



Roj: **STSJ CAT 4135/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:4135**

Id Cendoj: **08019340012015102744**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2015**

Nº de Recurso: **8/2015**

Nº de Resolución: **2812/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2010 - 0012480

CR

Recurso de Suplicación: 8/2015

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 27 de abril de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2812/2015

En el recurso de suplicación interpuesto por Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Barcelona frente a la Sentencia del Juzgado Social 11 Barcelona de fecha 8 de septiembre de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 684/2010 y siendo recurrido/a Sebastián y Axa Seguros Generales, S. A. de Seguros y Reaseguros. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2010 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Indemnización daños y perjuicios, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Don Sebastián condeno a la **empresa demandada ESTIBARNA SA (Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona, Agrupación Portuaria de Interés Económico)** abonar a la parte actora la cantidad de 86. 928, 59 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente laboral



Que **estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de AXA MUTUA DE SEGUROS**, absuelvo a esta de todas las pretensiones contra la misma efectuada en el presente pleito. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1. Don Sebastián , (en adelante, el actor), nacido el NUM000 de 1966, con DNI nº NUM001 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social, en situación de alta en el régimen especial del mar.

2. La profesión habitual del actor era la de estibador y venía prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada ESTIBARNA SA (Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona, Agrupación Portuaria de Interés Económico) (en adelante, la empresa).

3. En fecha de 31 de mayo de 1997, el actor fue asistido en el Servicio de Urgencias del Hospital San Camil, por dorsalgia aguda sin antecedente traumático, siéndole diagnosticada "contractura trapecio".

4. El actor tuvo una baja médica derivada de accidente de trabajo, por "cervicalgia aguda", desde el 22-11-1998 hasta el 8-12-1998.

5. El actor, en fecha de 22-6-1999 acudió a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor lumbar que sintió el 12-6-1999, al bajar de un coche, mientras prestaba servicios para la empresa, extendiéndosele baja médica derivada de accidente de trabajo, por "lumbociatalgia aguda", desde el 12-6-1999 hasta el 26-7-1999.

6. Practicado TAC lumbar en fecha de 28-6-1999, se constató que el actor tenía hernia discal L4L5 y espondilolistesis L5S1 con espondilosis bilateral de L5.

7. En fecha de 27-7-1999 el actor tuvo un proceso de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, hasta el 25-1-2001, con el diagnóstico de "hernia discal L4L5".

8. En fechas de 17-10-2000 y 31-1-2001 por la Unidad de Salud del Servicio de Prevención de la empresa se emitieron informes del siguiente tenor: "El trabajador citado presentaba antecedentes de lumbalgia de esfuerzo de larga evolución. En junio de 1999 inició cuadro de lumbalgia irradiada a ambas extremidades inferiores acompañada de sensación de fatiga a los 20 minutos de deambulación. Radiológicamente, se apreciaba la existencia de una antelístesis de grado I de L5 sobre S1 con signos de espondilosis de L5. El paciente se halla actualmente en situación estacionaria a la espera de evaluar el tratamiento quirúrgico definitivo. No obstante, se observa una mejoría clínica evidente que refleja el mismo paciente. Ante el cuadro citado hemos creído oportuno iniciar desde el Servicio de Salud Laboral una propuesta de cambio de lugar de trabajo, a fin de facilitar la reincorporación laboral del trabajador citado. De este modo, proponemos una ubicación laboral siguiendo el profesiograma: auxiliar de tierra en la planificación, coordinación, y control administrativo de los movimientos de mercancías, vehículos y correo, entre tierra y el buque con un desplazamiento mínimo por zonas sin riesgo de caída, sin manipulación manual de cargas".

9. En fecha de 16 de julio del 2002 el actor acudió a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor paradorsal vertebral derecho de características mecánicas.

10. El actor, en fecha de 8-10-2003, acudió a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor lumbar, tras movilizar el volante de un vehículo.

11. En fecha de 2-2-2007, el actor acudió a los servicios médicos de la Mutua por persistencia de dolor lumbar con irradiación a extremidad inferior derecha.

12. En fecha de 5-2-2008, el actor inició situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, hasta la fecha de 2 de octubre del 2008. Solicitó la determinación de la contingencia mediante la interposición de la correspondiente demanda.

13. A consecuencia de lo cual, en fecha de 27 de julio del 2009, el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona dictó Sentencia por la que se declaró al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con el derecho al percibo de una pensión mensual del 55% sobre la base reguladora de 3.047, 10 euros y efectos de 2 de octubre del 2008, fecha en que cesó de prestar servicios para la empresa.

14. En fecha de 11 de julio del 2011, fue dictada Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que confirmó la mencionada Sentencia de instancia y declaró: "En el presente caso, ha quedado probado que el actor presenta hernia discal L4-L5, protusión L5-S1, espondilolistesis y espondilólisis L5 S1, patologías que tienen carácter degenerativo. Pero si bien el actor tiene una patología degenerativa de base a nivel lumbar, lo cierto es que a raíz de una baja médica derivada de accidente de trabajo en fecha de 22-6-1999, que se produjo al bajar de un coche mientras prestaba servicios (y sin perjuicio de un antecedente en abril de 1996 de una lumbociatalgia izquierda por hernias discales) se han sucedido en el tiempo numerosos procesos de

etiología lumbar descompensados por los continuos sobreesfuerzos que implica la realización de su profesión habitual como estibador, y así, en octubre del 2003, sufrió un nuevo accidente de trabajo mientras movilizaba un volante de vehículo, notando un crujido a nivel lumbar izquierdo. Precisamente aquello que ha quedado probado es que el actor viene sufriendo procesos de lumbalgias y dorsalgias desde el año 1996, alguno de los cuales relacionados con sobreesfuerzos en el desempeño de su profesión habitual como estibador, la cual exige la realización de esfuerzos físicos continuados".

15. En esta relación laboral rige el Convenio Colectivo de los Portuarios Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona DOGC 19-VI-2002. De acuerdo con el III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario. Es el Art. 73 el que describe las categorías profesionales y funciones: De acuerdo con ello, hasta el año 2001, el actor ejercía como "oficial manipulante", siendo este el profesional portuario que, con conocimientos de mecánica, hidráulica, y electricidad, conduce y manipula los diferentes vehículos utilizados en la operativa portuaria y en cualquier otra manipulación o desplazamiento de mercadería dentro de las instalaciones portuarias. Asimismo, sus funciones se agrupan en:

- Manipulación de elevadores frontales
- Conductores de camión y trailer
- Manipulación de palas limpiadoras, grúas, etc.
- Conducción de vehículos.

Cuando causó alta de su dolencia en fecha de 25 de enero del 2001, el actor fue destinado a la empresa TRANSMEDITERRÁNEA, de forma que no debía acudir diariamente a la plaza para efectuar la contratación rotativa, como el resto de trabajadores, sino que realizaba labores de supervisión en el tráfico regular de pasajeros. Así lo verificó la Comisión de Seguimiento de Estibarna, en fecha de 22 de febrero de 2001 (Doc. nº 6 de la demandada)

16. En fecha de 17 de julio del 2007, los Dres. Remedios y Cesareo, médicos de la empresa, emitieron un informe referido al actor en el que dictaminan que el mismo puede realizar labores de cochero, siendo destinado a tales funciones y reintegrado en el censo diario, desde la fecha de 14 de agosto del 2007. Como "auxiliar cochero", debía realizar tareas de inspección del espacio de trabajo, conducción, estiba, desestiba y estacionamiento de vehículos.

17. Según el Manual del Servicio de Prevención, el "auxiliar cochero", es el profesional que conduce el vehículo tanto en las explanadas como desde estas hasta las bodegas entre puentes y estiba dentro de los buques y viceversa. El Manual define que se trata de un trabajo sentado, que el reparto diario es de aproximadamente 180 veces y que el traumatismo posible es lumbalgia mecánica aguda, considerando trabajadores especialmente sensibles a los afectados de espondilosis con espondilolistesis. (Doc. nº 7 del actor que se da por reproducido)

18. La evaluación de riesgos laborales se contiene en el Manual Informativo para el trabajador y se describen como tales el riesgo de sobreesfuerzo y el de fatiga física y postural indicando las posibles causas de las lesiones y medidas preventivas (Doc. nº 18 de la empresa demandada, se da por reproducido).

19. La Inspección de Trabajo emitió Informe sobre el accidente de trabajo sufrido por el actor dado que el mismo había solicitado el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, que fue enviado tras el requerimiento de este Juzgado, obrante a los folios 187 a 189, y en el que se concluye la falta de responsabilidad empresarial. La Inspección verificó la existencia de reconocimientos médicos efectuados al actor y certificados sobre formación del actor en materia de prevención de riesgos de laborales.

20. La empresa pactó una póliza de seguro de responsabilidad civil con la compañía AXA que estaba en vigor en el momento en que se produjo el accidente de trabajo. Cubría el riesgo de responsabilidad civil por accidente laboral, refiriendo expresamente: "El seguro ampara la responsabilidad civil que pueda incumbir al asegurado por daños sufridos por los trabajadores con ocasión de un accidente de trabajo ocurrido durante la ejecución de los trabajos propios de la actividad asegurada en cuanto sea legal y reglamentariamente asegurable. Quedan excluidas las reclamaciones: ...F) por las enfermedades profesionales, por trabajos prolongados o llevadas a cabo en condiciones de sobreesfuerzo o tensión." De acuerdo con ello, en fecha de 7 de febrero del 2011 la aseguradora envió burofax a la empresa invocando tal apartado F, para comunicarle que no existía cobertura para la reclamación del actor.

21. Como consecuencia de la patología derivada del accidente de trabajo referenciado, el actor acumuló 947 días improductivos, evidenciando un cuadro clínico derivado de hernias o protusiones discales operadas o sin operar en que se considera globalmente todo el segmento afectado de la columna lumbar valorado en 8 puntos según la Tabla VI del Baremo de la Ley 34/2003 y una incapacidad permanente total según la Tabla IV del mismo Baremo. (Informe FORENSE practicado como diligencia final) "



TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Barcelona, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora y la demandada Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda, se alza en suplicación la parte demandada SOCIEDAD ANONIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA - SAGEP) articulando el recurso por la vía del apartado c del art 191 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que impugna la parte actora, y la parte codemandada (AXA SEGUROS GENERALES S.A DE SEGUROS Y REASEGUROS, presenta alegaciones en la que manifiesta su conformidad con la absolución de la citada empresa, y muestra su conformidad con los argumentos de la parte recurrente.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y se absuelva a la parte recurrente de la reclamación con las declaraciones inherentes a tal absolución.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , en relación con el art 1101 , y art 1902 del Código Civil , relacionados con la responsabilidad por culpa y la doctrina jurisprudencial que se invoca, ya que los problemas físicos congénitos la empresa no duda en liberarle de las funciones que pudiera causarle recidivas, en los últimos siete años en los que no había presentado especiales problemas ni había tenido bajas alarmantes, no hay culpa ni negligencia y así lo entiende la inspección de trabajo, y por ello no propone recargo de prestaciones, y en los años 1994, 2001, 2005, 2006 y 2007, fue declarado apto.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

SEGUNDO.- En el presente caso queda acreditado que la profesión habitual del actor era la de estibador y venía prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada ESTIBARNA SA (Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona, Agrupación Portuaria de Interés Económico).

La relación laboral del actor con la empresa demandada se rige por el Convenio Colectivo de los Portuarios Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona DOGC 19-VI-2002, y de conformidad con el III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario, ya que es el Art. 73 el que describe las categorías profesionales y funciones.

Ya que queda probado que hasta el año 2001, el actor ejercía como "oficial manipulante", siendo este el profesional portuario que, con conocimientos de mecánica, hidráulica, y electricidad, conduce y manipula los diferentes vehículos utilizados en la operativa portuaria y en cualquier otra manipulación o desplazamiento de mercadería dentro de las instalaciones portuarias. Asimismo, sus funciones se agrupan en:

-Manipulación de elevadores frontales -Conductores de camión y trailer -manipulación de palas limpiadoras, grúas, etc. - Conducción de vehículos.

TERCERO.- Teniendo en cuenta que el 17-10-2000 y el 31-1-2001 por la Unidad de Salud del Servicio de Prevención de la empresa se emitieron informes con el siguiente contenido "El trabajador citado presentaba antecedentes de lumbalgia de esfuerzo de larga evolución y en el mes de junio de 1999 inició cuadro de lumbalgia irradiada a ambas extremidades inferiores acompañada de sensación de fatiga a los 20 minutos de deambulación, ya que radiológicamente, se apreciaba la existencia de una antelistsis de grado 1 de LS sobre S 1 con signos de espondilosis de L5, se halla actualmente en situación estacionaria a la espera de evaluar el tratamiento quirúrgico definitivo.

No obstante, se observa una mejoría clínica evidente que refleja el mismo paciente, por lo que el cuadro citado se considera oportuno el iniciar desde el Servicio de Salud Laboral una propuesta de cambio de lugar de trabajo, a fin de facilitar la reincorporación laboral del trabajador citado y se propone una ubicación laboral siguiendo el profesiograma: auxiliar de tierra en la planificación, coordinación, y control administrativo de los movimientos de mercancías, vehículos y correo, entre tierra y el buque con un desplazamiento mínimo por zonas sin riesgo de caída, sin manipulación manual de cargas".

CUARTO.- Pero cuando causó alta de sus lesiones el 25 de enero del 2001, fue destinado a la empresa TRANSMEDITERRÁNEA, de forma que no debía acudir diariamente a la plaza para efectuar la contratación rotativa, como el resto de trabajadores, sino que realizaba labores de supervisión en el tráfico regular de pasajeros, ya que así lo verificó la Comisión de Seguimiento de Estibarna, en fecha de 22 de febrero de 2001.



QUINTO.- En relación ello con los procesos de incapacidad temporal que ha tenido el actor hay que señalar que el 31 de mayo de 1997, fue asistido en el Servicio de Urgencias del Hospital San Camil, por dorsalgia aguda sin antecedente traumático, y se le diagnostica "contractura trapecio", y también ha tenido una baja médica derivada de accidente de trabajo, por "cervicalgia aguda", desde el 22-11-1998 hasta el 8-12-1998.

Por otra parte el 22-6-1999 acude a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor lumbar que sintió el 12-6-1999, al bajar de un coche, mientras prestaba servicios para la empresa, extendiéndosele baja médica derivada de accidente de trabajo, por "lumbociatalgia aguda", desde el 12-6-1999 hasta el 26-7-1999, ya que practicado el TAC lumbar en fecha de 28-6-1999, se constata que el actor tenía hernia discal L4L5 y espondilolistesis L5 S1 con espondilosis bilateral de L5.

Asimismo el 27-7-1999 el actor tuvo un proceso de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, hasta el 25-1-2001, con el diagnóstico de "hernia discal L4L5".

Pero el 16 de julio del 2002 el actor va a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor paradorsal vertebral derecho de características mecánicas, y también el 8-10-2003, y acude a los servicios médicos de la Mutua Fremap por dolor lumbar, tras movilizar el volante de un vehículo.

Y el 2-2-2007, acudió a los servicios médicos de la Mutua por persistencia de dolor lumbar con irradiación a extremidad inferior derecha.

Por otra parte el 5-2-2008, inició la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, hasta la fecha de 2 de octubre del 2008, por lo que solicitó la determinación de la contingencia mediante la interposición de la correspondiente demanda, y en consecuencia el 27 de julio del 2009, el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona dictó Sentencia por la que se declaró al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, y por otra parte el 11 de julio del 2011, fue dictada Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que confirmó la citada sentencia de instancia.

SEXTO.- Teniendo en cuenta que el art 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece lo siguiente. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

SÉPTIMO.- Y el art 1101 del Código Civil establece lo siguiente: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.

OCTAVO.- Por otra parte el art 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece lo siguiente como lo alega la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación: Vigilancia de la salud

1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.



NOVENO.- En relación también con la jurisprudencia a la que se refiere la parte recurrente en las sentencias que cita en el recurso de suplicación y que también se recoge en la sentencia, Roj: STS 4801/2010 . Sala de lo Social. Nº de Recurso: 4123/2008. Fecha de Resolución: 30/06/2010.....Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia , tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101 , 1.103 y 1.902 CC . Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional» (SSTS 02/02/98 -rcud 124/97 -; 18/10/99 -rcud 315/99 -; 22/01/02 -rcud 471/02 -; y 07/02/03 -rcud 1648/02 -), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 -rcud 2277/07 -; 14/07 / 09 -rcud 3576/08 -; y 23/07/09 -rcud 4501/07 -), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTS 08/10/01 -rcud 4403/00 -; y 17/07/07 -rcud 513/06 -).

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

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

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

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

Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC , que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener - para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia.

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



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

La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá - incluso- de las exigencias reglamentarias.

Sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta].

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

Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL).

Pero -como adelantamos antes- el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente.

En último término no parece superfluo indicar expresamente que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto «desmotivador» en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones [de sanción cuantitativamente mayor]. Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la STJCE 2007/141 [14 /Junio], al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 5.1 [«el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo»], que tal precepto no era conculcado por el art. 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que «El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable ».

DÉCIMO.- La citada jurisprudencia se recoge también en la sentencia Roj: STS 3042/2012 .Sala de lo Social.Nº de Recurso: 1651/2011.Fecha de Resolución: 18/04/2012.....por lo mismo que las consecuencias nocivas le



son imputables a título de culpa a quien incumplió tal normativa, en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 1101 del Código Civil por cuanto, conforme a la doctrina recogida en nuestra sentencia de 30 de junio de 2010 (rcud.- 4123/2008) antes citada, fundada en las reglas que rigen la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales - art. 1091 CC -, la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil , en doctrina que, aun no aplicable al presente caso, ha hecho suya el legislador al incluirla en el art. 96.2 de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Laboral - Ley 36/2011, de 10 de octubre - al establecer 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 " (STS 1-2-2012, R. 1655/11).

DÉCIMOPRIMERO.- Por lo que a sensu contrario de lo que alega la parte recurrente la convicción de la Magistrada de instancia es ajustado a derecho en la valoración conjunta de la prueba que realiza, pues no ha manifestado su disconformidad con los hechos probados de la sentencia de instancia.

En relación también la jurisprudencia en cuanto a la valoración de la prueba por parte del Magistrado de instancia en la sentencia, Roj: STS 6312/2013. Sala de lo Social. Nº de Recurso: 71/2013. Fecha de Resolución: 09/12/2013..... la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes [el juicio de evaluación personal del recurrente], y sólo procedería en supuestos de evidente error, sin necesidad de interpretaciones, conjeturas o razonamientos (SSTS 11/11/09 -rco 38/08 -; 23/04/12 -rco 52/11 -; 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/12/12 -rco 18/12 -), habida cuenta de que no cabe apreciar error de hecho «si ello comporta repulsa de las facultades valorativas de la prueba, privativas del Tribunal de instancia, cuando estas atribuciones se ejercitan conforme a la sana crítica, porque no es aceptable que la parte haga un juicio de evaluación personal, en sustitución del más objetivo hecho por el Juzgado de instancia» (SSTS 26/01/10 -rco 96/09 -; 11/11/09 -rco 38/08 ; 26/01/10 - rco 96/09 ; y 05/06/13 -rco 2/12 -).

DÉCILOSEGUNDO.- Ya que la empresa debió de considerar los diagnósticos de las bajas médicas y teniendo en cuenta que la situación de incapacidad temporal que inicia en el año 2008 que acaba en un proceso de incapacidad permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo, donde se pone de manifiesto la agravación de las lesiones que padecía el actor como consecuencia de los sobreesfuerzos en su trabajo, y son estos sobreesfuerzos en su trabajo lo que determina el que quede acreditado que el comportamiento de la empresa no fue el adecuado ante los problemas físicos congénitos que tenía el actora, pues debió de asignar un puesto de trabajo que no tuviese que realizar esfuerzo alguno.

No es motivo que justifique la exención de su responsabilidad el que como alega en el recurso de suplicación al permanecer casi siete años en el nuevo puesto de Transmediterranea del año 2001 al año 2007, cuando la empresa le destina al puesto de auxiliar de tierra al ser una propuesta del Servicio de salud Laboral como se deduce del hecho probado octavo y hecho probado décimoquinto respectivamente, al haber tenido solo 25 días de baja en el año 2003 y 7 días de baja en el año 2005, pues la razón por la cual se había recuperado como afirma la parte recurrente, pero esta recuperación es debido a que realizar un trabajo sin esfuerzos físicos.

Y la valoración que hace la parte recurrente en cuanto a que el conducir automóviles de turismo en las labores de estiba y desestiba es una labor elemental que está al alcance de cualquiera aun con las lesiones congénitas del actor, no es ajustado a derecho, pues cuando se le asigna al nuevo puesto de trabajo como consecuencia del informe médico de fecha 17 de julio de 2007, como se deduce del hecho probado décimosexto, en el que Dres. Remedios y Ferrar Viciara, médicos de la empresa, emiten un informe en el que establecen que el mismo puede realizar labores de cochero, siendo destinado a tales funciones y reintegrado en el censo diario, desde la fecha de 14 de agosto del 2007, como "auxiliar cochero", debía realizar tareas de inspección del espacio de trabajo, conducción, estiba, desestiba y estacionamiento de vehículos

DÉCIMOTERCERO.- Ya que la parte recurrente no ha tenido en cuenta lo que establecía el Manual del Servicio de Prevención, el "auxiliar cochero", es el profesional que conduce el vehículo tanto en las explanadas como desde estas hasta las bodegas entre puentes y estiba dentro de los buques y viceversa, y el Manual define que se trata de un trabajo sentado, que el reparto diario es de aproximadamente 180 veces y que el traumatismo posible es lumbalgia mecánica aguda, considerando trabajadores especialmente sensibles a los afectados de espondilosis con espondilolistesis.



Y por otra parte en la evaluación de riesgos laborales se contiene en el Manual Informativo para el trabajador y se describen como tales el riesgo de sobreesfuerzo y el de fatiga física y postural indicando las posibles causas de las lesiones y medidas preventivas

DÉCIMOCUARTO.- En consecuencia por todo lo expuesto es ajustado a derecho el motivo de impugnación de la parte actora en cuanto a que el actor se le destina en el año 2007 como se ha expuesto a un puesto de trabajo como cochero que tenía evidentes riesgos ergonómicos, pues los pocos meses inicia un proceso de incapacidad temporal, es decir el 5-2-2008, por contingencias comunes, hasta la fecha de 2 de octubre del 2008, por lo que solicitó la determinación de la contingencia mediante la interposición de la correspondiente demanda, y en consecuencia el 27 de julio del 2009, el Juzgado de lo Social nº 18 de Barcelona dictó Sentencia por la que declaró al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, y por otra parte el 11 de julio del 2011, fue dictada Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que confirmó la citada sentencia de instancia .

Y donde queda acreditado que las lesiones que padece se han agravado como consecuencia del esfuerzo realizado en su trabajo.

Luego cabe concluir que el puesto de trabajo era inadecuado teniendo en cuenta las lesiones que padecía el actor, y de las que tenía conocimiento la empresa demandada, es decir no ha actuado con la diligencia debida, al haber colocado a un trabajador especialmente sensible en un puesto de trabajo de riesgo, no hay causa de fuerza mayor, tampoco caso fortuito ni negligencia del trabajador ni de terceros.

DÉCIMOQUINTO.- Por lo que como lo establece la sentencia de instancia el destinar al actor al trabajo de auxiliar cochero, teniendo en cuenta los procesos de incapacidad temporal anteriormente citados con sus respectivos diagnósticos en los que ha estado el actor, y que si bien se trata de patologías degenerativas se ha producido una agravación de las mismas como consecuencia del trabajo que ha realizado el actor es decir los sobreesfuerzos que lleva consigo su actividad laboral, y que ya se preveía en la evaluación de riesgos laborales el riesgo de sobreesfuerzo y la fatiga física y postural, y en el Manual del Servicio de Prevención, el "auxiliar cochero, donde también se mencionaba que el traumatismo posible es lumbalgia mecánica aguda.

La Inspección verificó la existencia de reconocimientos médicos efectuados al actor y certificados sobre formación del actor en materia de prevención de riesgos de laborales, pero ello por si mismo no exime a la empresa de la responsabilidad que tiene en relación con lo que dispone el art 25, y el art 22 de la LPRL , en los términos anteriormente citados a los que no ha dado cumplimiento como ha quedado probado, ni tampoco por la circunstancia de que no se haya impuesto a la empresa recargo de prestaciones por la Inspección de Trabajo, pues tiene naturaleza jurídica diferente a la acción de reclamación de daños y perjuicios que deduce la parte actora en la demanda, teniendo en cuenta la valoración conjunta de la prueba que ha realizado la Magistrada de instancia.

Ya que la alegación que hace de que los médicos aconsejaban un cambio de trabajo y la empresa dando cumplimiento a ello le asigna el nuevo puesto de cochero, debió de tener en cuenta que este trabajo, las lesiones que padecía el actor no era el adecuado.

Tampoco puede justificar la exención de la responsabilidad de la empresa el que pasó el actor las sucesivas revisiones en los años 1994, 2001,2005,2006,y 2007 en lo que siempre se consideró apto, en relación con el dto 7 y 8 en las especialidades que adquirió, pues lo que ha quedado acreditado es que se ha producido una agravación de las lesiones que tenía el actor congenitamente y de carácter degenerativo, como consecuencia de su trabajo es decir de sobreesfuerzo que queda probado que no podía realizar.

DÉCIMOSEXTO.- En consecuencia procede la desestimación del recurso de suplicación al no producirse la infracción de los arts citados ni de la jurisprudencia en los términos que lo formula la parte recurrente y por lo cual procede la confirmación íntegra de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

Con las consecuencias legales establecidas en los artículos 204.1, 3 y 4 y 235.1 de la Ley de la jurisdicción social.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula SOCIEDAD ANONIMA DE GESTION DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA, contra la sentencia del juzgado social 11 de BARCELONA, autos 684/2010 de fecha 8 de septiembre de 2014, seguidos a instancia de Sebastián , contra SOCIEDAD ANONIMA DE GESTION DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA, y AXA SEGUROS GENERALES , S.A DE SEGUROS Y REASEGUROS, en reclamación de cantidad, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.



Se condena a la parte recurrente a la pérdida del depósito constituido y al mantenimiento del aseguramiento prestado, a cuyas cantidades se dará el destino legal una vez conste la firmeza de esta resolución, así como al pago de las costas causadas, entre las que se comprenderán los honorarios del Letrado impugnante (la parte actora) que la Sala, fija en la suma de 250 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.