

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3045/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De
Benito

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 14 de septiembre de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

de 26 de abril de 2018 se emite informe de la técnico de prevención del servicio de prevención propio en el que concluye la necesidad de que se adopten medidas preventivas como la de elaborar el correspondiente reglamento de policía que regule el complejo régimen estatutario y provisión de puestos policiales en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; el reglamento de segunda actividad; evaluación específica de la emisora por la grave conflictividad con el inspector de la emisora; establecer un procedimiento para resolver los posibles conflictos interpersonales; un procedimiento de mediación; informar sobre el protocolo de acoso y la ayuda psicológica; una evaluación de riesgos psicosociales, etc. El demandante ha permanecido de baja por incapacidad temporal, cuyo origen común ha sido recurrido por el actor, quien inició un nuevo proceso de incapacidad que continua en la actualidad. Le ha sido diagnosticado un trastorno adaptativo que se relaciona con problemas laborales.

La sala considera que de los hechos probados no puede inferirse que las bajas del trabajador se deban a una falta de medidas de prevención, sino por la negativa a asumir un cambio de funciones que se estima como proveniente de una represalia, no probada, o por la falta de criterios objetivos para la asignación de funciones dentro de la policía, y esto no puede ser encuadrada como una situación originada por falta de medidas de prevención. No hay una situación de acoso y la falta de nexo causal con las bajas del trabajador. Considera que no ha existido una infracción directa de normas específicas de prevención y consta que existía evaluación de riesgos en el puesto de emisora del año 2012 y que fue posteriormente actualizada.

Según establecen los artículos 221.3 y 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso [sentencias de 5 de diciembre de 2013 (rcud 956/2012), 4 de junio de 2014 (rcud 1401/2013) y 26 de octubre de 2016 (rcud 1382/2015)]. Así, esta Sala en numerosas resoluciones había ya señalado con relación a la Ley de Procedimiento Laboral anterior que las sentencias de contraste debían de tener la condición de firmes [sentencias de 10 de enero de 2009 (rcud 792/2008) y 12 de julio de 2011 (rcud 2482/2010)], habiendo sido declarado este requisito conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en varias sentencias (entre otras, STC 132/1997, de 15 de julio y STC 251/2000, de 30 de octubre), al estar justificado en la necesidad de comparar la sentencia recurrida con otra que contenga doctrina consolidada.

TERCERO.- El análisis de contradicción, por tanto, se realizará con la segunda de las señaladas, la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de febrero de 2017, R. 71/2017, que desestima el recurso de suplicación presentado por el empresario público (Servicio Vasco de Salud), confirmando así la sentencia de instancia que había reconocido a la trabajadora (enfermera de profesión) una indemnización por daños y perjuicios (144.046 euros) derivados del accidente de trabajo consistente en el trastorno ansioso-depresivo por conflictividad laboral (tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta por esa misma patología psíquica de origen laboral). La sentencia recurrida, tras la exposición de un largo relato fáctico en el que consta la conflictividad laboral y el estado de salud de la trabajadora,

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 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", [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)]. La contradicción no surge, en consecuencia, 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, [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].

No es posible entender existente la contradicción por dos razones, la primera y fundamental es que la sentencia de contraste desestima el recurso del Servicio Vasco de Salud por razones formales y por falta de fundamentación suficiente, de modo que los razonamientos relativos a la procedencia de la responsabilidad civil se producen obiter dicta. La segunda

No es posible, por tanto, entender que se ha producido contradicción en los fallos porque ni los hechos guardan similitud suficiente ni las razones de decidir han sido las mismas.

CUARTO.- En el escrito de alegaciones presentado el 31 de mayo de 2021 frente a la providencia de inadmisión de 20 de mayo, el recurrente responden a una exigencia de aportar como referenciales sentencias del Tribunal Supremo que en ningún momento han sido vertidas por esta Sala y hace referencia a la necesidad de flexibilizar el requisito de contradicción y atender a la cuestión de fondo. Frente a estos razonamientos esta Sala solo puede señalar que para entrar en el fondo es preceptivo que se den los presupuestos a que alude el artículo 219 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con el alcance que al mismo le ha venido dando la propia doctrina de esta Sala, y las diferencias destacadas ponen de manifiesto la falta de homogeneidad de las situaciones contempladas y sin la concurrencia de dicho presupuesto no es dable a la sala entrar a decidir cuál de las doctrinas es la correcta.

De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación

contra el Concello de Vigo (Pontevedra), sobre reclamación de cantidad.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvase los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 2 DE VIGO.-

G.3

AUTOS: PO 248/2019.-

SENTENCIA NÚMERO: 403/2019

SENTENCIA

En la Ciudad de Vigo, a dieciséis de julio de 2019.-

Vistos por mí, Don Germán María Serrano Espinosa, Magistrado Titular del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, los presentes autos sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios, en los que figura como parte demandante , asistido por el Letrado Sr. Fernández Caamaño y como parte demandada el Concello de Vigo, representado por el Letrado Sr. Costas Abreu y el Ministerio Fiscal, que no compareció; y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el demandante se presentó demanda en fecha 12 de marzo de 2019 que por turno correspondió a este Juzgado de lo Social de Vigo, en la que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaba suplicando que se dictase sentencia estimando la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para la celebración del acto de juicio el día 8 de julio de 2019, el cual se celebró en la fecha señalada en todas sus fases con el resultado que consta en el acta redactada al efecto. Una vez concluido el acto del juicio, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las normas legales de procedimiento.

HECHOS DECLARADOS PROBADOS

PRIMERO.- , viene prestando servicios en el Ayuntamiento de Vigo, como Policía Local desde el año 2001, tras obtener plaza como Funcionario mediante Oposición Libre. En fecha 01/01/2015 el demandante, que desde hacía aproximadamente 10 años se encontraba destinado en la Sección de Patrullas, fue trasladado de forma forzosa, en un reestructuración policial, a la Sección de Emisora Central, viéndose modificadosu calendariolaboral. Este calendariolaboral fue recurrido por varios funcionariosante la jurisdicción contencioso administrativa, siendo confirmado. El demandante también recurrió y fue estimado su recurso, pero se desestimó en cuanto a la petición de volver a patrulla, y declarando que no se trata el puesto asignado como equivalente a

segunda actividad. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia incide en la falta de respuesta del Concello a multitud de escritos que presentó el demandante; en concreto y por lo que aquí interesa, en fecha 06/03/2015, dirigió escrito a la Jefa de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Vigo, (con competencias en materia de prevención de riesgos laborales, según el Plan de Prevención y actas de delegación de competencias de 19/6/2015), en la que incidía en la ilegalidad del cambio y en la necesidad de conocer los datos personales (estadísticas profesionales) que según la propia Administración habían dado lugar al cambio sufrido, por un rendimiento laboral bajo.

SEGUNDO.- El demandante presentó denuncias ante Inspección de Trabajo con fecha 11/02/15, 6/03/15, 30/12/15, 14/01/16 (esta última presentada ante la Xunta de Galicia y remitida a inspección), 25/01/16 y 20/01/2017. En las mismas se ponía en evidencia la falta de integración absoluta de la prevención en los cambios de puestos efectuados, incluido el del demandante, así como en la utilización de unos datos personales en el cambio de puesto sufrido. Se hacía ya referencia también a la conducta discriminatoria ejercida por el Jefe de la Policía Local de Vigo, y a la conducta acosadora del Inspector del puesto de emisora al que había sido trasladado. De la misma manera se revelaba que el cambio de puesto se había realizado sin trámite administrativo alguno, sin información, o formación alguna, sin consulta o negociación, sin tener en cuenta las limitaciones y condiciones psicofísicas, ni la edad, ni las condiciones de mérito, capacidad y antigüedad.

Consta que la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social ha efectuado dos requerimientos al Ayuntamiento de Vigo en fechas 16/10/2016 y 9/5/2017.

TERCERO.- Como el demandante entendía que el cambio de puesto se había justificado en la existencia de unas presuntas estadísticas profesionales (datos personales a todos los efectos), presentó con fecha 11/03/15 denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos para hacer efectivo su derecho de acceso a los datos personales utilizados para su cambio de puesto (estadísticas profesionales). Con fecha 15/09/15 la AEPD dicta resolución estimatoria de las pretensiones del demandante instando al Ayuntamiento a facilitar las estadísticas profesionales y por parte del Concejel del ramo se emite certificación en dicho sentido, el demandante presentó recurso de reposición por su disconformidad con el acceso otorgado.

También en materia de Protección de Datos el demandante presentó denuncia ante la AEPD en fecha 07/01/16, por el uso de los sistemas de grabación de video vigilancia instalados en las dependencias policiales.

Constan igualmente presentación de denuncias ante la Consellería de Presidencia, Justicia y Administraciones Públicas, la de Sanidad, Tribunal de Cuentas y Valedor do Pobo. Igualmente constan diversas denuncias dirigidas al Alcalde, al Concejel de Seguridad Ciudadana, a la Jefa de Personal, al Concejel de Personal, al Jefe de Seguridad, al Servicio de Prevención Propio y Ajeno, a la Técnica de Prevención, a los Delegados de Prevención, a los Sindicatos, al Comité de Personal, al CSSL, escritos al Pleno Municipal y Comisiones respectivas.

CUARTO.- El servicio de prevención ajeno realiza informe en fecha 2/12/2016 donde determina la falta de actuación o medida alguna o seguimiento desde la evaluación de riesgos psicosociales del año 2012.

En fecha 26/4/2018 se emite informe de la técnica de prevención del servicio de prevención propio concluyendola necesidad de que se adopten medidas preventivas como la de elaborar el correspondiente Reglamento de policía que regule el complejo régimen estatutario y provisión de puestos policiales en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; el reglamento de segunda actividad, para adecuar el trabajo a la persona y la persona al trabajo, con los

correspondientes perfiles de puesto y trabajador acordes; evaluación específica de la emisora por la grave conflictividad con el inspector de la emisora; establecer un procedimiento para resolver los posibles conflictos interpersonales; un procedimiento de mediación; informar sobre el protocolo de acoso y la ayuda psicológica; una evaluación de riesgos psicosociales, etc.

QUINTO.- El demandante ha permanecido de baja por incapacidad temporal desde el 20/01/2015 hasta el 25/01/2016, desde el 01/04/2016 hasta el 25/04/2016, y desde el 12/09/2016 hasta el 12/03/2018. El Instituto Nacional de la Seguridad Social determinó que la contingencia de estos procesos es de origen común, y así fue ratificado por sentencia del Juzgado de lo Social número 5 (refuerzo) de 3 de abril de 2019.

El 28/9/2018 inició nuevo período de incapacidad temporal.

SEXTO.- El demandante fue diagnosticado en enero de 2016 de trastorno adaptativo que relaciona con problemas laborales, siendo derivado a la Unidad de Salud Mental. Constan nuevas citas médicas con especialista.

SÉPTIMO.- Reclama el demandante una indemnización de daños y perjuicios por incumplimientos en materia de prevención de riesgos de 111.531 € más la cantidad que se determine por lucro cesante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se han inferido apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del juicio oral; en concreto y de conformidad con el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se ha tomado en consideración la documental consistente en sentencias, informes médicos, calendario, plan de evaluación de riesgos, fotografías, informes médicos, resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- 1.- No concurre la excepción de falta de agotamiento de la vía previa ni la falta de congruencia con la pretensión de la demanda, como quiera que, como consta en sede de hechos probados, la multitud de reclamaciones que ha interpuesto el demandante frente al Concello ha iniciado en reiteradas ocasiones la vía administrativa previa. Ciertamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, ha desterrado la reclamación previa a la vía judicial, excepto en los procedimientos de Seguridad Social de acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas explica la Exposición de Motivos de esta Ley. Pero no se ha suprimido la vía previa, la necesidad de una solicitud inicial que comience la vía administrativa y que de ocasión a la administración de cumplir con lo reclamado. Y no sólo para eso: la solicitud inicial y la resolución administrativa que en su caso se dicte es esencial para fijar los términos en los que la pretensión de la demanda debe sustentarse, para fijar los términos del debate en donde pivotará el derecho esencial de tutela judicial efectiva, porque en el proceso no podrán introducirse partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de

Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos que no hubieran podido conocerse con anterioridad, como establece el artículo 72 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, también modificado por la Ley 39/2015, circunstancia indicadora de que el legislador cuenta como imprescindible con un procedimiento administrativo previo que debe ser agotado antes de acudir a la jurisdicción. Por eso el artículo 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, también reformado, establece con rotundidad que poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable es, mediante solicitud a la que se refiere el artículo 66 de la Ley 39/2015, aplicable a la administración autonómica conforme al artículo 2 de la misma Ley.

Los hechos de la presente demanda son plenamente conocidos por la administración demandada, de manera que se debe entender no sólo que la vía previa ha sido iniciada en los términos modernamente exigidos, sino que la pretensión de la demanda es congruente con el conflicto que el Concello conoce por todos los escritos y procedimientos administrativos y judiciales que se han tramitado.

2.- Respecto a la prescripción de hechos, de conformidad con el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, no se acredita el transcurso de un año desde las últimas actuaciones administrativas y médicas, constando que el demandante está nuevamente de baja por incapacidad temporal, de manera que no es posible asumir que concurra esta excepción dilatoria.

3.- Por último, ante la alegación de la cosa juzgada en relación con el calendario laboral, procede indicar de conformidad con el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de de 15 de noviembre de 2015 que asume los efectos más amplios que los previstos en el anterior artículo 1252 del Código Civil, que las sentencias de la jurisdicción contenciosa tiene efectos de cosa juzgada material, porque ratificaron el calendario laboral impugnado, aunque exigieran determinados formalismos con respecto al demandante que fueron subsanados. Pero aceptado esto, tal situación no impide analizar la pretensión sobre el fondo, porque el objeto del procedimiento es diverso -responsabilidad civil por defectos de prevención- aunque tenga incidencia directa sobre este procedimiento.

TERCERO.- La profusa demanda contiene una pretensión de responsabilidad civil derivada de incumplimiento de normas de prevención de riesgos. Procede indicar desde un inicio que no se acredita un nexo de causalidad adecuado entre la situación psíquica del demandante y el cambio organizativo de enero de 2015, de hecho casi todo el período de tiempo que ha estado en emisora ha estado de baja por incapacidad temporal. Por un lado, nada se impone desde la legislación preventiva al Concello en materia de cambio de funciones -que no traslado- dentro de la misma categoría profesional funcional -es policía local- aunque el servicio de prevención haya hecho matizaciones en caso de adaptación de puesto en caso de cambio más bien para fijar unas normas de asignación y de regulación como segunda actividad -que no lo es para el demandante-; de manera que procede aclarar que no existe incumplimiento en materia preventiva porque las actuaciones que el servicio de prevención ha acometido se hacen desde el ramillete de denuncias del demandante, buscando aquilatar más en esta materia, pero no por venir exigida por la legislación. Por otra parte y pese a lo que se indica en la demanda, nada se acredita en torno a un marco de mobbing con el jefe o superior de la Policía Local en

un escenario de acoso laboral por represalia; ni tan si quiera se activó el protocolo existente al respecto -y bien lo pudo hacer el demandante- de manera que no es posible ahora atribuir incidencia alguna de esta situación al nexo de causalidad. No podemos olvidar que "todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto", como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de abril de 2003, sin que la movilidad funcional interna dentro del elenco de prestaciones que tiene que asumir un policía local tenga entidad suficiente como para transformarse en una situación de acoso.

Y lo que es más importante. Ninguna de las consecuencias objetivas de esta situación de conflicto -las bajas por incapacidad temporal- han sido calificadas ni por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni por el Juzgado de lo Social como derivadas de accidente de trabajo, de manera que malamente se puede enlazar con la falta de cumplimiento de medidas en materia de prevención. Como destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Sala de Granada, de 06/07/2017, no puede haber responsabilidad civil alguna del empresario ante la inexistencia de accidente de trabajo en sentido estricto a la vista de los hechos declarados probados, no modificados en suplicación. Y sin accidente de trabajo por medio no opera la inversión de la carga de la prueba del artículo 96.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

CUARTO.- La más reciente doctrina unificada en torno a la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, iniciada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010, parte de los siguientes asertos, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2015:

a) Sobre la deuda de seguridad, su contenido y consecuencias, que " El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [art. 4.2.d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene » [art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8/Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2 , 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (STS 08/10/01 -rcud 4403/00 , ya citada) "; por lo que, derivadamente, " Existiendo ... una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC , que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia".

b) Respecto a las atenuaciones, que entiende notables, para la exigencia de culpa, señala que " No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese

proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral» de los trabajadores (art. 14.1 LPRL) " y destacando, como punto esencial, que " La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias ".

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

d) Sobre el grado de diligencia exigible al deudor de seguridad se afirma su plenitud, razonándose que " Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2 , 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... deberá garantizar la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención "; añadiendo que " Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL)".

e) En cuanto a los supuestos de exención de responsabilidad del deudor de seguridad y la carga de la prueba de los hechos en que se fundamente, se interpreta que " el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente ", sin que lo anterior comporte la aplicación " en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado ".

QUINTO.- Qué duda cabe que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, desde la perspectiva del artículo 1902 del Código Civil exige, entre otros requisitos fundamentales, uno esencial además del nexo causal: la causación de un daño. En el caso de autos los daños se cifran en las bajas por incapacidad temporal y en las consultas médicas desarrolladas, pero es que no puede proclamarse que deriven de un incumplimiento por falta de prevención del Concello. Dicho en otras palabras: una lectura detallada de las sentencias de la jurisdicción contenciosa revelan un escenario de conflicto generado porque el demandante no quiera asumir la asignación de servicios a la emisora y desde ese momento de revela, esto es, el escenario no es de una situación de acoso o de denigración profesional y personal por asumir los trabajos en la emisora o por asumir labores no previstas desde la perspectiva del riesgo laboral; esto se origina con posterioridad, provocando requerimientos de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social pero no siendo necesario desde la aplicación de la legalidad vigente, porque lo que se trasluce es más bien la necesidad de reglamentar la movilidad funcional dentro de las diversas labores que puede asumir un policía, más que acreditar que se generan riesgos psicosociales por no estar previsto, algo muy distinto. Y en todo caso y como ya se ha anticipado, los calendarios laborales del año 2015 fueron ratificados en la jurisdicción contenciosa de manera que ninguna tacha de arbitrariedad o ilegalidad tienen -salvo la falta de motivación de reforzada que se exige en una de ellas, y cuyo trámite se cumplió por el Concello-.

No se acredita el incumplimiento de lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 noviembre) en su artículo 15 (principios de la acción preventiva) y que dispone que «1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior con arreglo a los siguientes principios generales: a) Evitar los riesgos. b) Evaluar los riesgos el que no se puedan evitar. c) Combatir los riesgos en su origen. d) Adaptar el trabajo a la persona, [...] f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. g) Planificar la prevención [...] i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores», obligaciones que se cumplen cuando se realiza un estudio básico de seguridad y salud que capte los riesgos y proponga medidas. Como se probado que el puesto de trabajo estaba evaluado frente a los riesgos laborales.

Además, no ha existido una infracción directa de normas específicas de prevención de riesgos laborales, porque consta que existía evaluación de riesgos en el puesto de emisora del años 2012 y se actualizó con posterioridad, incluyendo matizaciones para evitar conflictos en la designación de puestos, como complemento de la evaluación inicial que se estima como suficiente. Pero es necesario reiterar que no hay daño porque la situación de conflicto no es provocada por el incumplimiento de normas de prevención, sino por la negativa a asumir un cambio de funciones que se estima como proveniente de una represalia -no probada- o por la falta de criterios objetivos para asignación de funciones dentro de la policía; y esto no puede ser encuadrado como una situación originada por falta de prevención. Y que además no genera contingencia profesional.

En consecuencia se infiere que la parte demandada ha podido cumplir sus obligaciones probatorias, determinadas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concretadas en el artículo 96.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [admitiendo su aplicación mutatis mutandis porque no estamos en un proceso de accidente de trabajo o enfermedad profesional] al establecer que los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador

de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste en su vida de seguridad fue cumplida; no se acredita nexo de causalidad ni contingencia profesional, de manera que la situación de conflicto que se ha generado por no querer asumir una orden de servicio escapa del escenario de una situación de responsabilidad civil por incumplimiento de medidas de seguridad.

La demanda, en definitiva, debe ser desestimada.

SEXTO.- Según lo dispuesto por el artículo 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra esta resolución pueden la partes interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 de la Constitución, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por debo absolver y absuelvo al Concello de Vigo, de los pedimentos formulados en su contra.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia pueden interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual podrán anunciar en este Juzgado por mera manifestación de la parte, de su Letrado o representante, de su propósito de entablarlo al hacerles la notificación de aquélla o mediante comparecencia o escrito en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución.

Notifíquese a todas las partes.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Asinado por: SERRANO ESPINOSA, GERMAN MARIA
Data e hora: 17/07/2019 09:40:08