

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 123/2014**  
**Primer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- La ultraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas. ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudescimiento de las medidas de conflicto colectivo? 13  
M<sup>a</sup> TERESA DÍAZ AZNARTE
- El régimen fractal de la jubilación. Marco institucional y consideraciones críticas de un reformismo inacabable 39  
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ
- Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado 79  
OLGA FOTINOPOULOU BASURKO
- La legislación antidiscriminatoria por razón de edad avanzada en Estados Unidos 109  
JUDIT BASEIRIA MARTÍ

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- La evolución del sistema de negociación colectiva en España: una panorámica general 139  
MARTA MARTÍNEZ MATUTE

**3. INFORMES Y DOCUMENTOS**

- La negociación colectiva en Andalucía durante 2013 165

**4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

- PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL  
Universidad de Córdoba  
Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? De la jurisprudencia constitucional 185  
M<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

<b>PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL</b> Universidad de Granada Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador agravados como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	197
<b>DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO</b> Universidad de Huelva El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo M <sup>a</sup> LUISA PÉREZ GUERRERO	209
<b>EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO</b> Universidad Pablo de Olavide Indemnizaciones del fondo de garantía salarial en empresas de menos de veinticinco trabajadores OLGA GARCÍA COCA	221
<b>5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN</b>	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía M <sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA	239

## LAS ENFERMEDADES O DEFECTOS PADECIDOS CON ANTERIORIDAD POR EL TRABAJADOR AGRAVADOS COMO CONSECUENCIA DE LA LESIÓN CONSTITUTIVA DEL ACCIDENTE

*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 (Rec. 1899/2012)*

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** el trabajador accionante, operario del sector de la construcción, sufre una sucesión concatenada de procesos de incapacidad temporal con diagnóstico prácticamente equivalente (lumbalgia aguda, lumbalgia mecánica). Los sucesivos periodos de incapacidad temporal tienen la calificación de accidente de trabajo, quedando asociados a un esfuerzo desencadenante constitutivo del mismo. Y ello a excepción del último proceso en cuyo desarrollo finalmente se declara la existencia de una incapacidad permanente, centrándose la cuestión de debate en torno a la contingencia -profesional o común- de la incapacidad reconocida.

**RESUMEN:** El criterio determinante de la resolución adoptada por el Tribunal Supremo, revisando el criterio previamente fijado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se concreta en la agravación de la patología previa preexistente, interpretándose que concurre un supuesto de recaída respecto del inicial accidente laboral. A través del presente trabajo se anticipa una descripción gráfica del concepto amplio de accidente de trabajo, así como la adición de supuestos inclusivos dentro de la norma, como el contemplado en el artículo 115.2.f), encuadrándose esta modalidad de accidente de trabajo dentro de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales existentes.

\* Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## ÍNDICE

1. EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO, SU INTERPRETACIÓN AMPLIA Y LA INCLUSIÓN DE LA AGRAVACIÓN DE LA PATOLOGÍA PREVIA POR EL ACCIDENTE EN LA REDACCIÓN LEGAL DEL PRECEPTO
2. LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DEL ARTÍCULO 115.2 F) LGSS
3. DESCRIPCIÓN GRÁFICA DE LOS HECHOS QUE DETERMINAN LA AGRAVACIÓN DEL CUADRO PATOLÓGICO PREVIO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, RECURSO DE CASACIÓN 1899/2012)
4. LA RECAÍDA EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU INCIDENCIA A LA HORA DE CALIFICAR UNA SITUACIÓN DERIVADA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

### 1. EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO, SU INTERPRETACIÓN AMPLIA Y LA INCLUSIÓN DE LA AGRAVACIÓN DE LA PATOLOGÍA PREVIA POR EL ACCIDENTE EN LA REDACCIÓN LEGAL DEL PRECEPTO

El concepto de riesgo profesional ha ocupado un papel destacado en la configuración de la Seguridad Social en nuestro país ya que, desde sus orígenes, se vincula a los seguros sociales y se estructura en dos grandes ramas en función de que los riesgos susceptibles de protección derivaran del trabajo (contingencias profesionales) o fueran ajenos a él (contingencias comunes). Sin embargo, el alcance actual del concepto dista mucho del originario no solo por la multiplicidad de supuestos que acoge, incorporando los criterios sentados por la jurisprudencia, sino porque a la regla general se han sumado diversas reglas particulares. La delimitación del concepto es, por tanto, una tarea complicada, ya que, el propio concepto de accidente de trabajo es complejo, añadiéndose exclusiones y presunciones a favor; quedando perfilado con límites no siempre coincidentes, ofreciendo un perfil difuso definido por una extraordinaria casuística que dificulta el establecimiento de un tratamiento jurisprudencial uniforme.

La interpretación que se ha dado al concepto de accidente laboral parte de una definición similar a la que se concedió inicialmente en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900. Tal interpretación ha sido amplia y flexible, sin aplicar criterios restrictivos, como describe la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de abril de 1988<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La STS 14-04-1988 (RJ 2963) deja de manifiesto cómo el artículo 84 LGSS (hoy artículo 115) establece que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, incluidas las enfermedades de etiología laboral no contempladas en el artículo 85, precepto que ha sido interpretado a través de uniforme y reiterada doctrina con criterio amplio y flexible, no restrictivo, en función de los principios que presiden este sector del ordenamiento, lo que ha permitido configurar como accidentes de trabajo un gran número de enfermedades ya que la presunción de su núm. 3 sólo cede ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de su relación con el trabajo.

La relación causal que determina la conexión entre trabajo y lesión opera de forma flexible y en sentido amplio, al comprender tanto aquellos supuestos en que el trabajo es causa única o concurrente de la lesión como aquellos otros en que actúa como condición, sin cuyo concurso no se hubiera producido dicho efecto o éste no hubiera adquirido una determinada gravedad, estableciendo el artículo 115.3 LGSS la presunción, salvo prueba en contrario, de que «son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo». La interpretación que, de forma general, se lleva a cabo del artículo 115 LGSS consiste en que no sólo el «acto de trabajo», en sentido estricto, genera la consecuencia del accidente laboral, sino también todo suceso que tenga alguna conexión con el trabajo —o del que no se pruebe que deje de tenerla— queda dentro de la relación de causa u ocasión. A tales efectos, debe otorgarse la calificación de accidente de trabajo cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad laboral y el padecimiento. Siempre se exigirá la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo, lo que impide una aceptación incondicionada de la ocasionalidad pura, esto es, fuera del ámbito de influencia racional del trabajo.

Las disposiciones aludidas son el resultado, por tanto, de una larga evolución legislativa y jurisprudencial<sup>2</sup> que ha ido engrosando y perfilando el concepto de accidente de trabajo. Esta técnica enumerativa de delimitación conceptual ofrece la virtualidad de combinar un propósito de aclaración, despejando dudas en origen, con otra de asimilación de supuestos que, de otro modo, de no existir la cláusula en cuestión, podrían tener un tratamiento diferente.

Existen pues una serie de supuestos que la norma considera accidente de trabajo que se producen como consecuencia del desarrollo de la actividad laboral y que, en consecuencia, se pueden considerar como una interpretación extensiva de la definición legal. La mayor parte de ellas constituyeron inicialmente una creación jurisprudencial, pasando más adelante a incorporarse a los textos legales. Hoy vienen relacionados en el artículo 115.2 LGSS, donde encontramos hasta siete inclusiones concretas que engrosan el concepto de accidente de trabajo, entre las que se encuentra en su apartado f) las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, agravados por el accidente.

En este contexto cobra especial importancia la presunción *iuris tantum* de que determinados accidentes son de trabajo por el lugar y el tiempo en que se han producido. El párrafo tercero del artículo 115 LGSS establece que «se pre-

<sup>2</sup> Martín Valverde, A.: “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, 2000, pág. 221.

sumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo». En palabras de Alonso Olea, «esta es, con seguridad, una de las manifestaciones más importantes, si no la que más, de la potencialidad ampliadora del concepto de ocasión incluido en la definición de accidente»<sup>3</sup>. Del tenor literal de este precepto se desprende que probadas las lesiones acaecidas en tiempo y lugar de trabajo, queda asimismo probado, *iuris tantum*, que éstas son constitutivas de accidente. Se trata de una presunción que la jurisprudencia, según sus propias palabras «interpreta y aplica con uniforme y perseverante criterio», criterio que resulta muy amplio pero accidentado, como apostilla Alonso Olea.

## 2. LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DEL ARTÍCULO 115.2 F) LGSS

Desde antiguo, en virtud del concepto amplio que ya figuraba en la Ley de 30 de Enero de 1900, ya aparecieron supuestos que permitían considerar como contingencia profesional las enfermedades o defectos previos que se veían agravados por la lesión constitutiva del accidente de trabajo<sup>4</sup>, siendo preciso que el accidente contribuya a la agravación de la enfermedad que con anterioridad padezca el trabajador. Se trata de patologías que no derivan de la acción propia del accidente, sino que se producen por enfermedades o defectos que, existiendo con anterioridad, resultan modificadas (constatándose necesariamente una agravación) por el accidente. El precepto legal no concreta el origen de la dolencia previa que se agrava, por lo que puede tratarse de dolencias comunes o profesionales, toda vez que sólo se exige con carácter preceptivo que el incidente de trabajo incida de forma negativa en el estado de salud previo al evento dañoso<sup>5</sup>.

Ya desde antiguo la doctrina jurisprudencial daba respuesta a la pregunta según la cual se cuestionaba qué ocurriría cuando el trabajador padece una lesión natural que el trabajo exagera. La sentencia del Tribunal Supremo, de

<sup>3</sup> Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: “*Instituciones de la seguridad social*”, Civitas, Ed. 14ª, pág. 67.

<sup>4</sup> García Ormaechea, R.: “*Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Evaluación*”, Madrid, 1925, pág. 110. En este sentido, la STS 18-05-1928 considera accidente laboral el golpe en el pie izquierdo que sufre un guarda-almacén, ya que a causa de dicha lesión se aceleró la diabetes que padecía provocándole la muerte. HERNÁNDEZ JUAN cita otra STS 16-10-1951 según la cual es accidente de trabajo el sufrido por un obrero que padecía de tuberculosis pulmonar y a consecuencia de un violento esfuerzo sufrió un repentino agravamiento que le produjo la muerte. “*Legislación de accidentes del trabajo. Sistemazada y concordada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Leyes concordadas*”, artículo 2º, sección 4ª, pág. 1.

<sup>5</sup> Martínez Barroso, M.R.: “*Las enfermedades del trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 40.

24 de noviembre de 1923, declaró accidente de trabajo la rotura de una aorta por un esfuerzo violento realizado por un obrero que padecía una afección cardíaca<sup>6</sup>.

No basta, por tanto, con que la lesión propia del accidente acompañe a la enfermedad para que los efectos de ésta se consideren automáticamente derivados de contingencia profesional, sino que es preciso que exista una agravación cualitativa que determine un nuevo estado patológico, que suponga no sólo una agravación del estado previo sino que se traduzca en un incremento sustancial de las limitaciones funcionales con respecto al momento previo a la producción del accidente. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2003, RCU 1866/2002, declara que deriva de contingencia profesional la agravación de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad en un supuesto en que un trabajador sufre una lumbalgia que afecta a una patología del sistema osteo-articular y que determina una incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual. Se concluye que «aún en el caso de no existir una agravación de anteriores dolencias nos hallaríamos en una reducción funcional que arranca de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo». Tales antecedentes dejan de manifiesto que si se produce, sin solución de continuidad, una incapacidad permanente consecuenta a un accidente de trabajo que actúa sobre la salud del trabajador incidiendo sobre patologías de carácter común, aún en tal supuesto la contingencia habría de ser profesional, dada la continuidad en la situación de incapacidad que se produce a partir de la fecha del accidente

A estos efectos la jurisprudencia sostiene el criterio de que ha de ser calificada como accidente laboral aquella dolencia preexistente al hecho dañoso que se agrava o manifiesta por éste porque tal circunstancia –agravación o aparición– es consecuencia del riesgo que se corre al prestar el trabajo por cuenta ajena<sup>7</sup>. Encajan en la previsión expuesta, de este modo, los traumatismos que agravan enfermedades o defectos ya sean congénitos o producidos con anterioridad, y ello, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1987, «sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante»<sup>8</sup>.

A estos efectos, la lesión constitutiva del accidente como suceso desencadenante concausal «agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado latente,

<sup>6</sup> García Oviedo, C.: “*Tratado elemental de Derecho Social*”, Epesa, Madrid, 1946, pág. 324.

<sup>7</sup> Mateos Beato, A.: “*Diccionario de Seguridad y Salud Laboral: Conceptos de la Ley de prevención de riesgos laborales*”, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 30.

<sup>8</sup> STS 07-03-1987 (RJ 1359).

haciéndolos operantes y patentes»<sup>9</sup>. Con el criterio expuesto, la doctrina jurisprudencial no exige que se produzca un accidente en sentido estricto que agrave la enfermedad previa, siendo suficiente la realización de un esfuerzo (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1977) o la producción de una caída sin lesión traumática importante (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992)<sup>10</sup>.

El Tribunal Supremo ha considerado dentro de este apartado algunos supuestos que relacionamos y que resultan ejemplificadores: a. Una invalidez permanente absoluta provocada por el trauma cerebral del accidente sobre una esquizofrenia preexistente<sup>11</sup>; b. El fallecimiento causado por un *delirium tremens* producido por el traumatismo craneal que resultó del accidente<sup>12</sup>; c. El padecimiento de una hernia discal silente que el accidente convierte en invalidante<sup>13</sup>; d. La presencia de una artrosis vertebral sobre la que el accidente provoca una descompensación<sup>14</sup>; e. El padecimiento de patologías de espalda que no habían justificado ninguna incapacidad temporal hasta que se produce el

<sup>9</sup> García Ortega citando a Alonso Olea/ Tortuero Plaza. “El accidente de trabajo...”, cit., pág. 51.

<sup>10</sup> STS 23-11-1977 (RJ 4538) y STS 27-10-1992 (RJ 7844) Menéndez Sebastián, L., Velasco Portero, T.: “El accidente de trabajo en la más reciente jurisprudencia”, cit., pág. 1198.

<sup>11</sup> La STS 10-10-1970 (RJ 3949) declara que «sin desconocer que en la teoría dominante no se admite el origen traumático de la esquizofrenia... no se descarta la posibilidad en el orden técnico del influjo del trauma como reactivador o desencadenante de la esquizofrenia anterior, sin trascendencia en la capacidad del obrero antes del trauma, mientras que ahora la situación mental le invalida absolutamente para el trabajo».

<sup>12</sup> En la STS 07-07-1976 (RJ 3839) el trabajador que sufre el accidente de tráfico se encontraba previamente en tratamiento psiquiátrico por padecer alcoholismo crónico. Cuando se dirige a su domicilio en motocicleta sufre una caída que le produce un traumatismo craneal que, al actuar sobre el fondo alcohólico, pudo desencadenar el *delirium tremens* que finalmente determinó su muerte, estableciéndose, por tanto, un nexo de causalidad entre el óbito del trabajador y el accidente laboral.

<sup>13</sup> En la STS 23-11-1977 (RJ 4538) el trabajador, cuya categoría era la de peón, sufre una lesión lumbar al levantar unos sacos, habiéndose detectado la preexistencia de una hernia discal. Se valora *que* «si antes del accidente el demandado trabajaba normalmente, sin dificultad alguna, no obstante estar dedicado a labores rudas y de gran esfuerzo físico, y después de él, no puede hacerlo» ha de admitirse que las secuelas que padece derivan del esfuerzo realizado, y asimismo «que el accidente cooperó como desencadenante o agravó sus consecuencias, que larvada y sin manifestación exterior padecía».

<sup>14</sup> En la STS 20-03-1979 (RJ 1459) el trabajador venía padeciendo con anterioridad al percance una artrosis vertebral en estado latente, siendo relevante que hasta el momento del accidente de trabajo no le había impedido el normal desempeño de las labores de peonaje. Es a raíz del accidente de trabajo cuando «sufrió conmoción y un fuerte trauma dorso-lumbar, al caer de un camión del que descargaba un saco roto junto a un compañero, que, al igual que aquel saco le cayeron encima», presentando en tal momento y con ocasión del percance pérdida de conciencia, contusiones múltiples, especialmente en la región dorso-lumbar, manteniéndose durante seis meses «el cuadro post-conmocional y de descompensación artrósica acentuada», resultando patente en definitiva la agravación de la artrosis previa por descompensación.



accidente de trabajo, y que se agravan al sufrir un tirón lumbar<sup>15</sup>; f. La existencia de una paraparesia crónica que puede agudizarse «por cualquier traumatismo leve o brotar de manera espontánea»<sup>16</sup>; g. El traumatismo que provoca una ceguera casi total en el trabajador que estaba aquejado de miopía congénita<sup>17</sup>; h. El desvanecimiento en el trabajo –consistente en un accidente cerebrovascular agudo–, con o sin traumatismo concurrente, que agrava la hipertensión arterial previamente padecida<sup>18</sup>.

Es de reseñar, como subraya García Ortega, que el agente causal o suceso desencadenante ocasionalmente puede no revestir la forma de traumatismo físico. Así puede apreciarse cómo se ha considerado el estrés como factor desencadenante de una hipertensión moderada y diabetes, que a su vez se vieron agravadas, (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de abril de 1990<sup>19</sup>), los continuos estados emocionales (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 29 de octubre de 1971<sup>20</sup>) o la excitación nerviosa (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2 de diciembre de 1969)<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> En la STS 23-02-2010 (RJ 4135) el trabajador, de profesión celador, sufrió un accidente al incorporar a una enferma encamada, sufriendo un fuerte tirón en la espalda con dolor en zonas de cuello y cintura, causando baja por lumbalgia tras esfuerzo. Queda constancia de que el trabajador sufrió un accidente tras el cual «sin haber obtenido el alta médica, acaba siendo declarado en situación de incapacidad total para su trabajo», sin que las lesiones degenerativas que padecía en su columna vertebral (protusión en L3-L4 y L4-L5, hernia discal L5-S1) le hubieran mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía –y sin que conste siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias- quedando incapacitado después del accidente.

<sup>16</sup> La STS 27-10-1992 (RJ 7844) destaca como el trabajador «cuando ayudaba a cargar un camión de fruta, al tomar un cajón efectuando el correspondiente esfuerzo, pisó una piedra y perdiendo el equilibrio cayó en el suelo de espalda», lo que supone un traumatismo al que siguió dolor, suficiente para producir el agravamiento de su patología precedente –una paraparesia, pérdida de fuerza, sin llegar a la parálisis-, que se localiza en ambos miembros inferiores-, ya que al término lesión no cabe darle el estricto sentido atribuido, sino el de «cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional».

<sup>17</sup> En el supuesto indicado en la STS 12-06-1989 (RJ 4568) el trabajador sufre un golpe al cargar unas tapicerías en un camión.

<sup>18</sup> STS 20-06-1990 (RJ 5498).

<sup>19</sup> STS 11-04-1990 (RJ 3465).

<sup>20</sup> STS 29-10-1971 (RJ 4037).

<sup>21</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo...Actualidad de un concepto centenario”, *TS*, núm. 109, 2000, pág. 28. STS 02-12-1969 (RJ 5673).

### **3. DESCRIPCIÓN GRÁFICA DE LOS HECHOS QUE DETERMINAN LA AGRAVACIÓN DEL CUADRO PATOLÓGICO PREVIO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, RECURSO DE CASACIÓN 1899/2012)**

Pese a que el enunciado de la sentencia de 3 de julio del Tribunal Supremo parece albergar un supuesto de hecho simple: la agravación de una patología lumbar que determina el que la misma pase de ser considerada una enfermedad común a tener la consideración de contingencia profesional, son varias las apreciaciones relevantes que se pueden extraer de un análisis más detallado.

De entrada se hace preciso realizar una reproducción de los hechos que constituyen el debate y que se concretan en una sucesión de periodos de incapacidad temporal.

Tras nueve meses de prestar servicios laborales, sin incidencias aparentes, un trabajador de la construcción sufre en fecha 4 de marzo de 2010 un tirón lumbar al utilizar una perforadora, emitiéndose un parte de incapacidad temporal con diagnóstico de lumbalgia aguda. De la resonancia magnética realizada se concluye la existencia de un «canal estrecho lumbar focal en L3-L4 y L4-L5, con hernia discal foraminal en L5-S1». Se produce alta médica, por mejoría que permite el trabajo el 21 de mayo de 2010. Tras 3 días de trabajo (22 y 23 coinciden con el fin de semana) sufre un nuevo dolor lumbar y en nervio ciático cuando desplazaba un saco de mortero, siendo el diagnóstico lumbalgia mecánica, siendo nueva alta médica el 2 de junio. De nuevo tras dos días de trabajo (los días 5 y 6 de junio coinciden con el fin de semana) el día 7 de junio el trabajador sufre una recaída del anterior accidente al padecer un nuevo dolor (diagnosticado como lumbalgia mecánica) cuando limaba cantos de tablero de encofrado. No obstante, en este caso la Mutua rehúsa calificar este proceso como accidente de trabajo y remite al trabajador al médico de cabecera quien emite partes de baja de forma sucesiva hasta el 25 de julio siguiente. Finalmente respecto de este proceso consta su anulación por la Entidad Gestora sin que del mismo modo figure la existencia de expediente de determinación de contingencia de este proceso. Incorporado de nuevo a su puesto de trabajo el trabajador sufre un nuevo accidente de trabajo el día 11 de agosto de 2010 cuando cargaba unas cajas de azulejos siendo dado de alta por mejoría que permite el trabajo habitual el 26 de septiembre de 2010. El siguiente proceso de incapacidad se produce 4 días después del alta precedente, el 30 de septiembre de 2010, fecha en la que pese a emitirse parte de accidente de trabajo por la empresa, la Mutua rehúsa admitir la contingencia profesional del proceso, que con diagnóstico de lumbalgia aguda, se tramita como enfermedad común hasta el 13 de abril de 2011. A raíz de este proceso se tramita expediente de incapacidad permanente que, con fecha 12 de mayo de 2011, la deniega. Por último,

se inicia un nuevo proceso tramitado como enfermedad común el 9 de junio de 2011, con diagnóstico de lumbalgia en el curso del cual se declara al trabajador afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, siendo el cuadro clínico descrito: «estenosis de canal lumbar L3-L4-L5, mixta por Resonancia Magnética Nuclear, artrosis posterior y hernia discal foraminal izquierda».

Tenemos pues, en conclusión, varios procesos consecutivos derivados de accidente de trabajo, que culmina cada uno de ellos tras 2 días intermedios de prestación de servicios con un nuevo parte de accidente laboral. Todos los procesos descritos (4 de marzo de 2010, 26 de mayo de 2010, 30 de septiembre de 2010) han alcanzado a través de los actos propios de la Mutua actuante, o de sentencia firme, la consideración de accidente de trabajo. Por último, tras la resolución denegatoria de incapacidad permanente, con fecha 9 de junio de 2011, se inicia el último proceso de incapacidad temporal, esta última vez con la consideración de enfermedad común, que concluye finalmente con la declaración de incapacidad permanente derivada de contingencia común.

Las resoluciones judiciales que se suceden, a instancia del trabajador, se traducen en la declaración por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo de la consideración de la incapacidad permanente como derivada de contingencia profesional, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estimó el Recurso de la Mutua –declara la incapacidad derivada de contingencia común–, y, por el último, se produce la sentencia del Tribunal Supremo que declara el proceso discutido como derivado de accidente de trabajo. El argumento, y cuestión de debate final se apoya en la consideración de que el último proceso de incapacidad temporal (de fecha 9 de junio de 2011) constituye una recaída de los anteriores procesos de incapacidad temporal, siendo el diagnóstico el mismo (lumbalgia) valorándose a estos efectos que «la patología previa en el raquis lumbar» carecía de relevancia, porque «fue el accidente el que provocó la manifestación de esta patología».

#### **4. LA RECAÍDA EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU INCIDENCIA A LA HORA DE CALIFICAR UNA SITUACIÓN DERIVADA DE INCAPACIDAD PERMANENTE**

Antes de centrarnos en la cuestión central de debate creo preciso dedicar, por su relevancia procesal, unas líneas a la admisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Resulta notoria en este sentido la dificultad que ofrece la articulación de este Recurso especial en el ámbito de la Seguridad Social que se traduce en la complicación para cubrir los requisitos de contradicción del actual artículo 219 de la LRJS (anterior 217 LPL). La contradicción

a tal efecto requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; toda vez que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales<sup>22</sup>. Esta igualdad de conflictos implica, cuando se trata de evaluación de una incapacidad, la comparación de cuadros diagnósticos cuya identidad se antoja harto complicada pues solamente entra en juego la diversidad de padecimientos y lesiones contempladas, sino el grado de las mismas. En este supuesto la peculiaridad deriva de que el recurrente no aportó una sentencia de terceros sino una del Tribunal Superior de Justicia de Asturias relativa a las mismas partes y a la misma patología que ya padecía el trabajador: La divergencia radica en que versaba sobre la contingencia del proceso de incapacidad temporal, de fecha 30 de septiembre de 2010, con diagnóstico de lumbalgia aguda derivada de los sucesivos accidentes producidos por sobrecarga de la columna lumbar; mientras que en el supuesto discutido se discutía la contingencia (no de un proceso de incapacidad temporal) sino de la incapacidad permanente reconocida y que tiene su inicio en el proceso de incapacidad temporal por enfermedad común iniciado con fecha 9 de junio de 2011. En definitiva se estima que el núcleo de la contradicción radica en la calificación como común o profesional de la baja de 30 de septiembre de 2010 que terminó con la declaración de incapacidad permanente, de modo que esta es la cuestión que las sentencias comparadas han resuelto de forma distinta y que se debe unificar. Por este motivo se valora que carece de relevancia que la prestación reclamada en los casos comparados fuese distinta (incapacidad permanente en uno y temporal en el otro), toda vez que la disparidad surge al calificar el origen de esas prestaciones que debe ser el mismo, tal y como revela que la recurrida se apoya en el origen de la baja de 30 de septiembre de 2010.

Una vez aclarada la interesante cuestión preliminar descrita, procede entrar en la cuestión central del debate: la determinación de la contingencia de una incapacidad permanente que deriva de una proceso de incapacidad temporal cuya contingencia es común. Cabe entender que surjan dudas razonables acerca de si cabe declarar en tal caso la contingencia de la incapacidad que se declara como derivada de contingencia profesional. El debate no es baladí, ni una cuestión transparente, si tenemos en cuenta que hay doctrina consolidada<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Tales son los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la admisión del requisito de la contradicción (SSTS de 27 y 28-1-92 [RCUD 824/91 y 1053/91 ], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [RCUD 4067/96 , 94/97 y 4203/96 ], 17-5 y 22-6-00 [RCUD 1253/99 y 1785/99 ], 21-7 y 21-12-03 [RCUD 2112/02 y 4373/02 ] y 29-1 y 11-3-04 [RCUD 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [RCUD 2336/05] entre otras muchas).

<sup>23</sup> SSTS 22 y 25-01-2007 (RCUD 35/2005 y 3599/2005).

que constata que la presunción de laboralidad no puede servir como base para calificar como accidente de trabajo «un segundo incidente patológico», incluso de la misma naturaleza cardíaca que el primero, pues al no producirse durante el tiempo y lugar de trabajo deja de beneficiarse de la presunción legal. Nos encontramos, pues, con una primera divergencia respecto de la doctrina que presuntamente ha aplicado el Tribunal Supremo (en el caso aludido, relativa a un supuesto de episodios de infartos de miocardio sucesivos). Seguidamente, encontraremos un segundo motivo de disconformidad con la doctrina jurisprudencial precedente.

La dificultad para salvar la estimación del Recurso radica en que si bien había un precedente (sentencia firme del TSJ de Asturias) relativo a que la incapacidad temporal del trabajador, de fecha 30 de septiembre de 2010, se había declarado derivada de contingencia profesional, la incapacidad permanente traía causa de un proceso de incapacidad temporal (con fecha de inicio 9 de junio de 2011) cuyo contingencia es común. Así, declara finalmente el Tribunal Supremo que la contingencia de la incapacidad permanente deriva de contingencia profesional, considerando que el último proceso de incapacidad temporal al que queda asociada la declaración de incapacidad permanente no era sino una recaída con los mismos síntomas que presentó el trabajador desde el principio. Se reproduce a este respecto la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2000 (RCUD 4415/1999) recordando –en relación al concepto de recaída– que la Orden de 1967 habla de «enfermedad», pero, toda vez que la norma nada especifica, no hay razón alguna para constreñir el término a la enfermedad común, circunstancia de la que cabe deducir la inclusión implícita de la enfermedad profesional y, por ende, de los accidentes laborales y no laborales. (La precisión deriva de la aparente dificultad de considerar la existencia de una recaída por distintas contingencias). De este modo, se acaba considerando que se está ante una recaída de la lesión que provocó la primera baja –aunque formalmente las contingencias sean divergentes–, consideración que se entiende acertada y, más aún, cuando no han transcurrido más de seis meses, al apreciarse que no constan bajas laborales anteriores al accidente de trabajo, entendiéndose que la patología lumbar «en estado latente» que presentaba el trabajador se agravó a raíz del accidente.

Nos queda, para finalizar, la duda acerca de si el Tribunal Supremo ha forzado la interpretación de la norma a favor de la justicia material y con un criterio flexibilizador (examinado el supuesto de hecho parece haber pocas dudas acerca de que la actividad profesional del trabajador ha incidido de forma diáfana en la agravación de su patología lumbar). Puede apreciarse, a mayor abundamiento que –sin mencionarse en el texto de la sentencia– se contradicen las conclusiones de la anterior doctrina reflejada en la sentencia de fecha 14 de abril de 2005 (RCUD 1850/2004), la cual había declarado la existencia de

«cosa juzgada» en relación a la contingencia en los supuestos en que se han valorado las mismas lesiones tanto en el caso de la incapacidad temporal previa como en el de la incapacidad permanente. (La consecuencia determinante de la aplicación de esta doctrina habría provocado la desestimación del Recurso de Casación interpuesto, pues de resultar firme o admitida la contingencia del proceso de incapacidad temporal –que en tal caso es común- la incapacidad permanente que deriva del mismo la contingencia no podría ser distinta a la común).

De lo expuesto se deduce que el trabajador tenía a su disposición una alternativa procesal más sencilla que la materializada: la impugnación de la contingencia del proceso de incapacidad temporal de fecha 9 de junio de 2011. A la vista de su indudable conexión con el proceso previo cerrado por resolución, de 12 de mayo de 2011, la declaración de esta contingencia como profesional se muestra como aparentemente sencilla eludiendo así la tortuosa vía por la que se ha optado. De este modo, una vez declarada la incapacidad permanente posterior, habría sido –ahora sí- llana, indiscutida y transparente la procedencia del reconocimiento de la contingencia de tal incapacidad como profesional.