

Consulta realizada

Búsqueda en Jurisprudencia

Día y hora:	23-09-2014 09:53:18		
Relevancia:	mayorque3		
Texto:	indemnizacion accidente trabajo		
Resumen:			
Voces:			
Tribunal:			
Fecha desde:	1/1/2014	Fecha hasta:	31/12/2014
Normativa aplicada:			
Disposiciones examinadas:			
Artículos:			

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 12 mayo 2014

[RJ2014\3756](#)



PROCEDIMIENTO DE DECLARACION DE INCAPACIDAD PERMANENTE: trámite de audiencia a la empresa responsable por falta de medidas de seguridad en el momento del accidente: omisión: inexistencia de nulidad de actuaciones por no haber producido indefensión.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 635/2013

Ponente: Excmo Sr. José Luis Gilolmo López

El TS **estima** los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el INSS y por el trabajador, contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, 26 -7-2012, que anula, en autos seguidos a instancia de la empresa, sobre reclamación de prestaciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en nombre y representación de D. Ángel Daniel y del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), contra sentencia de fecha 26 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso nº 209/12 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por ISTOBAL, S.A., contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia , en autos nº 1212/2010, seguidos por ISTOBAL, S.A., frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, D. Ángel Daniel y MUTUA UMIVALE, sobre reclamación de prestaciones.

Se han personado, el letrado Don Ignacio Gutiérrez García, en nombre y representación de Mutua UMIVALE; el Letrado Don Florentino Gómez Campoy, en nombre y representación de Mutua FREMAP, y el Letrado Don Juan Manuel Romero Colomer, en nombre y representación de ISTOBAL, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 29 de septiembre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Desestimo la demanda formulada por ISTOBAL SA contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, UMIVALE y D. Ángel Daniel ,

absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas de contrario".

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. Por resolución del INSS de 21-1-2005 se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por D. Ángel Daniel en fecha 6-11-2002, así como la procedencia de que las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de seguridad social derivadas de la contingencia profesional sufrida, fueran incrementadas en un 30% con cargo exclusivo a la empresa ISTOBAL, SA, que debería proceder al pago de dicho incremento durante el tiempo en que aquellas prestaciones permanecieran vigentes, calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que estas se hayan declarado causadas. El importe inicial de este recargo ascendía a 19.882,37.

En el apartado Hechos de la indicada resolución constaba:

Primero.- Con fecha 13 de junio de 2003 tuvo entrada en esta Dirección Provincial el escrito de iniciación de actuaciones en el que se afirma que D. Ángel Daniel , con nº de afiliación a la seguridad social NUM000 , sufrió un accidente de trabajo en fecha 6-11-2002, a consecuencia del cual sufrió determinadas lesiones que dieron lugar a la percepción de prestaciones de la seguridad social sobre las que recae el recargo, cuando prestaba sus servicios para la empresa ISTOBAL, que tenía asegurado el riesgo de accidentes de trabajo de su personal con FREMAP, mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social nº 61.

Segundo.- Que el accidente sufrido por el trabajador citado ha dado lugar a las siguientes prestaciones: Incapacidad temporal, desde el 6/11/2002 hasta 12/5/2002 por un total de 10.806,26 euros. Una indemnización de 55.468,32 euros por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. Para estas prestaciones y las que pudiera causar en el futuro, la Inspección de Trabajo propone en su escrito de iniciación un incremento del 30% en virtud de lo establecido en el art. 123 de la LGSS (RCL 1994, 1825) y 24 del Decreto 1646/72 de 23 de junio (RCL 1972, 1211) , por entender que el accidente ocurrió como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad con infracción del artículo 3.1 del Decreto 1215/97 de 18 de julio (RCL 1997, 2010) en relación con el artículo 17.1 y 19 de la ley 31/1995 de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053) .

Tercero.- De la iniciación del expediente se dio traslado a las partes interesadas para que en el plazo legalmente establecido formularan alegaciones, no habiéndose efectuado hasta la fecha ninguna de las partes.

2.- En la fecha del accidente y hasta 30-9-2007 la entidad actora tenía concertada la cobertura de sus riesgos profesionales con la MATEPSS FREMAP, pasando a estarlo a partir de 1-10-2007 con la MATEPSS UMIVALE.

3.- En fecha 28-1-2008 el trabajador sufrió otro accidente, que fue considerado como recaída del sufrido en fecha 6-11-2002, e iniciado expediente de incapacidad permanente, por resolución del INSS de fecha 7-10-2009 se declaró al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo con derecho a percibir una pensión con fecha de efectos 24-9-2009 y base reguladora de 3.891,14 declarando la responsabilidad compartida entre FREMAP y UMIVALE en el pago de la misma. Interpuesta reclamación previa por las partes, en fecha 18-1-2010 se dictó resolución por la que se confirmaba el grado de incapacidad permanente reconocida al trabajador, se modificaba la base reguladora de la pensión, fijando la nueva base en 3.074,10 euros mensuales, se reconocía al trabajador con efectos de 24-9-2009 el derecho al incremento del 20% de la base reguladora, se confirmaba la responsabilidad de FREMAP y UMIVALE en el pago de la prestación, fijando la de la primera en un 78,36 % y la de la segunda en un 21,64%.

4.- Mediante escrito de fecha 12-5-2010 (registro de salida 17-5-2010) el INSS comunicó a la empresa ISTOBAL SA lo siguiente: Vista la resolución de 20-1-2005 y habiéndose reconocido al trabajador con fecha de efectos económicos de 24-9-2009 una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual siendo la base reguladora de 3074,10 y la cuantía inicial de la

pensión de 2.305,58 euros, cuyo recargo calculado en forma de capital coste necesario, le será reclamado a la empresa ISTOBAL SA por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, conforme a lo dispuesto en los artículos 96 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social aprobado por el [RD 1637/95 de 6 de octubre \(RCL 1995, 2891, 3179 y RCL 1996, 502\)](#) , a cuyos efectos, previa comunicación a las partes remitiremos esta comunicación al citado organismo.

En dicha resolución se hacía constar que contra los importes consignados en la misma podía interponerse reclamación previa.

5.- En fecha 30-5-2010 la empresa actora interpuso reclamación previa contra la anterior comunicación solicitando la nulidad radical del expediente de incapacidad permanente del trabajador así como de la resolución de fecha 12-5-2010 por omisión del trámite de audiencia. Dicha reclamación fue desestimada por resolución del INSS de 15-10-2010.

En fecha 13-10-2010 la actora interpuso la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento".

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por ISTOBAL, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2012 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por ISTOBAL S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia de fecha 29-9-11 en sus autos núm. 1212/10 procedemos a revocar la resolución recurrida estimando la demanda que interpuso la recurrente frente al INSS, la TGSS, las Mutuas FREMAP y UMIVALE y Ángel Daniel y declaramos la nulidad de la comunicación de 12-5-2010, así como de la del procedimiento administrativo seguido para el reconocimiento de incapacidad permanente total al trabajador codemandado. Sin costas. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para recurrir".

CUARTO

Por el Letrado Don Jorge Antonio Climent Gallart, en nombre y representación de D. Ángel Daniel , 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 Supremo, de fecha [30 de abril de 2007 \(RJ 2007, 3772\)](#) , recurso nº 330/2006 .

Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS 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 Supremo de fecha [9 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3485\)](#) , recurso nº 605/07 .

QUINTO

Por providencia de esta Sala de fecha 25 de mayo de 2013, al apreciar la eventual existencia de la causa de inadmisión por posible falta de contradicción, se acordó oír a la parte recurrente por el plazo de cinco días, formulando las correspondientes alegaciones. El Ministerio Fiscal emitió el oportuno informe en el sentido de estimar procedente la admisión de los recursos formalizados.

SEXTO

Por providencia de fecha 13 de septiembre de 2013 se procedió a admitir los recursos formalizados, y habiéndose impugnado por la representación del INSS y por la representación de la Mutua EMIVALE, y por solicitado por la representación de FREMAP se le tenga por renunciado en el trámite de impugnación por carecer de legitimación pasiva en esta controversia, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que debe ser estimado el recurso formalizado por los dos recurrentes. Instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de mayo de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia recurrida decide un supuesto en el que el trabajador sufrió un accidente laboral el día 6 de noviembre de 2002, a consecuencia del cual, y tras un proceso de incapacidad temporal que concluyó el 12 de mayo de ese mismo año, el INSS dictó Resolución de 21 de enero de 2005 por la que declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo así como la procedencia de que las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de seguridad social derivadas de la contingencia profesional sufrida fueran incrementadas en un 30 % con cargo exclusivo a la empresa ISTOBAL, S. A., que debería proceder al pago de dicho incremento durante el tiempo en que aquellas prestaciones permanecieran vigentes, calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que estas se hayan declarado causadas; el importe inicial de este recargo ascendía a 19.882,37 euros.

En el apartado de "hechos" de la precitada Resolución administrativa consta, entre otras circunstancias de las que da cuenta el ordinal 2º de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, transcrita en su integridad en los antecedentes de la presente sentencia, que en el momento del accidente laboral (6-11-2002), la empresa tenía asegurado ese riesgo con la Mutua FREMAP, que el accidente dio lugar al pago de una prestación de 10.802,26 # por el período de incapacidad temporal y a una indemnización de 55.468,32 # por incapacidad permanente parcial (IPP) para la profesión habitual del accidentado y que "de la iniciación del expediente se dio traslado a las partes interesadas para que en el plazo legalmente establecido formularan alegaciones, no habiéndolas efectuado hasta la fecha ninguna de las partes".

Años después, concretamente el día 28 de enero de 2008, el trabajador sufrió otro accidente que fue considerado como recaída del que tuvo el 6 de noviembre de 2002 e iniciado expediente de incapacidad permanente, por nueva Resolución del INSS del 7 de octubre de 2009, se le declaró en situación de incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo y con derecho a percibir la pertinente pensión con efectos del 24 de septiembre de 2009 conforme a una base reguladora de 3.891,14 #, declarando la responsabilidad compartida de FREMAP y de UMIVALE, la nueva Mutua patronal que, desde el 1-10-2007, había asumido el riesgo profesional.

Con fecha 18 de enero de 2010, el INSS, dando respuesta a la reclamación previa formulada frente a la anterior, dictó Resolución que confirmó el grado de incapacidad (IPT), fijaba la base reguladora en 3.074,10 # y confirmaba la responsabilidad compartida de las Mutuas.

Mediante Resolución de 12 de mayo de 2010, con registro de salida del 17-5-2010, el INSS comunicó a la empresa ISTOBAL S.A. que la Tesorería General de la Seguridad Social le reclamaría el importe del capital coste necesario para hacer frente a su responsabilidad directa en el pago de la nueva prestación de IPT, advirtiéndole a la empleadora que frente a dicha comunicación podía interponer reclamación previa, reclamación ésta que la empresa formuló el día 30 de ese mismo mes de mayo de 2010, solicitando la nulidad radical del expediente de incapacidad permanente del trabajador así como la de la Resolución de fecha 12 de mayo de 2010 "por omisión del trámite de audiencia".

La reclamación previa fue desestimada por Resolución del INSS del 15 de octubre de 2010 y frente a ella la empresa interpuso el día 13 de octubre de 2010 la demanda origen de las presentes actuaciones que también fue desestimada por la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, aunque la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, mediante la sentencia de 27 de julio de 2012 (R. 209/12) que es ahora objeto del presente recurso de casación unificadora, la revocó y terminó declarando "la nulidad de la comunicación de 12-5-2010, así como de la del procedimiento administrativo seguido para el reconocimiento de incapacidad permanente total al trabajador codemandado".

La sentencia recurrida, tras aceptar la revisión del ordinal quinto de los hechos probados (que, tras ella, tiene el siguiente contenido: "En fecha 30-05-2010 la empresa actora interpuso reclamación previa contra la anterior comunicación cuyo contenido se da por reproducido al obrar en autos. Dicha

reclamación fue desestimada por resolución del INSS de 15-10-2.010. En fecha 13-10-10 la actora interpuso la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento") pero rechazando la propuesta de inclusión de un nuevo ordinal (que dijera que "en el acto del juicio el INSS admitió que no se había dado audiencia a la empresa en el expediente de incapacidad permanente") por innecesario, ya que, según explica la Sala, de tal dato "ya se da cuenta en el primero de los fundamentos de derecho de la resolución recurrida", razona sobre el favorable acogimiento de los motivos de censura jurídica, que denunciaban la infracción de los arts. 62.1.e) y 63.2 de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) y 123 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , señalando que, partiendo de la declaración de hechos probados, y, según dice, "con independencia de la indudable legitimación que tiene el empresario en estos casos para impugnar ante esta jurisdicción la resolución que le reconoce al trabajador la situación IPT, lo cierto es que la total exclusión de la empresa recurrente del procedimiento administrativo de cuya resolución podrían derivarse responsabilidades económicas para la misma, con arreglo a una anterior resolución administrativa firme ha de llevarnos a considerar que nos encontramos, ante una total y absoluta inobservancia de normas de rango legal aplicables al procedimiento administrativo, cuales son las que acabamos de exponer [se citan los arts. 31.1.B y 34 de la Ley 30/1992], que debe determinar la nulidad de pleno derecho del expediente, y de los actos derivados del mismo".

SEGUNDO

- Frente a la precitada sentencia de la Sala de Valencia interponen sendos recursos de casación unificadora tanto el trabajador como el INSS y ambos tienen esencialmente por objeto determinar si la omisión del trámite de audiencia a la empresa entraña la nulidad que contempla el art. 62.1.e) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , razón por la cual, la Sala los tratará de forma conjunta, pese a que cada uno de ellos invoque como sentencia de contraste una resolución diferente.

El recurso del trabajador aporta como contradictoria la [sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo del 30 de abril de 2007 \(RJ 2007, 3772\)](#) (R. 330/06) mientras que el recurso del INSS aporta la de nuestra misma Sala del [9 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 3485\)](#) (R. 605/07). Ambas abordan la declaración de nulidad de sendas resoluciones administrativas de la Gestora que impuso a las empresas un recargo sobre las prestaciones de seguridad social reconocidas a trabajadores accidentados, por falta de medidas de seguridad.

En el primer caso (STS 30-4-2007), el accidente se produjo el 3 de abril de 2002 y el INSS reconoció al trabajador una incapacidad permanente absoluta derivada del accidente laboral, declarando responsable a la empresa demandante; posteriormente se estimó la reclamación previa del trabajador, reconociéndole el derecho al incremento por gran invalidez; la empresa impugnó judicialmente las resoluciones administrativas y su demanda fue desestimada en instancia y en suplicación; esta Sala, en el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empleadora, no acoge la declaración de nulidad pretendidamente amparada en el art. 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992 , señalando que no se ha infringido el apartado a) de dicho precepto porque no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del empresario puesto que el que reconoce el art. 24 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) se refiere, en principio, al proceso judicial, no al procedimiento administrativo, y en ese caso la omisión del trámite de audiencia que le hubiera permitido hacer alegaciones y aportar "documentos y justificaciones" ([art. 84](#) Ley 30/1992) no tuvo relevancia alguna porque la parte pudo hacer todo ello en el proceso judicial; dijimos entonces que tampoco la falta de audiencia equivalía a la falta total y absoluta de procedimiento del apartado e) del mismo precepto y que la parte confundía la anulabilidad del acto por un vicio de forma del [art. 63.2](#) de la Ley 30/92 con un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62 de la propia Ley, y que la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legal establecido, sin que en el caso analizado la referida omisión impidiera alcanzar el fin perseguido por el acto administrativo ni ocasionara indefensión.

En el segundo (STS 9-5-2008), el expediente administrativo con propuesta de recargo por infracción de medidas de seguridad en el trabajo, se dio traslado al empresario del escrito de iniciación para que formulara alegaciones y presentara la documentación que creyera oportuna en el plazo de 10 días, lo que hizo en tiempo y forma pero ni se le contestó respecto a las pruebas

propuestas ni se le dio más trámite de audiencia; la empresa interpuso reclamación previa y posterior demanda solicitando la nulidad de todo lo actuado o, subsidiariamente, la exoneración de cualquier responsabilidad, que el Juzgado desestimó en su integridad; la sentencia de suplicación estimó ese recurso y declaró la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa por haber sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pero la sentencia referencial casó y anuló la de la Sala de suplicación, confirmando la de instancia y desestimando la demanda; la Sala IV transcribe y hace suyos los razonamientos de la sentencia entonces invocada de contraste, que era precisamente la [STS 30-4-2007 \(RJ 2007, 3772\)](#) , R. 330/06 , concluyendo que también en el caso analizado la empresa tuvo conocimiento del expediente, y pudo formular alegaciones y aportar documentos, por lo que no se le había causado indefensión.

A la vista del contenido de las dos sentencias referenciales, parece clara la concurrencia del requisito de contradicción (art. 219 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)) respecto a ambos recursos porque, teniendo por principal objeto los dos, como vimos, determinar si la omisión del trámite de audiencia a la empresa entraña la nulidad que contempla el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 , la sentencia impugnada concluye con dicha nulidad mientras que, por el contrario, las dos sentencias referenciales llegan a la solución opuesta, siendo de destacar que la segunda de las mencionadas sentencias referenciales, la de esta Sala del 30-4-2007 , ya fue invocada por la Gestora en otro recurso de casación unificadora frente a otra sentencia de la misma Sala de la Comunidad Valenciana sobre el mismo tema, apreciándose también entonces la existencia de contradicción en la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo del [23-4-3009\(sic\) \(RJ 2009, 5955\)](#) , R. 58/2008. Procede, pues, un pronunciamiento sobre la mencionada cuestión que, como en seguida se comprobará, no puede ser otro que el mantenimiento de la doctrina ya unificada.

TERCERO

- La cuestión, como adelantamos, ha sido ya unificada por esta Sala en varias sentencias (entre otras, [SSTS 30-4- 2007 \(RJ 2007, 3772\)](#) , R. 330/06 ; [3-7-2007 \(RJ 2007, 6657\)](#) , R. 3152/06 ; [27-2-2008 \(RJ 2008, 3873\)](#) , R. 21/07 ; [9-5-2008 \(RJ 2008, 3485\)](#) , R. 605/07 ; [28-5-2008 \(RJ 2008, 4223\)](#) , R. 814/07 ; [23-12-2008 \(RJ 2008, 7415\)](#) , R. 2284/07 ; y [23-4-2009 \(RJ 2009, 5955\)](#) , R. 58/08), a cuya doctrina debemos atenernos en razón a los elementales principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, sin que proceda cambio alguno al no haberse producido datos nuevos que lo aconsejen.

Es claro, y así lo ha reconocido igualmente la doctrina unificada por esta Sala ([STS 4-4-2011 \(RJ 2011, 3699\)](#) , R. 556/10) , que el empresario tiene la consideración de "interesado" en el procedimiento administrativo que reconozca la pensión de incapacidad permanente de sus trabajadores, en los términos que se desprenden del art. 31.1.b) de la [30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , según el cual tienen esa consideración "los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte", y éste es obviamente el caso de quien, como el empleador aquí demandante, podría llegar a ser declarado responsable del pago de una parte de la prestación en la propia resolución administrativa, sin que, a tales efectos, resulte aplicable la excepción prevista en el art. 84.4 de dicha Ley.

Pero esta Sala, tanto en las dos sentencias referenciales como en el resto de las que hemos mencionado más arriba, con cita de la doctrina elaborada al respecto por la Sala III de este mismo Tribunal Supremo ([sentencias de 13-10-2000 \(RJ 2000, 7915\)](#) , [11-7-2003 \(RJ 2003, 5433\)](#) y [16-3-2005 \(RJ 2005, 3264\)](#)), tiene así mismo declarado que la omisión de ese trámite de audiencia en vía administrativa no supone necesariamente que se haya prescindiendo total y absolutamente del procedimiento ni que la omisión, en sí misma, cause la indefensión proscrita por la Constitución porque, pese a ello, el acto administrativo reúne los requisitos indispensables para alcanzar su fin.

Así pues, y con remisión a todo cuanto demás se dice en la doctrina jurisprudencial mencionada, lo cierto es que ambos recursos merecen favorable acogida porque aunque no conste que se haya otorgado al empresario el trámite de audiencia en el nuevo expediente administrativo que finalmente declaró al trabajador en incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, pero, pese a ello, sí se le notificó la Resolución del INSS del 12 de mayo de 2010 (h.p. 4º) en la que, por cierto, sí

consta el trámite de audiencia "a las partes interesadas para que en el plazo legalmente establecido formularan alegaciones, no habiéndolas efectuado hasta la fecha ninguna de las partes" (h.p. 1º, 2, Tercero), lo verdaderamente relevante conforme a nuestra tan repetida jurisprudencia es que, en el presente proceso, el empleador pudo articular la defensa de sus intereses y oponerse tanto al grado de incapacidad reconocido en esa última declaración (IPT) como a la imputación de responsabilidad o a que aquella constituyera, tal como la Resolución sostenía, una recaída de la primitiva contingencia profesional declarada por Resolución del INSS del 21-1-2005 en el expediente anterior (h.p. 1º), en el que ya se le había impuesto al empresario el recargo del 30% por falta de medidas de seguridad.

No se ha producido, pues, indefensión material alguna y además, como destaca con acierto el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, "1º la empresa jamás ha indicado qué alegaciones y de qué pruebas pretendía valerse; 2º tuvo oportunidad en la vía judicial que inició de proporcionar las razones oportunas y las pruebas necesarias para defender sus derechos aunque no lo hubiera podido hacer en el expediente administrativo, sin que nada o nadie se lo haya impedido". En definitiva, no cabe la declaración de nulidad del expediente, procediendo la estimación de los recursos formulados.

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

FALLAMOS

Estimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y por el trabajador D. Ángel Daniel , contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2012, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso 209/12 , interpuesto por la empresa ISTOBAL, S.A. contra la sentencia dictada el 22 de mayo de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Valencia , en autos 1212/10, seguidos a instancia de la citada recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, FREMAP, D. Ángel Daniel y MUTUA UMIVALE, anulamos la sentencia recurrida y resolvemos el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso de tal clase interpuesto por la mencionada empresa, desestimando la demanda formulada, absolviendo a las demandadas de las pretensiones en su contra formuladas. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez 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 13 marzo 2014

[RJ2014\1910](#)



INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: detracción de prestaciones o de mejoras de Seguridad Social: desestimación cuando para su cálculo se utilizó, con la conformidad de las partes, el baremo establecido para los accidentes de circulación: la mejora de la Seguridad Social establecida en disposición convencional sólo puede compensarse con lo percibido por lucro cesante.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 1506/2013

Ponente: Excmo Sr. José Luis Gilolmo López

El TS **estima** el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Dña. Crescencia y sus dos hijos menores, contra la sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 19-2-2013, que casa y anula, condenando a los demandados al abono a cada uno de los hijos menores del causante, los 41797€ que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Dª Crescencia en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Noelia y Casimiro , contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso nº 201/13 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Dª Crescencia , Noelia , Casimiro y Dª Belinda , contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao , en autos nº 65/12, seguidos por DOÑA Crescencia , en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Noelia y Casimiro , y DOÑA Belinda , frente a AYUNTAMIENTO DE GÜENES, EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A., AXA SEGUROS GENERALES, S.A., SEGUROS CASER, S.A. y ALLIANZ SEGUROS, S.A., en reclamación de cantidad.

Se han personado, en concepto de recurridos: la Procuradora Doña Andrea de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de CASER, S.A.; la Procuradora Doña Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de AXA SEGUROS GENERALES, S.A.; el Letrado Don Javier Villadangos Alonso, en nombre y representación de ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.; y la Procuradora Doña María Eugenia Fernández-Rico Fernández, en nombre y representación de SEGUROS ALLIANZ, S.A..

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 25 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima parcialmente la demanda planteada por Dña. Crescencia , actuando en su propio nombre y en el de sus hijos menores Noelia y Casimiro , y Belinda contra EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, S.A., AYUNTAMIENTO DE GUEÑES, ASEGURADORA ALLIANZ, CASER y AXA SEGUROS condenando solidariamente a las empresas EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, S.A., AYUNTAMIENTO DE GUEÑES a que abonen a DÑA Crescencia la suma de 111.458,83 euros, a cada uno de los hijos menores Noelia y Casimiro , la suma de 6.085,10 euros, a Doña. Belinda la suma de 10.217,05 euros y a la comunidad hereditaria del fallecido Sr. Samuel la suma de 10.217,05 euros respondiendo en nombre de EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., la aseguradora AXA SEGUROS a salvo del límite franquiciado, en nombre de ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS SA la aseguradora ALLIANZ, y en nombre del Ayuntamiento de GUEÑES la aseguradora CASER hasta el importe de 90.150 euros y a salvo del límite franquiciado y condenando a las aseguradoras al abono del interés del art. 20 del Contrato del Seguro desde la fecha de esta sentencia".

En fecha 27 de julio de 2012 se dictó Auto de Aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se estima la solicitud de aclaración de sentencia dictada en las presentes actuaciones interesada por la parte demandante, en el sentido de hacer constar en la citada resolución los siguientes extremos: En el fundamentos jurídico 4º tomo Total indemnización, deberá aparecer la cifra de 155.209,01 euros en vez de la transcrita de 144.063,13 euros. En el fallo de la sentencia como cantidad objeto de condena en favor de Dña Crescencia deberá aparecer la cifra de 122.604,71 euros, en vez de la transcrita de 111.458,83 euros".

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. - Con fecha 19/7/2011 se dicta sentencia por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en procedimiento sobre recargo de prestaciones seguido DÑA. Crescencia , actuando en su propio nombre y en el de sus hijos menores Noelia y Casimiro , contra EXCAVACIONES SAN LORENZO. SL., ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS,. SA.. AYUNTAMIENTO DE GUEÑES, INSS y TGSS, que confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los Bizkaia de 5/ 9/2010 que condenaba a los codemandados AYUNTAMIENTO DE GUEÑES, ANSAREO SERVICIOS Y SANEAMIENTOS, SA. y EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L. a que abonen solidariamente a la actora el recargo de 30% sobre las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de la Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sufrido por su esposo el día 13 de agosto de 2.008, considerándose acreditados los siguientes extremos:

Tercero

TERCERO

El trabajador D. Jacobo , nacido el día NUM000 /1.970, afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , prestó servicios para la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., desde el día 10/01/2000, con la categoría profesional de OFICIAL DE 1ª. La empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L. es una empresa especializada en preparación de obras, demolición y movimientos de tierras.

Cuarto

CUARTO

El 12/05/2.005 el Ayuntamiento de Gueñes adjudicó la contratación del servicio de trabajos de mantenimiento y reparación de espacios públicos y mobiliario urbano del municipio a la empresa ASASER. SA prorrogando el contrato el 26/06/2.007 por un plazo de dos años. El 8 de agosto, el Ayuntamiento, sobre las bases del contrato, ordena a ASASER, S.A. que realice trabajos de consolidación del camino del barrio Unzar. ASASER encarga a la empresa EXCAVACIONES SAN

LORENZO a dicho trabajo en base al contrato suscrito entre ambas empresas el 2/01/2.008, donde la primera adjudica a la segunda trabajos de excavaciones y movimientos de tierras vinculados al contrato de reparación suscrito con el Ayuntamiento de Gueñes. El 12/08/2.008 ambas empresas firman un anexo al contrato, estipulando que la empresa de excavaciones asume la realización de la obra "arreglo del camino hasta la ermita en el barrio Unsar de Sodupe" (Gueñes), fijando el comienzo de la obra el mismo día. El Ayuntamiento de Gueñes había autorizado el 10/01/2.008 que Asaser pudiera subcontratar a Excavaciones San Lorenzo para trabajos puntuales de movimiento de tierras. El camino vecinal es de titularidad municipal.

Quinto

QUINTO

Con fecha 13/08/ 2.008. D. Jacobo sufrió un accidente de trabajo mortal cuando, después de la hora de comer, se dirigía a la realización de trabajos arriba indicados de adecuación del firme del segundo tramo del camino vecinal del barrio de Unsar (Gueñes), conduciendo una máquina retroexcavadora. de 17.170 kg. de peso. Al acceder con la excavadora por un trayecto del camino de cemento-hormigón, al paso de la excavadora se produjo un hundimiento del piso del camino que provocó el vuelco y la precipitación de la excavadora por la ladera, arrastrando en su caída al trabajador, que fue golpeado por la máquina y el suelo, produciéndose lesiones y aplastamientos graves que propiciaron su muerte. En el lugar del accidente, la tierra sobre la que se asienta la pista-camino de cemento-hormigón había sido erosionada por efecto del agua de lluvia que vierte del camino a la ladera del monte, a través del canal de desagüe existente sobre la superficie. El manto vegetal que tapizaba la ladera cubría la zona erosionada, ocultando el voladizo existente bajo el cemento hormigón de unos 300 mm. El trabajador había realizado durante la mañana del accidente el arreglo del primer tramo de tierra y piedra del camino, y previo a la acometida de la tarea el responsable de ASASER y el trabajador visitaron la zona de trabajo al objeto de conocer el lugar y concretar oralmente la tarea a realizar, tratándose de un trabajo similar a otros que el trabajador ya había efectuado, incluso en el mismo municipio.

Sexto

SEXTO

En relación con la actividad que realiza la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L., existe evaluación de riesgos clasificada por máquinas y oficios que identifica y estima los riesgos. La evaluación de riesgos fue realizada por el servicio de prevención ajeno SPRIL, y desde el 3 de enero de 2.008 tienen contratado el servicio de prevención ajeno con Servicios Normativos, S.A., que ha elaborado una nueva evaluación de riesgos. En la evaluación de riesgos está contemplado la evaluación e identificación del riesgo de accidente de forma genérica, contemplando la posibilidad de caídas a cotas inferiores del terreno por ausencia de balizamientos, señalización, ausencia de topes, final de recorrido, deslizamientos de terreno, mal estado del terreno. Considera la posibilidad de accidente muy grave. Las medidas preventivas previstas son: vigilancia permanente de las normas preventivas, utilización de maquinaria por personal capacitado y adiestrado en su manejo, revisión periódica de la maquinaria previamente a su utilización, observación de lo reflejado en el código de la circulación, utilización de señales de maniobras, vigilancia permanente de realización de trabajo seguro.

Septimo

SEPTIMO

El trabajador Sr. Jacobo había recibido información y formación sobre los diferentes riesgos derivados de la realización de los trabajos de maquinista, así como de las medidas de protección para evitarlos. El 19/01/2.007 consta la entrega al trabajador de un casco de protección mecánica, guantes de protección mecánica, guantes de protección química, gafas de seguridad antiproyecciones, protectores auditivos, botas de agua de PVC, botas de seguridad y ropa de trabajo.

Octavo

OCTAVO

Para la ejecución de la obra de autos, no se elaboró un proyecto de obra previo a la misma, no

existió estudio básico de seguridad y salud, ni fue nombrado coordinador de seguridad y salud.

Noveno

NOVENO

Con fecha 3/07/2.008 el vecino Sr. Juan Alberto , propietario de un caserío en el BARRIO000 , solicitó mediante escrito dirigido al Ayuntamiento de Gueñes, que damos por reproducido, que adoptara las medidas oportunas a fin de que el camino municipal resulte transitable y practicable en condiciones de seguridad, posibilitándose el tránsito de personas y vehículos, denunciándose en la manifestación primera que el firme o pavimento del camino que da acceso al caserío es de cemento en el tramo en el que presenta mayor porcentaje de desnivel, elevadísimo, dada la pendiente a salvar. aduciendo que desde que fue colocado el pavimento no se ha llevado ninguna obra de conservación o reparación. Dicho escrito fue suscrito por más de 100 vecinos.

Decimo

DECIMO

Que el informe de accidente de trabajo emitido por la Inspección provincial de Trabajo con fecha de conclusión 23/10/2.008, que se tiene por reproducido, tiene el siguiente contenido parcial:

"CIRCUNSTANCIAS Y HECHOS COMPROBADOS EN LA ACTUACION INSPECTORA

Como consecuencia de la actuación inspectora practicada (visita al lugar del accidente, entrevistas realizadas, examen de documentación), se comprueban los siguientes extremos:

1º.- El trabajador D. Jacobo (DNI NUM002), sufrió un accidente de trabajo mortal el día 13-08-2008 cuando prestaba servicios para la empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO, S.L.

2º.- El trabajador tenía una antigüedad en el puesto de trabajo desde el 10-01-2000 con categoría profesional de oficial de 1ª.

3º.- El accidente se produjo cuando el trabajador, después de la hora de comer se dirigió a la realización de trabajos de adecuación del camino vecinal del barrio de Lexatza en SODUPE. Su trabajo consistía en la adecuación del firme del camino, siendo preciso pasar por tramos del camino hormigonados y llegar a la parte de tierra en donde tenía que proceder a su alisado y adecuación.

4º. - En la visita realizada se comprobó el lugar en el que sucedió el accidente. Efectivamente se trata de un camino vecinal que cuenta con tramos de tierra y otra parte hormigonada. En el lugar exacto en el que se produjo la caída era un tramo del camino que estaba hormigonado, y que simplemente era lugar de paso de la retroexcavadora (al igual que pueden circular otro tipo de vehículos, indicando que el día del accidente estaba circulando por dicho camino un vehículo todo terreno). Se constatan señales evidentes de que el terreno cedió, debido a que el hormigón se dispuso en la pista sin relleno por debajo, con un único mallazo de modo que se aprecia la existencia de un hueco vacío por debajo de la parte de hormigón que no cedió. El camino tiene una anchura de entre 2,5 y 3 metros.

5º. -Ante la ausencia de testigos, parece ser que el accidente se produjo cuando al circular con la retroexcavadora por dicha pista de hormigón del camino vecinal, y a la altura indicada en el punto anterior, el hormigón cedió por la parte del precipicio, lo que provocó la caída de la retroexcavadora a lo largo de dicho precipicio rodando unos cien metros hacia abajo.

6º.- Se comprueba que el trabajador tenía realizado el reconocimiento médico del año 2.007, estando pendiente de realizar el del 2.008. en el mes de octubre; así como había sido informado y formado sobre los riesgos de su puesto de trabajo (se le había entregado las instrucciones técnicas para el manejo de maquinaria en operaciones de movimiento de tierras) y contaba con autorización para el manejo de la maquinaria. Se comprueba.

7º.- Se examina además la documentación referente a la retroexcavadora J.C.B., modelo JS 160, en la que se produjo el accidente. Dicha máquina cuenta con declaración e conformidad, adaptándose a las directivas 98/37 EC, 89/336 EEC y 2000/14/EC. Igualmente se comprueba que

se había abonado el seguro obligatorio y voluntario del impuesto de vehículo de tracción mecánica en mayo y junio del 2008. El año de fabricación y matriculación de la máquina es el 2005. Y además en la ficha técnica del vehículo se comprueba que la anchura total de la retroexcavadora es de 2,5 metros aproximadamente.

8º.- La empresa cuenta con evaluación de riesgos del puesto de trabajo, realizada por SPRIL, aunque existe un nuevo concierto de actividad preventiva con otro servicio de prevención ajeno (manifestó la representación empresarial su intención de cambiar de servicio de prevención), aportándose la solicitud de oferta con éste.

9º.- Por último se comprueba que los trabajos de reparación del camino vecinal se estaban realizando en el marco de un contrato que la mercantil EXCAVACIONES SAN LORENZO S.L. tiene suscrito con la empresa ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.L. desde enero de 2008. Se explica a la actuante que el Ayuntamiento de Güeñes encarga a esta empresa la realización de trabajos de "reparación de espacios públicos y mobiliario urbano", y a su vez, ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.L. subcontrata con EXCAVACIONES SAN LORENZO, SL. los trabajos encargados por el Ayuntamiento, en lo referente a excavaciones y movimientos de tierras.

Dentro del contrato en términos generales, suscrito por ambas mercantiles, se realizan una serie de Anexos con motivo de las obras concretas que en cada caso se van adjudicando, en función de las necesidades del Ayuntamiento. Así, con fecha 12-03- 2008 se realizó un Anexo "para la ejecución de escollera y protección de talud", y con fecha 12-03-2008 se realizó un nuevo Anexo para la realización de la obra de "arreglo del camino hasta la ermita del barrio de Ungar de Sodupe" (Güeñes). Estos Anexos están firmados por contratista y subcontratista.

CONCLUSIONES: En vista de todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que:

1º.- El accidente de trabajo se produjo en una zona de paso hacia el lugar de trabajo (zona del camino de tierra situada más allá del lugar donde cayó la retroexcavadora), siendo necesario pasar por allí para acceder a dicho lugar de trabajo.

2º.- Que se trata de un camino vecinal por el que pueden transitar personas, vehículos particulares...y que en algunos de sus tramos se encuentra hormigonado (puesto que en su día se habilitó para un mejor paso de vehículos hacia la ermita).

3º.- Que el accidente se produjo como consecuencia de que la zona hormigonado cedió en uno de sus laterales ante el paso de la retroexcavadora, comprobándose que debajo del hormigón estaba hueco.

4º.- Que comprobada toda la documentación, la empresa había cumplido con todas sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (tenía evaluación, había formado e informado al trabajador sobre el manejo de maquinaria, que el trabajador estaba autorizado para conducir la retroexcavadora, que dicha máquina contaba con declaración de conformidad, instrucciones del fabricante, permiso de circulación...).

5º.- Que el camino tenía una anchura suficiente (aunque muy ajustada al ancho de la retroexcavadora, de modo que era posible su paso por dicho camino, máxime si se hubiera acercado al lado del camino en el que no se encontraba el terraplén.

En vista de todo ello se entiende que no han podido detectarse una falta de medidas de seguridad y salud por parte de la empresa que sean causa directa del accidente de trabajo producido, no procediéndose a proponer sanción a la empresa. Todo lo cual se informa a los efectos oportunos."

Decimo Primero DECIMO PRIMERO

El informe de investigación de Accidente Laboral emitido el 5/11/2008 por el técnico en prevención de OSALAN D. Ramón en relación con dicho accidente de trabajo, que se tiene por reproducido, se señala lo siguiente:

7.- ANALISIS DE LAS CAUSAS DEL ACCIDENTE Nota: este análisis ha sido elaborado basándose en las informaciones facilitadas por los entrevistados durante la investigación.

7.1.- Existencia de un peligro: a pista de unos tres metros de ancho sobre la que circula la excavadora de 2,49 metros de anchura, presenta a su derecha un fuerte desnivel y en consecuencia un riesgo de caída por ausencia de balizamiento, señalización, deslizamiento del terreno. No obstante, en circunstancias normales y teniendo en cuenta la experiencia del maquinista, la probabilidad de que en este tramo de la pista se produzca un accidente por el simple paso de la excavadora es baja.

7. 2.- Existencia de una situación de peligro: La situación de peligro se da por la suma de otro factor de riesgo no controlado. El trabajador circulaba por la pista seguramente pensando que la consistencia era la adecuada, porque, además, había pasado anteriormente por ella con la aplanadora sin problemas. El trabajador desconocía que la tierra sobre la que asienta la pista había sido erosionada por efecto del agua y no lo vio porque el manto vegetal que tapizaba la ladera se lo impedía. Como no se había realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva respecto de la obra contratada, no existía documento escrito que recogiese o identificase la asistencia del riesgo. Por otra parte, se trataba de un lugar de paso y no de intervención con la excavadora.

7.3.- Suceso que desencadena el accidente: De la observación del punto donde se produjo el accidente se desprende que la excavadora, con un peso superior a los 17.000 kg. y una anchura máxima de 2,49 m., pasó muy cerca del borde del camino que, en dicha zona, tiene una anchura de tres metros. Esta circunstancia, por sí sola, no hubiese desencadenado el accidente. Pero la existencia de una zona erosionada bajo el cemento-hormigón, de aproximadamente 300 mm., propició que se produjera el hundimiento del piso del camino, siendo el mal estado oculto de la pista el suceso que desencadena el accidente. En este caso, si el mal estado de la pista hubiese sido detectado con antelación y estuviese señalizado y balizado, es seguro que, con su experiencia, el trabajador extremaría las precauciones evitando el acercarse al borde porque sabe que existe una situación de peligro. Probablemente, el buen estado aparente de la pista, la falta de indicios y documentación sobre la existencia de la erosión y su paso anterior por el lugar con la aplanadora sin incidencias, le hizo confiar en su consistencia.(...)

7.5.- Codificación de las causas detectadas:

CAUSAS INMEDIATAS: Vías de circulación deficientes: la pista está indicada para la circulación de vehículos ligeros y no ha procedimiento de revisión y conservación periódica.

FALLOS EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN:

1º.- Inexistencia o insuficiencia de un procedimiento que regula la realización de las actividades dirigidas a la identificación y evaluación de riesgos, incluidas las referidas a los estudios requeridos en las obras de construcción: Por sus características, la obra no contaba con un estudio básico de seguridad y salud. Pero tampoco se había realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva, ni se había exigido por el contratista.

2º.- No identificación del riesgo que ha materializado el accidente: No se identificó el riesgo porque no se realizó una revisión de la pista, antes de iniciar el trabajo. No había información de su mal estado. El lugar del accidente era una zona de paso y no de trabajo.

8.- CONCLUSIONES

Estas conclusiones se realizan sobre la base de los hechos comprobados in-situ, la información facilitada por los entrevistados, la información facilitada por las empresas y el Ayuntamiento de Güeñes:

- El fallecido estaba trabajando solo en una pista camino del municipio de Güeñes, que conduce desde el barrio de Sodupe a los barrios de Unzar y Lejarza.

- La pista tiene tramos de tierra y piedra y otros de cemento-hormigón de unos 600 m., le sigue un

tramo de tierra y piedra que se prolonga hasta el barrio de Lejarza.

El trabajo consistía en la explanación, nivelación y compactación de los tramos de tierra y piedra que estuviesen en mal estado.

- Para realizar el trabajo utilizaba una excavadora autopropulsada sobre ruedas y una máquina de compactación pesada.

- Había realizado el arreglo del primer tramo de tierra y piedra y subido la compactadora pesada hasta el siguiente tramo de tierra piedra que tenía que reparar.

- Cuando accedía conduciendo la excavadora al siguiente tramo, y como consecuencia de la erosión que presentaba la base sobre la que asentaba el cemento-hormigón, cedió el firme de la cuneta derecha del camino.

- En el punto donde cedió el firme la ladera presentaba un fuerte desnivel, propiciando el vuelco y la precipitación de la máquina por la mencionada ladera, arrastrando en su caída al conductor.

-La máquina recorrió un tramo aproximado de unos 113 m. dando vueltas de campana.

-Durante la precipitación el trabajador se golpeó contra la máquina y el suelo, saliendo despedido unos metros antes del final del recorrido de la máquina.

- Los golpes recibidos le originaron lesiones y aplastamientos graves que causaron su muerte.

El accidente sucedió porque la excavadora, con un peso superior a 17.000 Kg. y una anchura de 2,49 m. pasó cerca del borde del camino, que en dicha zona tiene una anchura de 3 m. Pero esta circunstancia, por si sola, no hubiese desencadenado el accidente si no fuera por la existencia de una zona erosionada, oculta y desconocida, de aproximadamente 300 mm, bajo el cemento-hormigón.

En la evaluación de riesgos realizada por el servicio de prevención ajeno se contempla el riesgo de caída a cotas inferiores del terreno por ausencia de balizamientos, señalización, ausencia de topes, final de recorrido, deslizamiento de terrenos y mal estado del terreno; estimando baja la probabilidad de que se produzca el accidente y muy grave la severidad de las consecuencias.

Según la mencionada evaluación, si se contemplan las medidas preventivas previstas (Vigilancia permanente de las normas preventivas, utilización de maquinaria por personal capacitado y adiestrado en su manejo, revisión periódica de la maquinaria previamente a su utilización, observación de lo reflejado en el vigente código de circulación, utilización de señalista de maniobras, vigilancia permanente de realización de trabajo seguro"), el riesgo se considera moderado.

En este caso, el maquinista estaba capacitado y adiestrado para manejar la excavadora, la máquina estaba revisada y en condiciones de uso, no hay constancia de que incumpliera el código de circulación (El vehículo utilizaba la señal luminosa V-2 a que se refiere el artículo 173.2 del [Reglamento General de Circulación \(RCL 1992, 219, 590\)](#)) o que efectuara maniobras inseguras. Sin embargo, el accidente ocurrió con consecuencias fatales porque el riesgo no había sido detectado, y no había sido detectado por varias circunstancias:

- El lugar en el que ocurrió el accidente era un lugar de paso y no debía intervenir excavadora. La inspección visual realizada en la zona por el técnico de Asaser, S.A. y el fallecido se limitó fundamentalmente a los puntos o zonas donde debía ejecutarse la tarea.

- En su paso sobre la pista no observaron nada que pudiera revelar o indicar la posible existencia de una zona erosionada bajo la misma. Además el manto vegetal de la ladera oculta la visión de la erosión.

-La anchura de la pista permitía suficientemente el paso de la máquina y aparentemente su piso parecía en buen estado.

-La orden del Ayuntamiento para realizar trabajos dirigidos a consolidar diversos tramos de la pista

no incluía información sobre la posibilidad de que existieran zonas erosionadas bajo la pista.

-En la pista hay una señal prohibiendo el acceso a vehículos destinados al transporte de mercancías (camiones y furgones) independientemente de su masa, pero no hay carteles indicando la posible existencia de erosiones ocultas en la pista.

- A pesar de la prohibición anteriormente mencionada y de que la máquina sobrepasaba el peso de un camión o furgón de reparto de mercancías, no se realizó una revisión previa de la pista que permitiera cerciorar el estado real de la misma y los posibles riesgos derivados de la intervención y paso de la maquinaria que ejecuta la obra.

- No existía estudio de seguridad y salud o estudio básico de seguridad y salud aplicables a la obra concreta que ejecutaba el fallecido; tal como estipula los artículos 4 , 5 y 6 del [Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre \(RCL 1997, 2525\)](#) , por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Por ende, y tal como establece el artículo 7º tampoco se elaboró un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra.

- En el [Real Decreto 1627/ 997, de 24 de octubre \(RCL 1997, 2525\)](#) , por el que establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, no se hace una diferenciación entre obras con o sin proyecto, pero en la Guía técnica, elaborada por Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo sobre la base de lo estipulado en la disposición final primera del Real Decreto, sí.

De acuerdo con las características de la obra que ejecutaba el fallecido y lo especificado en la anteriormente mencionada Guía técnica, se puede considerar que la obra en cuestión es una obra de construcción que se realizaba sin proyecto previo porque se trataba de una obra de corta duración, escasa importancia tecnológica y económica que requería poco tiempo para su ejecución (dos días y medio).

-Además, aunque se trataba de una obra programada, como se indica en la orden emitida por el Ayuntamiento de Güeñes, su inicio se determinó con poco tiempo de antelación. La orden del Ayuntamiento de Güeñes, indicando que se realizara la consolidación del camino, la recibió Asaser, S.A., el viernes día 8 de agosto, el lunes día 11 de agosto Asaser, S.A. se lo comunica a Excavaciones San Lorenzo, S.L.; ésta indica al fallecido que visite la zona de trabajo junto al responsable de Asaser, S.A., al objeto de conocer el lugar y concretar oralmente la tarea a realizar. Sobre la base del contrato nº 2008/003, firmado entre ambas empresas, el día 12 de agosto firman el anexo por el que Excavaciones San Lorenzo, S.A., asume la ejecución de la obra, fijando el comienzo de la obra el mismo día de la firma.

- No obstante, a pesar de que por sus características es una obra que no necesita proyecto, Excavaciones San Lorenzo, SL, debería haber realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva respecto de la obra contratada, en aplicación la [Ley 31/1995, de 8 noviembre \(RCL 1995, 3053 \)](#) , de Prevención de Riesgos Laborales y [Real Decreto 39/1997, de 17 de enero \(RCL 1997, 208 \)](#) , por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Asimismo, Asaser, S.A., debería habérsela exigido antes del inicio de la actividad, tal como especifica el punto 2 del [artículo 10 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero \(RCL 2004, 261 y 623 \)](#) , por el que se desarrolla el artículo 24 de la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre \(RCL 1995, 3053\)](#) , de Prevención de Riesgos Laborales , en materia de coordinación de actividades empresariales.

Como conclusión final se puede decir: Que aun tratándose de una obra de construcción que se realizaba sin proyecto previo porque era de corta duración, escasa importancia tecnológica y económica y que requería poco tiempo para su ejecución, debería haberse realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva respecto de la obra contratada. Que la evaluación de riesgos debería incluir la revisión previa de la pista, al considerar la limitación establecida por la señal de tráfico que prohíbe el acceso a vehículos destinados al transporte de mercancías (camiones y furgones) independientemente de su masa. Que, no obstante, es posible que a pesar de realizar la revisión previa de la pista no se hubiese detectado la erosión por ser

desconocida para todos los intervinientes en la obra, estar oculta por la vegetación y en una zona de paso y no de trabajo. Que como consecuencia de lo anterior tampoco se hubiese evaluado el riesgo ni planificado la actividad preventiva concreta. Persistiendo la posibilidad de que se produzca el accidente. Que de haberse identificado el riesgo se hubiesen podido establecer las medidas técnicas necesarias y especificado las medidas preventivas y protecciones técnicas tendentes a controlar y reducir el riesgo derivado de la actuación y paso de la máquina que ejecuta la obra, evitando posiblemente el accidente."

Décimo.- Que el accidente laboral del Sr. Jacobo ha generado una pensión de viudedad a favor de la demandante, y dos pensiones de orfandad a favor de sus hijos Noelia y Casimiro , con una base reguladora de 1.869,39 euros, y a instancia de la demandante se promovió procedimiento sobre responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en la que se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS de fecha 30/12/2.009 por la que se acordó denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente. Formulada reclamación previa, esta ha sido desestimada mediante resolución del INSS de fecha 18/02/2.010.

2.- Tras el accidente agentes de la ertzaintza recibieron una aviso sobre las 20 h. de un caserío cercano encontrándose al acudir con una excavadora que se había caído por el monte abajo unos 100 metros con una pendiente de +- 13-15º, encontrándose al trabajador fallecido unos metros antes de la máquina totalmente atrapado por un avellanal.

3.- La empresa ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS SA tenía suscrita al tiempo del accidente una póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora ALLIANZ con un limite por víctima de 150.000 euros y de 300.000 euros por responsabilidad civil de explotación.

4.- La empresa EXCAVACIONES SAN LORENZO SL tenía suscrita al tiempo del accidente póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora AXA SEGUROS con un limite por víctima de 150.253 euros con una franquicia del 10% por siniestro con un mínimo de 901,52 euros y un máximo de 9.015,18 euros.

5.- El Ayuntamiento de GUEÑES tenía suscrita al tiempo del accidente póliza de responsabilidad civil patronal con la aseguradora CASER con un limite por víctima de 90.150 euros con una franquicia de 900 euros.

6. - La aseguradora FIAC abonó los hijos del trabajador en concepto de mejora de prestaciones de convenio de la construcción de Bizkaia un importe de 45.000 euros a cada uno.

7.- El trabajador fallecido estaba casado con la Sra. Dña Crescencia nacida el NUM003 /1972 siendo padres de dos menores, Casimiro nacido el NUM004 /2005 y Noelia nacida el NUM005 /2002. Dña Crescencia que presta servicios en la empresa Sabeco con una retribución bruta de 10.340,40 euros permaneció de baja médica desde el 18/8/2008 al 2/3/2009.

8.- El trabajador fallecido que ostentaba la categoría de oficial de 1ª y percibió en el año 2008 una retribución (promedio enero a julio de 2008) de 1878,09 euros. Asimismo percibía un importe en concepto de media dieta a razón de 12,51 euros día por comida. El Convenio colectivo de la construcción de Bizkaia entonces vigente regulaba el devengo de media dieta por comida, cuando como consecuencia del desplazamiento el personal afectado tuviera la necesidad de realizar la comida fuera de su residencia habitual pudiendo volver a pernoctar en la citada residencia, devengándose por día efectivo trabajado.

9.- El trabajador fallecido era hijo de Doña. Belinda y Don. Samuel fallecido el 22/11/2009.

10.- Los importes percibidos en los ejercicios 2008/2011 en concepto de pensión de viudedad y orfandad son lo que se certifican en el doc. 31 parte actora".

DECIMO SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Doña Crescencia y sus

dos hijos menores, Noelia y Casimiro , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2013 , 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 Crescencia , Noelia y Casimiro y Belinda frente a la sentencia de 25 de mayo de 2012 (autos 65/12) dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Vizcaya en procedimiento sobre reclamación de cantidad instado por los recurrentes contra el AYUNTAMIENTO DE GÜEÑES, EXCAVACIONES SAN LORENZO S.L.; ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.; AXA SEGUROS GENERALES S.A.; SEGUROS CASER S.A. y ALLIANZ SEGUROS, S.A., debemos CONFIRMAR la resolución impugnada".

DECIMO TERCERO

Por la Letrada Doña Marta Moina Arriaga, en nombre y representación de Doña Crescencia y sus dos hijos menores, Noelia y Casimiro , 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 Castilla y León, sede en Valladolid, de fecha [6 de abril de 2011 \(AS 2011. 1140\)](#) , recurso núm. 84/2011 .

DECIMO CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 13 de septiembre de 2013 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que debía ser estimado el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de marzo de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si procede deducir, o no, o en qué forma, de la **indemnización** reclamada por daños y perjuicios, la cantidad que, en virtud de lo pactado en convenio colectivo como mejora voluntaria de seguridad social, percibió cada uno de los dos hijos menores del causante (45.000 x 2= 90.000 #), fallecido como consecuencia de un **accidente de trabajo**.

2. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación ahora recurrida (STSJ del País Vasco 19-2-2013, R. 201/13) han deducido el importe de aquellas mejoras (45.000 # por cada hijo) del total de la indemnización correspondiente a los daños causados, cuando los actores entendían que la deducción debería practicarse, en su caso, sobre el concepto de "lucro cesante", siendo así que los criterios empleados para el cálculo de la indemnización por los daños han sido siempre -en instancia, en suplicación y ya no se discuten en este trámite- los que se recogen en el sistema para la valoración en accidentes de tráfico de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobada por [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre \(RCL 2004. 2310 \)](#) , conforme a la actualización aprobada por [Resolución de 24 de enero de 2012 \(RCL 2012. 127\)](#) , de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 6-2-2012).

3. La sentencia de instancia (JS nº 7 de Bilbao 25-5-2012) estimó parcialmente la demanda y, en lo que al presente recurso interesa, condeno solidariamente a tres de las entidades demandadas a que abonaran a cada uno de los dos hijos menores del causante la suma de 6.085,10 #, descontándoles así los 45.000 # derivados del convenio colectivo de aplicación (el de la Construcción de Vizcaya) del total de 51.085,10 # (46.441 de indemnización más 4.644,10 por perjuicio económico) que, conforme al baremo del automóvil, la propia resolución les reconocía.

4. La sentencia impugnada, manteniendo incólume el relato fáctico de instancia, cuyo contenido íntegro hemos reproducido en los antecedentes de la presente resolución, para desestimar el recurso de suplicación interpuesto por los causahabientes, en el que denunciaban la infracción de los [arts. 1101 y 1106 del Código Civil \(LEG 1889. 27 \)](#) y de la jurisprudencia que mencionaban ([SSTS 17-7-2007 \(RJ 2007. 8300\)](#) , entre otras) y, entre otras cosas, insistían en la elevación de las indemnizaciones que correspondían a los dos hijos menores del trabajador fallecido, se limita a

afirmar que la de instancia aplicó "para cada hijo menor, descontando lo ya cobrado por vía de mejora prevista en el convenio colectivo, evitando así duplicidades resarcitorias (...). Así mismo, aplicó el factor de corrección hasta el 10% que es el máximo, atendiendo a los ingresos anuales de la víctima por trabajo personal. Todo ello conforme a las cuantías vigentes en el momento de dictarse la sentencia. Por tanto, no cabe hacer reproche alguno a esa decisión".

Solicitada "subsanción y complemento de sentencia" por los actores, la Sala del País Vasco, mediante auto del 26-3-2013, la denegó, reiterando los argumentos de la sentencia respecto a la indemnización de los hijos menores, porque "no se considera aplicable al caso el [art. 215](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#)".

5. Contra la sentencia de suplicación recurren en casación unificadora los demandantes, insistiendo en aquél mismo modo de descuento y achacando a la sentencia impugnada la aplicación indebida de los [arts. 1101](#), [1106](#) y [1172](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#), así como los criterios de determinación de la indemnización contenidos en el referido Baremo, en relación a la doctrina establecida en la sentencia de contraste ([STSJ Castilla y León/Valladolid de 6-4-2011 \(AS 2011, 1140\)](#), R. 84/2011) que, según dice, "recoge la doctrina unificada por el [TS en sus sentencias de 17 de Julio de 2.007 \(RJ 2007, 8300\)](#) y posteriores".

6. La sentencia referencial, también respecto a una **indemnización** por daños derivados de **accidente de trabajo**, mantiene, con remisión a las [sentencias de esta Sala de 17-7-2007 \(RJ 2007, 8303\)](#), "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", y con tales parámetros concluye, por aplicación del Baremo de 2007, que "a la viuda le correspondería (tabla I, Anexo I) una **indemnización** básica por muerte (incluidos daños morales) de 99.222,70 euros. Ahora bien, esa **indemnización** básica está sujeta a factores de corrección (tabla II), entre los que se incluye el de perjuicios económicos. La Sala considera que, dado que la viuda ha percibido prestaciones económicas y mejora de seguridad social (hecho undécimo [39.313 euros en virtud de póliza de convenio]) cuya razón de ser es la compensación del perjuicio económico, no cabe añadir cantidad alguna por ese factor, en lo que constituye el modo adecuado de compensar lo que se recibe en tal concepto".

7. La contradicción parece evidente, sobre todo cuando la sentencia referencial, según manifiesta expresamente, está aplicando la doctrina jurisprudencial a la que luego nos referiremos, porque mientras la recurrida practica el descuento de los 45.000 # de la mejora, de manera prácticamente automática, sobre el resultado total de la indemnización por daños que corresponde a cada hijo menor, por el contrario, en la sentencia de contraste ese descuento o compensación parece efectuarse sobre el lucro cesante cuando lo hace sobre el concepto de "perjuicios económicos" de la Tabla II del Baremo. Y siendo precisamente esa la discrepancia esencial de las sentencias comparadas, resulta irrelevante, en contra de lo que afirma uno de los recurridos en su escrito de impugnación, que sea distinta la regulación convencional que establece cada mejora, porque lo decisivo, como sostiene con acierto el Ministerio Fiscal para reconocer la contradicción de sentencias, no es si la mejora debe o no ser descontada -siempre ha de serlo- sino el modo de hacerlo.

SEGUNDO

- 1. La mejor doctrina se contiene en la sentencia referencial por lo que procede anular y casar la sentencia recurrida.

En efecto, la cuestión debatida, tratada con carácter general en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, fue unificada por dos sentencias de Sala General, ambas de fecha 17 de Julio de 2007 ([R. 4367/05 \(RJ 2007, 8303\)](#) y [513/06 \(RJ 2007, 8300\)](#)), a cuya fundamentación "in extenso" nos remitimos, pudiendo resumirse esa nueva doctrina al respecto, tal como hizo la posterior de [21 de enero de 2008 \(RJ 2008, 2071\)](#) (R. 4017/06) y reiteró la de [20 de octubre del mismo año \(RJ 2008, 7039\)](#) (R. 672/07), en los siguientes puntos:

"1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es

partidaria de la llamada "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el [artículo 1.4 del Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.

2. 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.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe 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. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen 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.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante" (FJ 4º [STS 21-1-2008 \(RJ 2008, 2071\)](#)).

En la [STS de 20 de octubre de 2008 \(RJ 2008, 7039 \)](#) (R. 672/07) añadíamos, como deducíamos igualmente de nuestras dos precitadas resoluciones del Pleno, que:

"1) que, para el cálculo de la **indemnización** de daños y perjuicios derivada de un **accidente de trabajo**, resulta oportuno -que no obligatorio- la utilización, como criterio de orientación analógica -nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo-, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la [Disposición Adicional Octava](#) de la [Ley 30/1995, de 8 de noviembre \(RCL 1995, 3046 \)](#) (hoy Anexo al [Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre \(RCL 2004, 2310 \)](#), cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por [Resolución de 7 de enero de 2007 \(RCL 2007, 265\)](#) de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones); 2) ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad; y 3) en principio, y sin perjuicio de la obligada reparación íntegra y total del daño causado, las prestaciones de la Seguridad Social actúan de forma tasada la responsabilidad objetiva del empresario y compensan la pérdida de ingresos profesionales (lucro cesante) del trabajador accidentado, bien para descontar su capital-coste de una previa capitalización del lucro cesante en algunos supuestos, bien para descontar su importe mensual del verdadero lucro (el salario percibido hasta el **accidente**) cesante en el mismo período de tiempo" (FJ 3º [STS 20-10-2008 \(RJ 2008, 7039\)](#)).

Más en particular, conviene reproducir el concreto pasaje de la [STS de 17 de julio de 2007 \(RJ 2007, 8303 \)](#) (Pleno, R. 4367/05) que, afectando específicamente a la cuestión objeto del presente recurso, dice así:

"... la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen 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. Con respecto a la compensación de las prestaciones por incapacidad temporal, conviene recordar, conforme a lo antes dicho y a la doctrina constitucional citada, que esta jurisdicción no está vinculada por las normas de la Tabla V del Baremo y que la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral, cual se dispone en el [artículo 1.106](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y se reitera en el artículo 1-2 de la [LRCSCVM \(RCL 1968, 690 \)](#)" (FJ 3º).

2. Pues bien, el apartado Primero ("Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización"), punto 7, del ya mencionado Anexo del RD Leg. 8/2004 dispone que "para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima...".

En la "explicación del sistema" que nos facilita el apartado Segundo del propio Anexo, cuando se refiere al contenido de la Tabla I, nos dice que "comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados", y respecto a la Tabla II la explicación consiste en afirmar que "describe los criterios que deben ponderarse para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de estos". "A dichos efectos [continúa la norma], debe tenerse en cuenta que tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla I y que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral".

Respecto a los factores de corrección, además de aclararnos para la Tabla I que "no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro", nos informa

también en relación con la Tabla II ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte"), que los "perjuicios económicos" están relacionados con los "ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal".

Parece claro, pues, tal como concluye con acierto el Ministerio Fiscal cuando analiza la mencionada regulación, que es este último factor de corrección, el referido a los ingresos que percibía la víctima, el que cuantifica el lucro cesante al que sin duda alude el punto 7 del transcrito apartado Primero.

3. Llegados a este punto, también con el Informe del Ministerio Fiscal, luce con suficiente claridad el error de la sentencia impugnada cuando, de la indiscutida indemnización básica derivada de la Tabla I (cuantificación de los daños morales y patrimoniales básicos) que, en aplicación del también indiscutido Baremo, corresponde a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 #), descontó indebidamente los 45.000 # de la mejora de seguridad social derivada del convenio colectivo que había compensado el lucro cesante del progenitor. Sin embargo, el incremento por perjuicio económico que, en cuantía del 10% de aquella indemnización básica, deriva de la Tabla II, que, como vimos, viene a ponderar los restantes daños y perjuicios ocasionados, al tener la consideración de lucro cesante y ser homólogo, por tanto, a la mejora establecida en el convenio colectivo, sí puede ser compensado. En definitiva, el único descuento procedente es precisamente el del 10% de este último "incremento", es decir, la cantidad de 4.644 #.

TERCERO

Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la sentencia recurrida, al proceder a descontar automáticamente de la indemnización total que correspondía a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 #) el importe de la mejora de seguridad social prevista en el convenio colectivo de aplicación (45.000 #), no se atuvo a la buena doctrina. Así pues, procede la estimación del recurso, la revocación del fallo impugnado y la consecuente condena al abono a cada uno de los hijos menores, Noelia y Casimiro , de los 41.797 euros (46.441-4644=41.797) que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin 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 unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Crescencia y de sus dos hijos menores, Noelia y Casimiro , contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso de suplicación nº 201/13) y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el de tal clase interpuesto por Doña Crescencia , en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, Noelia y Casimiro , y Doña Belinda y, en consecuencia, condenamos a los demandados al abono a cada uno de los hijos menores del causante, Noelia y Casimiro , de los 41.797 euros que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin costas.

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. Jose Luis Gilolmo Lopez 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 febrero 2014

[RJ2014\2771](#)



ACCIDENTE DE TRABAJO: cocinero de buque que fallece al caer al mar, cuando intentaba acceder a su barco, que estaba atracado, desde otro barco que se encontraba abarloado; delimitación legal de los «accidentes in itinere» y «accidentes en misión».

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 145/2013

Ponente: Excm. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los beneficiarios contra la Sentencia de fecha 20-07-2012, del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos por los ahora recurrentes contra el INSS, el ISM, la TGSS, Mutua Gallega y «Hermanos Minchos, SL», sobre determinación de contingencia y prestaciones, que es revocada y resolviendo el debate planteado en suplicación, estima dicho recurso declarando que el fallecimiento del trabajador deriva de accidente de trabajo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ricardo Lito Martínez Barros, en nombre y representación de Dª Modesta , D. Esteban y D. Íñigo , contra la [sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 20 de julio de 2012 \(PROV 2012, 283848\)](#) , recaída en el recurso de suplicación nº 2076/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, dictada el 23 de febrero de 2009 , en los autos de juicio nº 851/08, iniciados en virtud de demanda presentada por Dª Modesta , Íñigo y Esteban , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, TGSS, MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO MUTUA GALLEGA y la empresa HERMANOS MINCHOS, S.L., sobre ACCIDENTE.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 23 de febrero de 2009, el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestima la demanda interpuesta por los actores contra la empresa HERMANOS MINCHOS, S.L., la Mutua Patronal MUTUA GALLEGA y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA y TGSS, se

absuelve a los mismos de las pretensiones en su contra deducidas."

SEGUNDO

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "**Primero** .- D. Victoriano , figuraba afiliado al régimen especial del mar; prestando servicios como cocinero para la empresa demandada HERMANOS MINCHOS, S.L., quien tiene aseguradas las contingencias profesionales con la Mutua Gallega. **Segundo** .- El mismo prestaba servicios en el buque MINCHOS OCTAVO. En fecha 27-10-05 dicho buque se encontraba atracado en el puerto de Dingle (Irlanda) debido al mal tiempo, esperando para hacerse a la mar. El referido decidió abandonar el barco por asuntos propios, y cuando regresaba, al saltar desde un barco que se encontraba abarloado al MINCHOS OCTAVO, se cayó al agua; siendo rescatado por los servicios de salvamento, quienes no pudieron reanimarle. **Tercero** .- Iniciado expediente de viudedad, se dicta por el ISM resolución reconociendo a Modesta dicha pensión sobre una base reguladora de 1.253,42 euros, y porcentaje de pensión del 52%. **Cuarto** .- Por resolución del ISM de fecha 30-05-06 reconocía pensión de orfandad a Íñigo por un importe anual de 3.579,66 euros."

TERCERO

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D^a Modesta , D. Íñigo y D. Esteban formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó [sentencia en fecha 20 de julio de 2012 \(PROV 2012, 283848\)](#) , recurso 2076/09 , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación de D^{ña}. Modesta , D. Esteban y D. Íñigo contra la sentencia de fecha veintitrés de febrero de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Vigo , en autos nº 851/2008 seguidos a instancia de los recurrentes contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA GALLEGA y la empresa HERMANOS MINCHOS S.L. debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida".

CUARTO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el letrado D. Ricardo Lito Martínez Barros, en nombre y representación de D^a Modesta , D. Esteban y D. Íñigo , 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 las dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el [14 de abril de 1988 \(RJ 1988, 2963\)](#) , rec. 3922/86 , el [26 de diciembre de 1988 \(RJ 1988, 9909\)](#) , rec. 3207/86 y el [6 de mayo de 1987 \(RJ 1987, 3257\)](#) , rec. 1545/86 .

QUINTO

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado, o subsidiariamente declarado improcedente.

SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 18 de febrero de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El Juzgado de lo Social número 4 de los de Vigo dictó sentencia el 23 de febrero de 2009 , autos número 851/08, desestimando la demanda formulada por Modesta , Íñigo y Esteban contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA GALLEGA y HERMANOS MINCHOS SL, sobre determinación de contingencia y prestaciones económicas derivadas de accidente de

trabajo, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión de hechos probados efectuada por la Sala de suplicación, en virtud del recurso formulado por la parte actora, al amparo del artículo 191 b) de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144 y 1563 \)](#) , D. Victoriano , casado con Doña Modesta , figuraba afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar, prestando servicios como cocinero para la empresa Hermanos Minchos SL, en el buque Minchos Octavo. El 27 de octubre de 2005 dicho buque se encontraba en el puerto de Dingle (Irlanda) debido al mal tiempo, esperando para hacerse a la mar, durante el tiempo de espera la tripulación, libre de guardia, puede salir del barco. El trabajador abandonó el barco por asuntos propios y cuando regresaba, al saltar desde un barco que se encontraba abarloado al Minchos Octavo se cayó al agua, siendo rescatado por los servicios de salvamento que no pudieron reanimarle, produciéndose su fallecimiento.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó [sentencia el 20 de julio de 2012 \(PROV 2012, 283848\)](#) , recurso número 2076/2009 , desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió, invocando la doctrina de esta Sala, [sentencias de 6 de marzo de 2007 \(RJ 2007, 1867 \)](#) , recurso 3415/05 y de [8 de octubre de 2009 \(RJ 2009, 5666 \)](#) , recurso 1871/08 , que no todo episodio ocurrido al trabajador "en misión" -viaje de servicio ordenado por la empresa- puede reputarse como accidente laboral y así, no lo es, el que ocurre sin conexión con el trabajo o en acto de la vida usual, en conducta normal, que en sí misma no produce ningún riesgo, o cuando se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado. Continúa razonando que en el caso concreto examinado, la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso y fuera de su lugar de trabajo, ya que el accidente se produce al saltar de un barco a otro.

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando tres sentencias contradictorias, una por cada uno de los motivos de contradicción invocados, [sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1988 \(RJ 1988, 2963\)](#) , recurso 3922/1986 ; de [26 de diciembre de 1988 \(RJ 1988, 9909\)](#) , recurso 3207/1986 y de [6 de mayo de 1987 \(RJ 1987, 3257\)](#) , recurso 1545/1986 .

SEGUNDO

Procede el examen de la sentencia invocada de contraste para el primer motivo del recurso, [sentencia de esta Sala de 14 de abril de 1988 \(RJ 1988, 2963\)](#) , recurso 3922/1986 , para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La citada sentencia de contraste desestimó los recursos de casación interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 1 de Córdoba, de fecha 26 de mayo de 1986, dictada en virtud de demanda formulada por Doña Luz y D. Pedro Francisco y D. Baltasar contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación de pensión de viudedad y orfandad. Consta en dicha sentencia que D. Pedro Francisco , casado con Doña Luz , técnico administrativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, fue nombrado Director Provincial del Instituto Nacional de la Salud en el mes de mayo de 1983, periodo en el que la situación en el mismo, tanto por razones políticas como administrativas, era conflictiva, confusa, tirante y emocional, causante para el Director de un gran estrés. El citado Director sólo había disfrutado de ocho días de vacaciones, se había tenido que desplazar a Madrid y a Sevilla un total de 31 ocasiones, practicaba una jornada de trabajo más allá de lo que era normal, fue llamado por sus superiores a Madrid para tomar parte en unas Jornadas de trabajo para Directores Provinciales de Insalud los días 18 a 22 de diciembre y, encontrándose allí, el día 20 falleció en el hotel sobre las cero horas quince minutos de un infarto agudo de miocardio, que le produjo el fallecimiento instantáneo. La sentencia entendió que, teniendo en cuenta el fuerte estrés padecido por el trabajador, a consecuencia de la situación conflictiva y tirante que pasaba en aquellas fechas

el Instituto, la jornada que venía desarrollando, las breves vacaciones que había disfrutado y el hecho de que sufriera un infarto encontrándose en Madrid, a instancia de sus superiores para asistir a las Jornadas de Directores Provinciales de Insalud, revelan la relación de causalidad existente entre la lesión determinante de la muerte y la actividad laboral desarrollada.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS , ya que, si bien en ambos casos se trata de trabajadores que han fallecido encontrándose en misión, fuera del tiempo y lugar de trabajo, en la sentencia de contraste el trabajador sufría un fuerte estrés provocado porque la situación en el Insalud, tanto por razones políticas como administrativas, era conflictiva, confusa, tirante y emocional, además el trabajador sólo había disfrutado de ocho días de vacaciones, se había tenido que desplazar a Madrid y a Sevilla un total de 31 ocasiones, practicaba una jornada de trabajo más allá de lo que era normal, lo que, a juicio de la Sala sentenciadora, revela la relación de causalidad entre el infarto de miocardio que le causó la muerte y la actividad laboral desarrollada. Ninguna circunstancia similar concurre en la sentencia recurrida, pues el fallecimiento del trabajador se produjo al caer al mar, sin que conste ningún factor relacionado con el trabajo que influyera en dicha caída. Aunque las sentencias comparadas han llegado a resultados diferentes no son contradictorias, al ser distintos los datos de los que parte cada una de ellas.

TERCERO

Procede, por las razones que luego se expondrán, examinar la sentencia invocada como contradictoria para el tercer motivo del recurso, [sentencia de esta Sala de 6 de mayo de 1987 \(RJ 1987, 3257\)](#) , recurso 1545/1986 . La sentencia estimó el recurso de casación interpuesto por Doña Juliana contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo número 1 de Oviedo, de 21 de marzo de 1986, en virtud de demanda formulada por dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Hulleras del Norte, sobre pensión de viudedad e indemnización , y, tras casar y anular la sentencia recurrida, declaró que el fallecimiento de D. Teodosio se debió a accidente de trabajo , condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora las cantidades que señala. Tal y como resulta de dicha sentencia, D. Teodosio , casado con Doña Juliana , desempeñaba las funciones de ingeniero técnico de seguridad en el pozo Candín de Hunosa, procediendo el 24 de febrero de 1983 a desplazarse, al frente a una comisión de ocho miembros del comité de seguridad, a la localidad de Galdácano, en Bilbao, para estudiar el comportamiento de explosivos, desarrollando una jornada de 9 a 18#20 horas el día 25, con comida de trabajo , regresando a la citada hora, llegando a un hostel en Santander a las 22#30 horas y, después de la cena, que terminó sobre las 0#30 horas del día 26, sobre las 0#50 horas sufrió un infarto de miocardio, siendo internado en el hospital de Valdecilla, después de ser atendido por dos médicos presentes en el hostel, falleciendo a la 1#15 horas en el referido hospital. La sentencia entendió que el trabajador, al regresar desde Galdácano, donde por encargo de la empresa había realizado determinados estudios sobre explosivos, hacía su lugar de trabajo habitual y tener que hacer noche en Santander, observó una conducta acorde con los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes, lo que se denomina en derecho civil, para calificar el grado de diligencia de una persona, actuación del buen padre de familia, por lo que no llegó a producirse la ruptura del nexo causal, a lo que podría añadirse que la duda razonable que pudiera existir debe resolverse a favor del trabajador, en virtud del principio "pro operario".

En este tercer motivo del recurso tampoco concurren, entre las sentencias comparadas, las identidades exigidas por el artículo 219 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) . En efecto, en la sentencia recurrida el fallecimiento se produce al caer el trabajador al mar, cuando intentaba acceder a su barco, saltando desde otro barco, y en la de contraste se produce en un hostel, mientras el trabajador está descansando, por un infarto de miocardio. Aunque los resultados a los que han llegado las sentencias comparadas son distintos, las mismas no son contradictorias, por ser diferentes las circunstancias de hecho que concurren en cada una de ellas.

CUARTO

Procede examinar la sentencia invocada como contradictoria para el segundo motivo del recurso,

[sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1988 \(RJ 1988, 9909\)](#) , recurso 3207/1986 , para determinar si concurre el requisito de la contradicción. La citada sentencia desestimó el recurso de casación interpuesto por Mutua de Vizcaya Industrial y Compañía de Seguros SA Bilbao contra la sentencia de 6 de marzo de 1986 , dictada por la Magistratura de Trabajo número 2 de Vizcaya y estimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la recurrente Aurora Polar SA contra la misma sentencia, casando y anulando la parte del fallo de condena a la Compañía de Seguros Aurora Polar, manteniendo la incompetencia de jurisdicción para conocer de la acción ejercitada, manteniendo el resto del fallo tal y como se consignó. Consta en dicha sentencia que D. Doroteo , casado con Doña Carina , prestaba servicios como carpintero, oficial 1ª para la empresa "Viuda e hijos de Mendieta" desde el 18 de mayo de 1981, procediendo la empresa a desplazarle a las Islas Schelles, para trabajar por cuenta de la misma en los Astilleros La Digne, el 1 de septiembre de 1984. El 10 de diciembre de 1984, cuando regresaba a su lugar de trabajo habitual, por órdenes de la empresa, tras una hora de vuelo, empezó a sentirse mal, con dolor de riñones y dificultades para respirar, como no había ningún médico a bordo, la azafata le dio tranquilizantes y, al llegar a Djibautí, donde hicieron escala de cuatro horas, se requirió por el compañero de trabajo del señor Doroteo la presencia del jefe de a bordo que le recomendó que saliera al exterior a respirar, de nuevo la azafata le dio un tranquilizante y, tras intentar un médico ponerle un inyectable, estando el avión volando, falleció. El informe forense revela que el señor Doroteo falleció de insuficiencia cardiaca aguda que parece que se produjo en el transcurso de una crisis de asma particularmente severa y rebelde. La sentencia entendió que, si bien es cierto que la insuficiencia cardiaca, producida por la crisis severa de asma, es una enfermedad común, no le hubiera ocasionado la muerte si se le hubiera prestado asistencia sanitaria, la cual no se le pudo prestar por encontrarse en un avión, estando contraindicado los tranquilizantes que le suministró la azafata, por lo que el fatal resultado se produjo por la situación de riesgo producida por el viaje que realizaba por requerimiento de la empresa, para que prestara servicios en la construcción de un buque, con billete proporcionado por la propia empresa y desde un país al que había sido enviado igualmente por ella, para trabajar a su servicio.

Concurren entre las sentencias comparadas las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos, aunque el trabajador no estaba propiamente realizando su trabajo, si se encontraba en unas circunstancias que guardaban íntima conexión con el trabajo. En efecto, en la sentencia recurrida el trabajador se dirige a su barco, que es su centro de trabajo, cuando sobreviene el accidente que le causa la muerte por caída al mar y, en la de contraste, se encuentra en un avión, en el que regresa a su centro de trabajo siguiendo órdenes de la empresa y es en este medio donde fallece, a consecuencia de una insuficiencia cardiaca producida por una crisis severa de asma, que no pudo ser atendida médicamente, precisamente por encontrarse el trabajador a bordo de un avión. En ambos supuestos el particular lugar en el que el trabajador se encuentra, con ocasión de su trabajo, se erige en elemento determinante de su fallecimiento. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida ha entendido que no es un accidente de trabajo, la de contraste mantiene que el fallecimiento del trabajador es un accidente de trabajo.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS , procede entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

QUINTO

- El recurrente alega que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 115.1 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#) y la abundante jurisprudencia que cita. La [sentencia de esta Sala de 19 de julio de 2010 \(RJ 2010, 4886 \)](#) , recurso 2698/2009 , ha examinado el supuesto de derrame cerebral sufrido por un conductor de camión, cuando se encontraba realizando una parada técnica, concluyendo que el mismo ha de considerarse accidente de trabajo, con el siguiente razonamiento: *"Tal solución se funda en la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia del Pleno de la misma de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867) (RCUD. 3415/2005) , dictada en un supuesto, también, de transporte por carretera. En ella razonamos que en estos casos "En realidad, no estamos ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrolla normalmente en un lugar determinado y se encarga al trabajador la realización de un servicio en otro lugar, sino ante una actividad de transporte -la actividad de la empresa es la realización de mudanzas-, que consiste precisamente en un*

desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicios. No se produce, por tanto, el desdoblamiento entre el trabajo y desplazamiento, que es propio de la misión típica, pues el trabajo normal consiste precisamente en el desplazamiento, en la actividad de realizar el transporte. Si se consideran las normas sobre el tiempo de trabajo en el transporte por carretera, se concluye que la lesión no se ha producido ni durante el tiempo de trabajo efectivo, ni durante el tiempo de presencia, que el [artículo 8.1. 2º del Real Decreto 1561/1995 \(RCL 1995, 2650 \)](#) define como aquel en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, sin prestar trabajo efectivo por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y similares. En el mismo sentido, la Directiva 2002/15 CE distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y descanso. En el primero se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera de carga o descarga. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a "los periodos de pausa o descanso".

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a estimar el recurso, porque el derrame cerebral lo sufrió el actor durante las llamadas horas de presencia, mientras realizaba un descanso técnico o tomaba un café, horas que entran dentro de la jornada laboral porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario, razón por la que con respecto a las patologías que se presenten durante las horas de presencia juega la presunción de laboralidad que establece el artículo 115-3 de la [L.P.L \(RCL 1995, 1144 y 1563\)](#) , presunción que no ha quedado destruida por el supuesto carácter común de las mismas, ya que no puede descartarse que el trabajo realizado y las condiciones del mismo desencadenasen el proceso morboso, al provocar una subida de la tensión arterial. Debe recordarse que, conforme al artículo 8-1 del R.D. 1561/1995, de 21 de septiembre , se considera "tiempo de presencia aquél en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar servicio efectivo, por razones de ... comidas en ruta u otras similares". Por ello, bien se estime que la parada realizada por el actor obedecía a razones operativas, descansar el periodo preceptuado por las normas de tráfico, bien a la necesidad de tomar alimento, es lo cierto que el origen de la baja merece el calificativo de accidente laboral, al deberse presumir la existencia de un nexo causal entre el trabajo y la enfermedad, ya que esta se presentó durante el tiempo de trabajo, mientras estaba en ruta".

Por su parte la [sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 2013 \(RJ 2013, 7306\)](#) , recurso 2965/2012 , ha puesto de relieve, respecto al accidente "en misión" lo siguiente: " **SEGUNDO.** 1.- El accidente "en misión" ha sido una figura de loable creación jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que partiéndose de que se producía un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, a través de dicha figura se ampliaba la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparecía sometido a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios, destacándose que el "lugar de trabajo" a estos efectos es todo "lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual" (entre otras, [SSTS/Social 26-diciembre-1988 \(RJ 1988, 9909\)](#) , [4-mayo-1998 \(RJ 1998, 4091\)](#) -recurso 932/1997 , [11-julio-2000 \(RJ 2000, 7409\)](#) -recurso 3303/1999 , [24-septiembre-2001 \(RJ 2002, 595\)](#) -recurso 3414/2000). En esta línea se declararon como accidentes en misión los siguientes supuestos:

a) La insuficiencia cardiaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiere producido, señalando que "concorre la circunstancia de ser en misión, pues si es cierto que la letra del art. 82 n.º 2 a), parece contemplar el supuesto ordinario del traslado habitual del propio domicilio al lugar del trabajo y regreso, ni de su letra ni de su espíritu están excluidos aquellos desplazamientos debidos única y exclusivamente a motivaciones laborales, y en el caso de autos ello es indiscutido, puesto que el vuelo se realizaba a requerimiento de la empresa para que prestara servicios en la construcción de un buque, con billete proporcionado por la propia empresa y desde un país al que había sido enviado igualmente por ella, y para trabajar a su servicio" (STS/Social

26-diciembre-1988);

b) *Un accidente cardiovascular con hemiparexia derecha sufrido a bordo del camión del que era conductor el trabajador durante un viaje por extranjero y mientras que conducía el conductor de relevo, razonándose que "en el supuesto aquí enjuiciado, no hay ni siquiera suspensión de la situación de actividad laboral, porque sucede a bordo del camión, aunque en situación de relevo activo, pero con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo" (STS/IV 4-mayo-1998 -rcud 932/1997);*

c) *"El trabajo de reparación de la avería de un coche en carretera es trabajo itinerante, en el que se ha de entender como tiempo de trabajo el de desplazamiento al punto en que se encuentra el vehículo averiado, y como lugar el de dicho punto y el de la vía que a él conduce. El lugar y el tiempo de trabajo de ayuda en carretera no se circunscriben al espacio y al acto estricto de arreglo de la avería, sino que se extienden también al desplazamiento y a la ruta seguida para poder efectuar la reparación" (STS/IV 11-julio-2000 -rcud 3414/2000);*

d) *Infarto de miocardio sobrevenido mientras el trabajador se encontraba en el hotel donde se alojaba durante el viaje por Europa como conductor de autobús por ruta turística. Se argumenta para calificarlo como accidente de trabajo en misión que "Es evidente que el mal le sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero cuando permanece bajo la dependencia de la Empresa, cuya organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida", que "tal es el contenido del accidente de trabajo «en misión», que es una lógica derivación del concepto de accidente de trabajo «in itinere», porque si este segundo concepto consiste en el soportado por el trabajador en el obligado desplazamiento ... ya que la ley entiende que a tales trayectos y riesgos debe extenderse la protección proporcionada por la Empresa, con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de las tareas profesionales, porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es innecesario el reintegro, ya que el trabajador «itinerante» ... está en ese itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye las tareas que tiene encomendadas" y concluye que "es cierto que el nexo entre el daño soportado y la situación laboral puede romperse ... pero tal ruptura no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone), sino porque se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión. O sea cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación" (STS/IV 24-septiembre-2001 -rcud 3414/2000).*

2.- Mas, en ulteriores sentencias, con más estricto criterio y rectificando, expresamente y en parte, la doctrina anterior (contenida especialmente en la citada STS/IV 24-septiembre-2001) - lo que comporta mayor trascendencia pues no se limitaba a resolver el caso concreto enjuiciado --, la jurisprudencia social, si bien reitera que "La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión ...", matizando que "En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del art. 115.1 LGSS . Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral", concluyendo, con carácter general, que "no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado"; y en base a ello deniega la calificación de accidente de trabajo en un supuesto de hemorragia encefálica padecida por un conductor del sector del transporte en tiempo de descanso y mientras pernoctaba en un hotel, argumentando que no constaba la conexión trabajo-lesión, al no tratarse de

trabajo "en misión", ni tener lugar en tiempo de trabajo efectivo o de presencia conforme a la normativa sectorial; añadiendo, además, que no puede acogerse la tesis de que durante el desarrollo de la misión hay que considerar que se está en el tiempo y en el lugar del trabajo, aunque "es cierto que la norma se refiere también a los accidentes sufridos con ocasión del trabajo, pero, aunque la conexión de ocasionalidad es más débil que la de causalidad, exige, al menos, que el trabajo actúe como circunstancia que permita el accidente, de forma que sin él la lesión no se habría producido y éste no es el caso examinado, pues la lesión se produce fuera de la ejecución del trabajo, mientras el trabajador descansaba en la habitación de un hotel, y sin ninguna evidencia de que el trabajo previamente realizado hubiese desencadenado la afección" ([STS/IV Sala General 6-marzo-2007 \(RJ 2007.1867\)](#) -rcud 3415/2005).

3.- Cabe interpretar que mayor flexibilidad en la calificación como accidente en misión trasluce la [STS/IV 22-julio-2010 \(RJ 2010.7283\)](#) (rcud 4049/2009), en la que, aun partiendo de la referida doctrina sentada en Sala General, atiendo a las especiales circunstancias que se produjeron en el caso concreto que entendió possibilitaban la calificación de accidente de trabajo. Se trataba de un trabajador, que prestaba servicios como conductor de camión, que se encontraba en misión por cuenta de la empresa realizando la ruta asignada y que falleció de madrugada cuando se encontraba acostado en la cabina del camión por muerte súbita, debido a isquemia miocárdica, unas dos horas después de acostarse, destacando que "no puede considerarse que se hubiere producido ruptura del nexo causal entre trabajo y daño corporal con resultado de muerte, porque sucede a bordo del camión, y aunque acostado, con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo", que "la presunción de laboralidad (art. 115.3LGSS) concurre en el caso examinado, en que el "accidente" se ha producido en tiempo y lugar de trabajo. En cuanto al lugar de trabajo, porque el óbito se produjo dentro del camión mientras el trabajador dormía. Y en cuanto al tiempo de trabajo, atendiendo a las circunstancias concretas del trabajo encomendado al trabajador fallecido, no puede calificarse como tiempo de descanso. Ciertamente es, y ello no es controvertido, que los conductores de camión, dentro de la normativa reguladora de la actividad, tienen la obligación de descansar cada determinado número de horas o de kilómetros recorridos, de manera que han de parar el vehículo durante el periodo fijado. Ese descanso preceptivo tiene como finalidad, que no se conduzca durante tiempo excesivo para evitar accidentes. Ahora bien, es cierto que ese descanso puede realizarse dentro o fuera del camión, pudiéndose optar por dormir en el camión; pero no puede obviarse que es frecuente que el trabajador pernocte en el vehículo con la intención además de descansar, de vigilancia, tanto del vehículo como de la mercancía, por lo que en realidad nos encontramos ante un lapso temporal de presencia, pues aunque no se presta trabajo efectivo de conducción, se está realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión; sin que se desvirtúe por ello el nexo causal exigido"; y, finalmente, respecto al nexo causal, recuerda que "Por el juego de la presunción, al demandante le incumbe la prueba del hecho básico o del indicio de que la lesión se ocasionó en el lugar y en tiempo de trabajo; con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo. La presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean, y el siniestro ..." y que "En el caso analizado quedaron acreditados los hechos antes referidos, pero no se constata la práctica de prueba alguna conducente desvirtuar la presunción legal, de modo que la falta de prueba sobre las circunstancias imputativas de la apreciación de la presunción ya determina la estimación del recurso y la demanda".

Por su parte la [sentencia de 26 de diciembre de 2013 \(RJ 2014.371\)](#) , recurso 2315/2012 , se ha pronunciado en relación al accidente de trabajo "in itinere" en los siguientes términos: "**QUINTO.**- Ahora bien, en casos como el presente y revisando criterios anteriores más estrictos, como el de la [sentencia de 29 de septiembre de 1997 \(RJ 1997.6851\)](#) , hay que entender que el trayecto en el que se ha producido el accidente no queda fuera del art. 115.2.a) de la LGSS . En primer lugar, porque el domicilio del que se parte se define en los hechos probados de la sentencia de instancia como el domicilio del trabajador -su domicilio- frente al lugar de residencia por razones laborales ("donde vivía durante los días laborales de la semana", según dice el hecho probado segundo), lo que permite concluir que es aquél el domicilio propiamente dicho como "sede jurídica de la persona" del [art. 40 del Código Civil \(LEG 1889.27 \)](#) , sede en la que, junto al hecho material de residencia -que

persiste, aunque, por razones de trabajo, ésta se traslade temporalmente a otro lugar- aparece el elemento intencional (elanimumanendi) de querer continuar residiendo en ese lugar, elemento intencional que se expresa objetivamente mediante una conducta significativa: la vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones de trabajo lo permiten. En segundo lugar, porque la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el [art. 3](#) del Código Civil, y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento. Todo ello determina que, si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo.

De esta forma, hay que apreciar que en el caso decidido concurren los elementos que definen el accidente in itinere. En efecto, se aprecia el elemento teleológico, porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador en los términos ya precisados. Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas del lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada. Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde éste ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral."

SEXTO

El concepto de accidente de trabajo en nuestro ordenamiento, recogido en el artículo 115 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#), tal y como se cuida de señalar la [sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2008 \(RJ 2008, 1546 \)](#), recurso 2716/2006, "parte de la definición del accidente de trabajo que se contiene en el número 1 [«Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»], pero el sistema se cierra con las previsiones que se hacen en el resto del artículo. En concreto, el número 2 relaciona una serie de supuestos que legalmente integran accidentes de trabajo [in itinere; ejercicio de cargos electivos de carácter sindical; tareas profesionales distintas; actos de salvamento; y diversas enfermedades], que se formulan de forma positiva y considerándose ex lege como accidente de trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario; el número 3 establece una presunción legal de accidente laboral [«Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo »]; el número 4 refiere los supuestos en los que -pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo - tales eventos «no tendrán la consideración de accidente de trabajo » [fuerza mayor; dolo o imprudencia temeraria del trabajador]; y -finalmente- el número cinco refiere dos circunstancias [imprudencia profesional; concurrencia de culpabilidad ajena] que «No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo » (así, en coincidencia sustancial con los términos expresados, las SSTs 04/04/84 y [09/05/06 \(RJ 2006, 3037 \)](#) -rcud 2932/04 -).

2.- Más en concreto, respecto de la definición del accidente laboral, la doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que impone la definición contenida en el número primero; bien de manera estricta [«por consecuencia»] o bien en forma más amplia o relajada [«con ocasión»], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral -tan sólo- la ocasionalidad pura. A lo que entendemos, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto [«por consecuencia»] estamos en presencia de una verdadera «causa» [aquello por lo que -propter quod- se produce el accidente], mientras que en el segundo caso [«con ocasión»], propiamente se

describe una condición [aquellos sin lo que -sine qua non- se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto.

Al decir de autorizada doctrina, esta ocasionalidad «relevante» se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla. Caracterización que se evidencia ya en antigua doctrina de este Tribunal, de la que son ejemplo las SSTS 18/04/14 , 28/04/26 y 05/12/31).

3.- Señalemos, por otra parte, que es singularidad del ordenamiento jurídico español -desde la STS 17/06/1903 - la amplitud conceptual de la «lesión» determinante del AT [art. 115LGSS], por la que debe entenderse -también- las enfermedades de súbita aparición o desenlace ([STS 28/09/00 \(RJ 2000, 9649 \)](#) -rcud 3690/99 -), comprendiendo así no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos ([SSTS 27/10/92 \(RJ 1992, 7844 \)](#) -rcud 1901/91 -; [27/12/95 \(RJ 1995, 9846 \)](#) -rcud 1213/95 -, con cita de sus precedentes de [22/03/85 \(RJ 1985, 1374 \)](#) , [25/09/86 \(RJ 1986, 5175 \)](#) , [29/09/86 \(RJ 1986, 5202 \)](#) y [04/11/88 \(RJ 1988, 8529 \)](#) ; [23/01/98 \(RJ 1998, 1008 \)](#) -rcud 979/97 -; y [18/03/99 \(RJ 1999, 3006 \)](#) -rcud 5194/97 -). Como indica la última de las citadas, «... otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico» ([STS 18/03/99 \(RJ 1999, 3006 \)](#) -rcud 5194/97 -). Ello, claro está, abstracción hecha de la específica consideración de determinadas enfermedades como accidente de trabajo [número 2, en sus apartados e), f) y «)]."

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo. En efecto, no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aún cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco. El día del accidente el barco se encontraba atracado en Dingle (Irlanda) por las malas condiciones de la mar, esperando a que amainase el temporal para continuar su ruta. Durante el tiempo de espera a una mejoría de las condiciones climáticas la tripulación libre de guardia puede salir del barco, como así hizo el trabajador accidentado. Al regresar, al saltar a su barco, desde otro barco que se encontraba abarloado, cayó al mar y falleció, no pudiendo reanimarle los servicios de salvamento. El accidente se produjo con ocasión del trabajo ya que es evidente que si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco, no hubiera tenido que exponerse a los agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad "relevante" que causó el accidente, en otras palabras el accidente no se hubiera producido. No cabe duda que la mar, elemento en el que se encuentra el buque -centro de trabajo y domicilio ocasional del trabajador- es un lugar potencialmente peligroso, peligro seriamente agravado en circunstancias como las concurrentes en el asunto examinado, en el que hay tan malas condiciones climatológicas que obligan al barco a resguardarse en el puerto hasta que mejoren, sin poder realizar su actividad laboral. Es más que probable que fueran precisamente estas malas condiciones, unidas a la arriesgada forma de acceso al barco, por otra parte forma habitual de acceso -saltando desde otro barco que se encontraba abarloado- las que provocaron el que el trabajador cayera al mar y falleciera. El trabajador había asumido un riesgo con ocasión de su trabajo, al intentar acceder al barco estando la mar en malas condiciones, y el riesgo se transforma en siniestro, produciéndose la caída al mar y el fatal desenlace.

SÉPTIMO

Procede, a tenor de lo anteriormente razonado, estimar el recurso formulado y casar y anular la sentencia recurrida, sin que haya lugar a la imposición de costas, a tenor de lo establecido en el

artículo 235 de la [LRJS \(RCL 2011. 1845\)](#) .

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DOÑA Modesta , Íñigo y Esteban frente a la [sentencia dictada el 20 de julio de 2012 \(PROV 2012. 283848\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación número 2076/2009 , interpuesto por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Vigo, el 23 de febrero de 2009 , en los autos número 851/2008, seguidos contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA GALLEGA y HERMANOS MINCHOS SL sobre determinación de contingencia y prestaciones. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente, estimando la demanda formulada, declarando que el fallecimiento de D. Victoriano deriva de la contingencia de **accidente de trabajo** , condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a hacer efectivas a los actores, atendiendo a su respectiva responsabilidad, las prestaciones de auxilio por defunción, pensión de viudedad y orfandad e **indemnización** tanto alzado. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 9 junio 2014

[RJ2014\3203](#)



INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL: fallecimiento por insuficiencia respiratoria por carcinoma metastásico indiferenciado producido por contacto con amianto: existencia de relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad y el padecimiento del trabajador; falta de contenido casacional y de contradicción.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 871/2012

Ponente: Excmo Sr. Fernando Salinas Molina

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por «Alstom Transporte, SA», contra la sentencia del TSJ de Madrid de 30-12-2011, recaída en autos de indemnización de daños y perjuicios seguidos a instancia de Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos) contra la citada empresa recurrente y «Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, SA».

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa "ALSTOM TRANSPORTE, S.A.", representada y defendida por el Letrado Don Iago Romero Sánchez, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid, en fecha [30-diciembre-2011 \(rollo 3134/2011 \(PROV 2012, 64917\)\)](#), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 16-marzo-2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid (autos 753/2010), en procedimiento seguido a instancia de Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Don Victor Manuel y Don Candido) contra la citada empresa recurrente y "ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." sobre CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Don Victor Manuel y Don Candido), representados y defendidos por el Letrado Don Miguel Ángel Serrano Martínez y "ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.", representada y defendida por el Letrado don Fernando María García Sevilla.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

- El día [30 de diciembre de 2011 \(PROV 2012, 64917\)](#) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 3134/2011 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en los autos nº 753/2010, seguidos a instancia de Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Don Victor Manuel y Don Candido) contra "Alstom Transporte, S.A." y "Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A" sobre cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Iago Romero Sánchez, en nombre y representación de Alstom Transporte S.A., contra la sentencia de fecha 16-03-2011 , dictada por Jdo. de lo Social nº 30 de Madrid en sus autos número demanda 753/2010, seguidos a instancia de Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Victor Manuel y Candido), frente a Alstom Transporte S.A., Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Se condena en costas a la parte recurrente, entre las que se incluyen los honorarios del Letrado de la parte que impugnó el recurso, en cuantía de 400 euros. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal una vez haya adquirido firmeza la presente resolución. Manténganse los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de ella se resuelva la realización de los mismos "*.

SEGUNDO

La sentencia de instancia, de fecha 16 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: " 1.- *La-demandante Milagrosa es viuda de D. Isidoro , y los otros dos demandantes, Victor Manuel y Candido , son hijos del mismo, nacido el NUM000 - 1933, y fallecido el 14-6-2009 a consecuencia de insuficiencia respiratoria por carcinoma metastásico indiferenciado (folio 84), después de ser diagnosticado en enero 2009 de dicho carcinoma a través de toracotomía (derrame pleural más dolor torácico), después de trabajar como pintor rotulista industrial en fabrica metalúrgica donde se utilizaba amianto (pintor ferroviario), sustancia cuya relación con el mesotelioma se considera evidente de acuerdo con la literatura científica (informe Servicio Oncología Médica Clínica Quirón de Madrid de 28-12-2009, f/85). 2.- El fallecido -salvo un período de excedencia en la que estuvo prestando servicios para Astilleros Españoles SA de 1968 a 1973- prestaba servicios en Aplicaciones Técnicas Industriales SA - Ateinsa- y antes en Compañía Euskalduna, en la factoría de Villaverde Bajo de la fueron sucesivamente titulares las citadas y posteriormente la demandada Alstom. De Ateinsa era socio único GEC Alstom SA en diciembre 1995 (f (89) y en contrato de 1- 4-1994 (doc. 1 Alstom) se concentra la actividad de fabricación y mantenimiento de material ferroviario (mediante contratos con Renfe) en la entidad GEC Alstom Transporte SA, filial como la primera de GEC Alstom SA radicada en Francia, como oficial primera desde 21-7-63 con salario de 260.400 pts. (marzo 1993) que incluía plus tóxico-penoso (f/78), como pintor industrial (para lo que fue reconocido médicamente en 1963 y 1968, doc. 3-5 Alstom, en taller metalúrgico ferroviario donde se utilizaba el amianto como material de trabajo -testifical de D. Severino -. 1.- Alstom Transporte SA tiene suscrita con Allianz contrato de seguro de responsabilidad civil con efectos iniciales 1-1-04 - anual renovable-, vigente en 2009 (doc. 1 Allianz) que cubre, entre otros riesgos, en el ap. 6, responsabilidad civil patronal, entendiéndose por tal la que para el asegurado resulte de lesiones o muerte sufridas por empleados a su servicio como consecuencia de un accidente de trabajo que reúna las siguientes características: incumplimiento del asegurado de alguna obligación de seguridad e higiene en el trabajo , relación directa de causalidad entre la medida transgredida y el accidente , existencia de procedimiento sancionador sin que ello signifique cobertura de la sanción; y entre las obligaciones no aseguradas figura -B) 8.4 cualquier reclamación de daños causados real o supuestamente originados por productos que puedan contener asbestos en cualquier forma o cantidad y consta una limitación por siniestro de 20.000.000 de euros y por víctima de 450.000, y una franquicia general de 100.000 euros. Desde 1-4-2010 el límite por víctima pasa a 800.000 euros - 2.- Las actividades posteriormente asumidas por Ateinsa empezaron en 1922 como una unidad de la compañía Euskalduna, en 1973 se constituye con la denominación de Ateinsa del grupo INI, en 1989 fue adquirida por Alstom Transporte SA - antes GEC Alstom Transporte). El 14-11-1996 el jefe de los servicios médicos de GEC Alstom elabora un informe sobre los riesgos de la exposición al amianto después de dos fallecimientos por mesotelioma pleural, cáncer íntimamente ligado a la exposición de la fibra de asbesto (doc. 7 Alstom). 5.- En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de*

[21-3-2006 \(AS 2006, 1326\)](#) se confirma resolución por falta de medidas de seguridad derivada de enfermedad profesional por fallecimiento de un trabajador por exposición al amianto/asbestos declarando la responsabilidad de Alstom Transporte como sucesora de Ateinsa y Euskalduna en la factoría ferroviaria de Villaverde Bajo (f/88). El mismo Tribunal en [Sentencia de 10-12- 2009 \(AS 2010, 509\)](#) confirma previa resolución que reconoce a los causantes de otro empleado de Alstom Transporte SA **indemnización** de 124.282,78 euros. 6.- En resolución de 3-7-2009 el Inss reconoce a la viuda la prestación de viudedad por enfermedad común (f/67), si bien a solicitud de la mencionada se le reconoce en otra resolución de 12-3-2010 la prestación de viudedad derivada de enfermedad profesional de 1.331,94 euros -doce pagas- (f/68). A la demandante se le han reconocido además de la pensión citada **indemnización** tanto alzado de 15.327,90 euros. 7.- La demandante ha instado procedimiento de declaración de responsabilidad por falta de medidas de seguridad que no consta resuelto. 8.- En testamento otorgado el 8-11-1994 el fallecido lega a su esposa el usufructo vitalicio de todos los bienes de su herencia y herederos por partes iguales a sus hijos Victor Manuel y Candido -f/71). 9.- Se ha intentado la previa conciliación ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que, desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción alegadas por Alstom Transportes SA, y estimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Allianz Cía. de Seguros y Reaseguros SA, y estimando la demanda interpuesta por Milagrosa , Victor Manuel y Candido , contra Alstom Transporte SA, condeno a la empresa citada a satisfacer a la viuda del trabajador fallecido la cantidad total de 90.372,10 euros por los conceptos de la demanda ".

TERCERO

Por el Letrado Don Iago Romero Sánchez, en nombre y representación de la empresa "Alstom Transporte, S.A.", formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la [recurrida \(PROV 2012, 64917\)](#) la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha [21-noviembre-2007 \(AS 2008, 506\)](#) (rollo 3901/2006). SEGUNDO.- Alega infracción de los [arts. 1101](#) y [1902](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) (CC) en relación con el art. 1104 del mismo cuerpo legal .

CUARTO

Por providencia de esta Sala de 1 de julio de 2013, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Don Victor Manuel y Don Candido), representados y defendidos por el Letrado Don Miguel Ángel Serrano Martínez y la empresa "ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.", representada y defendida por el Letrado don Fernando María García Sevilla, para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- La empleadora recurrente plantea, a través del presente recurso de casación unificadora, la cuestión relativa a sí, en un supuesto indiscutido de fallecimiento de un trabajador como consecuencia de la enfermedad contraída por el contacto con el amianto utilizado en su trabajo, es suficiente para fundamentar la responsabilidad por daños y perjuicios la inobservancia de la normativa existente sobre la materia en la fecha en que se desarrollaba tal tipo de actividad (tesis que alega sustenta la sentencia recurrida - [STSJ/Madrid 30-diciembre-2011 -rollo 3134/2011 \(PROV 2012, 64917\)](#)) o si, por el contrario, " *la culpabilidad empresarial exigible resulta incompatible con el desconocimiento científico imperante en la época y el desconocimiento del riesgo de contraer*

enfermedad alguna como consecuencia del contacto con el amianto " (tesis que afirma se sustenta en la sentencia invocada como de contraste - [STSJ/Cataluña 21-noviembre-2007 \(AS 2008, 506\)](#) -rollo 3901/2006 que por error figura en base datos como rollo 432/2004).

SEGUNDO

1.- De aceptarse la certeza de lo afirmado como contenido de las sentencias comparadas, cabe concluir que existe falta de contenido casacional dado que la doctrina contenida en la sentencia recurrida es acorde con la jurisprudencia de esta Sala; pues, partiendo del hecho indiscutido de que el trabajador falleció como consecuencia de la enfermedad contraída por el contacto con el amianto utilizado en su trabajo en la empresa y que por ésta última se inobservó la normativa existente sobre la materia en la fecha en que se desarrollaba tal tipo de actividad, la empresa no puede exonerarse de culpabilidad con la mera alegación del " *desconocimiento científico imperante en la época y el desconocimiento del riesgo de contraer enfermedad alguna como consecuencia del contacto con el amianto* ".

2.- En efecto, reiteradas sentencias de esta Sala, entre otras muchas, las SSTS/IV [24-enero-2012 \(RJ 2012, 3355\)](#) (rcud 813/2011), [30-octubre- 2012 \(RJ 2012, 10721\)](#) (rcud 3942/2011), [10-diciembre-2012 \(RJ 2012, 11273\)](#) (rcud 226/2012), [5-marzo-2013 \(RJ 2013, 6064\)](#) (rcud 1478/2012) o [5-junio-2013 \(RJ 2013, 8058\)](#) (rcud 1160/2012), -- las que varían la doctrina contenida en la STS/IV [30-septiembre-1997 \(RJ 1997, 6853\)](#) (rcud 22/1997) en la que se fundamenta la sentencia de suplicación invocada ahora como de contraste --, vienen declarando que se puede declarar la responsabilidad empresarial por los daños que tengan su causa en enfermedades profesionales por entenderse que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad en el periodo temporal de aparición y desarrollo de la enfermedad profesional cuando concurre, por una parte, base fáctica para afirmar que el centro de trabajo carecía de los dispositivos de precaución reglamentarios, que no se habían observado, en lo esencial, las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador, -- o, en suma, si no se habían adoptado por la empresa, deudora de seguridad, todas o las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo --, y además, por otra parte, resulta también indubitado que el fallecimiento del trabajador lo fue por enfermedad profesional por exposición al amianto; y, además, la responsabilidad subsiste cuando aun de haberse adoptado por la empresa todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, no se acredita que el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos imputativos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario como deudor de seguridad.

3.- Así se ha declarado, entre otras, en la citada STS/IV [24-enero-2012 \(RJ 2012, 3355\)](#) (rcud 813/2012), que:

<< Tratándose de enfermedad profesional, de una contingencia con desarrollo ajeno esencialmente a la conducta del trabajador, ante la constatada falta de las legales y reglamentarias medidas de seguridad en el desarrollo de un trabajo de alto riesgo de enfermedad profesional, -- ya se ha indicado que, al menos, desde el [Decreto de 10-enero-1947 \(RCL 1947, 108\)](#) , creador del seguro de enfermedades profesionales, en el cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis --, no puede presumirse, tanto más ante la inexistencia de cualquier prueba objetiva en sentido contrario, la ineficacia total de las referidas medidas preventivas establecidas en las sucesivas normas imperativas que las han ido perfeccionando, -- amparadas muchas de ellas en la experiencia y estudios técnicos sobre los condiciones de trabajo en las distintas circunstancias efectuadas o contrastadas en distintos países conforme a los continuos avances científicos y técnicos --, para prevenir, evitar o, como mínimo, disminuir los riesgos, pudiendo establecerse, en consecuencia, que entre los hechos admitidos o demostrados y el hecho "presunto" existe "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", siendo correcto, por tanto, el razonamiento efectuado en la sentencia recurrida en el sentido de que "la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad

profesional declarada por exposición continua al amianto. En suma, no cabe duda de que los incumplimientos supusieron un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado no hubiese llegado a producirse".

Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial --, y se reitera en las citadas SSTS/IV [18-mayo-2011 \(RJ 2011, 4985\)](#) (rcud 2621/2010) y [16-enero-2012 \(RJ 2012, 2024\)](#) (rcud 4142/2010)-- , que, en supuestos como el ahora enjuiciado, "la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte".

Además, como se razona en nuestra STS/IV [30-junio-2010 \(RJ 2010, 6775\)](#) (Sala General -rcud 4123/2008), "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]". Por lo que a idéntica conclusión podemos llegar aplicando la jurisprudencia de esta Sala contenida en la referida STS/IV 30-junio-2010 , que aplica la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual "la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual", que "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias" y que, en cuanto a la carga de la prueba, "ha de destacarse la aplicación -analógica- del [art. 1183 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , 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 impeditivos, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]" y que "el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los [arts. 1.105 CC](#) y [15.4 LPRL \(RCL 1995, 3053\)](#)], 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".

En efecto, en el presente caso, actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las esenciales y preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

Debe, finalmente, señalarse que la doctrina jurisprudencial contenida en la citada STS/IV [30-junio-2010 \(RJ 2010, 6775\)](#) tiene su fiel reflejo y transposición en la ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ([Ley 36/2011 de 10-octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) -LRJS), en cuyo el art. 96.2 se preceptúa que "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira" >>.

TERCERO

1.- Lo anterior bastaría para haber inadmitido el recurso, lo que en este trámite comporta su desestimación; pero, además, aunque hipotéticamente se tomaran en cuenta otros motivos complementarios que podrían haber llevado a las soluciones distintas en la sentencias comparadas (aun no invocados expresamente en el recurso empresarial), no existiría tampoco el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, puesto que uno de los motivos en que se fundamenta la sentencia referencial, además de en la tesis expuesta sobre la culpabilidad, para exonerar a la empresa de responsabilidad es la existencia de una sentencia firme que declara la improcedencia de recargo por falta de medidas de seguridad, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado en la sentencia recurrida (aun sin necesidad de tener en cuenta, en base a la documentación apartada y admitida, la existencia de una resolución que impone a la empresa tal recargo por infracción de medidas de seguridad).

2.- Por todo lo expuesto, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa por falta de contenido casacional y de contradicción; con imposición de costas, pérdida del depósito constituido para recurrir y debiendo darse a la consignación el destino legal (arts. 228.3 y 235.1 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)).

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 empresa "ALSTOM TRANSPORTE, S.A.", contra la sentencia de fecha [30-diciembre-2011 \(rollo 3134/2011 \(PROV 2012, 64917\)\)](#) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en fecha 16-marzo-2011 (autos 753/2010), recaída en autos de indemnización de daños y perjuicios seguidos a instancia de Doña Milagrosa (en su propio nombre y en el de sus hijos Don Victor Manuel y Candido) contra la citada empresa recurrente y "ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.". Con imposición de costas, pérdida del depósito constituido para recurrir y debiendo darse a la consignación el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones 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. 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 16 mayo 2014

[RJ2014\3589](#)



INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: determinación de la cuantía que deben abonar las compañías aseguradoras en concepto de intereses por aplicación del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 octubre. **UNIFICACIÓN DE DOCTRINA:** inexistencia de contradicción al no utilizar la sentencia recurrida el Baremo establecido para los accidentes de circulación, que si se utiliza en la de contraste, a la hora de cuantificar la indemnización.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 2670/2013

Ponente: Excmo Sr. Jesús Gullón Rodríguez

El TS **estima en parte** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la Sentencia de fecha 14-06-2013, del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos por el ahora recurrente contra «Insuiña, SL» y otras, en reclamación de cantidad, que es parcialmente revocada en el único punto relativo al cálculo de los intereses que sobre las indemnizaciones fijadas en la sentencia de instancia y en la recurrida, han de abonar las compañías aseguradoras condenadas en una y otra resolución.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Feijoo Borrego, en nombre y representación de D. Jose Pablo , contra la [sentencia de 14 de junio de 2.013 \(PROV 2013, 249140\)](#) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 560/2011 , formulado frente a la sentencia de 26 de octubre de 2.010 dictada en autos 20/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo seguidos a instancia de D. Jose Pablo contra Insuiña, S.L., Mussat, Aegón Seguros, S.A., Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros, S.A., D. Borja , Norsema, S.L. y D. Esteban sobre cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, SEGUROS GROUPAMA, Seguros y Reaseguros, S.A. representada por la Procuradora Dª Irene Arnés Bueno.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 26 de octubre de 2.010, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jose Pablo , debo condenar y condeno a la empresa NORSEMA, S.L., Borja , MUSSAT y GROUPAMA, a que solidariamente le abonen al referido actor la cantidad de 19.655,57 euros; absolviendo a INSUIÑA, S.L., y AEGON SEGUROS de las pretensiones en su contra deducidas>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.**- El demandante D. Jose Pablo , prestó servicios para la empresa NORSEMA, S.L., con la categoría profesional de peón.- **2º.**- La empresa INSUIÑA, S.L., dedicada a la actividad de viveros y criaderos de pescado, formalizó contrato de arrendamiento el día 29-10-98 con PESCANOVA, S.A., del edificio sito en Chapelá. En fecha 06-10-98 INSUIÑA y TECNIGAL, S.L., representada esta última por el Sr. Borja , suscriben contrato de prestación de servicios, para la realización de los Anteproyectos, Proyectos y Dirección de obra de una planta de nursery y engorde en las instalaciones arrendadas a PESCANOVA, S.A., antes mencionadas.- **3º.**- En atención a dicho contrato el Sr. Borja contrató con NORSEMA, S.L., la ejecución del proyecto. El Sr. Borja redactó el Estudio Básico de Seguridad y Salud en el Trabajo, haciendo constar en el mismo que las estructuras metálicas y de hormigón, soportes temporales y apuntalamientos, sólo se podrán montar o desmontar bajo la vigilancia, control y dirección de una persona competente.- **4º.**- El día 20-11-98 el demandante se encontraba desmontando unos andamios sitos en la fachada del edificio, portando cinturón de seguridad, pero sin cables de sujeción, ni puntos de anclaje, debiendo realizar la maniobra de desplazamiento de un andamio a otro con las manos, precipitándose en uno de esos desplazamientos, desde una altura de unos 7 metros. La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción contra la empresa NORSEMA, S.L., calificando la infracción como grave, imponiendo una multa de 250.001 euros.- **5º.**- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Vigo se dictó sentencia en fecha 23-10-07 condenando a Esteban , representante legal de NORSEMA, S.L., y a Borja , como autores de un delito contra la seguridad de los trabajadores, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 08-06-09.- **6º.**- Borja tiene póliza de responsabilidad civil suscrita con MUSSAT.- **7º.**- AEGON tiene póliza suscrita con NORSEMA, S.L., por la que se aseguran las mejoras de convenio. Dicha empresa suscribió póliza de responsabilidad civil con GROPUPAMA, por la que se asegura como cantidad máxima la de 50.000.000 pesetas.- **8º.**- El actor fue declarado afecto de IPT derivada de accidente laboral, sobre un salario anual de 1.681.392 pesetas; y ello por padecer: hemianopsia bilateral (binasal), limitado en menos del 50% flexión de R.I. Las secuelas padecidas a tenor del informe del#médico forense son: atrofia muscular del muslo izquierdo (5 a 10 puntos), cicatriz quirúrgica en cuero cabelludo, hemianopsia sinusal más acusada en ojo derecho (5 a 10 puntos), mareos, vértigos, cefaleas ... síndrome postraumático (1 a 8 puntos).- **9º.**- La Mutua Fremap ingresó en concepto de capital coste por la IPT reconocida, la suma de 71.352 euros, habiendo abonado en concepto de prestaciones I.T., las sumas de 2.776,68 euros, 2.479,18 euros y 3.014,68 euros, por el periodo de 21-11-98 a 11-01-00.- **10º.**- El actor prestó servicios con posterioridad al accidente, en los siguientes periodos: 22-01-04 a 11-11-06, 02-05-07 a 12-05-08, figurando dado de alta por el centro penitenciario de A Lama en los periodos de 10-01-09 a 02-02-09 y del 05-02-09 a 17-04-10.- **11º.**- Presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC frente a los hoy codemandados, excepto contra INSUIÑA, S.L., el día 01-10-09, la misma tuvo lugar en fecha 19-10-09 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 07-01-10>>.

SEGUNDO

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha [14 de junio de 2.013 \(PROV 2013, 249140\)](#) , en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Estimando en parte el recurso interpuesto pro Jose Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de echa 2/10/2010 , en autos nº 20/2010, sobre reclamación de cantidad, instados por aquel frente a Insuiña S.L., Construcciones Norsema S.L., Mussat, Aegón Seguros S.A., Groupama Grupo Plus Ultra Seguros y Reaseguros S.A., Esteban y Borja , revocamos la sentencia de instancia en lo atinente a la cuantía de la indemnización que se fija en la suma total de 29.655,57 euros así como en la condena solidaria de la empresa Insuiña S.L., manteniendo en lo demás los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de lar resolución "a quo">>.

TERCERO

Contra la [sentencia \(PROV 2013, 249140\)](#) dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Jose Pablo el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha [17 de julio de 2007 \(RJ 2007, 8300\)](#) y la infracción de lo establecido en los [artículos 1101](#) y [1902](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) y la infracción del artículo 20 de la [Ley de Contrato de Seguro \(RCL 1980, 2295\)](#) .

CUARTO

Por providencia de esta Sala de 16 de enero de 2.014, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO

Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 13 de mayo de 2.014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Tal y como se desprende de los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos ampliamente en otra parte de esta resolución, en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina podemos traer aquí por su utilidad el resumen que de ello se hace en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha [14 de junio de 2.013 \(PROV 2013, 249140\)](#) .

En su fundamento de derecho cuarto se expresa como acreditado que la empresa Pescanova S.A. era la propietaria del inmueble situado en la localidad de Chapela, que arrendó a la empresa "Insuiña, S.L." para vivero y cultivo de especies piscícolas. Como quiera que se proyectara por ésta empresa la realización de obras de acondicionamiento en el local para el desempeño de esa actividad industrial, se contrató el 6 de octubre de 2.010 con la empresa "Tecnigal S.L.", representada por D. Borja , la realización de esa obra, lo que implicó la realización de los oportunos proyectos y la propia dirección y ejecución de la obra, que se encomendó por el Sr. Borja a otra empresa, Norsema S.L., para la que trabajó como peón D. Jose Pablo , que mientras realizaba los trabajos propios de su categoría en las instalaciones de "Insuiña, S.L." y cuando se encontraba desmontando unos andamios sitos en la fachada del edificio, portando cinturón de seguridad, pero sin cables de sujeción ni puntos de anclaje, cayó al suelo desde una altura de unos 7 metros, causándose lesiones de las que resultó declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Consta que la empresa "Norsema, S.L." tenía suscrita una póliza para cubrir responsabilidad civil con la Compañía "GROUPAMA", que el Sr. Borja la tenía suscrita con la empresa "MUSSAT".

Interpuesta reclamación de daños y perjuicios derivados del referido accidente de trabajo, la sentencia de Juzgado de lo Social número 4 de los de Vigo estimó parcialmente tal demanda y condenó de manera conjunta y solidaria a "Norsema, S.L.", a D. Borja , y las aseguradoras MUSSAT y a GROUPAMA al pago de la cantidad de 19.655,57 euros, absolviendo a la empresa "Insuiña, S.L." de las pretensiones deducidas en su contra.

SEGUNDO

Recurrida esa sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la sentencia de [14 de junio de 2.013 \(PROV 2013, 249140\)](#) que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, estimó en parte el recurso en lo que se refería a dos cuestiones. Por un lado se procedía a extender la condena solidaria también a la entidad "Insuiña, S.L.", empresa principal propietaria de la obra. En cuanto a la **indemnización** , la sentencia razona

ampliamente sobre la manera de cálculo de la **indemnización**, no aplicándose en ella ni en la sentencia de instancia el Baremo aprobado por el [Real Decreto Legislativo 8/2004 \(RCL 2004, 2310\)](#) y su Anexo, razonándose al respecto y con cita de la [STS de 17 de julio de 2.007 \(RJ 2007, 8300\)](#), invocada ahora como contradictoria por el recurrente, que *"... la indemnización procedente deberá ser adecuada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños (emergente, materiales, morales) y perjuicios (lucro cesante) que se acrediten derivados del accidente de trabajo y sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social, sin que, por exigencia de proporcionalidad entre daño y reparación, la restitución deba exceder del perjuicio sufrido, porque los afectados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena y, a tal fin, han de tenerse en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, sumas ya percibidas, etc., de modo que además de las prestaciones públicas que procedan también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios por el accidente de trabajo, cuya valoración o determinación de su concreto importe corresponde básicamente al órgano jurisdiccional de instancia como cuestión ligada a los hechos, aunque corregible en trámite posterior en casos tales, no exhaustivos, como si el Juez la decidió de forma caprichosa, desorbitada, excesivamente injusta, o si media error notorio, arbitrariedad, notoria desproporción, lo que, en términos generales, no acaece en el procedimiento presente, pues la Juzgadora de instancia efectúa un análisis de la situación y circunstancias del caso, llegando a la consideración de que el actor percibió (o va a percibir) la suma total de 79.622 euros en atención al importe del capital coste ingresado por la Mutua Fremap aseguradora de la contingencia profesional y las correspondientes a las prestaciones de incapacidad temporal y valorando el hecho de que el demandante prestó servicios por cuenta ajena en distintos períodos con posterioridad al suceso, de manera que no se ofrece procedente elevar las cantidades por secuelas fijadas en la instancia que se ajusta a parámetros de proporción con el alcance de aquellas..."*

No obstante, la sentencia recurrida decide incrementar la indemnización reconocida en la instancia en 10.000 euros, ponderando los daños morales en esa cifra, con lo que la responsabilidad civil se fija finalmente en 29.655,57 euros.

En cuanto a los intereses solicitados por el demandante al amparo del artículo 20 de la [Ley de Contrato de Seguro \(RCL 1980, 2295\)](#), la sentencia recurrida razona que no procede fijar importe alguno por tal concepto, porque *"... la aplicación de dicho precepto exige un examen de la conducta de la aseguradora, o, lo que es lo mismo, estar a las circunstancias de cada caso, de forma que habrá que estimar justificado el retraso como regla general cuando concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no responsabilidad para su cobertura, de manera que, en el presente procedimiento, deviene procedente el rechazo de la pretensión relativa al abono de intereses, al no considerar la concurrencia de mora por parte de las aseguradoras, siendo de dejar constancia, a mayor abundancia, que si bien se solicita por la parte recurrente la condena solidaria de Insuñá S.L. y su compañía aseguradora ni siquiera se menciona cual sea ésta y tampoco fue demandada en el presente juicio entidad alguna que cubriese la responsabilidad de la citada empresa"*.

TERCERO

El recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora plantea el recurrente se construye sobre dos motivos. En el primero de ellos se denuncia la infracción de los [artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#), así como de la Jurisprudencia de esta Sala contenida en [STS de 17 de julio de 2.007 \(RJ 2007, 8300\)](#), y se pretende por aplicación del Baremo de la Ley del Automóvil (sic) del año 2.010 el incremento de la indemnización fijada en la sentencia recurrida hasta alcanzar los postulados en el recurso 272.103,25 euros.

La sentencia de contraste señalada para éste motivo (la misma que para el siguiente) es la dictada por ésta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha [17 de julio de 2.007 \(RJ 2007, 8303\)](#) (recurso 4367/2005).

En ella se parte de una realidad que en absoluto coincide con la sentencia recurrida, y es la de que tanto en la sentencia allí recurrida como la de contraste aplicaron el discutido Baremo para el cálculo

de la indemnización derivada de accidente de trabajo . Por el contrario, dejando ahora el problema que luego analizaremos sobre los intereses del artículo 20 de la [Ley de Contrato de Seguro \(RCL 1980, 2295\)](#) , desde esa perspectiva de aplicación del Baremo en las sentencias comparadas que se unificaron en aquella sentencia, lo que se discutía y resolvía era exclusivamente el problema relativo al Baremo que había de resultar aplicable en función de la fecha del accidente de la sentencia, punto que tampoco aparece abordado en la sentencia recurrida, desde el momento en que, como hemos dicho, en la sentencia de la Sala de Galicia se parte de la búsqueda de criterios indemnizatorios distintos de los recogidos técnicamente el Baremo.

Como puede leerse en el Fundamento de derecho segundo, punto 5, de la sentencia de contraste, ante ese problema específico, había que decidir si, partiendo de la aplicación del Baremo aprobado por el [Real Decreto Legislativo 8/2004 \(RCL 2004, 2310\)](#) y su Anexo, la valoración de los daños debía hacerse en atención a los valores del Baremo vigentes al tiempo de ocurrir el accidente o, por el contrario, con los establecidos en él al tiempo de dictarse la sentencia que los cuantifica, ya que, -se dice en la sentencia de contraste- "debe recordarse que, conforme al punto 10 del apartado Primero del Anexo que establece el sistema de valoración, anualmente deben actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas por el mismo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje de aumento del índice general de precios al consumo del año anterior. Se trata de determinar si estamos ante una deuda nominal o de valor, esto es si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría nominalista) o al tiempo de su cuantificación (teoría valorista)". Y en éste concreto problema se decide que partiendo de la realidad de que se trata de una deuda de valor, "... no se puede estimar, sin más, que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, pues, cual se dijo antes, admitida la contradicción, debe resolverse cual es la solución más acertada, aunque no coincida con la dada por alguna de las sentencias comparadas. Dicho lo cual, conviene recordar que en este ámbito jurisdiccional, desde la [sentencia de 1 de febrero de 2000 \(RJ 2000, 1436\)](#) , los efectos jurídicos del accidente laboral se vienen anudando a las normas legales o convencionales vigentes al tiempo de su producción, lo que, unido a lo dispuesto en la regla 3 del punto Primero del Anexo, donde se dispone que, a efectos de la aplicación de las tablas, "la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", nos obliga a concluir que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificar la indemnización y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida... ".

En todo caso, se añade en la sentencia de contraste para resolver éste problema, "el principio valorista obliga a actualizar el importe de la indemnización con arreglo a la pérdida del valor adquisitivo que experimente la moneda, para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, pues la inflación devalúa el importe de la indemnización. Por ello, si se trata de reparar íntegramente el daño causado, es claro que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, esto es al momento de dictarse la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar, ya que, cualquier otra solución será contraria a los intereses del perjudicado. En apoyo de esta tesis puede citarse la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa antes citada (números 2 y 3 del principio general I).

Fijar en un momento anterior el día en que la indemnización se actualiza lesiona los intereses de la víctima, pues, normalmente, se verá perjudicada por la devaluación de la moneda, sin que el abono de intereses le compense salvo en aquellos casos en que los mismos sean debidos, lo que puede no ocurrir en variadas ocasiones, mientras que la demora de la víctima en accionar no perjudicará al deudor, porque pagará la misma cantidad, aunque actualizada. A partir de la fecha de la sentencia de instancia, el perjudicado conservará el poder adquisitivo mediante el cobro de los intereses por mora procesal del artículo 576 de la [L.E.C \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . y en su caso mediante el cobro de los intereses del artículo 20 de la [Ley del Contrato de Seguro \(RCL 1980, 2295\)](#) ".

Doctrina unificada por ésta Sala que, como antes hemos dicho, aborda un problema que en modo alguno se plantea o resuelve en la sentencia recurrida, razón por la que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, y de conformidad con lo previsto en el artículo 219 de la [LRJS \(RCL](#)

[2011, 1845](#)) procede desestimar en este trámite el primer motivo del recurso.

CUARTO

Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, se denuncia en él la infracción del artículo 20 de la [Ley de Contrato de Seguro \(RCL 1980, 2295\)](#), en cuanto que se postula que a las Compañías Aseguradoras responsables de abono de las indemnizaciones fijadas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en fecha 26 de octubre de 2.010 se incrementen con los intereses previstos en el referido precepto.

La sentencia de contraste en éste motivo es también la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha [17 de julio de 2.007 \(RJ 2007, 8303\)](#), en el recurso 4367/2005. Y en ella se mantiene la doctrina de " ... cuando se reconocen los intereses por mora procesal del artículo 576 de la [L.E.C \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) ., durante los dos primeros años, a contar desde la notificación de la sentencia de la instancia, se adeuda, cuando se trata de compañías aseguradoras, un interés anual equivalente al legal del dinero más el 50 por 100, tipo de interés que pasa a ser del 20 por 100 anual a partir de los dos años de aquella notificación. Tal solución la impone el hecho de que la aseguradora no incurre en mora hasta que se dicta la sentencia de instancia, pues antes estaba justificada su negativa al pago, como con reiteración viene señalando esta Sala, ya que su deber de indemnizar era incierto, tanto en la determinación de su existencia por haber incurrido en responsabilidad el patrono que obró culposamente, como en la fijación de la cuantía que dependía de la acreditación de los daños causados, razón por la que con arreglo a la norma 8ª del artículo 20 de la [Ley 50/80 \(RCL 1980, 2295\)](#) no venía obligada al pago de intereses".

En este punto, la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste es evidente, puesto que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que no ha de haber condena al pago de intereses y la de contraste llega a la solución contraria.

Por ello, también de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede en este punto unificar la doctrina, tal y como exige el artículo 219 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), lo que ha de hacerse, por evidentes razones de seguridad jurídica afirmando que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, debiendo en consecuencia aceptarse en términos generales la tesis del recurrente en cuanto que las Compañías Aseguradoras condenadas solidariamente al abono de la indemnización de 29.655,77 euros fijada en la sentencia recurrida, no combatida por ellas, ha de incrementarse con los intereses calculados de la siguiente forma:

Desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, el interés anual de la cantidad allí fijada como indemnización de daños y perjuicios de 19.655,57 euros será el equivalente al legal del dinero más el 50 por 100, tipo de interés que pasa a ser del 20 por 100 anual a partir de los dos años de aquella notificación.

En cuanto a los 10.000 euros en que la sentencia recurrida amplía la indemnización de los daños y perjuicios fijados en la instancia, el interés anual que se fija a cargo de las dos Compañías Aseguradoras condenadas es también el legal del dinero más un 50%, al no haberse cumplido dos años desde el momento en que se ha fijado esa responsabilidad en el abono de la indemnización.

Sobre lo ya dicho han de añadirse algunas precisiones más. La primera es que aunque en la sentencia recurrida se condena solidariamente también a la empresa "Insuñá, S.L." no consta ninguna empresa o compañía aseguradora demandada ni siquiera existente, razón por la que centrado el problema del abono de los intereses en el recurso y la contradicción señalada únicamente en el análisis del alcance del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, ningún pronunciamiento ha de hacerse sobre este punto.

Por otra parte, las argumentaciones que se contienen en el escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina suscrito por la representación de Seguros GROUPAMA no pueden ser acogidas, desde el momento en que el hecho de haber cumplido con una ineludible obligación procesal de consignar el importe de la condena para poder recurrir, en modo alguno equivale al cumplimiento de la condena, puesto que la cantidad correspondiente no se ha puesto a

disposición del trabajador acreedor. Y por otra parte, como en la propia sentencia de esta Sala se afirma en el texto transcrito, el número 8 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro resultaría aplicable a los intereses comprendidos entre la fecha de accidente y la de notificación de la sentencia de instancia, pero en modo alguno a los periodos de tiempo posteriores. Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Jose Pablo contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de [14 de junio de 2.013 \(PROV 2013. 249140\)](#) , que casamos y anulamos en el único punto relativo al cálculo de los intereses que sobre las indemnizaciones fijadas en la sentencia de instancia y en la recurrida han de abonar las Compañías aseguradoras condenadas en una y otra resolución, Groupama Plus Ultra Seguros y Reaseguros, S.A. y Mussat, Mutua de Seguros a Prima Fija, intereses que se calcularán de la siguiente forma: desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, el interés anual de la cantidad allí fijada como indemnización de daños y perjuicios de 19.655,57 euros será el equivalente al legal del dinero más el 50 por 100, tipo de interés que pasará a ser del 20 por 100 anual a partir de los dos años de aquella notificación. En cuanto a los 10.000 euros en que la sentencia recurrida amplía la indemnización de los daños y perjuicios fijados en la instancia, el interés anual que se fija a cargo de las dos Compañías Aseguradoras condenadas es también el legal del dinero más un 50%, al no haberse cumplido dos años desde el momento en que se ha fijado esa responsabilidad en el abono de la indemnización. 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. Jesus Gullon Rodriguez 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 17 febrero 2014

[RJ2014\2397](#)



UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: valoración de revisiones fácticas rechazadas en suplicación por considerarlas intrascendentes. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: interrupción de la prescripción de la acción para reclamarlos, al haberse instado un procedimiento penal sobre los mismos hechos.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 444/2013

Ponente: Excmo Sr. Luis Fernando de Castro Fernández

El TS **estima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la Sentencia de fecha 12-07-2012, del TSJ de Andalucía, sede en Málaga, dictada en autos promovidos por el recurrente contra UTE Autovía Nerja-Almuñecar («Dragados Obras y Proyectos, SA» y «Obras Subterráneas, SA»; «Holcim Hormigones, SA»; «Vitalicio Seguros»; «Seguros Allianz»; «Transportes Alcon Ponce, SL»; «Helvetia Previsión, SA» y FOGASA, sobre indemnización de daños y perjuicios, que es revocada y resolviendo el debate planteado en suplicación, rechaza la prescripción acogida al objeto de que se dicte nueva sentencia por la que se decida la cuestión de fondo suscitada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Silvio frente a la [sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en fecha 12/julio/2012 \(PROV 2013, 246921\)](#) [recurso de Suplicación nº 441/2012], que resolvió el formulado por la misma parte contra UTE AUTOVIA NEERJA-ALMUNECAR (DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS S.A Y OBRAS SUBTERRANEAS, S.A) HOLCIM HORMIGONES, S.A; VITALICIOS SEGUROS; SEGUROS ALLIANZ; TRANSPORTES ALCON PONCE S.L; HELVETIA PREVISION, S.A y FOGASA frente a la sentencia pronunciada en 11/noviembre/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Málaga [autos 74/11], sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 11 de noviembre de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 13 de Málaga dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que declarando la existencia de prescripción de la

acción, sin necesidad de entrar en el fondo del litigio, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por DON Silvio frente a UTE AUTOVIA NEERJA-ALMUNECAR (DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS S.A Y OBRAS SUBTERRANEAS, S.A) HOLCIM HORMIGONES, S.A; VITALICIOS SEGUROS; SEGUROS ALLIANZ; TRANSPORTES ALCON PONCE S.L; HELVETIA PREVISION, S.A y FOGASA sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, absolviendo a los demandados de las pretensiones aducidas en su contra".

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El actor, de 54 años, prestaba servicios para la empresa Transportes Alcón Ponce S.A. como conductor, para el transporte de hormigón en la obra de la autovía Nerja-Almuñecar como subcontratada de Holcim Hormigones, la cual había sido previamente contratada por la UTE autovía Nerja- Almuñecar, al objeto de suministrar y transportar, respectivamente, el hormigón.- El 12.01.04, conduciendo el camión matrícula BE-....-MB , que debía transportar el hormigón hasta el viaducto de Río de la Miel, cuyas zapatas se estaban hormigonando, accedió por el camino que le indicaron los empleados de la UTE Nerja-Almuñecar. Se trataba de un carril de tierra que parte de la carretera comarcal MA-179 y que tiene una pendiente entre el 20,8% y el 27,1 %. Cuando el actor conducía por el mencionado carril y había alcanzado el lugar donde la pendiente alcanza el 27,1% el camión perdió fuerza, levantándose la parte delantera a causa de la excesiva carga que llevaba, deslizándose hacia atrás hasta golpear con el cordón lateral izquierdo del camino y caer sobre su parte derecha. Como consecuencia del accidente , el actor, quedó atrapado en el camión produciéndole el cuadro clínico siguiente:TCE: Hemorragia subaracnoidea. Discreto edema cerebral. Traumatismo facial. EX de apófisis transversas L3-L4.- La propuesta dictamen es de fecha 09.08.05.- Por las referidas lesiones el actor fue declarado afecto a Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de conductor por resolución de 07.12.05.- La resolución fue firme por no impugnada.- SEGUNDO.- La empresa Holcim Hormigones S.A tiene como compañía aseguradora a Allianz S.A. La UTE Autovía Nerja-Almuñecar tiene como compañía aseguradora a Vitalicios Seguros.- La empresa Transportes Alcón Ponce, S.A tiene como compañía aseguradora a Helvetia Previsión S.A.- TERCERO.- Por los referidos hechos se levantó acta de infracción por la Inspección de Trabajo , señalando: "El Sr. Silvio accedió al carril en el que se produjo el accidente siguiendo las indicaciones que le dio el dosificador de la planta de hormigón en donde cargó.- No existía, según la declaración del accidentado, ninguna indicación o señalización sobre peligrosidad de la vía, habida cuenta de la pendiente excesiva existente y del peso conjunto de vehículo y carga, ni indicación concreta alguna sobre el grado de pendiente.- En las normas de seguridad para el conductor de hormigonera facilitadas por UTE Nerja-Almuñecar se indica que no se suministrará hormigón con el camión en pendiente del 16%".- El accidentado desconocía las características del camino y, por tanto, los efectos potenciales derivados de la concurrencia del factor pendiente de la vía con el factor peso total transportado, concurrencia ésta determinante de la maniobra que realiza el vehículo al perder fuerza y deslizarse hacia atrás.- Igualmente, refiere: "A la vista de lo expuesto, se aprecia: Que la utilización habitual por parte de vehículos pesados con carga superior a los 25.000 kg, de un camino o carril de tierra con una pendiente significativamente superior al límite del 20% que, además carecía de cualquier tipo de indicación o señal sobre tales características constituye, en si mismo, un riesgo plenamente asumido por la UTE Nerja-Almuñecar, que no puso en marcha ninguna acción correctora tendente a eliminarlo (estableciendo otra vía alternativa de acceso de obligado uso) o, en caso de imposibilidad, a reducirlo disminuyendo grados de pendiente y mejorando las condiciones de circulación del camino.- Ello supone infracción a los artículos siguientes, todos ellos referidos a las obligaciones generales de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y de cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales contenidas, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la [Ley 31/1995 de 08 de noviembre \(RCL 1995, 3053 \)](#) .- Punto 11 de Anexo IVA del [RD 1627/97 de 24 de octubre \(RCL 1997, 2525 \)](#) .- Punto 1.2 del Anexo I en relación con el artículo 3 de [RD 1215/97 de 18 de junio \(RCL 1997, 2010\)](#) .- Punto 5 del apartado a) del [Anexo I del RD 486/97 de 14 de abril \(RCL 1997, 975 \)](#) .- Artículo 3 del [RD 485/97 de 14 de abril \(RCL 1997, 974 \)](#) .- La infracción a los referidos preceptos, considerados en su conjunto, se encuentra tipificada como grave en el artículo 12.16 b del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social , aprobado por el [RDL 5/2000 de 04 de agosto \(RCL 2000, 1804, 2136\)](#) , proponiéndose una sanción en grado medio, considerándose al efecto la peligrosidad de la actividad,

la gravedad del accidente y de las lesiones sufridas por el trabajador y el hecho de que el riesgo no tuviese carácter ocasional, por cuanto que el camino en el que aquél se produjo era utilizado habitualmente por otros vehículos similares al accidentado, art. 39.3 a), b) y c) del Texto refundido citado".- CUARTO.- Asimismo, el INSS impuso recargo de prestaciones en un 30% por resolución de fecha de salida 04.10.06, a las empresas Transportes Alcón Ponce, S.A y, solidariamente, a la entidad UTE Nerja-Almuñecar.- Impugnado el recargo por la entidad Transportes Alcón Ponce, S.I fue estimada la demanda, revocando su responsabilidad por el J. Social 6 de Málaga por sentencia de 31.07.07. Confirmada por la Sala Social del TSJ en resolución de 10.03.11, en el sentido de declarar la responsabilidad exclusiva de la empresa UTE Nerja-Almuñecar.- El actor asimismo impugnó el recargo, siendo confirmado por sentencia del J. Social 2 de Málaga de 01 .20.10 y posteriormente por [resolución de la Sala de lo Social del TSJ de 18.11.10 \(PROV 2013, 238678\)](#) .- QUINTO.- Por los referidos hechos, el actor accionó en procedimiento penal frente a la persona responsable de la empresa constructora UTE Nerja-Almuñecar, el dosificador que le cargó el vehículo y la persona que le indicó el camino a seguir, dictándose sentencia absolutoria por el J. de instrucción nº 2 de Torrox.- Tras ser apelada la Audiencia Provincial de Málaga confirmó la sentencia del Juzgado en fecha de [30.12.08 \(PROV 2009, 226673\)](#) , siendo notificada a los procuradores de las partes el 26.02.09.- SEXTO.- Por [resolución de 7 de febrero de 2005 \(RCL 2005, 301, 447\)](#) , de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicación durante 2005, y al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.- El actor por los referidos hechos estuvo 365 días impeditivos, siendo el valor día 47,28 euros.- El actor acredita 10 puntos, siendo el valor del punto 687,15 euros.- EL 10% de factor de corrección sobre el resultado de puntos supone 687,15 euros.- Por incapacidad permanente total para la profesión habitual el baremo otorga una indemnización de 15.527,82 a 77.639,12 euros.- SEPTIMO.- Por el accidente sufrido el actor es beneficiario de las sumas siguientes: Importe del capital coste de la prestación de la IPT. 72.039,20 euros.- Intereses de capitalización de la IPT 607,06 euros.- Subsidio de IT desde el 12.01.04 al 06.06.05 10.145,03 euros.- Recargo de las prestaciones sobre la IPT 21.611,76 euros.- Recargo de las prestaciones de IT 3.043,51 euros.- OCTAVO.- El actor presentó la papeleta de conciliación en fecha de 24.09.10".

TERCERO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Silvio , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, la cual dictó [sentencia en fecha 12 de julio de 2012 \(PROV 2013, 246921\)](#) , 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 D. Silvio frente a la sentencia dictada en fecha 11.01.2011 por el Juzgado de lo Social número Trece de Málaga , en los autos 74/2011 promovidos por el indicado recurrente frente a las entidades UTE AUTOVIA NERJA-ALMUÑECAR, HOLCIM HORMIGONES S.A., VITALICIO SEGUROS, ALLIANZ SEGUROS, TRANSPORTES ALCON PONCE S.L. y el FOGASA, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia recurrida".

CUARTO

Por la representación procesal de D. Silvio se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha [29 de febrero de 2012 \(Rec. 689/2011 \) \(PROV 2012, 131228\)](#) .

QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de febrero de 2.014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación es la relativa a la fecha a tomar en consideración como inicio y reanudación de la prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo [12/01/04], mediando declaración administrativa de IPT, ejercicio de acción penal, sentencia de la Audiencia Provincial y Auto de cuantía máxima desestimatorio.

2.- El J/S nº 13 de los Málaga entendió por sentencia de 11/Noviembre/11 [autos 74/11] que el reinicio del cómputo se iniciaba con la notificación de la [sentencia de Audiencia Provincial \[de fecha 30/12/08 \(PROV 2009, 226673\)\]](#) ; y notificada en 26/02/09] y que por ello la concreta presentación de la papeleta conciliatoria [24/09/10] se había producido con la acción ya prescrita. Criterio confirmado por la [STSJ Andalucía/Málaga 12/Julio/2012 \(PROV 2013, 246921\)](#) [rec. 441/12], que rechaza modificación fáctica relativa al trámite del título ejecutivo, por considerarlo intrascendente, por cuanto que -argumenta- «resulta evidente que, en casos como el de autos, y a efectos de inicio del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria derivada de accidente de trabajo, en modo alguno puede demorarse o hacerse depender la finalización de un procedimiento penal en cuyo seno se dictó sentencia absolutoria que adquirió firmeza a la mera hipótesis o eventualidad de que por parte del que se crea perjudicado se formule solicitud de dictado de auto de cuantía máxima, la que además no es ocioso recordar está contemplada en el artículo 13 del [RDL 8/2004 \(RCL 2004, 2334 y 2391\)](#) de manera exclusiva para los supuestos de haberse seguido "...proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor...", el que de manera patente no concuerda ni es equiparable al que aquí nos ocupa, en el que la reclamación dineraria esgrimida no se asienta en un presunto accidente de tráfico acontecido, sino en las lesiones padecidas por el actor derivadas de un accidente de trabajo».

3.- El trabajador formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, acusando infracción de los [arts. 1968 y 1973 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , y señalando como referencial la [STSJ Islas Baleares 29/02/12 \(PROV 2012, 131228\)](#) [rec. 689/11], que contempla también el supuesto de accidente de trabajo, reclamación en vía penal con sentencia absolutoria, posterior reclamación en vía civil de daños y perjuicios que es rechazada por incompetencia jurisdiccional, y final demanda de responsabilidad civil en sede social, que la referida sentencia no considera prescrita, por entender que la acción civil -siquiera inadecuada- tenía efectos interruptivos, apoyándose para tal decisión en la literalidad del [art. 1973 CC](#) .

Con tales referencias se pone de manifiesto que tras la vía penal, agotada por la sentencia de la Audiencia Provincial, en ambos casos se ejercita una acción judicial ante jurisdicción diversa a la social [penal en la recurrida y civil en la de contraste] y que -por causa diversa- fueron ambas desestimadas; y pese a esa identidad sustancial, las dos sentencias contrastadas llegan a conclusión opuesta respecto de si ese ejercicio de acción posterior a la sentencia de la Audiencia Provincial impide o no el cómputo del plazo de prescripción para la exigencia de responsabilidad civil adicional a cargo del empresario en esta jurisdicción social. Diversidad de conclusión con la que -entendemos- se evidencia el adecuado cumplimiento la exigencia de contradicción impuesta por el art. 219 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) y relativa a la necesidad pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la de contraste- respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (últimamente, [STS 16/07/13 \(RJ 2013, 6584\)](#) -rcud 2275/12 -; [22/07/13 \(RJ 2013, 6265\)](#) -rcud 2987/12 -; y [25/07/13 \(RJ 2013, 6266\)](#) -rcud 3301/12 -).

SEGUNDO

Con carácter previo hemos de señalar inveterada doctrina de esta Sala relativa a que en los supuestos de revisiones fácticas rechazadas 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, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta por esta Sala si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega ([SSTS 27/07/92 -rcud 762/91 -](#); [26/07/93 \(RJ 1993, 5981 \)](#) -rcud 2350/92- ; ... [17/09/12 \(RJ 2012, 10277\)](#) -rcud 578/12 -; [04/03/13 \(RJ 2013, 4502\)](#) -rcud 928/12 -; y [13/05/13 \(RJ 2013, 6079\)](#) -rcud 1956/12 -). Y esto es lo que ocurre en el presente supuesto sobre la pretensión relativa a la solicitud de título ejecutivo a la resolución -Auto

de 30/09/09, notificado el 13/10/09: folio 482- que desestimó la fijación de «la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios» prevista en el [art. 13 del RD Legislativo 8/2004 \(RCL 2004, 2310 \)](#) [29/Octubre], que ha de tenerse por acreditado e integrado en el relato de hechos, con absoluta independencia de que la solicitud por el trabajador -conductor del vehículo asegurado- fuese improcedente, conforme al art. 5.1 de la disposición legal ya citada.

TERCERO

1.- La primera de las razones que nos llevan a estimar el recurso es que -como señala el Ministerio Fiscal en su estudiado informe- la reciente doctrina jurisprudencial -tanto de la Sala Primera como de esta Cuarta-, tras abandonar la rigidez de la interpretación estrictamente dogmática de la prescripción que venía siguiéndose hasta no hace mucho tiempo e inspirarse en criterios hermenéuticos finalísticos y de carácter lógico-sociológico [[art. 3.1 CC \(LEG 1889, 27 \)](#)], entiende que «al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos [así, recientes, con estas palabras u otras similares, recientemente las [SSTS 24/11/10 \(RJ 2010, 7984 \)](#) -rcud 3986/09 -; [15/03/11 \(RJ 2011, 3260 \)](#) -rcud 3772/08 -; [27/12/11 \(RJ 2012, 251 \)](#) -rcud 1113/11 -; [17/04/13 \(RJ 2013, 3615 \)](#) - rcud 2401/12 -; y [SG 26/06/13 \(RJ 2013, 7228\)](#) -rcud 1161/12 -). En este sentido se ha insistido -reproduciendo doctrina civil- que «la construcción finalista de la prescripción [...] tiene su razón de ser [...] en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho», por lo que "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias". Destaca también esta sentencia que "nuestro Código Civil [...] no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin» (así, la ya citada STS SG 26/06/13 -rcud 1161/12 -).

3.- También como argumento general puede decirse que el [art. 1973 CC](#) dispone que «[l]a prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales»; y este mandato lo hace -como con todo acierto señala también el Ministerio Público- «sin establecer más requisitos ni añadir más aditamentos», hasta el punto de que la interrupción se produce con independencia del resultado del litigio, e incluso en los supuestos de desistimiento, que sólo implica una renuncia a seguir en el proceso pero no al ejercicio de la acción que se mantiene viva ([SSTS 23/02/84 \(RJ 1984, 910\)](#) ; [19/09/96 \(RJ 1996, 6576\)](#) -rcud 3343/95 -; y [27/12/11 \(RJ 2012, 251\)](#) - rcud 1113/11 -); y aún llegando más lejos, tal efecto -interrumpitivo- alcanza también a las acciones planteadas en ámbito jurisdiccional erróneo, «cuando las reglas sobre competencia no sean claras» [por todas, [SSTS -III- 26/05/98 \(RJ 1998, 4975\)](#) ; [18/01/06 \(RJ 2006, 488\)](#) . [STC 194/2009, de 28/Septiembre \(RTC 2009, 194 \)](#) , FJ 3).

CUARTO

1.- Pero ya más en concreto hemos de señalar -en referencia específica a las **indemnizaciones** derivadas de **accidente de trabajo** - que: a) el plazo de prescripción para la correspondiente acción es el de un año, previsto en el art. 59.2 [ET \(RCL 1995, 997 \)](#) ([SSTS SG 10/12/98 \(RJ 1998, 10501\)](#) -rcud 4078/97 -; [12/02/99 -rcud 1494/98 -](#); [06/05/99 \(RJ 1999, 4708\)](#) -rcud 2350/97 -; y [22/03/02 \(RJ 2002, 5995\)](#) -rcud 2231/01 -); b) el referido plazo «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del **accidente** y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico» ([SSTS SG 10/12/98 -rcud 4097/97 -](#); [12/02/99 \(RJ 1999, 1797\)](#) -rcud 1494/98 -; [20/04/04 -rcud 1954/03 -](#); y [07/07/09 \(RJ 2009, 4432\)](#) -rcud 2400/08 -); c) esto supone -cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas- que el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque sólo en «ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del **accidente** de autos» ([SSTS 06/05/99 \(RJ 1999, 4708 \)](#) -rcud 2350/97- ; [22/03/02 -rcud 2231/01 -](#); [26/12/05 \(RJ 2006, 2749\)](#) -rec. 5076/04 -) y el alcance del «daño causado» ([STS](#)

[09/02/06 \(RJ 2006, 2229 \)](#) -rec. 4100/04 -); y d) los «procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo», impiden que pueda comenzar a correr el plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente» (SSTS SG 10/12/98 - Sala General-; 12/02/99 -rcud 1494/98 -; 06/05/99 -rcud 2350/97 -; y [20/04/04 \(RJ 2004, 3695 \)](#) -rcud 1954/03 -).

2.- Asimismo no hay que olvidar que los perjuicios derivados de un accidente de trabajo son únicos, pues «existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar» por las distintas reclamaciones y que «debe existir también, en principio, un límite en la reparación del daño» ([STS SG 02/10/00 \(RJ 2000, 9673 \)](#) -rcud 2393/99 -; [08/04/02 \(RJ 2002, 6153 \)](#) -rcud 1964/01 -; 03/06/03 -rcud 3129/2002 -; y [30/01/08 \(RJ 2008, 2064 \)](#) -rcud 414/07 -), de modo que cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que habrá que deducirse del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto» (con muchos antecedentes, [SSTS SG 17/07/07 \(RJ 2007, 8303 \)](#) -rcud 4367/05 -; 02/10/07 -rcud 3945/06 -; 21/01/08 -rcud 4017/06 -; [20/10/08 \(RJ 2008, 7039 \)](#) -rcud 672/07 -; [22/09/08 \(RJ 2008, 7215 \)](#) -rcud 1141/07 -; y [03/02/09 \(RJ 2009, 1186 \)](#) -rcud 560/07 -).

Y esta última afirmación justifica que el plazo de prescripción se vea igualmente interrumpido por acción judicial dirigida a obtener título ejecutivo frente a la aseguradora del vehículo, puesto que en principio -teóricamente- pudiera comportar una indemnización deducible de la que adicionalmente pretende exigirse frente al empresario infractor de medidas de seguridad, siquiera erróneamente se plantee por quien no se encuentra bajo la cobertura de la normativa [[RD Legislativo 8/2004 \(RCL 2004, 2310 \)](#)], en tanto que conductor del vehículo asegurado, pues con independencia de la clara inviabilidad -por la referida causa- de la pretensión ejercitada en vía penal, lo cierto es que la misma pone de manifiesto -al fin y a la postre- el «afán o deseo» de la conservación del derecho, al que más arriba hacíamos referencia y que constituye causa obstativa de la decadencia de aquél. Porque, en definitiva, «el día inicial a los efectos prescriptivos no puede fijarse con carácter general ... cuando se archivaron las diligencias penales, pues el plazo arranca de acuerdo con el artículo 1969 del Código Civil (LEG 1889, 27)», en el día en que las acciones pudieron ejercitarse teniendo en cuenta en cada supuesto las distintas vías jurisdiccionales que se utilizaron para lograr una indemnización global dirigida a resarcir el daño en su integridad» (citada [STS SG 10/12/98 \(RJ 1998, 10501 \)](#) -rcud 4078/97 -, FJ 5).

QUINTO

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -de acuerdo con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235.1 [LRJS \(RCL 2011, 1845 \)](#)].

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 Silvio y revocamos la [sentencia dictada por el TSJ Andalucía/Málaga en fecha 12/Julio/2012 \(PROV 2013, 246921 \)](#) [rec. 441/12], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 11/Noviembre/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Málaga [autos 74/11], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por el Sr. Silvio, rechazando la prescripción acogida y anulando la decisión recurrida, al objeto de que se dicte nueva sentencia por la que se decida la cuestión de fondo suscitada sobre indemnización de daños y perjuicios frente a las demandadas UTE AUTOVIA NEERJA-ALMUNECAR (DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS S.A. Y OBRAS SUBTERRANEAS, S.A) HOLCIM HORMIGONES, S.A; VITALICIOS SEGUROS; SEGUROS ALLIANZ; TRANSPORTES ALCON PONCE S.L; HELVETIA PREVISION, S.A y FOGASA.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 15 enero 2014

[RJ2014\2496](#)



UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: inadmisión del recurso por falta de contradicción y carencia de contenido casacional por tratarse de una cuestión ya resuelta. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL:** posibilidad de acudir, como criterio orientativo, al baremo establecido para accidentes de circulación; aplicación del factor corrector de la incapacidad permanente en su cuantía mínima.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 909/2013

Ponente: Excm. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por «Uralita, SA» contra la Sentencia de fecha 14-09-2012, del TSJ de Catalunya, dictada en autos promovidos por los trabajadores contra la ahora recurrente, sobre indemnización de daños y perjuicios.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Dª Carlota Riquelme Borrero, en nombre y representación de URALITA, SA, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha [14 de septiembre de 2012 \(PROV 2012. 356068\)](#), recaída en el recurso de suplicación nº 8194/11, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, dictada el 8 de octubre de 2010, en los autos de juicio nº 142/2009, iniciados en virtud de demanda presentada por Cosme, Valle (VIUDA de Jacinto), Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela), Serafina (VIUDA de Anselmo), Ezequiel, Daniela (VIUDA de Maximiliano) Y Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA), contra URALITA, S.A. Y FIBROCEMENTOS NT, S.A sobre RECLAMACION DE CANTIDAD (DAÑOS Y PERJUICIOS).

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 8 de octubre de 2010, el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, dictó sentencia en los autos número 142/09, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de Falta de Legitimación Pasiva de la codemandada URALITA, S.A. y estimando parcialmente la demanda presentada por Cosme (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), Valle (VIUDA de Jacinto), Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela), Serafina (VIUDA de

Anselmo), Ezequiel (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL), Daniela (VIUDA de Maximiliano) Y Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) frente a URALITA, S.A. Y FIBROCEMENTOS NT, S.A., en reclamación de CANTIDAD (DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL), debo condenar a la empresa URALITA, S.A. a que abone a los actores por dicho concepto las siguientes cantidades: a D. Cosme la cantidad de 86.158,38 euros (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), Valle (VIUDA de Jacinto) la cantidad de 77.542,54 euros, a Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela) la cantidad de 77.542,54 euros, Serafina (VIUDA de Anselmo) la cantidad de 77.542,54 euros, a Ezequiel (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL) la cantidad de 86.158,38 euros, a DOÑA Daniela (VIUDA de Maximiliano) la cantidad de 77.542,54 euros y a D. Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) la cantidad de 137.082,60 euros; debiendo absolver la empresa codemandada FIBROCEMENTOS NT, S.A. de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO** .- Que el actor DON Cosme , titular de DNI nº NUM000 y nacido el NUM NUM001 -1929 presto sus servicios como operario para la empresa ROCALLA, S.A. desde el 18-02-1964 hasta el 23-11-1984 siendo en ese momento Oficial de Fabricación, estando expuesto a polvo (fibras) de amianto. Por Resolución del INSS de fecha 20-06-2008 indica que el actor de profesión habitual Operario ROCALLA esta afecto a una Incapacidad Permanente Total Cualificada, derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL, por contacto con AMIANTO, siendo las secuelas reconocidas: "ABESTOSIS PULMONAR. DISNEA A GRANDES ESFUERZOS PFR CV: 50%, VEMS 48%. EVITAR CONTACTO CON AMIANTO", siendo la Base Reguladora de dicha prestación la de 22789,14 euros, percibe pensión de Jubilación procedente de Incapacidad Total por Enfermedad Profesional, según expediente administrativo. La actora DOÑA Valle con DNI nº NUM002 es viuda de D. Jacinto , nacido el NUM003 -1940 y fallecido en fecha 21-11-2003, presto sus servicios desde el 06-04-1964 hasta el 08-01-1981 para la empresa ROCALLA, S.A., consta en la ficha que presenta dicha empresa que ingreso de peón, el 01-01-1971 pasó a especialista 2ª y el 01-01-1977 pasó a Especialista 1ª para la empresa ROCALLA, S.A., estando expuesto a polvo de amianto. Por Sentencia de fecha 31-10-2002 del Juzgado de los Social número 3 de los de Barcelona , fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total Cualificado, derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL, por contacto con AMIANTO, en el hecho probado 2º se establece que: "Las funciones desempeñadas por el demandante en la empresa ROCALLA, S.A. se llevaron a cabo en las secciones y por el tiempo que se indica: 1) en los dos primeros meses su trabajo consistió en la manipulación de placas de fibrocemento 2) durante los tres primeros años ejecuto sus tareas en la sección de molturación de amianto, 3) del año 1967 a 1974 ejecuto trabajos en la sección de almacén de expediciones cargando placas en los camiones."; por Resolución del INSS de 21-10-2008 se modifica la pensión de viudedad que percibía la actora y se pasa a calcular reconociendo que el fallecimiento del trabajador Jacinto , esposo de la demandante, lo es como derivado de la enfermedad profesional que padecía (informe Inspección de trabajo). El actor DON Saturnino , titular de DNI nº NUM004 nacido el NUM005 -1934, es VIUDO de DOÑA Estela nacida el NUM006 -1932 y fallecida el 08-07-2003, quien presto sus servicios como ayudante de moldeadora desde el 08-11-1949 hasta que paso en el año 1950 a moldeadora y hasta el 21-11-1954 en que finalizo la prestación de servicios para la empresa ROCALLA, S.A., conforme informe Inspección de Trabajo, estando expuesta la causante a polvo de amianto. Por Resolución del INSS de fecha 17-08-2008 declaro que la pensión de viudedad derivada del fallecimiento de la trabajadora DOÑA Estela , esposa del demandante, debe ser calculada como derivada de la enfermedad profesional que padecía, fijando la Base Reguladora mensual en 1584,76 euros y el porcentaje en el 52%; ya en Informe de 18-01-2000 del ICAM se declaraba que la causante estaba afecta a: "ABESTOSIS CON OPACIDADES IRREGULARES TAMAÑO S/T EN UNA PROFUSIÓN 1/1. CALCIFICACIONES PLEURALES Y ENGROSAMIENTO PLEURAL." y reconocida por Resolución de 23-10-1995 una Incapacidad Permanente Absoluta derivada de enfermedad común por diversas dolencias: EDEMA AGUDO DE PULMON SECUNDARIO A HIPERTENSIÓN ARTERIAL, EMBOLECTOMIA EXTRE. INF. IZQUIERDA, POR ISQUEMIA AGUDA BIFURCACIÓN FEMORAL, DIABETES NO INSULINO DEPENDIENTE.". (informe Inspección de trabajo y Expediente Administrativo INSS). La actora DOÑA Serafina , titular de DNI nº NUM007 , esposa y VIUDA de DON Anselmo trabajo en ROCALLA, S.A. desde el 02-12-63 hasta el 23-02-1982, nació el

NUM008 -1934, no consta donde inició su trabajo consta que en el año 1972 según la ficha aportada se incorpora como especialista 2ª en el almacén de tubos y a partir del 01-06-1979 en el mismo almacén como especialista 1ª, no fue pensionista de invalidez y no presento ninguna reclamación de invalidez, murió jubilado de abestosis en fecha 06-05-2007, estando expuesto a polvo de amianto. Por Resolución de fecha 18-08-2008 declaro que la pensión de viudedad derivada del fallecimiento del trabajador D. Anselmo , esposo de la demandante, debe ser calculada como derivada de la enfermedad profesional que padecía. El actor D. Ezequiel , titular de DNI nº NUM009 , nacido el NUM010 -1930, presto sus servicios desde el 17-09-1963 hasta el 12-04-1985 para la empresa ROCALLA, S.A.; el actor según la ficha de la empresa ingreso como peón y en fecha 01-01-1971 paso a Especialista 2ª y en 01-06-1973 a especialista 1ª, estando expuesto a polvo o fibra de amianto. Por Resolución del INSS de fecha 22-05-2008 fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total Cualificada, derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL, por contacto con AMIANTO, siendo las secuelas reconocidas: "NEUMOCONIOSIS CON ALTERACIÓN VENTILATORIA MODERADA.", la Base Reguladora de la prestación es de 23.489,18 euros. La actora DOÑA Daniela , es viuda de D. Maximiliano nacido NUM011 -1922, fallecido de Asbestosis en fecha 07-03-1993, habiendo prestado sus servicios expuesto a polvo de amianto desde el 26-12-1966, según base informática de la TGSS (folio 53 autos 358-09), para la empresa ROCALLA, S.A. causando baja en dicha empresa el 06-11- 1980, a esta fecha tenía la categoría de Oficial de Fabricación; empresa que fue absorbida por FIBROCEMENTO NT, S.A. el 05- 01-1995 o URALITA, S.A. Por Resolución de fecha 17-07-2008 le fue revisada y regularizada la prestación de viudedad que tenía reconocida por la contingencia de enfermedad común y se declaro que la pensión de viudedad derivada del fallecimiento del trabajador D. Maximiliano , esposo de la demandante, debe ser calculada como derivada de la enfermedad profesional que padecía, declarando que al fallecimiento del causante este padecía el siguiente cuadro residual: OBSTRUCCIÓN CRÓNICA AL FLUJO AÉREO CON HIPERREACTIVAS BRONQUIAL. OSTEOPOROSIS, COLITIS ULCEROSA; la Base Reguladora reconocida los es de 1776,11 euros mes (ello conforme el expediente administrativo y el informe de la inspección de trabajo). DON Jose Daniel de DNI nº NUM012 y nacido el NUM013 -1938, presto sus servicios en la empresa ROCALLA, S.A. del 14-01-1963 hasta el 09-09-1975 fecha en que pidió excedencia voluntaria, reingreso el 12-09-1977 hasta el 07-06-1979 fecha en que se produjo el cese voluntario, expuesto al polvo aéreo de amianto trabajo de inició como peón el 01-02- 1965 paso a Especialista en 01-01-1971 a Especialista 2ª y el 01-09-1972 a Oficial de Fabricación en la empresa ROCALLA, S.A. El actor pensionista de Jubilación por Resolución de fecha 19-01-2009 fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, derivada de ENFERMEDAD PROFESIONAL con efectos del 28-11-2008, por contacto con AMIANTO, siendo diagnosticado de: "ABESTOSIS PLEURO PULMONAR. PFR. CON CV: 44% y VEMS 49%, COR PULMONAR", con una Base Reguladora anual de 22495,88 euros anual.

SEGUNDO .- Los actores desempeñaron su actividad laboral en la Fábrica que Roncalla S.A tenía en la localidad de Castelldefels (Barcelona). Durante todos los años en que prestaron sus servicios en la empresa estuvieron en contacto con asbesto o amianto en los diferentes puestos de trabajo a los que fueron adscritos: peón, especialistas etc., centro cuya actividad era la fabricación de depósitos de microcemento (fibrocemento, en cuya composición se encuentra el amianto) y en el molino de este mineral de la empresa, donde se molía y prensaba amianto, habiendo contado únicamente como medida de protección con mascarillas de papel (informes, testifical, expediente administrativo y reconocimiento de la empresa de que la causa de la enfermedad de los actores o sus causantes lo fue por el polvo de amianto mientras trabajaban en la empresa ROCALLA, S.A.), ninguno de los trabajadores consta en la copia del Libro Registro de la vigilancia médica de los trabajadores de la empresa ROCALLA, S.A. existente en el CSSLB, donde se recoge la información correspondiente a los años 1987 a 1992.

TERCERO .- La empresa Roncalla S.A, en la que prestaron sus servicios los actores desde el 11/1949 (la trabajadora que antes entró) hasta el 04/1985 (el trabajador que mas tarde ceso), consta que se constituyo en el año 1928 por tres accionistas, en el año 1982 la empresa presentó suspensión de pagos, ofreciendo los accionistas las acciones que poseían a URALITA, S.A. que las adquirió teniendo el control de esta sociedad y subrogándose en la titularidad de la empresa, no obstante la dependencia accionarial de ROCALLA, S.A. siguió fabricando sus productos de forma independiente de URALITA, S.A.; la sociedad ROCALLA, S.A. no esta activa y se encuentra en situación de baja por tener trabajadores, en 1994 se ceso la fabricación en la planta que ROCALLA, S.A. tenía en Castelldefels y solo mantuvo la actividad de comercialización. El 21/07/1993 se constituye URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S.A. con el

objeto social de fabricación, diseño, comercialización, importación, exportación, montaje e instalación de productos transformados o derivados del cemento, sistemas de construcción para toda clase de edificación de tuberías elementos y aparatos aplicables a todo tipo de conducciones...la empresa tiene tres accionistas el capital dividido en 1000 acciones, repartidas de la siguiente manera: 998 acciones de URALITA, S.A., una acción de URA-RIEGO, S.A. y una acción URALITA INTERNACIONAL, S.A. El 19-09-1994 se constituye MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. por transformación de INDUSTRIA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS ORGÁNICOS, S.A.; el 05-01-1995 la empresa ROCALLA, S.A. cambia de denominación y pasa a denominarse ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A.; el 04-02-1995 esta empresa vende los activos de su división de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A.; en 19-12-2003 la empresa codemandada URALITA, S.A. absorbe, en proceso de fusión a ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A. que había vendido sus activos de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. el 04-02-1995 cuando ninguno de los trabajadores ya prestaba sus servicios en ROCALLA, S.A., cuyas acciones fueron compradas por URALITA, S.A. y cuya nueva denominación ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S.A. (ROCALLA, S.A.) se fusiono por absorción de URALITA, S.A. El 11-08-2004 la empresa URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S.A. cambia de denominación social y pasa a denominarse FIBROCEMENTO NT, S.A., se produce también la fusión por absorción de las sociedades: MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A., FIBROCEMENTO NT, S.L. y FIBROCEMENTOS DE LEVANTE, S.A., que se disuelven absorbidas por FIBROCEMENTO NT, S.A.; los accionistas de FIBROCEMENTO NT, S.A. son URALITA, S.A. con el 99% de las acciones y URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS, S.A. con el 1% de las mismas. La empresa FIBROCEMENTO NT, S.A. esta activa pero no tiene CCC y se encuentra en situación de baja por carecer de trabajadores; esta activa URALITA, S.A. en base a los datos de la TGSS en situación de alta como ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDAD HOLDING. Conforme a los Informes de la Inspección y los documentos presentados por las partes: La actividad de ROCALLA, S.A. correspondiente a las actividades de construcción y en particular la actividad en el centro de trabajo de Castelldefels (Barcelona) finalizó en el año 1994, sus acciones fueron compradas por URALITA, S.A.. Posteriormente la sociedad cambia de denominación y pasa a denominarse ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS S.A., que como antes se ha indicado fue absorbida por URALITA, S.A.; en cuanto a los actores del presente procedimiento el cese mas reciente fue en abril de 1985, antes de la finalización y cierre de los trabajos de materiales y productos de la construcción de la empresa ROCALLA, S.A. que lo fue en 1994 y antes de que el 04-02-1995 se vendiera a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S.A. los activos de la construcción que ya no existían por cuanto la empresa había cesado su actividad y solo se realizaba la actividad de comercialización de productos; en los diversos expedientes administrativos iniciados por el INSS consta que es parte interesada la empresa URALITA, S.A. y que era en la empresa en que habían prestado sus servicios y, así mismo es la única empresa demandada en reclamaciones de incapacidad o prestaciones por viudedad por los actores del presente procedimiento sin que la misma alegará la falta de responsabilidad y falta de legitimación pasiva, siendo esta la condenada por recargo por faltas de medidas de seguridad en un 50% respecto de alguno de los trabajadores, resoluciones que no constan recurridas por la empresa URALITA, S.A.; tanto las prestaciones de jubilación de los actores, como las de viudedad lo son por haber prestado sus servicios en ROCALLA, S.A., siendo la empresa que interviene en todo momento en los expedientes administrativos y en el procedimiento judicial frente a la petición de los actores la empresa URALITA, S.A.; ello conforme a los documentos que se aportan por ambas partes, expedientes e informes y escrituras públicas de constitución de sociedades y compraventa de acciones. **CUARTO.**

- Constan Informes de la Inspección de trabajo respecto de todos los causantes y de los actores con declaración de Incapacidad Permanente Total derivada de Enfermedad Profesional remitidos por la Inspección, a los siguientes documentos al ramo de prueba de la parte actora documentos referentes a los autos 142 a 146-09 números 1-2, 2-3, 3-2, 4-2, 5-2 y en los autos 358 y 359-09 a los folios 15 a 20 y 41 a 46, en los que consta en la III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA del 1 a 9: 1. Que la empresa ROCALLA, S.A. comenzó a trabajar con amianto en las primeras décadas del siglo XX. De conformidad con la información proporcionada por la representación de la empresa se fundo en 1928 y estaba dedicada a la fabricación de productos de fibrocemento. 2. Los primeros datos sobre las condiciones de trabajo de que se dispone en el Centro de Seguridad y Salud Laboral de Barcelona (CSSLB) datan de 1974 y se recogen en el informe ICB 728/2003 (informe que recoge

toda la información relativa a ROCALLA, S.A. de 1974 a 1993). En aquel año, las concentraciones en fibras/ml de amianto superaban los valores TLV de la época (5 fibras/ml) en los puestos de trabajo de mezcla de amianto y descarga de molinos (7'79 fibras/ml y 9 fibras/ml), ambos en molienda de amianto. Debe destacarse que los TLV eran los valores límite utilizados en la práctica habitual de la Higiene Industrial en España de aquellos años. El actual [Real Decreto 396/2006 de 31 de marzo \(RCL 2006, 758\)](#) , por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición a amianto, fija ese valor límite en 0'1 fibras/ml. 3. El informe del CSSLB relata las mediciones de fibras de amianto en los puestos de trabajo de carga y descarga de amianto en los molinos y en la sección de pulidos de fibrocemento. Las concentraciones superan los valores TLV de la época (5 fibras/ml) en descarga de molinos M1 y M2 (6'48 fibras/ml). No se superan en los otros puestos carga de molino M1, M2 y M3 (3'35 fibras/ml) descarga de molinos M3 y M4 (2,39 fibras/ml) pulido manual (1'9 fibras/ml). 4. En 1979 se dispone de protecciones personales no homologadas y sólo se utilizan en la sección de molinos y en la sección 27 durante el vaciado de la mezcla del molino GRUBET. 5. Las condiciones de trabajo mejoran progresivamente respecto del uso de extracción localizada, equipos de protección individual respiratoria, condiciones de limpieza, ropa de trabajo y vestuario. 6. No obstante lo anterior en 1993, en las últimas actuaciones realizadas por el CSSLB cuando todavía funcionaba la fábrica de ROCALLA, S.A. se recoge la existencia de un puesto de trabajo de cilindrero de la máquina ISPPRA, que supera el valor límite de 1 fibra/ml, entonces establecido en la [Orden Ministerial de 31.10.1984 \(RCL 1984, 2589\)](#) . Se observa que la acumulación de polvo y fibra de amianto en la sección de la máquina BEL y, sobre todo, en la zona el molino donde consta durante la visita realizada que la limpieza se llevaba a cabo con escobas, pese a existir en la zona un sistema de aspiración. En aquella misma actuación se observa también gran acumulación de polvo en la sección de la maquina MAZZA, en aquellos momentos estaba en vías de desmantelamiento. 7. Respecto de la Vigilancia de la salud, la empresa comienza realizando los reconocimientos médicos específicos de amianto en 1983 exclusivamente para los trabajadores de los puestos de trabajo de molienda y cilindreros, por considerarlos los únicos puestos de trabajo en los que los trabajadores estaban potencialmente expuestos al amianto. En 1986, la Inspección de Trabajo requirió la realización de reconocimientos médicos específicos a todos los trabajadores que manipularan amianto. Según la información de que dispone el CSSLB, a partir de aquella fecha y hasta el año 1990, se realizaron reconocimiento médicos específicos, pero no siempre completos, principalmente por falta de estudio radiológico en algunos trabajadores. Además, no siempre se cumplimentaba adecuadamente el Libro de Registro de la vigilancia médica de los trabajadores expuesto al amianto. 8. Estela no consta en la copia del Libro Registro de la vigilancia médica de los trabajadores de la empresa ROCALLA, S.A. existente en el CSSLB, donde se recoge la información correspondiente a los años 1987 a 1992, ni ninguno de los actores puesto que el periodo en que ellos trabajaron lo son desde el 11/1949 (la trabajadora que antes entro. Estela) hasta el 04/1985 (el trabajador que mas tarde ceso). 9. Hay trabajadores que, si bien no han trabajado directamente con materiales con amianto, pueden haber estado expuesto a fibras de amianto presentes en la empresa que provenían de los trabajos de compañeros. Son los denominados "trabajadores pasivos". Esta exposición pasiva puede ser igualmente responsable de enfermedades relacionados con el amianto, en especial las de tipo neoplásico (todos los trabajadores, con abestosis y reconociendo la empresa la relación causa efecto/ trabajo enfermedad). IV. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD indica la Inspección de Trabajo que durante la actualización de la enfermedad profesional de los actores, no se adoptaron, por la mercantil empleadora, las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores afectados, infringiendo por ello el deber general de seguridad establecido en el actual artículo 14.2 de la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre \(RCL 1995, 3053\)](#) , de Prevención de Riesgos Laborales y, con anterioridad a su entrada en vigor, recogido en el artículo 7 de la [Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 09/03/71 \(RCL 1971, 539, 722\)](#) , (Ordenanza que era de aplicación por el periodo trabajado durante la vigencia de la misma respecto de todos los trabajadores afectados por la Abestosis, excepto de Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela). El empresario está obligado a actuar en la preservación de la salud e integridad física de sus trabajadores con la diligencia propia no sólo de un buen padre de familia, sino con la diligencia profesional exigible a quien opera empresarialmente en el mercado, de manera que toda actuación que se aparte de ese actuar diligente por incumplimiento de normas específicas o por desprotección de los trabajadores constituirá una culpa contractual indemnizable. Durante la prestación de servicio

de todos los actores para ROCALLA, S.A. existía normativa que imponía la exigencia de protección a los trabajadores y no se tomaron medidas generales ni las particulares para el trabajo en ambientes pulvígenos. Además, es indiscutible que la enfermedad era conocida. La comunidad científica internacional conocía ya entonces los efectos y las consecuencias de la exposición continuada al amianto para los trabajadores. En el año 1940 tuvo lugar el primer hito en la regulación española del amianto, con el establecimiento de las condiciones de trabajo en ambientes pulvígenos por [Orden de 31.01.1940 \(RCL 1940, 202, 351\)](#) por la que se aprueba el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el artículo 19 se determina que "no se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techo susceptibles de producir polvo, a cuyo objetivo se sustituirá por la limpieza húmeda. El artículo 46 "Cuando por la índole de la industria o trabajo no sea posible evitar los desprendimientos citados en las cantidades que resulten peligrosas, se procederá a su captación y neutralización por los procedimientos más adecuados y eficaces en cada caso. Si fuese preciso los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posible en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación conveniente. La captación y evacuación de los gases vapores y polvos...serán de forma tal que ofrezca absolutas garantías de seguridad. En todo caso se dispondrá de una ventilación eficaz en la totalidad del ambiente del local..." (orden que estaba vigente o sus modificaciones de mas seguridad en la prestación de servicios de los actores o sus causantes) y hace una relación de todas las normas que eran de aplicación durante la prestación de servicios de los actores sobre la materia concreta: amianto; y por la infracción de la normativa vigente en materia de Seguridad y Salud Laboral, se propone al Instituto Nacional de la Seguridad Social que resuelva la aplicación a la empresa URALITA, S.A. como sucesora de ROCALLA, S.A., la responsabilidad de recargo del 50% en todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia de aquella enfermedad profesional. **QUINTO** .- Conforme a la testifical: D. Adriano manifiesta que ha trabajado en ROCALLA, S.A. de agosto del 63 a noviembre de 1984, tiene incapacidad pulmonar pero no reconocida incapacidad permanente; hasta los años 70 les dieron mascarillas que les impedían respirar y se mojaban con la consiguiente rotura de las mismas, hasta el año 1972 no les hicieron revisiones médicas y luego anualmente, les hicieron radiografías pero valieron de muy poco, había extractores de aire en la nave donde se molduraba y que se expulsaba a la calle a los vecinos; una vez se molduran explotan las partículas y se van al aire, solo tenían una taquilla en la calle o en patio, no estaba prohibido fumar, la ropa les daban dos trajes anuales de siempre, los lavaban en casa; había un equipo que barría con escobas; llegaba en un saco de yute, en un principio, y luego de plástico; las placas y los tubos, la producción se hacía en naves, el trabajaba en la sección de máquinas aún cuando se hacía parte manual, trajeron máquinas modernas mas tarde, las placas y tubos pasaban a las vagonetas, donde sacaban el material al patio de reposo. Ha pertenecido de 1976 al 1980 al Comité de Empresa, preguntado por la empresa si formularon denuncias a la Inspección, manifiesta que esto lo sabe el presidente que cree se hizo una denuncia a unos doctores del Clínico por URALITA, de ROCALLA, se recibieron unos papeles y se había levantado un Acta y vinieron unos Señores Inspectores, preguntado si levantaron acta de infracción manifiesta que no lo sabe, preguntado si sabe que las concentraciones hasta el año 82 eran inferiores o superiores de 1.8, afirma que durante los 19 años trabajando allí había una cortina o película de polvo que se hacía visible en el ambiente. D. Bienvenido manifiesta que era a ROCALLA desde el 62 al 88, primero durante cuatro años auxiliar administrativo y luego en la oficina técnica de delineante, en talleres fuera fábrica y luego para carga de trabajo y los últimos adjunto de personal; en esta última etapa conocía las medidas de prevención de la fabrica, nunca se levanto un acta la Inspección por infracción de medidas; cuando estaba en el gabinete técnico en el año 77, les aconsejo concentraciones polvo no mas de 2 si lo aplicaron había una persona dedicada a la medición de concentraciones a 165 partículas por metro cúbico, dos cifras por metro cúbico ya lo estaban cumpliendo, había una clínica con dos enfermeros y un medico a jornada media y completa, aparato de radiografías, medición de ruido y mediciones de espirometría, preguntado a partir de cuando manifiesta que desde el año 1981 y 82, la ropa se lavaba en casa, personalmente si esta afectado por la Abestosis; tiene 61 años y entro con 14 años en el 62, adjunto de personal, los técnicos de salud era una de las personas a entrevistar en el año 86, no recuerda las conclusiones del informe, ROCALLA paso a URALITA . **SEXTO** .- Que conforme a la prueba de peritos: DOÑA Estefanía , pericial medica en el primer Juicio autos 142 a 146/09 (documentos 1-1 Cosme (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), documento 2-1 Valle (VIUDA de Jacinto), 3-1 Saturnino (VIUDA de DOÑA Estela), 4-1 Serafina (VIUDA de Anselmo), 5-1 Ezequiel (INCAPACIDAD

PERMANENTE TOTAL); (Autos 358 y 359/09): folios 1 a 8 Daniela (VIUDA Maximiliano) y folios 31 a 40 Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA). manifiesta que se afirma y ratifica en los informes de los actores e indica en cuanto a Cosme valora en 90 los puntos porque es una enfermedad grave avanzada, es muy grave y la alteración de los gases la tiene muy alterada que es el máximo de puntuación que da, la medición de los gases no se ve en la Espirometría, hay otra prueba que se hace, con un pequeño esfuerzo se ahogan; tres fallecidos en ese caso fallecieron después de una larga enfermedad abestosis y con riesgo de cáncer de pulmón, murieron de esto último: CÁNCER DE PULMÓN; enfermedad dolorosa y crónica sabían que iban a fallecer; Sorolla Carceller tuvo una exposición corta pero intensa, estaba ya con abestosis y no había fumado la única causa era el amianto y están descrito como cáncer mesotelioma la exposición debió ser brutal; Ezequiel es un F1 del 45% es una abestosis una severa alteración en los gases se ahoga hasta para caminar y esfuerzo por leve que sea, va empeorando cada tres meses que le hacen las revisiones; con rayos x se podía ver una asbestosis en los años 50 los diagnósticos se vieron ya, se veían desde que existe las pruebas radiográficas no es neumóloga es de medicina del trabajo, medicina respiratoria ocupacional; repreguntas porque de los cuatro tipos de restricción del Tórax del 1 al 4 coge 90 puntos, el máximo, manifiesta que porque la gravedad de la enfermedad es mayor, la tabla menos del 50%, manifiesta que no es neumóloga, que sabe como se hacían las revisiones medicas para detectar la abestosis y que tipo de radiografía se tenía que hacer, espirometría y radiografía se hacían, una foto radioscopia se ponían detrás de una cámara en un principio posteriormente al tener problemas en las manos se hicieron de otra manera; ha visto las radiografías de ROCALLA y se solían hacer radiografías. En cuanto a los expedientes 358 y 359-09 se afirma y ratifica en los informes que se aportan de los dos; al actor Jose Daniel el Baremo es de 50 puntos por una Fibrosis Pulmonar muy avanzada con Oxígeno, en fase terminal. A los documentos nº 1 de la prueba de FIBROCEMENTO NT, S.A Autos 142 y acumulados/2009 nº 1 de autos 358 y 359-2009 consta informe de D. Jose Ignacio perito Médico se afirma y ratifica en el informe, el dictamen no se refiere a dolencias sino el conocimiento de la enfermedad, ello por las imputaciones de que no han actuado suficientemente y este es el objeto del informe; la parte actora pregunta que desde cuando es una enfermedad profesional, manifiesta que lo es desde el año 1947 (contradicción informe medico actora técnico Jesús María), es una mucoliosis; que en 1959 ya se dedico a un curso medico en que era este el objeto: la Abestosis. Al documento nº 3 de la prueba de FIBROCEMENTO NT, S.A Autos 142 y acumulados/2009 consta informe de D. Jesús María perito Médico se afirma y ratifica en el informe; preguntado desde cuando es enfermedad profesional desde 1960 o 1961 por ahí debe andar. D. Pedro Francisco perito técnico, se afirma y ratifica en su informe; no ha podido visitar el centro solo externamente y el año después, informe sobre el centro de salud y en el trabajo. D. Demetrio perito técnico, se afirma y ratifica en su informe, no se le piden aclaraciones. Al documento nº 15 de la prueba de FIBROCEMENTO NT, S.A Autos 142 y acumulados/2009 consta informe de D. Adolfo perito técnico se afirma y ratifica en el informe, no se hacen aclaraciones. **SÉPTIMO** .- En el año 1977 se realizó por el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona, Informe sobre Valoración del riesgo higiénico en la manipulación de amianto seco en la empresa Uralita, S.A., el cual en sus conclusiones establecía, al respecto del riesgo de abestosis, que se sobrepasaba la dosis máxima permitida en ciertos puestos de trabajo, según los parámetros de valoración de dicho informe, si bien estaba por debajo del máximo legal establecido por las disposiciones normativas vigentes. Mesotelioma pleural (constando exposición laboral al amianto) y fibrilación auricular crónica limitaciones orgánicas y funcionales: deficiencia asociada a enfermedad tumoral activa, declarando al actor en situación de incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo. **OCTAVO** .

- La empresa Rocalla, S.A. en relación con la exposición a material conteniendo amianto de los trabajadores sitios en el entro de trabajo de Castelldefels, como los causantes de las indemnizaciones solicitadas en la litis, acredita la existencia de actas del Comité de Seguridad e Higiene desde el año 1971 en las que se recogen las distintas medidas adoptadas por la empresa tendentes a mejorar las medidas de prevención y de información a los trabajadores expuestos. En mayo de 1979, la empresa designó a una persona encargada de realizar mediciones de amianto en los puestos de trabajo en los que se manipulaba, realizándose registros ambientales desde el año 1987. Desde el año 1974 se realizaban revisiones médicas a todos los trabajadores, iniciándose las pruebas en relación con la exposición al amianto en 1978, momento a partir del cual se cumplimenta un libro registro de vigilancia médica. En cuanto a los resultados de las mediciones ambientales

realizadas en su momento, se ajustaban a lo establecido en la legislación en vigor 175 partículas cm³ No existe constancia de la existencia de actas de infracción por falta de medidas de seguridad contra la empresa demandada, respecto a los hechos imputados en las demandas. Las enfermedades pulmonares por exposición al amianto son de larga latencia, puede ser de 20 a 50 años, no se puede hacer prevención primaria porque el elemento de riesgo ya está contraído pues antes de que se manifieste la enfermedad es imposible detectar la dependiendo tanto del número de fibras que se inhalen cuanto de la genética de cada individuo (pericial médica). Las mediciones efectuadas por el Instituto Territorial alcanzaron una concentración de fibras de amianto inferiores a las señalados por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres y Peligrosas en algunos de los puestos de trabajo que se señalan en el informe, no en todos los puestos de trabajo en los que se estaba expuesto a fibras de amianto, mediciones aprobadas por [Decreto de 30 de noviembre de 1961 \(RCL 1961, 1736, 1923 y RCL 1962, 418\)](#) , (vigente hasta 1982) que fijaba a efectos de la instalación de industrias la concentración máxima permitida de polvo de amianto en el ambiente interior de las explotaciones industriales en 175 partículas por centímetro cúbico de aire, sin señalar tiempo de exposición a dichos contaminante no obstante la normativa de otros países industrializados fijaban dicho nivel entre los años 1969 a 1977 entre 1 y 5 fibras por centímetros cúbicos. En el citado informe se recomienda y propone la adopción de los criterios seguidos en Gran Bretaña y EEUU que fijan una concentración, máxima de 2 fibras por centímetro cúbico. En el año 1982 se promulgó en España la primera norma legal específica sobre medidas preventivas en el tratamiento y manipulación del amianto que es la [Orden de 21 de julio de 1982 \(RCL 1982, 2137, 2626\)](#) quedando fijada la dosis máxima permitida en 2 fibras por centímetros cúbico más tarde reducida a 1 fibra por centímetro cúbico en Orden de 31 de octubre de 1984 de aprobación del Reglamento sobre trabajos con amianto en adaptación a la [Directiva comunitaria 477/83 \(LCEur 1983, 463\)](#) y por último 0,60 fibras por centímetro cúbico en [orden de 26 de julio de 1993 \(RCL 1993, 2377\)](#) en adaptación a la normativa comunitaria; consta que en este último año no se acredita medición y se barría el polvo o no se recogía. A partir del año 1977 la empresa demandada establece un conjunto de medidas preventivas para reducir y eliminar los riesgos derivados de la exposición al amianto, adoptando como concentración máxima permitida la de 2 fibras por centímetro cúbico cuando aún no existía una norma que limitara la exposición a dicha concentración, y ha desarrollado una política activa de información a los trabajadores sobre el riesgo en la manipulación de amianto, introducción de medidas correctoras para reducir el riesgo de asbestosis en lo distintos centros de trabajo, participando a través de la Comisión nacional del amianto en estudio de dicha enfermedad profesional proponiendo soluciones para conseguir la erradicación de la misma y promoviendo los reconocimientos médicos específicos a trabajadores de la empresa así como la adaptación y observancia de las disposiciones normativas para prevención de las enfermedades profesionales; las mediciones y exposiciones se hace solo en alguno de los puestos de trabajo no en todos los que tenían riesgo de inhalación de fibras de amianto conforme consta en los Informe Territorial de ese año. **NOVENO** .- Lo anterior consta acreditado al documento tres del ramo de prueba de la parte actora y los documentos aportados por la demandada, aportándose informe de fecha 27 de junio de 1974 suscrito por el Director del Instituto Territorial de Higiene y Seguridad del Trabajo en fecha 27 de junio de 1974 en el que se concluye que existe riesgo de abestosis en los puestos de trabajo de moldeador de amianto en la Sección de Molturación de amiantos y en la Descarga de molinos en la Sección de Molturación de amiantos, riesgo de sobrecarga pulmonar en los puesto de trabajo de mezclador de perlita, encargados de la pulidora durante el tratamiento de superficies "Rocalite", encargados de la cortadora de plancha de amianto y torneado de tubos en la sección de cortado y acabado de piezas de amianto-cemento; riesgo de traumas severos en Mezclador de perlititas durante la inyección de aire, encargados de máquinas cartoneras durante la fabricación de planchas, encargados de los compresores de las máquinas de fabricación y moldes de planchas. Encargados de transportar vagonetas, Encargados de las máquinas de desmoldeo de la sección de desmoldeo y acabado de plancha, cilindrerros mandos del pupitre, maquinista y desmoldeo de la maquina de fabricar, encargados de pulidora, encargados del cortado de planchas de amianto-cemento encargados del torno de la sección de Cortado y acabado de piezas de amianto cemento. encargados de la sierra de sección de cortado y acabado de piezas encargados de la rebobinadora de papel celofán en la sección de poliester, encargados de la sierra de planchas de esta misma sección; recomendándose la adaptación correcta de los medios de extracción localizada que se dispongan y utilizar sistemas de limpieza en la pulidora de superficie que no exijan la

inversión del sistema de extracción, aumento la zona acampanada, y la dimensión de las carcasas de aspiración del torno de tubos y en caso necesario aumentar, mascarar buconasales de protección contra el polvo fino y fibras según normas DIN; recomiendan que hasta que no se realicen estas adaptaciones los obreros utilicen máscaras buco nasales, guantes de protección, gafas o viseras contra las salpicaduras el encargado de las limpiezas de la inyectora, practica de reconocimientos médicos preventivos específicos y semestrales a todos los operarios expuesto a los diferentes problemas higiénicos en especial operarios de exposición. En el Informe de fecha 14 de enero de 1977 y 6 de abril de 1979 firmado por el Director territorial del Instituto de Higiene indica en el primero que la ventilación lo es con dos ventiladores helicoidales situadas en una de las paredes del local en el local de Molturación y Mezcla de amiantos, Ventilación localizada con campanas de aspiración sobre la boca de carga de los molinos, que la ventilación de pulido de fibrocemento carecía de la localizada, se toma medidas de muestra personal del polvo total con bomba de aspiración provista de filtro, en conclusiones se indica que las concentraciones medidas superan la concentración máxima permisible (CMP) para la inhalación de polvo silicógeno en el puesto de trabajo de pulido de material seco de fibrocemento. En todos los puestos de trabajo valorados en el presente informe superan los fijados como límite por la DGSET; pero las concentraciones medidas no superan la concentración máxima permisible para inhalación de fibras de asbestos (CMP) en carga y descarga de molinos, (no consta la medición en otros puestos de trabajo); en el año 1979 se recomienda que el polvo se limpie por aspiración o métodos húmedos si no es posible, con ropa con tejido que no facilite la acumulación de fibras, con mangas de aspiración en los vestuarios y la ropa sucia introducirse en sacos impermeables cerrados, la limpieza ha de realizarse en la propia empresa o por empresa de lavandería, reconocimientos médicos con periodicidad anual. En de fecha 29 de marzo de 1993 por el técnico de Higiene se visita la empresa se indica que la situación es Potencialment no Exposats, con ciertas recomendaciones sobre el amianto; consta que en esa fecha se han trasladado unos 25 trabajadores de los 65 que tiene la plantilla a la empresa URALITA, S.A., dejándose de trabajar en diversos puestos de trabajo y solo se trabaja a un turno; inscrita la empresa en el Registro de empresas de Riesgo de Amianto, se hacen evaluaciones trimestrales y reconocimientos médicos anuales; en el mismo se indica que son los trabajadores, salvo la de los que analizan, los que se lavan la ropa en su casa. No tiene persona que se dedique a la limpieza de las naves al tener menos personal, tiene limpieza por aspiración, habiéndose descubierto en la visita acumulación de polvo y que se realizaba la limpieza con escobas, firmado por el técnico de higiene, en Marzo de 1994 se procedió por ROCALLA al derribo de sus instalaciones. Folio 162 del documento tres del ramo de la parte actora informe emitido en fecha 13 de marzo del 2003 por el jefe de la sección de Higiene y el medico evaluador en el mismo se indica la insuficiencia de medidas aún cuando son las que se establecían por norma. **DÉCIMO** .- Por medio de las demandas acumuladas con la aclaración efectuada en el acto del juicio los actores solicitan se dicte sentencia por la que se condene a las codemandadas en concepto de daños y perjuicios, físicos y morales, al abono de las siguientes cantidades: a D. Cosme la cantidad de 229.964,11 euros (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), a DOÑA Valle (VIUDA de Jacinto) la cantidad de 209.181,79 euros, a D. Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela) la cantidad de 170.238,79 euros, a DOÑA Serafina (VIUDA de Anselmo) la cantidad de 138.048,19 euros, a D. Ezequiel (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL) la cantidad de 229.964,11 euros a DOÑA Daniela (VIUDA de Maximiliano) la cantidad de 144.276,20 euros y a D. Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) la cantidad de 329.284,70 euros. **DÉCIMO PRIMERO** .- Se ha intentado el preceptivo acto de conciliación por los actores con el resultado de sin AVENENCIA. **DÉCIMO SEGUNDO** .- Que la codemandada URALITA, S.A. alega la excepción procesal, de Falta de Legitimación Pasiva, en todos los procedimientos acumulados, oponiéndose la parte actora a dicha excepción y manifestando que quien esta legitimada como demandada y responsable del pago de lo que se solicita es la empresa URALITA, S.A.

TERCERO

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Cosme , D^a Valle , D. Saturnino , D^a Serafina , D. Ezequiel , D^a Daniela , D. Jose Daniel y la representación letrada de URALITA S.A, formularon sendos recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó [sentencia en fecha 14 de septiembre \(PROV 2012, 356068\)](#) , recurso 8194/11 , en la que consta el siguiente fallo: "Que en relación con los recursos formulados contra la sentencia 464/2010 de fecha 8 de octubre de 2010 por el juzgado de lo social número 13 de los de Barcelona

en los autos 142/2009 en reclamación por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales:

a) Debemos estimar y estimamos en parte el recurso formulado por Cosme , Valle (viuda de Jacinto), Saturnino (viudo de Estela), Serafina (viuda de Anselmo), Ezequiel , Daniela (viuda de Maximiliano) y Jose Daniel , en términos referidos en el fundamento jurídico tercero.

b) Debemos estimar y estimamos en parte el recurso formulado por URALITA, S.A. en los términos referidos en el fundamento jurídico quinto.

c) En consecuencia, debemos modificar y modificamos la parte dispositiva de la sentencia, unicamente a los efectos de fijar como cuantía por las indemnizaciones reclamadas las siguientes: 221.357 euros con 28 céntimos para don Jose Daniel y 107.358 euros con 28 céntimos para don Cosme y don Ezequiel , manteniendo el resto de cantidades para los demás actores, que ya constan.

d) Procede incluir en la parte dispositiva la condena a las codemandas a los intereses legales del artículo 576 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

e) Debemos mantener el resto de pronunciamientos y condenas no afectadas por las anteriores declaraciones".

CUARTO

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la letrada D^a Carlota Riquelme Borrero, en nombre y representación de URALITA, SA., 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 [24 de marzo de 2010, recurso 216/10 \(PROV 2010, 259921\)](#) .

QUINTO

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

SEXTO

Se señaló para la votación y fallo el día 9 de enero de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

- El Juzgado de lo Social número 13 de los de Barcelona dictó sentencia el 8 de octubre de 2010 , autos número 142/2009, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Uralita SA y estimando en parte la demanda formulada por D. Cosme , Cosme (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), Valle (VIUDA de Jacinto), Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela), Serafina (VIUDA de Anselmo), Ezequiel (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL), Daniela (VIUDA de Maximiliano) Y Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) frente a Uralita SA y Fibrocementos NT SA, sobre daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, condenó a Uralita SA a que abone a los actores por dicho concepto las siguientes cantidades: a D. Cosme la cantidad de 86.158,38 euros (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA), Valle (VIUDA de Jacinto) la cantidad de 77542,54 euros, a Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela) la cantidad de 77.542,54 euros, Serafina (VIUDA de Anselmo) la cantidad de 77.542,54 euros, a Ezequiel (INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL) la cantidad de 86.158,38 euros, a DOÑA Daniela (VIUDA de Maximiliano) la cantidad de 77.542,54 euros y a D. Jose Daniel (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) la cantidad de 137.082,60 euro absolviendo a la codemandada Fibrocementos NT SA de las pretensiones deducidas en su contra. Tal y como resulta de dicha sentencia, los trabajadores que figuran en el relato de hechos probados (parte de ellos demandantes, otros fallecidos

accionando sus herederos) prestaron sus servicios para la empresa Rocalla SA entre los años 1949 a 1985, en el centro de trabajo de Castelldefels, estando durante todos los años en los que prestaron servicios en la empresa, en contacto con asbesto o amianto en los diferentes puestos de trabajo a los que fueron adscritos, disponiendo, como única protección, de mascarillas de papel, no figurando en el libro registro de vigilancia médica de la empresa existente en el CSSLB donde se recoge la información correspondiente a los años 1987 a 1992. Los trabajadores D Cosme , D. Jacinto y D Ezequiel fueron declarados en situación de incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad profesional por contacto con amianto; D. Jose Daniel fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional por contacto con amianto; a los viudos/as de los trabajadores Doña Estela , D. Anselmo y D. Maximiliano se les reconoció la pensión de viudedad como derivada de la enfermedad profesional que padecían sus cónyuges. La empresa Rocalla SA comenzó a trabajar con amianto en las primeras décadas del siglo XX, constando que en el año 1974 las concentraciones en fibras/ml de amianto superaban los valores TLV de la época (5 fibras/ml) en los puestos de trabajo de mezcla de amianto y descarga de molinos (7#79 fibras/ml) ambos en molienda de amianto. El [RD 396/2006, de 31 de marzo \(RCL 2006, 758\)](#) fija el valor límite de exposición al amianto en 0#1 fibras/ml. El informe del CSSLB recoge las mediciones de fibras de amianto en los puestos de trabajo de carga y descarga de amianto en los molinos y en la sección de pulidos de fibrocemento, superando las concentraciones de amianto los valores TLV de la época de descarga de molinos M1 y M2, no superándolas en otros puestos de carga de molinos M1, M2 y M3, descarga de molinos M3 y M4 y pulido manual. En 1979 se dispone de protecciones personales no homologadas y solo se utilizan en la sección de molinos y en la sección 27 durante el vaciado de la mezcla del molino Grubet. Si bien las condiciones de trabajo mejoran progresivamente respecto del uso de extracción localizada, equipos de protección individual... en 1993, en las últimas mediciones realizadas por el CSSLB, subsisten puestos de trabajo en los que se supera la concentración de polvo y fibra de amianto: máquinas Ispra, Bel, Mazza. La empresa comienza realizando los reconocimientos médicos específicos de amianto en 1983, exclusivamente para los trabajadores de los puestos de trabajo de molienda y cilindros, comenzando a realizar dichos reconocimientos a todos los trabajadores a partir de 1986, tras requerimiento de la Inspección de Trabajo, realizándose hasta 1990, aunque no siempre eran completos, ni siempre se cumplimentaba adecuadamente el Libro de Registro de la vigilancia médica de los trabajadores expuestos al amianto. La actividad de Rocalla SA finalizó en el año 1994, siendo compradas sus acciones por Uralita SA.

Recurrida en suplicación por la parte actora y por Uralita SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó [sentencia el 14 de septiembre de 2012 \(PROV 2012, 356068\)](#) , recurso número 8194/2011 , estimando en parte los recursos formulados, condenando a Uralita SA a que abone a D. Jose Daniel 221.357#28 euros, a D. Cosme 107.358#28 euros y a D. Ezequiel 107.358#28 euros, incluyendo en la parte dispositiva la condena al pago de los intereses legales del artículo 576 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consignó. La sentencia entendió que procede calcular la indemnización de daños y perjuicios, derivada de la enfermedad profesional de asbestosis que fue reconocida a los trabajadores, aplicando el baremo contenido en las tablas de valoración de secuelas contenidas en la [Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a motor \(RCL 2004, 2310\)](#) en las cuantías establecidas en el baremo del año 2008, por ser éstas las reclamadas en la demanda y mantenidas en el momento del juicio. Respecto a D. Jose Daniel , por la gravedad de las lesiones, su carácter progresivo y los efectos que las mismas pueden tener sobre la vida cotidiana, en aplicación de la Tabla III del Baremo le reconoce 90 puntos, que incluyen los daños morales, a 1502#11 euros/punto arroja un total de 135.189#90 euros. En cuanto a D. Cosme y D. Ezequiel , dado que han sido declarados en situación de IPT, les corresponden 60 puntos que, a razón de 1502#11 euros/punto supone una indemnización de 90.126#60 euros. Continúa razonando -resolviendo ahora el recurso interpuesto por la empresa- que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y, en especial, la proyectada edad de los actores en el momento en que la enfermedad se manifiesta y que la indemnización por lesiones, abrasiones y daños morales ya ha sido compensada con la aplicación de la tabla III, procede aplicar el factor de corrección de la tabla IV en su cuantía mínima lo que supone que la indemnización de D. Jose Daniel se fije en 86.158 euros y la de D Cosme y D. Ezequiel en 17.231#68 euros. La cuantía final de las indemnizaciones reconocidas es de 221.357#28 euros para D. Jose Daniel y 107.358#28 para D. Cosme y D. Ezequiel .

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Uralita SA 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 [24 de mayo de 2010, recurso número 216/2010 \(PROV 2010, 259921\)](#).

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser inadmitido y, subsidiariamente, declarado improcedente.

SEGUNDO

Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el [24 de marzo de 2010, recurso número 216/2010 \(PROV 2010, 259921\)](#), desestimó los recursos de suplicación interpuestos por D. Luis Pablo y Uralita SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sabadell, de fecha 3 de julio de 2009, dictada en virtud de demanda formulada por D. Luis Pablo contra Uralita SA, en reclamación por indemnización de daños y perjuicios, confirmando la sentencia de instancia. Consta en dicha sentencia que el actor, D Luis Pablo prestó servicios para Uralita desde el 3 de octubre de 1959 al 20 de febrero de 1984, en el centro de trabajo de Cerdanyola, dedicado a la fabricación de elementos para la construcción a base de una mezcla conocida como fibrocemento, compuesta de cemento portland (80%), fibra de amianto (10%) y agua fraguada (10%). El Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona emitió informe técnico el 10 de marzo de 1977, sobre la valoración del riesgo en la manipulación del amianto seco en el centro de trabajo de Cerdanyola concluyendo que, respecto al riesgo de asbestosis, se sobrepasa ampliamente la dosis máxima permitida, que se establecía atendiendo a los nuevos criterios que han aparecido en la legislación comparada, al existir recientes estudios que han puesto de manifiesto la relación existente entre la inhalación de amianto y la aparición de cáncer pulmonar. El actor fue declarado, por sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de Barcelona, de 18 de abril de 2006, confirmada por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 18 de abril de 2007, en situación de incapacidad permanente total cualificada, apreciando entre sus dolencias: "asbestosis pleuro-pulmonar con moderada alteración ventilatoria, provocándole limitación funcional para esfuerzos físicos". La sentencia resuelve que para la fijación de la indemnización no es aplicable el baremo establecido para accidentes de circulación, aunque puede ser orientativo. Continúa razonando que no procede otorgar cuantía alguna por pérdidas de expectativas profesionales o pérdida de capacidad de ganancia, atendiendo a la edad del actor (82 años), que se le reconoció una incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad común por las dolencias consistentes en cervicoartrosis avanzada, lumboartrosis moderada y gonartrosis bilateral moderada, no siendo diagnosticada la abestosis hasta el año 2004, y que los daños que le ha causado la enfermedad han tenido una compensación suficiente en lo cuantitativo y en el tiempo, con la percepción a lo largo de más de 22 años de la pensión de invalidez, puesto que no se ha alegado ni acreditado por la parte recurrente a quien correspondía la carga probatoria, daños distintos o concretos que puedan justificar esta compensación adicional que se pide, correspondiente a los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes y mas teniendo en cuenta que aun cuando existe culpabilidad de la sociedad Uralita S.A., esta fue mínima, dado que en la época en que presto servicios el actor, el control sobre el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo era mas laxo y existía una preocupación menor que en la actualidad en el cumplimiento de estas normas".

TERCERO

- Procede examinar si, para el primer motivo del recurso, concurren entre la sentencia recurrida y la de contraste las identidades exigidas por el artículo 219 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La recurrente alega interpretación errónea y falta de aplicación del artículo 1101 y 1902 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , en relación con la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, [RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre \(RCL 2004, 2310\)](#) y sus posteriores modificaciones en la [Ley 21/2007, de 11 de julio \(RCL 2007, 1355\)](#) , y [18/2009, de 23 de noviembre \(RCL 2009, 2257\)](#) . Aduce, en esencia, que el baremo de la Ley de Seguro no es de aplicación en el presente caso, puesto que no se trata de indemnizar los daños causados por la conducción de vehículos a motor -que es lo que contempla la citada norma- sino de reparar los daños derivados de una actividad laboral, sometidos al régimen de responsabilidad contractual, como consecuencia de la utilización descuidada de un material cuyo potencial tóxico se desconocía.

No se aprecia el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas, pues ambas consideran que la aplicación del Baremo contenido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor puede ser orientativa para fijar la **indemnización** de daños y perjuicios derivada de un **accidente de trabajo** por lo que, dada su aplicación potestativa, en la sentencia recurrida se aplica y en la de contraste no. Por lo tanto ambas sentencias aplican la misma doctrina, contenida en múltiples sentencias de esta Sala, como a continuación pasaremos a exponer.

Hay que señalar además que este primer motivo del recurso carece de contenido casacional. A este respecto procede poner de relieve que 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, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) , podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional , esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo [[Auto de fecha 21 de mayo de 1992 \(RJ 1992, 3588\)](#) (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 \(RJ 2007, 1470\)](#) (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 \(RJ 2008, 2888\)](#) (R. 3964/2006) , 21 de febrero de 2008 (R. 1555/2007) , 28 de mayo de 2008 (R. 814/2007) , 18 de julio de 2008 (R. 1192/2007) , [27 de septiembre de 2011 \(RJ 2011, 7602\)](#) (R. 4299/2010) y [5 de diciembre de 2011 \(RJ 2012, 103\)](#) (R. 486/2011)].

La decisión de la sentencia recurrida es coincidente con la doctrina unificada de esta Sala que, entre otras en [sentencia de 30 de enero de 2008 \(RJ 2008, 2064\)](#) , recurso 414/2007 ha señalado: *"Ante la dificultad que supone fijar una cuantía en concepto de indemnización, con carácter general se ha mantenido que los órganos judiciales pueden acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios; tales como la DA Octava de la Ley 30/1995 [9/Noviembre (RCL 1995, 3053)] (SSTS 02/02/98 (RJ 1998, 3250) -rcud 124/97 -; 17/02/99 (RJ 1999, 2598) -rcud 2085/98 -; 02/10/00 -rcud 2393/99 -; y 07/02/03 (RJ 2004, 1828) -rcud 1663/02 -"*.

En cuanto a la alegación de que han de detraerse o computarse las prestaciones percibidas de la seguridad social, mejoras voluntarias, seguros privados.. no consta en la sentencia recurrida, ni en su momento se interesó su adición por el recurrente, qué concretas prestaciones han percibido los actores, en qué concepto y, en su caso, el importe cuya detracción interesan , datos que tampoco aparecen en la sentencia recurrida que se limita a afirmar con carácter genérico, invocando la [sentencia de esta Sala de 12-2-1999 \(RJ 1999, 1797\)](#) , que "...a la hora de fijar las indemnizaciones por responsabilidad civil, hay que tener en cuenta la totalidad de lo percibido por prestaciones, por recargo de prestaciones, por mejoras pactadas en convenio colectivo o contrato de trabajo, como por lo voluntariamente otorgado por la empresa", por lo que no constando dichos datos y no concurriendo el requisito de la contradicción, no procede entrar en el examen de esta alegación, que en este momento procesal supone su desestimación.

CUARTO

.- El recurrente alega, con carácter subsidiario que, si se acude al Baremo, en ningún caso pueden aceptarse los cálculos postulados por la parte actora, oponiéndose a las cuantías, a la fijación de

daño moral por las secuelas corporales y a la aplicación del factor de corrección.

Aduce, en primer lugar, que hay un error en la fijación de la cuantía de la indemnización de D. Cosme y D. Ezequiel, porque no se tiene en cuenta la cuantía que la Tabla III aplica a los mayores de 65 años -1162 euros/punto- aplicándoseles 1502#11 euros; en segundo lugar, que no es aplicable el daño moral por las secuelas corporales, por pérdida de expectativas laborales, ya que en el momento de la declaración de invalidez no tenían edad laboral, encontrándose jubilados; por último, señala que no es de aplicación el factor de corrección de la Tabla IV, ya que los trabajadores tenían más de 70 años en el momento de la declaración de la invalidez permanente, llevaban muchos años jubilados y les había sido reconocida la situación de invalidez permanente.

A la vista de tales datos forzoso resulta concluir que la sentencia recurrida no es contradictoria con la invocada como término de comparación en el extremo referente al error en que haya podido incurrir la sentencia de suplicación al fijar la indemnización de D. Cosme y de D. Ezequiel al aplicar la Tabla II del [Baremo \(RCL 2004, 2310\)](#), pues en la sentencia recurrida no consta la aplicación de dicha Tabla.

Concorre el requisito de la contradicción en cuanto a la procedencia de la aplicación del factor de corrección, entendiendo la sentencia de contraste que no procede ya que el actor tenía 82 años, que la incapacidad deriva de cervicoartrosis avanzada, lumboartrosis moderada y gonoartrosis moderada, lesiones que son ajenas a la enfermedad profesional, que no se han alegado ni acreditado daños distintos o concretos que puedan justificar una compensación adicional, que los daños que le ha causado la enfermedad han tenido una compensación suficiente con la percepción de la pensión de invalidez durante más de 22 años y que la culpabilidad de la empresa es mínima.

El motivo ha de ser desestimado, Esta Sala en [sentencias de 17 de julio de 2007 \(RJ 2007, 8303\)](#), recurso 4367/2005 ha establecido lo siguiente: *"El factor corrector por "perjuicios económicos" de la Tabla IV, dado que el aumento que supone se reconoce en función de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, es claro que compensa por el llamado lucro cesante, lo que abre la posibilidad de compensar lo reconocido por ese concepto con lo abonado por prestaciones de Seguridad Social que reparan la pérdida de la capacidad laboral en algún grado, pues, el hecho de que no haga falta justificar los ingresos cuando se trata del incremento del 10 por 100, no nos puede hacer olvidar que con ese factor corrector se trata de indemnizar la pérdida de ingresos salariales, reales o posibles. Por otro lado, es de destacar que el factor corrector por incapacidad permanente de la Tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la incapacidad permanente del perjudicado "para la ocupación o actividad habitual de la víctima", concepto que luego se divide en tres grados (los de incapacidad parcial, total y absoluta), que, aunque tengan connotaciones similares a las clases de incapacidad permanente que la [L.G.S.S. \(RCL 1994, 1825\)](#) establece en su artículo 137, no puede identificarse con el de incapacidad permanente que establece nuestro sistema de Seguridad Social. El significado semántico de las palabras empleadas en uno y otro caso, aunque parecido, es distinto, cosa lógica dado que el legislador regula situaciones diferentes, motivo por el que el significado de la expresión incapacidad para "la ocupación o actividad habitual" es distinto del sentido que tiene la "incapacidad permanente para el trabajo" (parcial, total o absoluta), cual corrobora el propio Baremo cuando en el capítulo especial del perjuicio estético de la Tabla VI, especifica en la regla de utilización novena, que la ponderación de la incidencia que el perjuicio estético tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales) se valorará a través del factor de corrección de la incapacidad permanente, lo que equivale a reconocer que ese factor corrector compensa por la incapacidad para actividades no profesionales. Consecuentemente, el factor corrector que nos ocupa abarca tanto el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida, lo que supone valorar lo que la doctrina francesa denomina "préjudice d'agrément", concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño, perjuicios entre los que se encuentra, sin ánimo exhaustivo, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como el impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas. Por ello, el capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece el Baremo, ya que, éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Así, quedará al prudente*

arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar que parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y que parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc. etc.).

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, doctrina que ha de ser mantenida por razones de seguridad jurídica y porque no se aprecian motivos que aconsejen un cambio jurisprudencial, se ha de concluir que es ajustada a derecho la aplicación del factor de corrección aplicado en la sentencia recurrida, habiéndose aplicado en su cuantía mínima, por lo que, como ya se ha consignado, procede asimismo desestimar esta motivo de recurso.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de URALITA SA frente a la [sentencia dictada el 14 de septiembre de 2012 \(PROV 2012, 356068\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 8194/2011 , interpuesto por la parte actora y por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, el 8 de octubre de 2010 , en los autos número 142/2009, seguidos a instancia de D. Cosme , Valle (VIUDA de Jacinto), Saturnino (VIUDO de DOÑA Estela), Serafina (VIUDA de Anselmo), Ezequiel , Daniela (VIUDA de Maximiliano) Y Jose Daniel en reclamación por indemnización de daños y perjuicios. Se condena en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso. Se acuerda que se mantenga el aval prestado hasta que la recurrente de cumplimiento a la condena impuesta o se realice dicho aval en ejecución de sentencia. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

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. 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.