



Roj: **STS 1070/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1070**

Id Cendoj: **28079140012020100191**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2020**

Nº de Recurso: **3749/2017**

Nº de Resolución: **215/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5417/2017,**  
**STS 1070/2020**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3749/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 215/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 10 de marzo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Otilia , representada y defendida por el Letrado Sr. Novo Prego, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de julio de 2017, en el recurso de suplicación nº 732/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña, en los autos nº 772/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social/Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social, MC Mutual Mutua de Accidentes de Trabajo, la entidad Randstad Empleo ETT, S.A., sobre seguridad social.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social/Instituto Social de la Marina, representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, la empresa Randstad Empleo ETT, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Villarino Rodríguez, MC Mutual Mutua de Accidentes de Trabajo, representada y defendida por el Letrado Sr. Aguirre González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 11 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Otilia , contra el instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, MC Mutual Mutua de Accidentes. de Trabajo, Mutua. Gallega, y la entidad Randstad Empleo E.T.T., S.A., y en consecuencia debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra las mismas articuladas".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 1 . El resultado de ello es el siguiente:

"Primero.- D<sup>a</sup> Otilia , nacida el NUM000 de 1.957, figura afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General con el número NUM001 , con profesión de "estibadora portuaria", en el Puerto de A Coruña, desde el 13 de enero de 1.982, que ha venido desarrollando desde noviembre de 2.012 a través de la entidad Randstad Empleo E.T.T. S.A., para varias entidades, en concreto desde el 29 de octubre de 2.015, para Terminales Marítimos de Galicia, S.L

2º.- D<sup>a</sup> Otilia , acude el 21 de enero de 2.015, al servicio de Urgencias del I.M.Q. San Rafael, por dolor en brazo y hombro izquierdo de semanas de evolución, siendo diagnosticada como "tendinitis calcificante hombro izquierdo más cervicalgia", presentando "dolor en cara anterolateral de hombro izquierdo y limitación abducción y antepulsión a 90º". El 21 de enero de 2.015, acude a las dependencias de Mutua Mc Mutual, donde es asistida y comunicándosele el 23 de enero de 2.015, que rehúsa a todos los efectos su responsabilidad en la asistencia practicada el Jueves 22 de enero de 2.015, remitiéndosele el día de su asistencia a los servicios públicos de salud.

3º.- La actividad. que desarrolla la trabajadora como "peón estibador", supone la manipulación de mercancías en la carga/descarga, estiba/desestiba y labores complementarias tanto en la bodega como en la cubierta de los buques y en la totalidad de la zona de servicio del puerto bajo las órdenes del superior.

4º.- Por D<sup>a</sup> Otilia , se solicitó ante la Dirección Provincial de A Coruña del Instituto Social de la Marina, la determinación de contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado el 21 de enero de 2.015, resolviendo el 21 de mayo de 2.015, calificándola como "enfermedad común", al igual que la Dirección Provincial de A Coruña del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en su resolución de 4 de mayo de 2.015, y responsable de su cobertura Mutua Mc Mutual, previa propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 27 de abril de 2.015.

5º.- Por D<sup>a</sup> Otilia , en el plazo conferido, formuló reclamación previa interesando que la declaración derivada de contingencia profesional, resolviendo la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina en fecha 15 de junio de 2.015, en el sentido de desestimar la reclamación.

6º.- D<sup>a</sup> Otilia , presentaba el cuadro clínico de: "tendriopatía del manguito rotador, cervicalgia y tendinitis calcificante de hombro izquierdo".

7º.- Se agotó la vía administrativa previa".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 12 de julio de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por Otilia contra la sentencia dictada el 11/11/16 por el Juzgado de lo Social nº 5 de A CORUÑA en autos N° 772-15 sobre determinación de contingencia contra INSTITUTO NACIONAL DE.LA SEGURIDAD SOCIAL,INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, TESORERIA GENERAL-DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MC MUTUAL MUTA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, y la empresa 'RANDSTAD EMPLEO E.T.T. S.A resolución que se mantiene en su integridad".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Novo Prego, en representación de D<sup>a</sup> Otilia , mediante escrito de 11 de octubre de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de noviembre de 2016. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 116 LGSS en relación con el apdo. 2.d) 0101 del Anexo del RD 1299/2006 de 20 de noviembre.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 19 de febrero de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.



**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Se debate sobre el origen, común o profesional, de las dolencias que han desencadenado la incapacidad temporal (IT) de la trabajadora, que presta sus servicios como peona de estiba portuaria.

#### 1. Hechos relevantes.

La actora (nacida en 1957) tiene como profesión (desde 1982) la de estibadora portuaria. Tras quejarse de dolor persistente en brazo y hombro izquierdos, se le diagnostica "tendinitis calcificante hombro izquierdo más cervicalgia", presentando "dolor en cara anterolateral de hombro izquierdo y limitación abducción y antepulsión a 90º".

Solicitó ante el Instituto Social de la Marina, la determinación de contingencia del proceso de IT, iniciado el 21 de enero de 2.015, recibiendo respuesta desfavorable, reiterada por el INSS. Presentaba el cuadro clínico de: "tendinopatía del manguito rotador, cervicalgia y tendinitis calcificante de hombro izquierdo".

La actividad de peonaje que desarrolla implica manipular mercancías en la carga/descarga, estiba/desestiba y labores complementarias tanto en la bodega como en la cubierta de los buques y en la totalidad de la zona de servicio del puerto.

#### 2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 664/2016 de 11 noviembre (proc. 772/2015) el Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña desestima la demanda sobre determinación de origen profesional de la IT en cuestión.

Invoca los arts. 115.2.e y 116 LGSS respecto de enfermedades de trabajo y enfermedades profesionales, así como el RD 1299/2006, además de doctrina de ( STS 24 septiembre 1992) conforme a la cual solo el trabajo realizado para las actividades listadas es susceptible de producir enfermedad profesional.

Con ese apoyo descarta que la lesión tendinosa del hombro izquierdo no rector pueda ser considerada enfermedad profesional porque "en su desempeño profesional algunas de sus actividades llevan consigo repetidas acciones de levantar y alcanzar pesos con sus brazos, pero no con la repetición durante la jornada laboral necesaria, es más ayudada generalmente por -medios mecánicos durante gran parte de ella".

#### 3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, recurrida.

Mediante su sentencia de 12 de julio de 2017 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 732/2017) desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora. Considera que no es posible encuadrar el supuesto en el código 2D0101 del RD 1299/2006 de 10 de noviembre. Los dos argumentos en que se basa son los siguientes:

1º) La enfermedad padecida se encuadra entre las listadas por el RD 1299/2006, pero la actividad de estiba no aparece determinada como generadora de dicha enfermedad.

2º) Tampoco se constata que la recurrente desempeñe su trabajo de modo continuado con los codos en posición elevada, ni que realice funciones de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en aducción o flexión como se describe en la norma citada. Además, "los estibadores si bien realizan cargas moderadas sobre -hombros y codos, realizan movimientos variados con ayudas mecánicas carretillas y grúas que en algunos casos puede suponer la mayor parte de la jornada laboral".

#### 4. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Con fecha 11 de octubre de 2017 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza su recurso de casación unificadora, en el que denuncia la infracción "por inaplicación del art. 116 LGSS en relación con el apartado 2.d) 0101 del Anexo al RD 1299/2006. Reproduce extensamente tanto la doctrina de las resoluciones comparadas cuanto otras que invoca en su favor.

Solicita la estimación del recurso declarando que el proceso de IT iniciado en enero de 2015 obedece a contingencia profesional, condenándose a las demandadas a pasar por dicha declaración y llevarla a efecto en el ámbito de sus responsabilidades.

B) Con fecha 12 de marzo de 2018 el Abogado y representante de Mutual Midat Cyclops, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 1, presenta su escrito de impugnación. Destaca la ayuda mecánica que el trabajo



de estiba requiere, la diversidad de las lesiones padecidas en cada caso de los contrastados y la falta de contenido casacional del recurso. Considera que la referencia normativa a las "actividades" impide enfocar el tema desde la perspectiva de las profesiones, además de que en el caso no concurre el presupuesto fáctico que el Reglamento sobre enfermedades profesionales requiere.

C) Con fecha 21 de marzo de 2018 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social presenta su impugnación al recurso. Considera que plantea un problema sobre valoración de los hechos, ajeno a la casación y que debe ser desestimado por tal razón.

D) Con fecha 3 de abril de 2018 el Abogado y representante de Ranstad Empleo ETT, SA presente escrito de impugnación poniendo de relieve que las lesiones padecidas en cada caso son diversas (comenzando por afectar o no al hombro rector). Recuerda que el recurso de casación unificadora es inhábil para examinar problemas sobre valoración de incapacidades. Subsidiariamente, pone de manifiesto que a la empleadora no se le puede seguir consecuencia alguna porque queda acreditado que no ha incumplido normas de prevención de riesgos o de Seguridad Social.

E) Mediante escrito fechado el 17 de mayo de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS. Considera concurrente la contradicción y preferible la doctrina referencial.

## **SEGUNDO.- Contradicción doctrinal suscitada.**

Los escritos de impugnación al recurso han cuestionado la concurrencia de contradicción entre las sentencias comparadas; se trata, además, de un presupuesto procesal cuya concurrencia debemos examinar en todo caso.

### **1. Exigencia legal.**

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". De modo que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Por otra parte, la identidad de las controversias debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación, atendiendo a las pretensiones y resistencia de las partes, en tanto que la igualdad sustancial requerida ha de producirse en el debate jurídico.

### **2. Sentencia referencial.**

La STSJ Galicia de 25 de noviembre de 2016 (rec. 1897/2016) aborda el supuesto de estibador (nacido en 1964) dedicado a la limpieza de granos de cereales tanto encubiertas de barcos bodegas y zonas de muelles del puerto incluidas cintas transportadoras. Las labores las realizaba de y con acceso por escaleras, empleando cepillo, barredor y pala manual.

Atraviesa por IT ("braquialgia izquierda") considerada como derivada de contingencia común, recayendo meses después. El ISM declara la nueva IT como recaída ("tendinitis calcificante hombro derecho") que desemboca en incapacidad permanente derivada de contingencia común.

La sentencia declara que, aunque en la práctica de las funciones el estibador pueda ayudarse de medios mecánicos, resulta indudable el carácter manual y la realización de esfuerzos que, de forma común, continuada y con carácter ordinario, exige su actividad, que claramente repercute de forma ordinaria y continuada en la totalidad de los miembros superiores -ahora, en hombro derecho- y no sólo en su abducción (elevación lateral mediante el músculo del hombro) y flexión (aproximación brazo y hombro), lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario por aparecer la tendinitis entre las enfermedades legalmente codificadas.

### **3. Consideraciones específicas.**



A) Consideramos concurrente la contradicción entre las sentencias comparadas ya que ante la misma dolencia (tendinitis calcificante) y la misma profesión (estibador) las sentencias llegan a resultados contradictorios.

La sentencia recurrida declara que la actividad de la actora no aparece determinada en el RD 1299/2006 de 10 de noviembre como generadora de la tendinitis y tampoco se constata que en su actividad trabaje de modo continuado con los codos en posición elevada, ni que realice funciones de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en aducción o flexión, y que los estibadores realizan cargas moderadas sobre hombros y codos y realizan movimientos variados con ayudas mecánicas.

La sentencia referencial, en cambio, declara que la tendinitis, al catalogarse como enfermedad profesional, está favorecida por la presunción de laboralidad, y a pesar de que el estibador pueda usar medios mecánicos, existe un claro componente manual y de realización de esfuerzos que repercute en la totalidad de los miembros superiores de forma evidente.

B) El núcleo de la contradicción radica, pues, en que ante enfermedades prácticamente iguales, derivadas de la misma actividad portuaria, se llega a soluciones contrarias en orden a su consideración o no como enfermedad profesional.

C) En contra de lo expuesto por las impugnaciones al recurso, no se trata ahora de evaluar las dolencias padecidas por la demandante, o de calificar su estado psicofísico, por lo que resulta indiferente que un caso las lesiones sean en el hombro dominante y no en el otro, que varíe la edad, la duración del estado invalidante, así como otras circunstancias diversas.

Buena prueba de que no se trata de valorar la situación incapacitante, sino su etiología, es que la propia descripción de tareas que para la estiba llevan a cabo las sentencias en presencia (las del caso y la referencial) describen las tareas realizadas de forma genérica, es decir, para los trabajos de estiba, y no para la concreta persona que reclama.

### **TERCERO.- Normas interpretadas.**

Tanto las sentencias enfrentadas cuanto los escritos procesales cruzados por las partes litigantes basan sus respectivas posiciones en el tenor de unas mismas normas. Puesto que también nuestra respuesta ha de apoyarse en ellas, resulta conveniente su recordatorio y atenta lectura, además de una mínima glosa sobre su alcance.

#### **1. El artículo 112.2.e) LGSS/1994 .**

Por razones cronológicas resulta aplicable al caso el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1944, cuyo artículo 115 contiene el concepto de accidente de trabajo y, en su apartado 2.e, considera como tales "las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo".

Reiteradamente hemos venido advirtiendo que la aplicación de este precepto requiere que se acredite tanto la lesión padecida cuanto la actividad desarrollada y, específicamente, el nexo de causalidad entre ambas.

#### **2. El artículo 116 LGSS/1994 .**

Por su lado, el art. 116 LGSS alberga el "concepto de la enfermedad profesional", definida como "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional".

En palabras de la STS 13 noviembre 2016 (rcud. 2539/2005), "Para saber entonces si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad". De manera reiterada venimos recalcando que esta calificación surge cuando concurre una actividad de las tipificadas con la patología normativamente asociada a ella, mientras que el nexo de causalidad se presume y no necesita acreditación.

#### **3. El Cuadro de Enfermedades profesionales.**

Como acaba de verse, para saber si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si concurren los tres requisitos que la citada norma exige para ello: 1) que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado; 2) que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan; 3) que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada



enfermedad en el cuadro reglamentario. De ahí la relevancia que posee el desarrollo reglamentario de la LGSS en este punto.

El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, cuadro que se clasifica en seis Grupos, organizados por agentes, subagentes, actividades, códigos y enfermedades profesionales, con la relación de las principales actividades capaces de producirlas. Se ha optado, pues, por seguir el sistema o modelo de "lista", conforme al cual se atribuye la consideración de enfermedad profesional a toda aquella recogida en una lista que acoge además las sustancias y ámbitos profesionales o sectores en que está presente, vinculando todos estos elementos, siguiendo "la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales".

La lista se identifica como "enfermedades profesionales con la relación de las principales actividades capaces de producirlas". El supuesto descrito, cuyo ámbito ahora se discute, aparece identificado con el código 2D0101.

Por cuanto ahora interesa, el Anexo I que contiene el cuadro de enfermedades profesionales aparece un grupo 2 respecto de las patologías causadas por agentes físicos. Entre las causadas por el Agente identificado como "Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas" (apartado D), se especifica que algunas se deben al subagente especificado como las lesiones del "hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores" (apartado 01) y contempla como actividad causante la de "Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras".

#### **CUARTO.- Doctrina de la Sala.**

La solución al caso exige proyectar sobre el mismo la doctrina que hemos acuñado en varias ocasiones. En particular, nos referimos a las siguientes resoluciones: 1ª) La STS 5 noviembre 2014 (rcud. 1515/2013) considera enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano bilateral que padece una profesional de la limpieza, aunque el catálogo no mencione expresamente esta profesión como una de las causantes de dicha enfermedad. 2ª) La STS 18 mayo 2015 (rcud. 1643/2014) considera enfermedad profesional el síndrome subacromial derecho diagnosticado a una peluquera, con limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho, aunque la profesión de peluquera no aparezca expresamente listada. 3ª) La STS 777/2019 de 13 noviembre (rcud. 3482/2017) entiende que es profesional la epicondilitis padecida por gerocultora que presta servicios en residencia de ancianos.

En este ramillete de pronunciamientos, todos ellos interpretando el alcance tanto de la LGSS cuanto del Cuadro de Enfermedades Profesionales aprobado mediante RD 1299/2006, de 10 de noviembre, en su Anexo I, se sientan las siguientes premisas.

#### **1. Carácter continuado de los movimientos repetitivos.**

Los movimientos o posturas que provocan la lesión articular están asociados a la correspondiente actividad profesional. Las expresiones normativas sobre repetición de los mismos o descripción del modo en que se trabaja no deben interpretarse como exigentes de que sea en todo momento de tal manera. Recordemos lo dicho en la última sentencia de las mencionadas:

Ello sentado, aunque no todo el tiempo lo dedican a tareas de esfuerzo las gerocultoras, no es menos cierto que con frecuencia tienen que realizar labores de carga y movilización de los ancianos que cuidan y repetir movimientos de fuerza con manos y brazos, que recargan los músculos y tendones de sus brazos, así como su columna vertebral con cargas superiores a veinte kilos, al tratarse de personas que no tiene volumen uniforme, en postura inclinada sobre la cama, o silla de ruedas, y otras posiciones en la que se encuentran las personas que atienden.

#### **2. Carga probatoria.**

La expuesta diferencia entre enfermedades del trabajo ( art. 112.2.e LGSS) y enfermedades profesionales ( art. 116 LGSS) posee consecuencias prácticas en orden a la práctica de la prueba:

*"A diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la "prueba del nexo causal lesión-trabajo" para la calificación de laboralidad, "en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas", poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen iuris et de iure enfermedades profesionales todas las enfermedades listadas".*



### 3. Listado abierto de profesiones.

El elenco de actividades profesionales que contempla el RD1299/2006 no posee carácter cerrado, sino indicativo. Lo trascendente es que se realicen las tareas descritas en el Cuadro y que la patología concurrente se corresponda con la en él asociada. En este sentido, la primera de las sentencias mencionadas expone lo siguiente:

"La profesión de Limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional "como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares", y otras que también se relacionan, pero ello no excluye, en modo alguno, que el Síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una Limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio "como" indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta [...]"

### 4. Conclusión.

A la vista de cuanto antecede debemos concluir que si se cumplen los tres requisitos expuestos (dolencia, agente, actividad), surge la presunción legal de que la enfermedad tiene origen profesional, con la consecuencia de que quien trabaja no tiene que probar la relación de causalidad directa entre el agente enfermante y la patología sufrida. Añadamos lo siguiente:

Interpretación con corroboran las " Directrices para la Decisión Clínica en Enfermedades Profesionales " en su apartado relativo a las " Enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos Patología tendinosa crónica del manguito rotador.- DDC-TME-01 ", en especial en sus apartados relativos a las " Condiciones de riesgo " como son los " trabajos repetitivos con elevación del hombro " y a las " Actividades u ocupaciones de riesgo " en las que se incluyen, entre otras, a los "Trabajadores/as que utilizan las manos por encima de la altura del hombro".

### QUINTO.- Resolución del recurso.

#### 1. Aplicación de la doctrina reseñada.

A) La recurrente, trabajadora portuaria que sufre una tendinitis calcificante de hombro izquierdo, ha visto denegada su pretensión por varias razones: porque su profesión no aparece en el listado del Cuadro, porque se auxilia de medios mecánicos en sus tareas y porque los movimientos forzados no son continuos.

Las consideraciones doctrinales que hemos expuestos muestran que se trata de doctrina errónea y que la correcta se encuentra en la sentencia referencial.

B) Aunque, en la práctica, la estibadora pueda ayudarse de medios mecánicos, resulta indudable el carácter manual y la realización de esfuerzos que, de forma común y con carácter ordinario, exige su actividad, que claramente repercute de modo constante en la totalidad de los miembros superiores y no solo en su abducción (elevación lateral mediante el músculo del hombro) y flexión (aproximación brazo y hombro), lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer la tendinitis entre las enfermedades legalmente codificadas, (Código 2D0101 RD 1299/2006).

C) Que la profesión de peonaje en la estiba aparezca silenciada en el Cuadro de Enfermedades Profesionales en modo alguno significa que esté excluida, dada la técnica normativa acogida en él. Estando incluida en el cuadro de enfermedades profesionales la que padece la actora, aunque su profesión no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional, como las que se relacionan en el Cuadro ("como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras"), tal lista debe considerarse abierta pues así se deduce del adverbio "como" mediante el que se introduce el listado de ellas, por lo que no excluye otras profesiones con análogos requerimientos.

D) En consecuencia, cabe concluir que en el desempeño de la profesión de peonaje en la estiba y desestiba se deben realizar esfuerzos repetitivos subsumibles a los contemplados en el Cuadro de Enfermedades Profesionales como generadores de patologías como la padecida por la recurrente ("tendinopatía del manguito rotador, cervicalgia y tendinitis calcificante de hombro izquierdo").

Esta patología se subsume en las descritas por el Anexo I del Cuadro (lesiones del "hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores") cuando las asocia al desempeño de una actividad como la de estiba manual de cargas ("Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras").

Habiéndose acreditado que la trabajadora desarrolla "movimientos repetitivos en el trabajo", que los mismos no sean continuos sino que se alternen con el uso de medios mecánicos es dato neutro puesto que la norma



no exige que los movimientos generadores de la afectación osteoarticular sean continuos sino repetitivos. Por ello entendemos que su situación encaja, en los apartados referidos (Anexo I, Grupo 2, Agente D, Sub-agente 01, actividad 01 y Código 2D0101), del cuadro de enfermedades profesionales contenido en el Real Decreto 1299/2006.

E) Asimismo, en aplicación de la referenciada doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la presunción de las enfermedades listadas como enfermedades profesionales, procede calificar como enfermedad profesional el síndrome padecido por la trabajadora demandante ("tendinopatía del manguito rotador, cervicalgia y tendinitis calcificante de hombro izquierdo"), y que dio origen al período de Incapacidad Temporal iniciado el 21 de enero de 2015.

## 2. Decisión.

Por todo lo que expuesto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el recurso de casación debe ser estimado, y la sentencia recurrida casada y anulada, para resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar asimismo el recurso de esta última clase, interpuesto por la trabajadora demandante, con revocación de la sentencia de instancia para, en su lugar, estimar la demanda, declarando que la situación de IT que tiene reconocida la actora y con efectos económicos desde el día 21 de enero de 2015, deriva de enfermedad profesional y no de enfermedad común, con los efectos económicos correspondientes.

Debemos condenar, por tanto, a que los sujetos codemandados cumplan la anterior declaración, abonando la Mutua las correspondientes prestaciones, sin perjuicio de las responsabilidades legales de las Entidades Gestoras.

En el caso de la empleadora, ha quedado incombatida la apreciación del Juzgado de lo Social ("no consta en el presente procedimiento incumplimientos de las exigencias legales de cotización y alta del trabajador, así como, adoptando las medidas precisas de vigilancia de la salud, formación y protección de los trabajadores, que supone la exclusión de todo tipo de responsabilidad"), por lo que procede su expresa absolución.

De conformidad con lo previsto por el artículo 235.1 LRJS no procede la imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Otilia , representada y defendida por el Letrado Sr. Novo Prego.
- 2) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de julio de 2017, en el recurso de suplicación nº 732/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 5 de A Coruña, en los autos nº 772/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social/Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social, MC Mutual Mutua de Accidentes de Trabajo, la entidad Randstad Empleo ETT, S.A., sobre Seguridad Social.
- 3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal índole interpuesto por la trabajadora demandante, con revocación de la sentencia de instancia.
- 4) Estimar la demanda interpuesta por la trabajadora, declarando que la situación de Incapacidad Temporal iniciada por la demandante con fecha 21 de enero de 2015 deriva de enfermedad profesional y no de enfermedad común.
- 5) Con absolución de la empresa Randstad Empleo ETT, S.A., condenar a las demás entidades codemandadas a estar y pasar por esta declaración.
- 6) No imponer las costas generadas por los recursos que ahora resolvemos, debiendo soportar cada parte los propios.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García