

## ¿QUÉ HAY DEL «NUEVO BAREMO»? INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ENFERMEDAD PROFESIONAL

### Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016, rec. núm. 3959/2014**

**Javier López y García de la Serrana**

*Abogado. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

#### 1. MARCO LEGAL

Cuando hay un accidente laboral imputable al empresario, el trabajador tiene derecho a cuatro cosas: sus prestaciones sociales, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la indemnización por el seguro de convenio y la indemnización que corresponda por la responsabilidad civil nacida del daño causado. No obstante, son numerosas las ocasiones en que el trabajador no reclama dicha responsabilidad civil, contentándose con las prestaciones sociales (prestaciones por incapacidad temporal o permanente), el seguro de convenio y en algunas ocasiones el recargo de prestaciones, aunque esto, afortunadamente, va siendo un aspecto más del pasado.

Lógicamente este camino ni ha sido ni es sencillo, sino que para la búsqueda de esa reparación íntegra del daño dentro de la jurisdicción social se ha pasado por un periplo judicial y doctrinal intenso. Lejos creemos que ha quedado la discusión entre la jurisdicción competente, así como la cuantificación y valoración del daño en esta vía jurisdiccional cuando de la indemnización global se descontaban, sin más justificación, las prestaciones de la seguridad social.

Pero como se dice de la Historia, es necesario conocer el pasado para comprender el presente y evitar cometer los mismos errores en el futuro. Comentaba YZQUIERDO TOLSADA que el panorama es sencillamente indignante, pues ante una siniestralidad laboral como la española, que triplica la media europea en accidentes, los trabajadores no saben con certeza ni ante qué juez deben acudir, ni tampoco cuál va a ser el montante indemnizatorio a recibir.

Tradicionalmente, la jurisdicción civil se declaraba competente para entender de las reclamaciones formuladas por el trabajador accidentado contra el empresario en concepto de responsabilidad civil por los daños causados en el desempeño de los quehaceres laborales. Afortunadamente

este tema quedó zanjado con la entrada en vigor en octubre de 2011 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(art. 2\)](#). También cabe recordar algo que no puede pasar desapercibido y es que los pronunciamientos (valoración/cuantificación) en la jurisdicción social incitaban a los perjudicados a acudir a la jurisdicción civil, ya que, como veremos, hasta las Sentencias de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (recs. núms. [4367/2005](#) y [513/2006](#)), se conseguían indemnizaciones mayores en la civil que en la laboral, y dejaba a la jurisdicción social solo aquellos supuestos no tan viables debido a la ausencia de costas procesales.

## 2. SUPUESTO DE HECHO DEL CASO A ANALIZAR

En la demanda presentada el día 11 de julio de 2013 el trabajador pidió una indemnización por daños y perjuicios, derivados de su enfermedad profesional, por un importe global de 445.767,28 euros. Tras el fallecimiento del causante, el 24 de noviembre de 2014 con 54 años de edad, la viuda y su hija, como sucesoras del mismo, se personaron en las actuaciones e interpusieron el presente recurso de casación unificadora contra la sentencia de suplicación del TSJ de Asturias de 31 de octubre de 2014 que había confirmado la desestimación de la demanda, al considerar que, pese al contacto del mismo con el amianto, no estaba suficientemente probado que la exposición al amianto por falta de medidas de seguridad fuese la causa del cáncer de pulmón que le había ocasionado la incapacidad permanente absoluta.

El demandante prestó servicios para una empresa naval desde el 24 de octubre de 1974, ostentando la categoría profesional primero de aprendiz y, sucesivamente, de oficial calderero hasta el 31 de diciembre de 2009 en virtud de expediente de regulación de empleo. En las instalaciones del astillero se utilizaba el amianto de forma habitual y ello hasta su cierre.

La empleadora se dio de alta en el Registro de Empresas con Riesgo de Amianto en 1986, siendo baja en dicho censo en 1989.

Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 8 de abril de 2013 se declaró al actor afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivada de enfermedad profesional con el siguiente cuadro clínico residual: carcinoma microcítico de pulmón derecho en fumador y exposición al amianto con periodo de latencia de 38 años.

Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Asturias desestimaron la demanda y recurso de suplicación respectivamente al entender que no se había acreditado la relación entre el daño y la exposición al amianto, acogiéndose a que el cáncer de pulmón se podía deber al ser el perjudicado fumador.

## 3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

En primer lugar, el Tribunal Supremo hace un ejemplar reproche a las sentencias de primera y segunda instancia en cuanto al nexo causal, indicando que no es posible negar la relación de

causalidad física o material entre el trabajo relacionado con el polvo de amianto y la enfermedad profesional que aquejaba al causante y que determinó incluso el reconocimiento por el INSS de su incapacidad permanente absoluta por tal motivo. En efecto, si la existencia de una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto ha sido reconocida por el Equipo de Valoración de Incapacidades, resulta contradictorio poner en duda, cual hace la sentencia recurrida, la conexión entre el carcinoma pulmonar padecido por el causante y el contacto por el mismo con el amianto. Concluir imputando el cáncer de pulmón al tabaco implica un manifiesto olvido de lo dispuesto en el artículo 96.2 de la [LRJS](#) y de la doctrina de esta sala sobre la materia.

En segundo lugar, en cuanto a la cuantificación del daño, el Tribunal Supremo valora los perjuicios padecidos por el trabajador fijando como indemnización la que hubiera establecido a su favor en el caso de que no hubiera fallecido. Dado que el crédito resarcitorio que se cuantifica es el que correspondía al trabajador, sin perjuicio de que se transmita a sus herederas, es inequívoco que comprendía la reparación de los perjuicios que el trabajador había padecido hasta el momento de su muerte y también los que hubiera seguido padeciendo de no haber fallecido y que, como consecuencia precisamente de su fallecimiento, dejó de padecer. Se plantea la sentencia si se debería reducir esta cuantía otorgada debido a que la prematura muerte del trabajador supondría una minoración del perjuicio padecido. La respuesta es negativa por cuanto la cuantía indemnizatoria ya estaba fijada antes del fallecimiento del causante, quien la había reclamado en vía judicial en el ejercicio de derechos que formaban parte de su patrimonio y la transmitió a sus herederos.

La sala no desconoce que por [Ley 35/2015](#) se ha modificado el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, regulando un nuevo sistema de valoración de daños y perjuicios, que establece la forma de cuantificar la indemnización que corresponde a los herederos en los casos en que el lesionado fallece antes de fijarse la indemnización que le corresponde. La aplicación del nuevo baremo, cuya entrada en vigor se produjo tras fallecer el causante, llevaría a fijar por todos los conceptos una indemnización por cuantía superior a los 400.000 euros, similar a la que deriva de la aplicación del antiguo baremo. Resalta la sala que no se debe olvidar que la doctrina viene reiterando que el «baremo» se aplica en esta jurisdicción con carácter orientador, para facilitar la vertebración y motivación de la cuantificación de la indemnización que debe perseguir la íntegra reparación del daño. Al usarse con carácter orientador, el juez de lo social puede usar uno u otro «baremo», apartarse de las normas del mismo y moverse con libertad de criterio dentro de los márgenes que conceda, siempre que justifique las razones de su decisión final, cual aquí se hace.

#### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL PRONUNCIAMIENTO

En cuanto al nexo causal, es de destacar el valor de este pronunciamiento en los supuestos derivados de enfermedad profesional, ya que se puede declarar la responsabilidad empresarial por los daños que tengan su causa en enfermedades profesionales, por entenderse que existe la relación necesaria entre la falta de medidas de seguridad en el periodo temporal de aparición y

el desarrollo de la enfermedad profesional cuando no se han aplicado las medidas de prevención o cuando, habiéndose aplicado, la empresa no acredita que el daño no se hubiera producido. Pero la solución que ofrece no era la única correcta. Como indica Mariano MEDINA, en el comentario a esta misma sentencia (publicado en el [núm. 57 de la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro](#)), bajo la perspectiva de que una indemnización no puede reparar perjuicios que se sabe que no van a producirse, hubiera sido admisible también resarcir los perjuicios padecidos por el trabajador perjudicado hasta el momento de su fallecimiento, con transmisión hereditaria de su crédito, y que, a su vez, los perjudicados por la muerte promovieran un segundo proceso para obtener el resarcimiento correspondiente a un fallecimiento derivado de una enfermedad profesional contraída por causa imputable al empresario.

Es cierto que, en este caso, cuando intervienen las sucesoras, es ya con el procedimiento iniciado (dictada la sentencia de segunda instancia y a expensas de presentar recurso de casación para unificación de doctrina). Algo muy distinto es que las sucesoras hubieran sido las que iniciaran la reclamación.

Pero entendemos que lo más importante de este pronunciamiento judicial recae en la valoración del daño y sobre todo en la herramienta que puede usar el juez de lo social para una correcta cuantificación y vertebración del daño. Y como ya adelantamos, es cuando nos debemos centrar en la [STS, Sala 4.ª, de 17 de julio de 2007](#) de la que fue ponente don José Manuel López y García de la Serrana, que, como es sobradamente conocido, representó un antes y un después en materia de compensación de indemnizaciones:

«La aplicación del principio estudiado por esta jurisdicción (*compensatio lucri cum damno*) debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable, cual ocurriría, por ejemplo, en el caso de autos si se accediese a las pretensiones de la aseguradora recurrente, ya que, de accederse a los descuentos por ella propugnados se llegaría al absurdo de que el perjudicado, al descontársele las prestaciones de la Seguridad social cobradas, no percibiría cantidad alguna, ni siquiera la mejora que establece el Convenio Colectivo».

De este modo, la jurisprudencia ha establecido que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso (*restitutio in integrum* o *compensatio in integrum*). También ha sido tradicional entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales. Pero esta soberanía no puede devenir arbitrariedad. Ello supone que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, re-

servando para sí la índole de los perjuicios que ha valorado y su cuantía parcial, sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado.

Por tanto, dado que el juez social está sometido a la disciplina común de la responsabilidad civil que se rige por la reparación íntegra, lo mismo que puede decidir la utilización de modo facultativo del baremo, puede acudir a otros cánones valorativos, como puede ser perfectamente el nuevo baremo. Y no es obstáculo alguno el que dicho baremo no hubiera entrado en vigor en la fecha en la que se produjera el accidente laboral que se enjuicia (en el estudio de esta sentencia se discute si se usa o no el nuevo baremo).

Como indicaba la [STS de 14 de julio de 2009, rec. núm. 3576/2008](#), la aplicación del baremo es optativa para el juez social, que puede aplicarlo o no; el baremo tiene además un carácter orientador no vinculante en la medida en que los órganos judiciales del orden social podrán apartarse razonadamente de sus criterios, incrementando incluso los niveles de reparación previstos, dadas las particularidades de la indemnización adicional de los accidentes de trabajo, que opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad. Lo importante es que el juzgador razone su aplicación del baremo y su apartamiento de él, para lo que debe hacer una aplicación vertebrada de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado y razonando las modificaciones que considere necesario establecer.

Esa libertad del juez social a la hora de determinar el daño hace que sea mucho más complejo su recurso en vía de suplicación (recurso extraordinario), ya que como se determina en la STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala de lo Social, de 1 de marzo de 2017, rec. núm. 1139/2016, «sobre la determinación del importe de la indemnización hay que estar de forma principal a lo que se haya hecho por la Juzgadora *a quo* en la instancia sin que pueda modificarse en esta fase de suplicación salvo en los supuestos de clara falta de lógica, proporción y razonabilidad en la misma».

Asimismo lo ratifica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2017, rec. núm. 7471/2016, al establecer: «Si el Juez de instancia decidió legítimamente la aplicación del baremo, lo que no puede hacer la sala es, como parece pretender la recurrente, fijar en suplicación a su prudente arbitrio la indemnización que corresponda, pues cuando se acepta la aplicación de una norma para la cuantificación del daño, al igual que cuando se determina que esa operación se hace con arreglo a ciertas reglas, podrá revisarse la aplicación que de esas reglas haga la sentencia de instancia por el tribunal que conozca del recurso contra ella, aunque sea extraordinario, pero no cabe que el tribunal se aparte del sistema de baremación del daño seguido en la instancia».

Llegados a este punto, y aunque la trascendencia de una sentencia de un juzgado pueda ser relativa, sí nos sirve para tener claros los criterios que se pueden ir teniendo en cuenta por nuestros juzgadores. Así, la SJS n.º 3 de Bilbao de 21 de marzo de 2017 (autos 302/2016), llega a otro de los *reproches* que se pueden hacer a esta [STS que comentamos](#), y es que en ese procedimiento que resuelve el Juzgado de lo Social, se basa en el baremo vigente al momento de la consolidación de las secuelas, esto es, 2015, momento en el que se le reconoce la incapacidad permanente absoluta. Entendiendo que ese principio de *restitutio in integrum* podría haber quedado mejor

satisfecho aplicando el actual baremo que, aunque no en vigor en el momento del accidente, sí estaba vigente al momento de dictar sentencia.

Tenemos idéntica discrepancia en el baremo que usa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2017, rec. núm. 1093/2016, que aplica el baremo vigente al año 2012, por ser el año del fallecimiento del trabajador afectado por las consecuencias del amianto; cuando, como hemos manifestado antes, podría haber aplicado el baremo actual y resarcir vía transmisión hereditaria de los perjuicios del trabajador hasta su muerte y que los herederos hubieran instado otro procedimiento para solicitar su indemnización.

Y de ahí que podamos entender que el juez podría haber usado otros medios para la cuantificación del daño y sobre la posibilidad de haber usado el nuevo baremo aunque no hubiera entrado en vigor a la hora de la consolidación del daño, pero que sí lo estaba a la hora de dictar la sentencia. Por tanto, dado que el juez social está sometido a la disciplina común de la responsabilidad civil que se rige por la reparación íntegra, lo mismo que puede decidir la utilización de modo facultativo del baremo, puede acudir a otros cánones valorativos, como puede ser perfectamente el nuevo baremo. Y no es obstáculo alguno el que dicho baremo no hubiera entrado en vigor en la fecha en la que se produjera el accidente laboral que se enjuicia (en el estudio de esta sentencia se discute si se usa o no el nuevo baremo).

En la medida en que el juez social contraste los dos baremos y compruebe que el proyectado proporciona mayor justicia resarcitoria, nada le impide valerse de él, al igual que podría efectuar su valoración sin tomar como referencia ningún baremo. Esta situación de tener que decidir el baremo a aplicar va a ser frecuente en los próximos años, donde se enjuiciarán la reclamaciones por accidentes laborales ocurridos en los años anteriores a la entrada en vigor del nuevo baremo –1 de enero de 2016–, pues lo único que deben tener presente los jueces sociales que se acojan a la aplicación de un baremo optativo no será la vigencia del mismo a la fecha del siniestro –al no estar obligado legalmente por ninguno–, sino cuál de ellos cumple mejor el principio de *restitutio in integrum*.