

## TSJ de País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, sentencia de 15 de abril de 2014, nº 761/2014, recurso 542/2014

El trabajador tenía artrosis en el hombro derecho de la que le iban a operar el 31 de mayo. Una semana antes (23 de mayo) sufre un fuerte tirón en el mismo hombro en su trabajo habitual, cuya evaluación de riesgos contempla los sobreesfuerzos en la misma situación en que se produjo el accidente.

A pesar de ello, la mutua no considera el accidente de trabajo. El INSS también denegó el correspondiente recurso.

El trabajador inicia proceso de IT por causa común el 23 de mayo, proceso que se prorroga hasta el mes de septiembre, al concluir la recuperación de la operación.

El Tribunal considera que el accidente es laboral y, al existir una única situación de baja laboral, que todo el periodo de IT debe considerarse por contingencias comunes.

Un magistrado presenta voto particular en el sentido de que la IT del 23 al 31 de mayo es proceso laboral, pero a partir de la operación debería considerarse común. Sin embargo *“la mayoría que ha deliberado este asunto consideramos que estamos ante un único proceso de incapacidad temporal, que por ello no puede tener dos contingencias distintas”*.

Leída en detalle la sentencia, consideramos que si la mutua hubiera admitido al inicio del proceso la laboralidad del accidente, el Tribunal hubiera admitido que la existencia de dos procesos de IT y, en consecuencia, a la mutua sólo le habría correspondido el pago correspondiente a 7 días, en lugar de 4 meses.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero.- Que Ismael, con número de Seguridad Social NUM000, presta sus servicios en la empresa FUNCASA-Fundición en Cáscara, S.A., en el puesto de trabajo de OPERARIO COLADOR EN MANIPULACION DE LA COLADA CONTINUA.

Segundo.- Que la empresa tiene concertadas las contingencias profesionales con la mutua MC MUTUAL.

Tercero.- Que el día 23 de mayo de 2013, cuando el operario se disponía a parar la cuchara de colada para abrir la puerta, sufre un fuerte tirón en el hombro derecho, disminuyendo la fuerza del citado brazo.

Cuarto.- Que el trabajador acude a las dependencias de la mutua, donde tras la realización de pruebas médicas, le diagnostican "Acromion tipo III" y describen la contingencia del proceso como "Accidente de trabajo en estudio" sin causar baja médica.

Quinto. - Que al día siguiente es citado de nuevo en las dependencias de la mutua, donde cambian el diagnóstico de la baja por el de "Artrosis hombro dcho + acromion tipo III"

Sexto.- Que acude al médico de cabecera, quien le da la baja médica con fecha 23 de mayo de 2013 y con el diagnóstico de "Dolor articular en hombro".

Séptimo.- Que en días posteriores y tras un informe de Consultas Externas, se le realiza una intervención quirúrgica (artroscopia) el 31 de mayo de 2013.

Octavo.- Que la Evaluación de Riesgos del puesto de trabajo del operario contempla el "Riesgo de Sobre esfuerzo originado por los movimientos y direccionamiento de la cuchara y movimiento".

Noveno.- Que el demandante venía presentando onalgia derecha de varios meses de evolución, que no le impedía la realización de su actividad laboral y que fue diagnosticada como artrosis.

Decimo.- Que con fecha 12.09.2013 se dictó resolución por el INSS denegando la pretensión del demandante respecto a la contingencia profesional de su situación de IT.

Decimoprimer. - Que presentada reclamación previa se ha dictado resolución desestimatoria de fecha 9 de octubre de 2013 notificada en fecha 14 de octubre de 2013".

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Que, desestimando la demanda interpuesta por Ismael contra MUTUA MC MUTUAL, FUNDICIONES EN CASCARA S.A. y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos contenidos en la demanda rectora de la presente litis".

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución, don Ismael formalizó recurso de suplicación, el cuál fue impugnado por MUTUA MC MUTUAL.

**CUARTO.-** En fecha 17 de marzo de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 27 de marzo, acordándose - entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 8 de abril, deliberándose y procediéndose en tal fecha a cambio de ponente del asunto, dado el resultado de aquella deliberación, anunciando el originario ponente su discrepancia con el voto mayoritario y su intención de formular voto particular.

Seguidamente se procede a dictar sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D. Ismael formula recurso de suplicación contra la sentencia que desestima la demanda en la que reclamaba que el proceso de incapacidad temporal iniciado el día 23 de mayo de 2013 fuere declarado obediente a la contingencia de accidente de trabajo y no a

enfermedad común, como acordó el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el previo expediente de determinación de contingencia.

La Magistrada autora de la sentencia considera que se ha de confirmar lo resuelto en vía administrativa esencialmente porque la patología que afecta al hombro derecho del demandante es de enfermedad común y partiendo de que tenía ya programada una operación quirúrgica solutoria de la misma en fecha 31 de mayo de 2013, entiende que el demandante no aporta ninguna prueba de que la patología que dio lugar a la baja laboral en fecha 23 de mayo de 2013 derive de algún accidente de trabajo, siendo la entonces producida una simple manifestación clínica de la de carácter degenerativo que afecta a ese hombro.

Dicho señor presenta un escrito de formalización del recurso en el que termina por pedir que se revoque tal pronunciamiento y se estime aquella demanda.

Al efecto plantea un único motivo de impugnación, formalmente enfocado por la vía prevista en el apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de enero) y en el mismo aduce la infracción del artículo 115, números 1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) y subsidiariamente de su número 1 en relación con el número 2 letra f y de la jurisprudencia que lo interpreta.

La mutua MC Mutual Cyclops es la única de las demandadas que presenta escrito de impugnación y en el mismo se opone a tal motivo de impugnación, terminando por pedir que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Dada la forma en que se plantea el único motivo de impugnación, hemos de partir de lo considerado probado por la Juzgadora en la sentencia recurrida, por cuanto que no se plantea motivo de revisión fáctica alguno por la vía y con los requisitos previstos en el apartado b del indicado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación con su artículo 196 número 3.

Partimos, pues, de que el demandante sí que tenía diagnosticado y había venido siendo tratado de un proceso morbosos en el hombro derecho (no se sabe si de origen congénito o degenerativo) y que por ello había sido sometido a diversos tratamientos. Dado el escaso éxito de éstos, se decidió el abordaje quirúrgico de tal problema, estando programado el día 31 de mayo de 2013, realizándose artroscopia bajo anestesia general tal día.

El proceso de baja que tratamos terminó en septiembre de tal año y empezó, no el día 31 de mayo de 2013, sino el anterior día 23, fecha en la que el demandante, trabajando, pretendiendo parar la cuchara de la colada de fundición para abrir la puerta, sufrió un fuerte tirón en el hombro derecho, disminuyendo su fuerza y acudiendo a la mutua el mismo día, que le diagnostica "Acromion III", describiendo la contingencia como "accidente de trabajo en estudio" y no procediendo a dar baja médica.

Al día siguiente se le cita de nuevo en la mutua y se le cambia el anterior diagnóstico por el de "artrosis hombro derecho" mas "acromion tipo III".

El día 27 de mayo de 2013 el demandante acude al médico de atención primaria de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud que si que emite parte médico de baja laboral con efectos

del día 23 de mayo de 2013 con diagnóstico de "dolor articular en hombro". Este es el que da origen al proceso de incapacidad laboral que tratamos.

**TERCERO.-** Abordando ya la solución del caso, lo primero que se ha de matizar es que no se discute que esta última baja fuese o no correcta, sino que solo se discute la contingencia del proceso de incapacidad temporal que se inició con la misma y que perduró hasta septiembre de tal año de forma ininterrumpida.

Es evidente que el señor Ismael contaba con antecedentes patológicos en tal hombro, mas también lo es que, pese a ser tratado y tener prevista intervención quirúrgica, el mismo estuvo trabajando hasta el día 23 de mayo de 2013, cuando, según los propios hechos probados, sufrió un tirón en tal hombro, al realizar concreta maniobra con ese hombro derecho y sufriendo pérdida de fuerza. Ello llevo aparejado el que el médico de Osakidetza valorase que no podía trabajar y de ahí aquella baja que, en fecha 27 de mayo de 2013, se emitió con efectos del 23 de mayo de 2013. Por tanto, no cabe ahora discutir si existían o no los requisitos que prevé el artículo 128 número 1 de la Ley General de la Seguridad Social para la situación de incapacidad temporal. En consecuencia, se ha de partir de que medió ineptitud laboral y necesidad de asistencia sanitaria desde el día 23 de mayo de 2013, puesto que estos dos elementos son los que definen legalmente la situación de incapacidad temporal que tratamos.

Por ello, no podemos estar conformes con la aseveración de que el 23 de mayo de 2013 sólo se produjo una manifestación clínica de la previa patología, puesto que concurriendo en el caso los elementos descriptivos del accidente de trabajo que define el artículo 115 número 1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social, desde tal fecha concurren los elementos determinantes de la incapacidad temporal según la Ley: ineptitud laboral y necesidad de asistencia sanitaria.

Y es que en los propios hechos probados ya se describe que tal día se produce una lesión corporal (el tirón en el hombro que origina pérdida de fuerza) y que la misma se produce en tiempo y lugar de trabajo.

Por ello, entendemos que estamos ante un caso de los previstos en el número 2 apartado f del citado artículo 115, puesto que si que se agravó la enfermedad por consecuencia del trabajo. Si antes se podía trabajar, luego de sufrir el tirón el demandante no podía trabajar.

De hecho, aunque ciertamente en tal día 23 de mayo de 2013 la mutua habló de accidente de trabajo en estudio, no se puede considerar relevante tal dato, visto el diagnóstico del día siguiente, pero sí que nos parece trascendente el propio informe de la médico evaluadora cuando alude a que no se puede establecer que la actividad laboral sea la única causa de tal patología. Así lo creemos: hay una causa previa, que ha determinado diversos tratamientos y la programación de intervención quirúrgica, pero en tal día 23 se produce una agravación de la previa situación, que permitía actividad laboral, a otra, en la que ya no hay tal aptitud, luego de aquel tirón. Antes del mismo, aunque el demandante hubiese sido tratado previamente de la misma patología e incluso estuviere programada aquella otra intervención, no tenía ineptitud temporal para el trabajo y luego sí. Es decir, que antes de su situación no concurrían los requisitos que se prevén en el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social para la incapacidad temporal y luego de tal tirón, sí. Entendemos que aquí reside el elemento jurídicamente relevante de la agravación de la enfermedad.

**CUARTO.-** Por otra parte, el hecho de que se practicase con éxito la intervención quirúrgica en fecha 31 de mayo de 2013 y que ésta estuviese programada previamente no trastoca la

contingencia de accidente de trabajo a enfermedad común desde tal fecha del 31 de mayo de 2013 y ello porque esencialmente la mayoría que ha deliberado este asunto consideramos que estamos ante un único proceso de incapacidad temporal, que por ello no puede tener dos contingencias distintas. Una, para el periodo mediante entre el día 23 de mayo y el 31 de mayo y otra a partir de esta última fecha. No cabe: todo el único proceso se ha de registrar por una sola contingencia.

Aunque se parta de que aquel tirón no agravó el estado de la patología del hombro derecho desde un punto de vista médico, legalmente sí que se produce una agravación, puesto que si antes se podía trabajar, luego no y precisamente esto es lo que determina la contingencia profesional en un único proceso de incapacidad, que no dos: uno del 23 al 31 de mayo y otro a partir de esta última fecha y hasta septiembre.

En efecto, ya se ha dicho que no se discuten los hechos probados y que, por tanto, estamos ante un único supuesto de incapacidad temporal y no ante dos procesos.. Si solo hay un proceso, una sola ha de ser la contingencia determinante de tal único proceso. No prevé la Ley dos contingencias sucesivas en el tiempo para un solo proceso, que es único y que tiene como elemento desencadenante y causa directa del proceso de incapacidad temporal precisamente un accidente de trabajo.

De hecho, es indiscutido que no concurre ningún supuesto de los que den lugar a extinción de tal situación conforme al artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social bien el día 30, bien el día 31 de mayo de 2013. Se trata de una y siempre misma baja laboral.

Que ya estuviese programada la intervención de antes y que la enfermedad de base sea derivada de contingencia no laboral entendemos que no puede trastocar el dato de que la baja no empezó el 31 de mayo, sino el previo 23 de mayo de 2013 y que la misma se inició no como una simple evolución, por agravación de dolor en tal fecha, sino en razón del tirón en el hombro al trabajar que la propia sentencia recurrida da por probada. Sin duda, si las cosas hubiesen pasado como estaba previsto, la única baja se habría empezado coincidiendo con la intervención programada, pero surgió un hecho nuevo e imprevisto. Aquel tirón durante el trabajo del día 23 de mayo de 2013, el cual motivó que el señor Ismael pasase a incapacidad temporal con efectos del día 23 de mayo al día 27 de mayo, que es cuando se extendió el parte de baja por el médico de Osakidetza que examinó al paciente.

Es evidente que estaba previsto que en la fecha de la artroscopia el demandante no podría trabajar y que, por tanto, ya estaba previsto que se produciría aquella baja a fecha 31 de mayo de 2013. Ahora bien, aquella previsión evolutiva de un estado de aptitud laboral hasta tal fecha se vio alterada por el accidente de trabajo de 23 de mayo de 2013. A partir de ahí no fue exacta la previsión de baja y no lo fue porque entre el momento de la programación de la futura operación y la efectiva realización de tal intervención quirúrgica se produce aquel tirón laboral, haciendo cambiar la situación, pues si antes se podía trabajar, luego ya no se puede trabajar hasta que se produce la operación y en el postoperatorio se consigue la aptitud suficiente de la extremidad como para volver a asumir actividad laboral.

En resumen, el demandante no ha podido trabajar desde el día 23 de mayo de 2013 en adelante, necesitando asistencia médica y estando impedido para el trabajo desde el día 23 de mayo de 2013 en adelante y hasta septiembre de tal año, siendo que no ha habido periodo intermedio alguno en el que hayan dejado concurrir esos dos requisitos que prevé el artículo

128 número 1 de la Ley General de la Seguridad Social, ni consta que tal baja se extinguiese de forma previa al mes de septiembre y por tanto una debe ser la contingencia: la profesional. Estimamos íntegramente el recurso.

SEXTO.- Dado el tener de esta resolución, no procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso (artículo 235 número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

## **FALLO**

Que estimamos el recurso de suplicación formulado en nombre de don Ismael contra la sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social de Eibar en los autos 576/2013 seguidos ante el mismo, en los que también es parte mutua MC Mutual Cyclops, Fundiciones en Cáscara, S.A., el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

En su consecuencia, revocamos la misma y estimando la demanda rectora de autos, declarando que el proceso de incapacidad temporal que el demandante inició en fecha 23 de mayo de 2013 y terminó en septiembre de tal año obedece a contingencia de accidente de trabajo, condenamos a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a la mutua demandada al pago, como responsable principal, de la prestación económica correspondiente.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **VOTO PARTICULAR**

que emite el Ilmo. Sr. Magistrado D. XXXXXXXXX a la sentencia de la Sala dictada en el recurso 542/2014

I

Mi discrepancia con la sentencia aprobada es parcial, ya que se contrae únicamente a haber resuelto que la situación de incapacidad temporal se sigue atribuyendo al accidente de trabajo ocurrido el 23 de mayo de 2013 a partir de la operación quirúrgica realizada el día 31 de ese mes cuando, a mi juicio, debió calificarse que provenía de enfermedad común desde

esa fecha, lo que debió llevar a estimar la demanda de D. Ismael únicamente en cuanto al período transcurrido entre el 23 y el 30 de mayo de 2013.

## II

En efecto, no hay duda de que lo ocurrido en la primera de esas fechas fue un accidente de trabajo, ya que D. Ismael sufrió un tirón en el hombro derecho mientras prestaba sus servicios, generándole algún efecto patológico, como en concreto fue la disminución de fuerza e, incluso, cabe deducir que también el dolor que constituye el diagnóstico de la baja litigiosa, ya que en todo caso no le permitía trabajar. A ello conduce la directa aplicación del art. 115.1 LGSS, reforzada por la presunción legal del art. 115.3 LGSS, sin que lo evite que, con anterioridad, viniera sufriendo episodios de dolor en ese hombro por razón de una patología degenerativa, ya que ésta no fue obstáculo para que trabajara ese día 23 y los previos; por tanto, su incapacidad temporal iniciada ese día se inserta, sin dificultad alguna, en el tipo específico de accidente de trabajo del art. 115.2.f) LGSS.

Lo que sucede es que ese episodio de dolor surgido el 23 de mayo de 2013 por razón del tirón sufrido mientras trabajaba no es la causa de su operación quirúrgica realizada el 31 de ese mes, como lo revela que estaba programada con antelación al 23 de mayo y debido a esas lesiones previas al accidente, respecto a las cuales no consta (ni se alega) que estén originadas por el trabajo del recurrente, por lo que desde esta fecha, al menos, la situación de incapacidad temporal no cabe atribuirla al accidente de trabajo, sino a enfermedad común. El accidente de trabajo del 23 de mayo no llevó consigo alteración alguna en la intervención programada (ni en la fecha ni en su contenido), en patente muestra de que los efectos lesivos del tirón sufrido trabajando no alteraron la patología previa de base más allá de haber anticipado en unos días la inevitable situación de incapacidad temporal a que abocaba la operación programada para ocho días después, ya que no se detectó ninguna lesión añadida ni apareció más sintomatología que una momentánea pérdida de fuerza y un dolor que ni tan siquiera se acompaña con signos de inflamación o limitación de movimientos en las articulaciones del hombro. En esa tesitura y ante una operación inminente para tratar la lesión de base, ajena al mismo, parece razonable que se extendiera el parte de incapacidad temporal, lo que no se habría producido sin dicho accidente y, por ello, en su inicio ha de atribuirse a éste, pero hemos de limitar su alcance al período del 23 al 30 de mayo de 2013, con la consiguiente estimación parcial del recurso.

No obsta a esa conclusión que formalmente estemos ante una única situación de incapacidad temporal, no existiendo partes de alta (por la primera causa) y baja (por la segunda) el 30 de mayo, ya que resultaban innecesarios desde el momento en que estaba reconocida como derivada de enfermedad común y, por tanto, no era preciso - ni legalmente posible - extenderlos.

Dicho de otra forma: si el 31 de mayo se realiza la operación que estaba programada con anterioridad al accidente para una operación quirúrgica destinada a tratar lesiones provenientes de enfermedad común y la misma se celebra como estaba previsto, tanto en cuanto a la fecha como respecto al tipo de intervención programada y si, por otra parte, ocho días antes se había producido una reactivación dolorosa de esa lesión previa con ocasión de un esfuerzo trabajando, hay base suficiente para deducir la levedad del episodio agudo y, con ello, que la imposibilidad de trabajar en que se encontraba, a partir de la operación, provenía

únicamente de ésta última, no habiéndola agravado más allá del momentáneo dolor de esos días inmediatos posteriores al esfuerzo.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con el Voto particular en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-0542/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0542/14.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.