, cuestión nueva y falta de contenido casacional. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de tres días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

### PRIMERO

El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral 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 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 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 ). Contradicción que no puede apreciarse en este caso.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de abril de 2010 (rec. 4042/2006 ), revoca la de instancia y estima parcialmente la demanda rectora del proceso. El actor sufrió en 2002 un accidente de trabajo , por cuyas secuelas fue declarado afecto de incapacidad permanente absoluta, reconociéndole la Sala de suplicación el derecho a lucrar una indemnización al apreciar que concurre el daño, el incumplimiento empresarial y el nexo de causalidad entre ambos -la indemnización se había denegado en instancia al no apreciar incumplimiento empresarial determinante del accidente --. En todo caso, por lo que al presente recurso interesa, trae la Sala a colación la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, según la cual al tratarse de una deuda de valor, en la fijación de la cuantía indemnizatoria debe estarse al baremo vigente al momento de cuantificación de la indemnización -- SSTS 17-7-2007, recs. 4367/2005 y 513/2006 --, lo que en este caso supone estar al vigente al momento de dictarse la sentencia de suplicación --al no haberse reconocido el derecho a indemnización en instancia--. Y en cuanto a la cuantificación de la indemnización , razona la Sala que las secuelas a considerar son las determinantes de una incapacidad permanente absoluta --hemiparesia grave derecha postraumática con compromiso medular C3/C4/C5; lesión medular incompleta a nivel C5/C6; artrodesis cervical C3/C4/C5; material de osteosíntesis en columna vertebral; hipertonia de mano y pié--, con consecuencias funcionales adicionales, a lo que se deben añadir los 207 días de baja impeditivos, de los que 94 fueron con estancia hospitalaria. Cantidad resultante de la valoración de la que se deben descontar 10.852,93 # en concepto de subsidio de incapacidad temporal, 134.630,13 # en concepto de capital coste de la incapacidad permanente absoluta, y 36.060,73 # en concepto de mejora colectiva pactada. Razonamiento al que añade la Sala que no cubren la totalidad del lucro cesante ni el subsidio de incapacidad temporal ni, muy especialmente, la pensión de incapacidad permanente, a la vista de que por las consecuencias funcionales adicionales derivadas de las secuelas del accidente de trabajo , estamos ante un supuesto donde la posibilidad de reintegración al mercado de trabajos más teórica que real, y que inciden en los actos más esenciales de la vida diaria, y en otras

actividades que, sin ser esenciales en la vida diaria, repercuten sobre la socialización o el disfrute del ocio.

También señala la sentencia que "el capital coste de la incapacidad permanente es elevado a causa de la juventud de la víctima, de modo que, si lo descontamos de una manera aritmética estricta, se estaría perjudicando a los trabajadores más jóvenes, llegando al absurdo de que, cuanto más edad, la cantidad a descontar sería menor y, en suma, la indemnización sería de mayor cuantía, cuando claramente el pretium doloris es mayor cuanto menor es la edad". En atención a lo dicho la Sala considerando las circunstancias personales y profesionales del trabajador accidentado, y las circunstancias del accidente de trabajo, así como las secuelas y sus consecuencias, descontando -no aritméticamente- la existencia de otras percepciones por el trabajador a consecuencia del accidente de trabajo, llega a la conclusión de que la indemnización adecuada es la de 280.000 #. Además señala la Sala, en cuanto a la aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que no procede la fijación de la indemnización por mora del asegurador por la necesidad de intervención judicial para la adecuada concreción de la indemnización, esto es: "la ausencia de liquidez de la indemnización impide el devengo de los intereses moratorios".

Contra esta sentencia interpone recurso de casación para unificación de doctrina el trabajador, construido sobre dos motivos de casación, el primero atacando la no imposición de intereses moratorios, y el segundo pretendiendo la aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro a la compañía aseguradora.

## SEGUNDO

Para viabilizar el primer motivo, aporta la parte de contraste la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2008 (rec. 414/2007), en la que a propósito de la indemnización por daños derivados de accidente de trabajo, se matiza, por lo que aquí interesa, la doctrina previa sobre los intereses por mora de los arts. 1.100, 1.101 y 1.108 CC, aclarando que el criterio mantenido por la STS de 17-7-2007 fue el de no aplicar intereses sino fijar la indemnización conforme a la actualización de los importes del baremo anexo a la LRCSCVM llevada a cabo por la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones vigente a la fecha de dictarse la sentencia. Pero la Sala considera conveniente flexibilizar la interpretación de los llamados intereses moratorios de manera que se apliquen automáticamente a favor del acreedor desde la interpelación judicial, atenuando así el principio "in illiquidis no fit mora", porque en definitiva las sentencias dictadas en la materia no producen efectos constitutivos sino que son meramente declarativas de un derecho que ya tenía el acreedor; derecho que exige para su completa satisfacción el abono de los intereses desde el momento en que se reclaman judicialmente. Ahora bien, todo ello en el bien entendido que el sistema de actualización y el de intereses no pueden utilizarse simultáneamente. Ciertamente, se sostiene en la sentencia que la solución adoptada --fijación de intereses-- "si bien ha de constituir regla general de aplicación, pese a ello no obsta a que en supuestos excepcionales sea factible acudir al mecanismo de la actualización; en el bien entendido de que ambos sistemas -intereses/actualización- son de imposible utilización simultánea".

Aunque pudiera apreciarse cierta contradicción entre las resoluciones comparadas, pues la sentencia recurrida aplica la doctrina previa de la Sala sobre la actualización del baremo, que la de contraste matiza a favor con carácter general del reconocimiento de intereses, debe tenerse en cuenta que la propia sentencia de referencia rechaza en todo caso la aplicación simultánea del sistema de actualización y del de fijación de intereses, admitiendo que excepcionalmente se opte por el primero, y en el caso de autos la Sala opta por la actualización, sin que resulte admisible una pretensión de acumulación, que parece la pretensión de la parte, y sin que proceda rechazar de plano la aplicación de esta regla, que, como la propia Sala reconoce, puede aplicarse en supuestos excepcionales --nótese, en todo caso, que la TS 18-10-2010 (Rec. 101/2010), sostiene en esta materia que como es deuda de valor se toma el baremo de la fecha del accidente, pero el valor debe actualizarse a la fecha de la sentencia que cuantifica el daño, aplica la doctrina de la STS 17-7-2007, teniendo en cuenta la STS 30-1-2008 --. Y en este punto, conviene destacar que mientras en el caso de referencia no fueron cuestionadas las secuelas del accidente y era indiscutible la relación de causalidad entre el daño y las infracciones empresariales del deber de seguridad --figuraban en los

hechos declarados probados de instancia-- siendo lo único que se debatía la compensación con la capitalización de las pensiones, por lo que la Sala entiende que los intereses moratorios se devengan automáticamente; en el caso que hoy nos ocupa no puede apreciarse con tal nitidez la concurrencia de tales circunstancias, no en vano es en suplicación cuando por primera vez se reconoce la relación de causalidad entre el daño y la infracción empresarial (negada en instancia), y cuando, lógicamente, por primera vez se fija el baremo para reconocer la indemnización. Se discutía pues el derecho mismo a indemnización en atención a las circunstancias del accidente, frente a la sentencia de referencia en la que la cuestión litigiosa no afectaba al derecho sino al reconocimiento efectivo de cantidad alguna en función de que procediese o no el descuento del capital coste.

Además, es preciso tener en cuenta que en la sentencia recurrida no se debate sobre la aplicación de los intereses previstos en los arts. 1.100, 1.101 y 1.108 CC, que es la cuestión litigiosa en el caso de referencia, y ello porque en realidad la parte lo único que plantea en suplicación es su derecho a indemnización por mediar incumplimiento empresarial determinante y la aplicación del art. 20 LCS en cuanto a los intereses adeudados por la aseguradora, sin que nada se discuta sobre los intereses que en su caso pudieran reclamarse a la empresa -se entiende que por la cuantía que supera el aseguramiento--. Por lo que está planteando una cuestión nueva desde la perspectiva descrita. Y la Sala ha señalado con reiteración que el carácter extraordinario del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación ( sentencias de 13 de diciembre de 1991, R. 771/1991 ; 9 de diciembre de 1993, R. 3729/1992 ; 14 de marzo de 1997, R. 2744/1996 ; 13 de julio de 2000, R. 1883/1999 ; 22 de junio de 2004, R. 3967/2003 ; y 3 de noviembre de 2005, R.1584/2004 , y 14 de mayo de 2008, R. 2119/2007 ), de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en el grado jurisdiccional de suplicación impide, lógicamente, que dicha contradicción pueda ser apreciada.

Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala que el término de referencia en el juicio de contradicción ha de ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por esa razón, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación ( sentencias de 13 de diciembre de 1991, R. 771/1991 ; 9 de diciembre de 1993, R. 3729/1992 ; 14 de marzo de 1997, R. 2744/1996 ; 13 de julio de 2000, R. 1883/1999 ; 22 de junio de 2004, R. 3967/2003 ; 3 de noviembre de 2005, R.1584/2004 , y 14 de mayo de 2008, R. 2119/2007 ).

### TERCERO

El segundo motivo, por su parte, se refiere ya en concreto a la aplicación del art. 20 LCS respecto de la compañía aseguradora, que la sentencia atacada había rechazado por entender que en tanto que hasta ese momento no se había producido reconocimiento alguno del derecho a indemnización era inapropiada la condena a intereses, toda vez que el propio precepto excepciona del pago de intereses en su apartado 8º los supuestos en los que la falta de pago se entiende justificada -- «No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable»--, condición que entiende la Sala concurre en el caso de autos, como se ha dicho, pues no se había reconocido aún el derecho a indemnización. En todo caso, para viabilizar este motivo se aporta de referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de junio de 2008 (rec. 2714/2005 ), en la que efectivamente en un supuesto en el que en instancia no se había reconocido el derecho del actor a la indemnización pretendida, ésta se reconoce en suplicación y se condena a la aseguradora al abono de los intereses previstos en el art. 20 LCS , razonado que tuvo conocimiento del siniestro amparado en la póliza y no abonó la indemnización. Pero no resulta posible apreciar contradicción porque lo que se discute en la sentencia de referencia en cuanto a los intereses que debe asumir la compañía es lo relativo a la fecha en la que se producen estos teniendo en cuenta el momento en el que la deudora tuvo conocimiento del siniestro, cuestión que no coincide con la presente, pues lo realmente debatido en este caso es si procede tal condena teniendo en cuenta que en el pleito se discutió el derecho mismo a la indemnización y el art. 20.8 LCS excluye de tal generación de intereses los supuestos en los que la falta de satisfacción de la indemnización o de

pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable, aplicación de la excepción descrita que en modo alguno se argumenta en el caso de referencia.

#### CUARTO

Además, carece el recurso de contenido casación en la pretensión litigiosa, toda vez que esta Sala ha venido admitiendo la no generación de los intereses dimanante del art. 20 LCS , cuando la postura mantenida por la aseguradora demandada -oponiéndose a la pretensión actora- resulta razonable y ajena a propósito dilatorio, lo que la sentencia recurrida entiende acontece en este caso, al discutirse el derecho mismo a indemnización por no estar clara la relación de causalidad entre el accidente y el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad. En este sentido, existe jurisprudencia consolidada relativa a que el impago «fundado en causa justificada o que no le fuese imputable» no genera intereses, contenida, por ejemplo, en SSTS 24-3-2003, rec. 3516/01 , 26-6-2001, rec. 3054/00 , 14-11-2000, rec. 3857/99 , 24-5-2000, rec. 1549/99 , 18-4-2000, rec. 3112/99 , 15-3-1999, rec. 1134/98 , 30-4-2007, rec. 618/06 .

Y la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que carezcan de contenido casacional de unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo (Auto de fecha 21 de mayo de 1992 (R. 2456/1991 ), y Sentencias de 3 de mayo de 2006 (R. 2401/2005 ), 30 de mayo de 2006 (R. 979/2005 ), 22 de noviembre de 2006 (R. 2792/2001 ), 29 de junio de 2007 (R. 1345/2006 ), 12 de julio de 2007 (R. 1714/2006 ), 3 de octubre de 2007 (R. 3386/2006 ), 15 de noviembre de 2007 (R. 1799/2006 ), 15 de enero de 2008 (R. 3964/2006 ), 21 de febrero de 2008 (R. 1555/2007 ), 28 de mayo de 2008 (R. 814/2007 ), y 18 de julio de 2008 (R. 1192/2007 ).

Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones, en el que insiste en la identidad sustancial de los supuestos comparados y en sus argumentos en cuanto al fondo, pero sin aportar datos relevantes que desarticulen las divergencias apreciadas por la Sala. Por lo demás, aunque es cierto que esta Sala tiene dicho que la identidad entre las resoluciones comparadas no ha de ser absoluta, no lo es menos que resulta consolidada la exigencia de que la misma sea sustancial y tal condición no se cumple en el caso de autos.

#### QUINTO

De conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 223 de la Ley de Procedimiento Laboral y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso, sin imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> María Dolores Lista Iglesias, en nombre y representación de D. Edmundo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 23 de abril de 2010, en el recurso de suplicación número 4042/06 , interpuesto por D. Edmundo , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de La Coruña de fecha 16 de mayo de 2006, en el procedimiento nº 265/04 seguido a instancia de D. Edmundo contra ESTRUCTURAS Y OBRAS DE GALICIA, S.L. y MAPFRE INDUSTRIAL, S.A. y la empresa UNIÓN ATALAYA, S.L., sobre derechos.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

---

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.



# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 13 octubre 2010

[JUR\2010\396531](#)



RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. NO PROCEDE. IMPRUDENCIA TEMERARIA DEL TRABAJADOR. FALTA DE CONTRADICCIÓN. FALTA DE DENUNCIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA INFRACCIÓN LEGAL. DESCOMPOSICIÓN ARTIFICIAL DE LA CONTROVERSA.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1313/2010

**Ponente:** Excma. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea

## AUTO

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil diez.

Es Magistrada Ponente la Excma. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

## HECHOS

### PRIMERO

Por el Juzgado de lo Social Nº 35 de los de Madrid se dictó sentencia en fecha 5 de marzo de 2.009, en el procedimiento nº 538/08 y acumulados seguidos a instancia de DEMOLICIONES TÉCNICAS S.A. y DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. contra Remedios y Fidel , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre recargo de prestaciones, que estimaba en parte la pretensión formulada.

### SEGUNDO

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. y de DEMOLICIONES TÉCNICAS S.A., siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 27 de enero de 2.010 , que el recurso interpuesto y, en consecuencia, la sentencia impugnada.

---

## TERCERO

Por escrito de fecha 21 de abril de 2.010 se formalizó por la Letrada Doña Olga Cornejo Cornejo, en nombre y representación de DOÑA Remedios y Fidel , recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

## CUARTO

Esta Sala, por providencia de fecha 10 de junio de 2.010 acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de medidas de seguridad y falta de contradicción, falta de denuncia y fundamentación de la infracción legal. Descomposición artificial de la controversia. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en el plazo de tres días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

### PRIMERO

La sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2010 (Rec. 4948/2009 ), revoca la sentencia de instancia en la que se impone a las empresas DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. Y DEMOLICIONES TÉCNICAS, S.A., un recargo de prestaciones del 30%, y deja sin efecto la Resolución del INSS por la que se imponía a las empresas un recargo de prestaciones del 50%. Consta probado que DEMOLICIONES Y RECICLADOS, S.L., que había sido subcontratada por la empresa DEMOLICIONES TÉCNICAS, S.A., contrató al trabajador como encargado de obra. Éste, sufrió un accidente el 17-01-2006 al pisar una placa de fibrocemento que se rompió, produciéndole un politraumatismo con resultado de muerte como consecuencia de su caída desde una altura de aproximadamente 8 metros. La empresa DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. tenía un concierto con un Servicio de Prevención ajeno para adherirse al plan de seguridad elaborado por DEMOLICIONES TÉCNICAS S.A., para elaborar plan de trabajo con riesgo de amianto. El trabajador realizó 3 cursos de formación en materia de prevención de riesgos laborales, y disponía de equipo de protección individual en el que se incluía "arnés de seguridad anticaída" (entre otros) y se le entregaron folletos informativos sobre trabajo con amianto. Consta probado que en el momento de sufrir el accidente el trabajador no se encontraba sujeto, si bien un compañero suyo le ofreció una cuerda de rape para tal fin que el trabajador no quiso utilizar. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social impuso sanción por falta grave en grado máximo y propuso recargo de prestaciones. Por Resolución de 13-11-2007, se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, y se impone un recargo del 50% a las dos empresas solidariamente. En instancia se rebaja el recargo al 30% por entender que se tiene que atenuar la responsabilidad como consecuencia de la imprudencia profesional de la conducta del trabajador. El recurso de suplicación presentado por las empresas, que entienden de que no deben ser responsables porque el trabajador cometió una imprudencia temeraria, es estimado por la Sala de suplicación, que revoca la sentencia de instancia y deja sin efecto la Resolución de 13-11-2007, por entender que no cabe imponer recargo de prestaciones al ser el siniestro consecuencia de una imprudencia profesional debida a un exceso de confianza por parte del trabajador, ya que: 1) las empresas cumplieron sus obligaciones en materia de seguridad y salud, ya que el trabajador había sido formado y disponía de equipo de protección individual compuesto, entre otros elementos, por un arnés de seguridad anticaída, y 2) el trabajador no usó una medida de protección frente al riesgo de caídas en altura que fue expresamente ofertada por su compañero en el momento de acceder a la cubierta.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina la viuda del trabajador, fundamentando su recurso en tres motivos para lo que aporta tres sentencias de contraste, si bien es preciso indicar que la parte recurrente, descomponiendo artificialmente el significado unitario de la controversia, ha tratado de introducir varios temas de contradicción para poder designar otras tantas sentencias de contraste a estos efectos.

Este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión (como la jurisdicción, la caducidad o el problema de fondo), que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario, como tiene reiteradamente establecido esta Sala en sentencias de 5 de marzo de 1998 (R. 2407/1997 ), 20 de julio de 2001 (R. 4207/1999 ), 25 de octubre de 2002 (R. 2096/2000 ), 20 de julio de 2004 (R. 540/2003 ), 31 de enero de 2005 (R. 4715/2003 ), 15 de marzo de 2005 (R. 5793/2003 ), 19 de febrero de 2007 (R. 2870/2005 ) y 9 de febrero y 5 de mayo de 2009 ( R. 4115/07 y 761/2008 ).

En efecto, si bien el recurrente estima que existen tres motivos del recurso: 1) en relación con la concurrencia de culpas a la hora de determinar el porcentaje a aplicar en el recargo de prestaciones, 2) en relación con la falta de medidas de seguridad de la empresa, y 3) en relación con la calificación de la actitud del trabajador como imprudencia temeraria, en su propio escrito de interposición concreta que el asunto objeto de debate "es la procedencia o no de un recargo de prestaciones como consecuencia de falta de medidas de seguridad, y en todo caso, si cabe la concurrencia de culpas entre empresario y trabajador, o solamente se debe apreciar como causa única del accidente una imprudencia temeraria del trabajador fallecido", añadiendo que "podría ser casada la sentencia por una o varias de ellas". En realidad y como determina en el suplico, el recurrente pretende se declare "la imposición de un recargo de prestaciones derivado de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad ", siendo éste el único motivo del recurso.

## SEGUNDO

A mayor abundamiento, tampoco puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y ninguna de las seleccionadas en cuanto que contradictorias respecto de los tres motivos que alega el recurrente, y el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral 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 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 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 ). 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 ; 18-7-08, 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, R. 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y 1138/2008 ).

Considera la recurrente que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de febrero (Rec. 615/2008 ), respecto de la existencia de concurrencia de culpas a la hora de determinar el porcentaje a aplicar en el recargo de prestaciones, si bien no puede apreciarse la existencia de dicha contradicción porque no existe identidad en los hechos que constan probados en ambas sentencias. Consta en esta primera sentencia de contraste que el trabajador sufrió un accidente de trabajo mientras se encontraba en la techumbre de un edificio fijando placas de ondulina, provisto de un cinturón con arnés de seguridad sujeto a una línea de vida, en un momento próximo a la conclusión de la jornada de trabajo , para apremiar la salida, se desprendió del cinturón para llegar a la escalera de acceso al tejado, sin advertir que las placas no estaban fijadas, por lo que al pisarlas se precipitó al suelo, a consecuencia

de lo cual sufrió daños que determinaron que fuera declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Reclama el trabajador indemnización por daños y perjuicios, pretensión desestimada en instancia y revocada en suplicación, en donde se condena al abono de 174.168,85 euros más el 10%, por entender la Sala que concurren por un lado negligencia del empresario al no disponer de medidas de protección colectiva, y del trabajador al desprenderse del cinturón.

No puede apreciarse por lo tanto existencia de contradicción porque lo que se discute en la sentencia recurrida es si procede o no la imposición de un recargo de prestaciones, mientras que en la sentencia de contraste el objeto del recurso es la procedencia o no de indemnización por falta de medidas de seguridad. Además, no existe identidad entre los hechos que constan probados en ambas sentencias, ya que mientras que en la sentencia recurrida consta que la empresa puso a disposición del trabajador medidas de protección individual, dio formación específica y el trabajador rechazó el uso del arnés ofrecido por un compañero, en la sentencia de contraste dichos hechos no constan.

### TERCERO

Tampoco podría apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como término de comparación para el alegado segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la recurrente en relación con la falta de medidas de seguridad de la empresa, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 15 de enero de 2008 (Rec. 1117/2007), ya que igualmente no existe identidad entre los hechos que constan probados en ambas sentencias. En dicha sentencia de contraste consta que el trabajador sufrió un accidente al precipitarse al vacío desde la cubierta de una obra desde una altura de unos 9 metros sobre el forjado del techo de la planta semisótano, al no llevar puesto el cinturón de seguridad que se le había facilitado para su fijación a la línea de vida existente en la cubierta, constando probado que la empresa no tenía contratada una persona encargada de supervisar la ejecución del trabajo ni la correcta utilización de medidas individuales de seguridad, si bien existía un estudio de seguridad y salud de la obra ejecutada en el que ante el riesgo de caída a distinto nivel, se establecían medidas de protección individuales y colectivas. En instancia se reduce el recargo del 50% fijado por Resolución del INSS de 27-09-2006, al 30%, revocando la Sala de suplicación la sentencia para fijar la cuantía del recargo en el 40%, por entender que existió un incumplimiento empresarial de las medidas de prevención, ya que no disponía de valla de protección y no aseguró el cumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad.

Tampoco puede apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para este alegado segundo motivo del recurso, ya que en la sentencia recurrida consta que el trabajador rechazó la utilización del arnés ofrecido por un compañero antes del accidente, hecho que no consta en la sentencia de contraste, además de que en la sentencia recurrida consta que la empresa había ofrecido al trabajador cursos, medidas de protección individual y folletos informativos, hechos que no constan en la sentencia de contraste.

### CUARTO

Nuevamente, tampoco podría apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2008 (Rec. 3503/2007), seleccionada para el tercer motivo alegado, relativo a la calificación de la actitud del trabajador como imprudencia temeraria. Consta en la sentencia de contraste que el trabajador sufrió un accidente del que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, cuando estaba subido a un andamio colgado que constaba de diversos módulos independientes, cuyos pescantes se iban desmontando a medida que se terminaba el trabajo, lo que provocó la expulsión del pescante del que colgaba el andamio en que estaba situado el trabajador, al estar próximo al que estaban desmontando. El plan de seguridad de la obra carecía de análisis de riesgos derivados del desmontaje de andamios ni sobre la función que se estaba realizando. Los trabajadores que desmontaron el andamio lo hacían por primera vez y el trabajador tenía el cinturón de seguridad puesto pero no anclado a la línea de vida de la plataforma. En suplicación se confirma la sentencia de instancia por la que se confirma la Resolución del INSS en la que se declarara la existencia de responsabilidad empresarial y recargo de prestaciones del 40%, por entender la Sala que no puede

apreciarse imprudencia temeraria en la conducta de un trabajador que no hizo uso adecuado del cinturón de seguridad que llevaba puesto.

Obvia decir que no puede tampoco apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como término de comparación, pues mientras que en la sentencia de contraste consta que el trabajador tenía puesto el cinturón de seguridad si bien no estaba anclado a la línea de vida, de lo que se deduce una actuación negligente pero no una imprudencia temeraria del trabajador, en la sentencia recurrida el trabajador rechazó el uso del arnés ofrecido por su compañero y no utilizó el puesto a su disposición por el empresario. Además, tampoco existe identidad en el resto de hechos probados de ambas sentencias, pues en la sentencia recurrida consta que el empresario había puesto a disposición del trabajador medidas individuales de protección, le había dado formación sobre prevención de riesgos y distribuido folletos informativos sobre medidas de seguridad, mientras que en la sentencia de contraste consta que no existía análisis de los riesgos de desmontaje del andamio cuya caída provocó el accidente, y los trabajadores que lo desmontaron lo hacían por primera vez.

#### QUINTO

Por último, el recurso de casación para la unificación de doctrina es de carácter extraordinario y debe por eso estar fundado en un motivo de infracción de ley, de acuerdo con el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal. La exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia «no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia» (sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 2008, R. 2206/2006 y 5 de marzo de 2008, R. 1256/2007 y 4298/2006, 14 de mayo de 2008, R. 734/2007 y 1671/2007; 17 de junio de 2008, R. 67/2007; 25 de septiembre de 2008, R. 1790/2007; 2 y 7 de octubre de 2008, R. 1964/2007 y 538/2007; y 3 de noviembre de 2008, R. 2791/2007). Así se deduce, no sólo del citado art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de aplicación supletoria en ese orden social, cuyo artículo 477.1 prescribe que "el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", mientras que el artículo 481.1 LEC impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso. El incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º LEC (entre otras, sentencias de 8 de marzo de 2005, R. 606/2004; 28 de junio de 2005, R. 3116/2004; 16 de enero de 2006, R. 670/2005 y 8 de junio de 2006, R. 5287/2004; 7 de junio de 2007, R. 767/2006; 21 de diciembre de 2007, R. 4193/2006; 16 y 18 de julio de 2008, R. 2202/2007 y 1192/2007; 19 y 25 de septiembre de 2008, R. 384/2007 y 1790/2007; 22 de octubre de 2008, R. 4312/2006; 16 de enero de 2009, R. 88/2008; y 17 de febrero de 2009, R. 2401/2007).

El recurrente no cita el precepto o preceptos que considera infringidos, por lo que tampoco argumenta el motivo por el cual considera que existe la infracción legal, simplemente identifica las sentencias de contraste y señala cuál es la normativa alegada por las empresas en suplicación respecto del primero de ellos, pero sin fundamentar si basa el recurso de casación para la unificación de doctrina en dichos preceptos o en otros.

#### SEXTO

Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 13 de julio de 2010, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 10 de junio de 2010, pero sin aportar elementos novedosos y relevantes al respecto, simplemente señalando que lo relevante es que no se ha aplicado el art. 123 de la LGSS, e insistiendo en la existencia de contradicción, que, como se ha antevisto, no existe, sin que sirva, como alega la recurrente, el que no exista una identidad total entre la sentencia recurrida y las seleccionadas de contraste.

---

**SÉPTIMO**

De conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 223 de la Ley de Procedimiento Laboral y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso, sin imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**LA SALA ACUERDA:**

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Olga Cornejo Cornejo en nombre y representación de DOÑA Remedios y Fidel contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de enero de 2.010, en el recurso de suplicación número 4948/09 , interpuesto por DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. y DEMOLICIONES TÉCNICAS S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid de fecha 5 de marzo de 2.009, en el procedimiento nº 538/08 y acumulados seguidos a instancia de DEMOLICIONES TÉCNICAS S.A. y DEMOLICIONES Y RECICLADOS S.L. contra Remedios y Fidel , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre recargo de prestaciones.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 9 febrero 2010

[RJ2010\2832](#)



**ACCIDENTE NO LABORAL:** requisitos y supuestos: suicidio. MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: establecidas en convenio colectivo: contingencias protegidas: accidente no laboral: intento de suicidio.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1703/2009

**Ponente:** Excm. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

El TS **desestima** los recursos de casación para la unificación de doctrina (núm. 1703/2009) interpuestos por Previsora General Mutualidad Laboral y «Securitas Seguridad España, SA» contra la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de fecha 23-03-2009, dictada en autos promovidos por don Ezequiel contra las recurrentes, sobre reclamación de cantidad.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los Letrados D. Javier Montero García-Noblejas y D. Sotero Manuel Casado Matías, en nombre y representación de PREVISORA GENERAL MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL y de la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA S.A., respectivamente, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha [23 de marzo de 2009 \( AS 2009. 1102\)](#) , recaída en el recurso de suplicación nº 771/08, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, dictada el 5 de diciembre de 2007, en los autos de juicio nº 451/07, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Ezequiel contra la aseguradora Previsora General y la empresa Securitas España, S.A., sobre Reclamación de cantidad.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala

## ANTECEDENTES DE HECHO

---

**PRIMERO**

Con fecha 5 de diciembre de 2007, el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por D. Ezequiel contra la empresa Securitas Seguridad España S.A. y Previsora General, absolviendo a dichas demandadas de los pedimentos deducidos en su contra."

**SEGUNDO**

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "Primero.- El actor, D. Ezequiel prestaba sus servicios para la empresa Securitas Seguridad España S.A., con la categoría profesional de vigilante de seguridad. En fecha 22 de junio de 2006 el actor, tras intento autolítico con arma de fuego, fuera de la jornada laboral, sufrió rotura de ambos nervios ópticos, iniciando etapa de incapacidad temporal. Por resolución de 9-4-07 de la Dirección Provincial de Toledo del I.N.S.S. fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a la correspondiente pensión; Segundo.- La empresa Securitas Seguridad España S.A. tenía suscrita póliza de seguro por accidente colectivo con Previsora General, que incluía como garantía el riesgo de muerte, invalidez permanente absoluta, total, y gran invalidez, por accidente durante 24 horas. La cobertura comprendía accidente, entendiéndose por tal, según el art. 1 la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del sujeto protegido, quedando excluido el accidente provocado intencionadamente por el sujeto protegido (art. 4.); Tercero.- Se presentó papeleta de conciliación frente a Securitas Seguridad España S.A., que se celebró el 20-6-07, con el resultado de intentado sin avenencia, manifestando la empresa que tiene concertada la contingencia de seguro de convenio con la aseguradora Previsora General; Cuarto.- En el acto del juicio oral la actora rectificó la cantidad solicitada que asciende, de acuerdo con lo previsto en el Convenio Colectivo, a 35.641,70 euros."

**TERCERO**

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Ezequiel formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó [sentencia en fecha 23 de marzo de 2009 \( AS 2009, 1102 \)](#), en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D. Ezequiel, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, de fecha 5 de diciembre de 2007, en Autos nº 451/07, sobre reclamación de cantidad en concepto de mejora voluntaria de Seguridad Social, siendo recurridas las empresas PREVISORA GENERAL MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL Y SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., debemos revocar la indicada resolución, estimando la demanda, declarando el derecho del actor a percibir en concepto de mejora voluntaria, como consecuencia de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente no laboral, la cantidad de 35.641,70 #, condenando a su abono a la entidad PREVISORA GENERAL MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL."

**CUARTO**

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, las respectivas representaciones letradas de la aseguradora PREVISORA GENERAL MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL y de la empresa SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., interpusieron el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 3 de octubre de 2002, rec. suplicación 1446/02.

**QUINTO**

Se admitieron a trámite ambos recursos, y tras ser impugnados por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar



IMPROCEDENTE el recurso.

## SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 3 de febrero de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

.- El Juzgado de lo Social núm. I de los de Toledo Dictó sentencia el 5 de diciembre de 2007, autos 451/07 , desestimando la demanda formulada por D. Ezequiel contra Securitas Seguridad España S.A., y Previsora General, en reclamación de cantidad. Tal y como resulta de dicha sentencia tras la revisión de los hechos probados efectuada por la sentencia de suplicación, al amparo del artículo 191 b) de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) , el actor venía prestando servicios para la empresa Securitas Seguridad S.A., con la categoría profesional de vigilante de seguridad, habiendo sido declarado el 9 de abril de 2007, por resolución de la Dirección Provincial de Toledo del INSS, en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente no laboral, debido a la rotura de ambos nervios ópticos, sufrida tras intento autolítico con arma de fuego, fuera de la jornada laboral. La empresa Securitas Seguridad España, S.A. tiene suscrita póliza de seguro por accidente colectivo con Previsora General, en la que se incluye como garantía el riesgo de muerte, invalidez permanente absoluta, total y gran invalidez por accidente durante 24 horas. La cobertura comprendía el pago de las indemnizaciones contratadas según lo dispuesto en el Convenio Colectivo de ámbito supraempresarial correspondiente , según artículo 1 .

Recurrida en suplicación por la parte actora la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó [sentencia el 23 de marzo de 2009 recurso número 771/08 \( AS 2009, 1102 \)](#) , estimando el recurso formulado, declarando el derecho del actor a percibir, en concepto de mejora voluntaria, como consecuencia de haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, derivada de accidente no laboral, la cantidad de 35.641'70 euros, condenando a la entidad Previsora General, Mutualidad de Previsión Social, al abono de dicha cantidad. La sentencia entendió que el intento de suicidio del actor y la invalidez permanente absoluta derivada del mismo constituyen un accidente no laboral pues éste se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psicofísico desarrollado de forma paulatina, en consecuencia, cuando la causa del óbito fuera directamente una causa externa, no un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Continua razonando la sentencia que, si bien en el artículo 3.3 del clausulado de la póliza se dispone que "las garantías se extienden a los accidentes, entendidos como lesión corporal, derivada de causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado..." lo que excluiría en principio el intento de suicidio de tal garantía, sin embargo, el examen conjunto de sus cláusulas, en especial, el encabezamiento de la póliza, firmada por los que formalizan la misma, la relación de coberturas y capitales asegurados quedan directamente referidos al Convenio Estatal de Empresas de Seguridad, diversificándose en las de muerte, incapacidad permanente absoluta, total y gran invalidez, derivadas de accidente, durante 24 horas, sin ninguna otra especificación o exclusión, indicándose seguidamente el importe en euros de los capitales asegurados por cada una de esas contingencias para el año 2006, coincidente plenamente con los que figuran en el respectivo Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada para dicha anualidad, derivándose de ello la exacta correspondencia entre el contenido de la Póliza suscrita y el artículo 60 del citado Convenio , por lo que la posterior definición efectuada en las cláusulas generales de la póliza, dentro de la explicitación de las diversas modalidades de contratación, transcribiendo la definición de accidente que se contiene en el artículo 100 de la [Ley de contrato de seguro \( RCL 1980, 2295 \)](#) , no implica una voluntad paccionada de alterar el alcance atribuible al concepto de accidente, laboral o no laboral, contemplado en el Convenio y en la legislación de la Seguridad Social.

Contra dicha sentencia se han interpuesto sendos recursos de casación para la unificación de

doctrina, por la representación letrada de Previsora General, Mutualidad de Previsión Social y por la representación letrada de Securitas Seguridad España, S.A., invocando ambos recurrentes como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el [3 de octubre de 2002](#) , [recurso 1446/02 \( PROV 2003, 102971\)](#) , firme en el momento de publicación e la recurrida.

## SEGUNDO

.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el [3 de octubre de 2002](#) , [recurso 1446/02 \( PROV 2003, 102971\)](#) , desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Arcadio Barrio Pacho, en representación de D. Urbano y otra contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social numero 1 de los de Madrid, de fecha 24 de diciembre de 2001 , en virtud de demanda formulada por los expresados recurrentes contra Prosegur Servicios de Seguridad, Winterthur S.A., Prosegur, Servicios de Seguridad y Custodia S.A., en reclamación de cantidad. Consta en dicha sentencia que D. Urbano y Doña Angelina son los únicos herederos de D<sup>a</sup> Cecilia . Doña Cecilia , que prestaba servicios para Prosegur, mientras se encontraba en el ejercicio de sus funciones profesionales se suicidó con el arma de fuego que portaba. Prosegur, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 62 del [Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, vigente para el periodo 1997-2001 \( RCL 1998, 1441\)](#) , tiene suscrita con la demandada Winterthur una póliza de seguro colectivo a favor de los trabajadores, con un capital asegurado de 4.400.000 pesetas, en caso de muerte derivada de accidente laboral o extralaboral. La sentencia entendió que el suicidio de la trabajadora con el arma que portaba, mientras prestaba servicios como vigilante de seguridad no tiene la consideración de accidente laboral ni extralaboral ya que no existe base legal que permita considerar que el suicidio es un accidente por la propia naturaleza de las distintas situaciones y porque tratándose de asegurar la muerte por accidente, de la definición que del accidente otorga el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro , no resulta que el suicidio pueda tener aquella consideración.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral respecto a uno de los extremos resueltos por la sentencia recurrida, a saber si el suicidio -o intento de suicidio con resultado de incapacidad permanente absoluta- de un trabajador, que en ambos supuestos es vigilante de seguridad, prestando servicios para empresa de seguridad, y que efectúa el suicidio con el arma reglamentaria, siendo de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, constituye un accidente no laboral, a efectos del citado Convenio; Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios pues, en tanto la recurrida entiende que es un accidente no laboral, la de contraste niega el carácter de accidente ni laboral ni extralaboral al suicidio.

No se ha citado sentencia alguna de contraste, ni la cuestión ha sido resuelta por la única sentencia de contraste aportada, respecto a si la póliza suscrita con la aseguradora, en el caso examinado, la Previsora General, Mutualidad de Previsión Social, cubre el siniestro, caso de que el mismo se considerara accidente no laboral, por lo que esta Sala ha de ceñirse únicamente al examen del primer extremo de la cuestión planteada.

## TERCERO

.- La recurrente Previsora General, Mutualidad de Seguros, alega infracción del artículo 60 del [Convenio Colectivo Estatal para Empresas de Seguridad 2005-2008 \( RCL 2005, 1185\)](#) , así como de la doctrina jurisprudencial aplicable, y de los artículos 1, 100 y 102 de la [Ley del Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295\)](#) , así como de los artículos 1281 y 1282 del [Código Civil \( LEG 1889, 27\)](#) , aduciendo, en esencia, que el suicidio no puede encuadrarse dentro del concepto de accidente no laboral y, en el supuesto de que se considere tal, en ningún caso sería responsable la aseguradora

recurrente, ya que del contrato de seguro del Convenio Colectivo concertado se desprende que el supuesto de suicidio (o su tentativa) no puede considerarse cubierto bajo la póliza suscrita.

Por su parte la recurrida Securitas Seguridad España S.A. alega infracción del artículo 60 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada en relación con el artículo 100 de la Ley del Seguro, así como del artículo 115.3 de la [Ley General de la Seguridad Social \( RCL 1994, 1825\)](#). Aduce el recurrente que el suicidio no procede ser calificado como no accidente, tal como lo define el artículo 100 de la ley del contrato del seguro, por cuanto que si bien la causa puede ser violenta, súbita o externa, no es ajena a la intencionalidad del asegurado.

El artículo 60 del Convenio Estatal para las Empresas de Seguridad establece lo siguiente: "Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para el año 2005 por un capital de 27.586,45 euros por muerte y de 34.942,84 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor".

Hay que poner de relieve la dificultad que se presenta para delimitar los supuestos de accidente no laboral, debido fundamentalmente a que la configuración del mismo viene efectuada en la Ley de forma negativa, por referencia al accidente de trabajo de manera que, a tenor del artículo 117.1 L.G.S.S. se considerará accidente no laboral el que conforme a lo establecido en el artículo 115 no tenga el carácter de accidente de trabajo.

La jurisprudencia ha venido examinando diversos supuestos a fin de determinar si los mismos constituían o no accidente no laboral.

Así las sentencias de [2-6-94 \( RJ 1994, 5400\)](#), [20-10-94 \( RJ 1994, 8099\)](#) y [25-1-95 \( RJ 1995, 411\)](#) han establecido que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA puede ser enfermedad de trabajo por vía del artículo 115.2 e) L.G.S.S., si se contrae por personal sanitario con ocasión o como consecuencia de la actividad profesional realizada. Sin embargo, si se adquiere como consecuencia del consumo de drogas, por vía parenteral, entonces el padecimiento constituye una alteración de la salud, que se desarrolla progresivamente en un periodo más o menos largo y que es lo que fundamenta su definición como enfermedad común.

SEGUNDO.- En la primera de las sentencias dictadas ha establecido: "*Aun cuando en la sentencia citada se resuelve atendiendo a otras dolencias distintas del SIDA, es esta enfermedad la que se considera a los efectos de atribuir a la situación enjuiciada la consideración de accidente no laboral a los efectos de no precisar la cotización necesaria, para merecer la protección correspondiente a dicha figura. Por tanto, la cuestión estriba en determinar si el padecimiento mencionado, integra o no el concepto de accidente no laboral.*"

TERCERO.- *Aun con un criterio amplio, representado por la concepción del accidente como un suceso imprevisto y desgraciado del que resulta un daño, no podría llegarse a la conclusión que obtiene y postula el recurrente; dada la divulgación, que desde hace años se viene realizando con referencia a la enfermedad indicada como causa del fallecimiento del esposo de la demandante, no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado, es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia, porque siendo externo, por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad, tardío, perezoso, hasta llegar al resultado fatal, no puede catalogarse como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino, ni imprevisto, sin cabida en los conceptos que los artículos 84 y 85 de "la Ley General de la Seguridad Social presentan."*

En las sentencias de [27-5-98 \( RJ 1998, 5700\)](#), [22-10-99 \( RJ 1999, 8738\)](#) y [27-11-02 \( RJ 2003, 1932\)](#), el Tribunal Supremo ha entendido que la muerte por sobredosis debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, razonando lo siguiente en la última de las sentencias citadas: "*partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencias entre lo que es accidente y lo que es enfermedad -en sentencias que alcanzan desde la STS de 17 de junio de 1903 a las [STS de 2 de](#)*

[junio de 1994 \( RJ 1994, 5400 \)](#) , y [25 de enero de 1995 \( RJ 1995, 411 \)](#) -, *llego a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto 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".*

*En estos supuestos la causa de la muerte debe imputarse a un accidente".*

En los supuestos en que el fallecimiento se ha debido a infarto de miocardio o enfermedades similares, en cuanto al modo súbito de manifestarse, el Tribunal Supremo ha establecido en una constante jurisprudencia, de la que podemos citar, entre otras, la [sentencia de 30-4-01, C.U.D. 2575/00 \( RJ 2001, 5132 \)](#) , lo siguiente: " *Ni la remisión del art. 117.1 de la LGSS ( RCL 1994, 1825 ) opera sobre todo el marco de definición del accidente de trabajo del art. 115 , ni cabe entender que haya sido la intención del legislador establecer una asimilación como la sostiene el recurrente, entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral. Hay que subrayar que el repetido art. 117.1 tiene por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de "accidente", en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el núm. 2 del art. 115 y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e) f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el núm. 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4. El art. 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la lesión corporal y aunque se refiere al art. 115 lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma. Es una referencia excluyente, que saca fuera del área de la acción del art. 117.1 todo lo que se comprende en aquel otro precepto. Desde luego, hay una lesión en el accidente no laboral, como la hay en el accidente de trabajo o en la enfermedad, común o profesional, pues lesión, según el Diccionario de la Real Academia, es "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", pero lo que caracteriza la noción de accidente no laboral, frente a la enfermedad común, no es la lesión que es elemento coincidente en ambos conceptos, sino el ser un accidente, es decir, una acción súbita, violenta y externa, como recuerda, plasmando una larga tradición conceptual, el art. 100 de la [Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro \( RCL 1980, 2295 \)](#) . Estas características no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardíaca; ni el esfuerzo derivado del ejercicio del deporte puede, en rigor, considerarse como acción exterior y violenta, en las circunstancias que constan en el relato fáctico. Se trata de una actividad que se realiza por la propia voluntad del interesado, quien la lleva a cabo con su propio cuerpo. Es cierto que la jurisprudencia de forma constante ha venido calificando de accidente de trabajo los infartos de miocardio (o enfermedades similares en cuanto al modo súbito de manifestarse) que se producen cuando la persona que los sufre se encuentra en el tiempo y lugar de su trabajo. Pero no puede olvidarse que, al menos en la gran mayoría de esos pronunciamientos, se llega a tal conclusión, no por el hecho de considerar que infarto es un accidente en si mismo, sino porque lo considerar incluido como una enfermedad de trabajo, en el sentido amplio que ha venido a retener el art. 115, en varios apartados de su núm. 2 . Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la previsión entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo. Reflexiones que confirma el propio art. 117, en su núm. 2 cuando establece que constituyen enfermedad común las "alteraciones de la salud" que no tengan la condición de accidentes de trabajo, conforme al art. 115.2 en su apartados e), f) y g); es decir, se subraya la presencia en el citado art. 115 de enfermedades, según su letra, además entendida extensivamente por la jurisprudencia cuando se cuenta con un enlace, al menos legalmente presumido, con la actividad laboral".*

En cuanto a la consideración que merece el suicidio, a los efectos de su reconocimiento como **accidente** , ha sido examinada por esta Sala en [sentencia de 25 de septiembre de 2007, recurso](#)

[5452/05 \( RJ 2007, 8316\)](#) , en la que ha establecido lo siguiente: "Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta finales de los años sesenta suelen descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como **accidente de trabajo** , cualesquiera que sean sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de **trabajo** . A partir de 1970 las decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo. En ocasiones se estima la reclamación de las **indemnizaciones de accidente de trabajo** solicitadas por los familiares sobrevivientes, y en ocasiones se llega a la conclusión contraria. Ello no significa, sin embargo, falta de criterio uniforme sobre el enjuiciamiento de estos litigios. Se trata más bien de la consideración como elementos determinantes de las decisiones adoptadas de ciertos factores circunstanciales y contingentes, que concurren unas veces y están ausentes otras en los casos enjuiciados. Tales factores determinantes se refieren siempre o casi siempre a la conexión de causalidad entre el **trabajo** la conducta de suicidio, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o de la enfermedad mental que conduce a la decisión suicida.

Una primera sentencia que se suele citar en las exposiciones en la materia es la dictada por esta Sala de lo Social el 31 de marzo de 1952 . En ella se niega la calificación de accidente de trabajo, a pesar de la inmediatez entre el suicidio del trabajador y una acusación contra el mismo de robo de material de trabajo. También se descarta la calificación de accidente del trabajador en otra sentencia de la casación social de 29 de marzo de 1962 , razonando que en el suicidio de un trabajador internado en un hospital por causa de un accidente de trabajo previo ha de haber, y no la hubo en el caso, una relación de causa a efecto "directa" y exclusiva entre el trastorno mental padecido por el trabajador (obsesión por quedar inútil para el trabajo) y la decisión de suicidarse. Otra sentencia del año siguiente (STS 19-2-1963 ) resuelve también con signo negativo, "pues establecida la voluntariedad de la muerte sufrida por el causante de la recurrente, no existe la relación de causalidad entre el trabajo que efectuaba aquél con el siniestro acaecido". A la misma conclusión llegó otra sentencia de los años sesenta (STS 28-1-1969 ) , donde se acredita que el trabajador (cocinero de un barco) se suicidó, arrojándose al mar, como "consecuencia de un estado patológico mental", pero sin que constara "la menor indicación de que éste fuera causado por el trabajo que efectuaba a bordo de la nave, ni que fuera por ello agravado ni desencadenado".

El análisis del suicidio del trabajador desde la perspectiva del nexo causal existente en concreto entre el acto suicida y el trabajo prestado, que se detecta ya con claridad en la última de las sentencias citadas, da lugar a una primera sentencia estimatoria de la calificación de accidente de trabajo, que (s.e.u.o.) es la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de octubre de 1970 . Se acredita en el caso que el suicidio fue provocado por una situación de trastorno mental, producida a su vez por las vicisitudes y secuelas de un accidente de trabajo. La sentencia de instancia había estimado la demanda de pensiones a familiares sobrevivientes (esposa e hijos) y la sentencia de casación desestimó el recurso, identificando como causa eficiente del suicidio un "trastorno mental de tipo depresivo" derivado de una "larga hospitalización" por accidente de trabajo y de "repetidas intervenciones quirúrgicas", circunstancias del litigio que determinaron la fatal decisión. Ha seguido la estela de esta sentencia otras del año 1974 (STS 26-4-1974 ) .

El mismo enfoque, pero desestimando la reclamación de accidente de trabajo, mantiene la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 1972 , que no aprecia la existencia del nexo causal en la producción de la muerte por suicidio enjuiciada. Esta sentencia se fija en el argumento de la presunción legal de laboralidad de las lesiones letales autoinferidas en el lugar de trabajo, llegando a la conclusión de que la "privación voluntaria de la vida" es "prueba en contrario" que impide en principio el despliegue de los efectos habituales de dicha presunción legal. También descarta la calificación de accidente de trabajo a efectos de una mejora voluntaria de Seguridad Social, la [sentencia de esta misma Sala de 9 de marzo de 1987 \( RJ 1987, 1362\)](#) ; se resuelve en el caso sobre un suicidio por precipitación al vacío "desde lo alto de la fábrica donde trabajaba" de un trabajador que padecía "trastornos psíquicos", que no constaban producidos por el medio de trabajo, para cuyo tratamiento había estado internado en la sección de neuropsiquiatría de un hospital público.

CUARTO.-.- Las consideraciones de los apartados anteriores ponen de manifiesto la relevancia que en el enjuiciamiento de los supuestos de suicidio tienen las circunstancias de cada supuesto

concreto. Si bien es cierto que la presunción de laboralidad del actual art. 115.3 [LGSS \( RCL 1994, 1825\)](#) 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."

La reciente sentencia de la Sala de [10 de Junio de 2009, recurso 3133/08 \( RJ 2009, 4555\)](#), se ha pronunciado de forma rotunda, en un supuesto que guarda enorme similitud con el ahora examinado -vigilante de seguridad que aparece muerto en los vestuarios por herida de bala que el mismo se causó-razonando acerca del suicidio en cuanto a su consideración como accidente lo siguiente: " 5.- A tenor de dicha doctrina, el accidente no laboral se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta. En su consecuencia cuando la causa del óbito, repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Si ello es así, sin duda que el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria. O dicho de otra manera, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Entender lo contrario, implicaría -dada la practica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado.

6.- Esta es también, la solución que desde la perspectiva de la Seguridad Social viene dando el Instituto Nacional de la Seguridad Social a la problemática de la inclusión del suicidio entre las contingencias protegidas por el Sistema, según se desprende de la Resolución de 22 de septiembre de 1976, de la Dirección General de Ordenación y Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social. Esta resolución, rechazando expresamente la calificación del suicidio como enfermedad común, sostiene el criterio de considerar el suicidio como accidente no laboral, salvo su posible determinación como accidente de trabajo o que se hubiera producido con la intención de conseguir una determinada prestación, lo que no se presume, no existiendo en el presente caso el menor atisbo sobre dicha posibilidad."

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido y dado el carácter de accidente no laboral del suicidio, forzoso es concluir que el mismo entra dentro de la cobertura del artículo 60 del [Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad Privada \( RCL 2005, 1185\)](#) y, al haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede desestimar los recursos formulados.

#### CUARTO

.- No procede entrar en el examen de si la póliza suscrita por la empresa demandada con la entidad Previsora General, Mutuality Laboral, cubre o no todos los supuestos contemplados en el artículo 60 del precitado Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad pues, como ya adelantábamos, respecto a tal cuestión no se ha citado por la entidad aseguradora recurrente, en su escrito de interposición del recurso, sentencia de contraste alguna, incumpliendo los requisitos que para recurrir establecen los artículos 217 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral \( RCL 1995, 1144, 1563\)](#). En efecto la única sentencia citada de contraste por la aseguradora, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de [3 de octubre de 2002, recurso 1446/02 \( PROV 2003, 102971\)](#), no contiene dato alguno que permita vislumbrar el contenido de la póliza de seguro colectivo suscrita por la empresa demandada Prosegur con Winterthur S.A., por lo que no es posible determinar si concurre el requisito de identidad respecto a la póliza suscrita por la empresa demandada de la sentencia recurrida Securitas Seguridad España S.A. con Previsora

---

General, Mutualidad de Previsión Social.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por Previsora General Mutualidad Laboral y por Securitas Seguridad España S.A. contra la Sentencia dictada el [23 de marzo de 2009 \( AS 2009, 1102\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha , en el recurso de suplicación núm. 771/08, interpuesto por D. Ezequiel contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo en autos 451/07, seguidos a instancia de D. Ezequiel contra las ahora recurrentes. Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, dándose a la consignación efectuada por la Previsora General Mutualidad Laboral el destino legal. Se condena en costas a los recurrentes, incluyendo los honorarios del letrado de la recurrida que impugnó los recursos.

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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 20 enero 2010

[RJ2010\3110](#)



**RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:** la imprudencia no temeraria del trabajador no exime de responsabilidad empresarial, sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje del recargo.

**Jurisdicción:** Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1239/2009

**Ponente:** Excmo Sr. Aurelio Desdentado Bonete

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1239/2009) interpuesto por doña Fidela y otros contra la Sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 29-12-2008, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por «Arcillex, SA» contra los recurrentes y otros, sobre recargo de prestaciones.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Fidela y de sus hijos Florian Y Mario , representados y defendidos por el Letrado Sr. Oteo García-Gutierrez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 2092/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de octubre de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, en los autos nº 453/07, seguidos a instancia de la empresa ARCILLEX, S.A., contra dichos recurrentes, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO, sobre recargo de prestaciones.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos la empresa ARCILLEX, S.A., representada por el Procurador Sr. Infante Sánchez y defendida por Letrado, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por el Letrado Sr. Suñer Ruano.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete** ,



---

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO**

- El 29 de diciembre de 2.008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia , en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, en los autos nº 453/07 , seguidos a instancia de la empresa ARCILLEX, S.A., contra dichos recurrentes, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO, sobre recargo de prestaciones. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa ARCILLEX, S.A., asistida por el Letrado d. Manuel Infante Sánchez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de los de Madrid, de fecha 19 de octubre de 2.007, en autos nº 435/07, en virtud de demanda formulada por la empresa ARCILLEX, S.A., contra el INSS, TGSS, D<sup>a</sup> Fidela y sus hijos Florian y Mario y ASEPEYO Nº 151, en materia de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social, estimamos la demanda formulada, revocamos y dejamos sin efecto la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración, con devolución del depósito a la empresa recurrente una vez haya adquirido firmeza la presente resolución. Sin hacer declaración de condena en costas".

**SEGUNDO**

La sentencia de instancia, de 19 de octubre de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Everardo figuraba afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM000 incluido en el Régimen General y prestaba servicios por cuenta de la empresa demandada Arcillex S.A., con la categoría profesional de Especialista. La codemandada Fidela era la esposa del trabajador fallecido quienes tenían dos hijos menores, Florian y Mario , siendo beneficiarios de pensión de viudedad la primera y los dos últimos de sendas pensiones de orfandad, además de una **indemnización** a tanto alzado y auxilio por defunción. ---2º.- El día 18-11-03 y mientras prestaba servicio para su empleadora el trabajador Everardo sufrió un **accidente** a consecuencia del cual falleció al resultar atrapada la cabeza por una pinza de una máquina. ---3º.- El puesto de **trabajo** que ocupaba habitualmente el actor era el de operario de la máquina de moldeo, la cual forma parte del conjunto de máquinas para la producción en cadena de productos cerámicos estructurales (ladrillos, tejas, baldosas). El **accidente** tuvo lugar en la zona de esmaltado, en dicha zona hay diferentes máquinas, las cuales son entre otras: cinta transportadora de alimentación de ladrillos y brazo robot de entrada que tiene una pinza que atrapa los ladrillos desde la cinta de alimentación a la cinta transportadora de la cabina de esmaltado. Esta zona está parcialmente protegida por vallas de malla metálica y una puerta de acceso, no obstante el acceso a todos los elementos móviles de la línea de esmaltado es posible a través de zonas que no tienen valla y a través de la puerta; asimismo dicha zona contaba con una escalera de acceso directo a las cintas transportadoras y zonas del brazo robot. Esta línea con un puesto de **trabajo** en el que un operario controla desde un pupitre-consola la producción. Desde dicho pupitre no se tiene visibilidad de todos los elementos de la línea y en concreto del brazo robot de entrada. El brazo robot donde ocurrió el **accidente** se mueve de manera automática cogiendo de la cinta transportadora los ladrillos perfectamente apilados y los lleva a la cinta de esmaltado. Cuando los ladrillos que tiene que coger no guardan el apilamiento preciso, el robot brazo detiene el movimiento y no baja a cogerlos, siendo preciso entonces que un operario manualmente los coloque correctamente. La reactivación de brazo robot, cuando se ha detenido por defecto de apilado, es automática una vez que ha detectado que el apilamiento es correcto, sin necesidad de orden expresa de reanudación. ----4º.- El día del **accidente** , 18-11-03, el trabajador Sr. Everardo prestaba servicio en el turno de noche en el puesto de moldeo mientras que en puesto de esmaltado lo hacía el compañero Arturo . Una de las máquinas de la línea de esmaltado, en concreto el robot de salida, sufrió una avería, lo que provocó que hubiera de pararse toda la producción y dar aviso al encargado de taller Fermín para que reprogramara el robot. Cuando llegó el encargado de taller a la fábrica, encontró hablando a los dos operarios quienes le

expusieron el problema existente. El encargado solucionó el problema del brazo robot de salida mediante una actuación en la consola-pupitre y a continuación puso toda la línea de esmaltado en funcionamiento para comprobar que la reparación era correcta, permaneciendo éste junto al operario Arturo en la consola y en un momento dado el brazo robot de entrada se paró, y al darse cuenta de ello ambos se desplazaron unos pasos para tener visibilidad de la zona comprobando que el brazo robot se había puesto en funcionamiento y tenía atrapado al Sr. Everardo por la cabeza, a quien había perdido de vista mientras comprobaban el funcionamiento de la línea de esmaltado. Dicho operario se percató de la causa de la parada del robot que no fue otra que la defectuosa colocación de los ladrillos, pasando a dicha zona del robot, procediendo a colocar los ladrillos, momento en el que el brazo robot reanudó el movimiento, atrapándole la cabeza, a consecuencia de lo cual falleció (informe inspección de **trabajo** , testifical de Fermín ). ----5º.- A consecuencia del **accidente** , se incoaron diligencias penales, procedimiento abreviado 2503/03 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arganda del Rey. ----6º.- La Inspección de **Trabajo** levantó acta de infracción nº 179/04 con fecha 24-2-04 apreciando tres infracciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa Arcillex calificadas como graves en su grado medio, proponiendo como sanción para cada una de ellas 6.010,13 euros. Asimismo formuló la Inspección de **Trabajo** propuesta de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad con recargo del 30% respecto de la empresa Arcillex S.A. ----7º.- El INSS mediante resolución de 7-4-04 acordó la iniciación de expediente en materia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad contra la empresa Arcillex S.A. a la vez que acordaba la suspensión del procedimiento administrativo en tanto no finalice por resolución judicial el procedimiento penal. Posteriormente por resolución de 4.4.06 se acordó por el INSS levantar la suspensión del procedimiento y continuar su tramitación. Se emitió informe-propuesta por el EVI en fecha 24-5-06 por la que declaraba la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el **trabajo** en el **accidente** sufrido por el trabajador Everardo el 18-11-03 y declaraba la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social se incrementen en el 30% con cargo a la empresa Arcillex S.A. ----8º.- formuló la empresa reclamación previa que fue desestimada por resolución 22-3-07".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda por ARCILLEX, S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO, Fidela , Florian y Mario , debo absolver y absuelvo a los demandados de las peticiones formuladas en su contra".

### TERCERO

El Letrado Sr. Oteo García-Gutierrez, en representación de Dª Fidela y de sus hijos Florian Y Mario , mediante escrito de 20 de abril de 2.009, 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 Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Burgos), de 21 de marzo de 2.000. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 40.2, 43.1 y 2 de la Constitución Española, artículo 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad social y artículos 14.2, 15 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales .

### CUARTO

Por providencia de esta Sala de 21 de abril de 2.009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

### QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

---

## PRIMERO

La sentencia recurrida, con estimación del recurso y de la demanda de la empresa, ha revocado la resolución del INSS que reconocía el recargo de prestaciones como consecuencia del accidente de trabajo que provocó el fallecimiento del trabajador causante. El accidente se produjo al ser atrapada la cabeza del trabajador por una pinza de un robot de salida. Relatan los hechos probados que el accidente tuvo lugar en la zona de esmaltado -distinta de la de moldeo, donde trabajaba el causante- cuando se produjo una avería en el robot de salida. El acceso al lugar donde operaba el robot de salida estaba aislado por unas vallas, pero era posible la entrada a través de zonas que no las tenían. El trabajador se percató de que la causa de la parada del robot era la defectuosa colocación de los ladrillos, por lo que pasó a la zona de esmaltado y procedió a colocar los ladrillos de forma correcta, momento en que, puesta en funcionamiento la línea de esmaltado por el encargado, que no tenía desde donde se encontraba posibilidad de ver al accidentado, el brazo del robot atrapó a éste por la cabeza. La sentencia recurrida considera que la conducta del trabajador ha sido imprudente por entrar en una zona "en la que no trabajaba" y por actuar de forma unilateral sin que nadie se lo ordenara cuando además se considera que es obvio, "sin necesidad de información ni advertencia previas, el grave peligro que conlleva el entrar en el ámbito de actuación de los robots". La sentencia recurrida concluye apreciando que la conducta de la víctima ha roto la relación de causalidad, que no puede imputarse a la empresa y ello, aunque se admite que hubo omisiones de medidas de seguridad; omisiones que con más detalle se describen la sentencia de instancia, en la que se establece que: 1º) "la línea de esmaltado compuesta por varias máquinas con elementos móviles y agresivos carecía de dispositivos y medidas" que impidieran "el acceso de trabajadores en dichas zonas móviles y agresivas de manera súbita e imprevista" y 2º) "el brazo del robot carecía de un mecanismo que evitara el reinicio del movimiento del mismo automáticamente una vez parado por cualquier causa, esto es, carecía la máquina de un dispositivo de seguridad, que parara de forma definitiva la máquina cuando el brazo se detuviera por defecto de colocación de los ladrillos, de forma que hubiera de reactivar el movimiento desde la consola-pupitre una vez solventada la dificultad", (artículos 14 y 17.1 de la [Ley de Prevención de Riesgos Laborales \( RCL 1995, 3053 \)](#) , artículo 3.1 y 4 del [Real Decreto 1215/1997 \( RCL 1997, 2010 \)](#) , Anexo I 1.1.3º, 1.2 y 12 y Anexo II 1.1, 1.2 y 1.4 ). En el acta de infracción que obra en las actuaciones y que se recoge en los hechos probados de la resolución impugnada (folios 108 y 178 y 179) se determinan también infracciones en relación con la evaluación de riesgos (artículo 16.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y artículos 2.2, 3.1, 4, 5 y 7 del [Real Decreto 39/1997 \( RCL 1997, 208 \)](#) ) y con las obligaciones de formación e información (artículos 18.1 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1215/1997 ).

Se aporta como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social de Burgos de 21 de marzo de 2000 . En ella se enjuicia la aplicación del recargo en un supuesto en el que el accidente se produjo en una cadena de elaboración de artículos de cerámica cuando el trabajador, que se encontraba realizando su función de controlar el paso de la materia prima, al observar que la máquina estaba atascada, se introdujo dentro del recinto de la misma y con la máquina en marcha, comenzó a limpiar un rodillo y la cinta transportadora, atrapándose el brazo derecho entre el rodillo y la cinta transportadora. La sentencia de contraste considera que existe una relación de causalidad entre el accidente y el incumplimiento de la empresa, porque las vallas no impedían por completo el acceso a la zona de riesgo, la máquina carecía de un mecanismo de parada automática y no se había proporcionado al trabajador la formación oportuna. Por ello, mantiene el reconocimiento realizado en vía administrativa.

## SEGUNDO

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. La parte empresa recurrida niega la contradicción, alegando que hay un hecho diferencial consistente en que mientras que en la sentencia de contraste el trabajador estaba en su puesto de

trabajo en el momento del accidente, en la sentencia recurrida se desplazó al lugar de riesgo donde no debía estar. La diferencia no sería relevante, porque lo decisivo es la concurrencia de la imprudencia del trabajador, no los detalles de la misma. Además lo cierto es que también hubo desplazamiento al lugar de riesgo en el caso de la sentencia de contraste, pues el trabajador estaba situado "en el exterior del recinto de la maquinaria, rodeada de una valla metálica de seguridad" y se introdujo en dicho recinto para arreglar la máquina. Añade la empresa que el grado de imprudencia del trabajador en la sentencia recurrida es más grave -imprudencia temeraria- que el que tiene en cuenta la sentencia de contraste. Pero 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.

### TERCERO

- El único motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 40.2, 43.1 y 2 de la [Constitución Española \( RCL 1978, 2836 \)](#), artículo 4.2.d) y 19.1 del [Estatuto de los Trabajadores \( RCL 1995, 997 \)](#), artículo 123.1 de la [Ley General de la Seguridad social \( RCL 1994, 1825 \)](#) y artículos 14.2, 15 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, así como la doctrina de la [sentencia de 12 de julio de 2007 \( RJ 2007, 8226 \)](#). La denuncia es acumulativa y excesiva. Pero debe estimarse. Lo que se ha producido es una concurrencia de culpas en la medida en que el daño surge, por una parte, de las infracciones de las normas de seguridad imputables a la empresa, que la sentencia recurrida acepta y admite, pero también de una conducta de la propia víctima, que, con la intención de reparar el desperfecto, entra en la zona de riesgo y procede por su cuenta a realizar una serie de operaciones bajo el alcance del robot. Las dos conductas tienen relevancia causal, porque sin las infracciones de la empresa el **accidente** no hubiera tenido lugar, ya que el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo o de entrar se hubiera impedido la acción de la máquina. Pero tampoco se habría producido el **accidente**, si el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo. Ahora bien, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala de lo Civil de este Tribunal, que recoge también nuestra sentencia 12 de julio de 2007, la culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo -en este caso los incumplimientos de la empresa-, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima. El daño es imputable también a la empresa, porque si no se hubieran producido las omisiones en materia de prevención que le son imputables el **accidente** no hubiera tenido lugar. Cuando se produce esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la de la víctima) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, como ha hecho la sentencia recurrida, sino que, a partir de una generalización de la regla del artículo 1103 del [Código Civil \( LEG 1889, 27 \)](#), hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la **indemnización** a cargo del agente externo (sentencias de la Sala de lo Civil de este Tribunal de [21 de marzo de 2000 \( RJ 2000, 2023 \)](#), [21 de febrero de 2002 \( RJ 2002, 2894 \)](#), [25 de abril de 2002 \( RJ 2002, 4033 \)](#), 11 de julio de 2008 y 17 de julio de 2008). Como señala la [sentencia de 21 de febrero de 2002 \( RJ 2002, 2894 \)](#), "el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el **trabajo** se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos". Por su parte, nuestra sentencia de 12 de julio de 2007 señala en la misma línea que "la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del **trabajo** no tiene" cuando no opera como causa exclusiva del **accidente** "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 Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador".

### CUARTO

La sentencia recurrida, al excluir de forma completa la indemnización a cargo de la empresa por la

culpa concurrente, ha incurrido en la infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social , por lo que, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación. Para ello hay que tener en cuenta que la resolución administrativa que se impugna en la demanda ha establecido un recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social que debe abonar la empresa. Ese porcentaje es el mínimo que fija el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social . En consecuencia, aunque se haya apreciado la concurrencia de culpa de la víctima ese porcentaje no puede ser revisado, pues no es posible fijar otro inferior ponderando la concurrencia de culpa de la víctima, ponderación que sólo podrá realizarse en la medida en que el porcentaje aplicable sea superior. No es posible, por tanto, estimar el recurso de suplicación de la empresa, pues la aceptación de la concurrencia de culpa del trabajador no tiene ningún efecto en orden a la variación del fallo de instancia, lo que determina la desestimación del recurso y la condena de la empresa demandante al abono de las costas de suplicación y a la pérdida del depósito que constituyó para interponer el mencionado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Fidela y de sus hijos Florian Y Mario , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 2092/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de octubre de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid , en los autos nº 453/07, seguidos a instancia de la empresa ARCILLEX, S.A., contra dichos recurrentes, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO, sobre recargo de prestaciones. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la empresa demandante. Condenamos a la mencionada empresa al abono de las costas del recurso de suplicación; costas que consistirán en los honorarios de los Letrados de las partes recurridas en la cuantía que fijará la Sala de suplicación se si a ello hubiere lugar. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir en suplicación al que se dará su destino legal.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.