

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 97/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 1680/2016

Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1680/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 97/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 7 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a. Paulina y D.^a. Pilar , ambas representadas por la procuradora D.^a. Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo y asistidas por el letrado D. José Luis Luengas Ibargutxi, contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 140/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao , en autos núm. 204/2015, seguidos a instancia de las ahora recurrentes contra Nervacero S.A..

Ha comparecido como parte recurrida Nervacero S.A., representada y asistida por el letrado D. Francisco de Asís Migoya Amiano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- El trabajador D. Luis Andrés , nacido el NUM000 /1937, vino prestando servicios para la empresa Nervacero S.A. con una antigüedad de 29/06/1978, con la categoría profesional de chatarrero y extinguiéndose el contrato de trabajo con fecha 26/03/1989.

2º.- El Sr. Luis Andrés en su prestación de servicios como chatarrero ha venido realizando lo siguiente:

Verificar el correcto llenado de las cestas de chatarra, efectuar la pesada de las mismas y proceder al suministro correcto de las mismas al horno para garantizar el ritmo de producción y la calidad del procso (sic) previstos.

Su labor se desarrollaba en una cualquiera (sic) de las zonas de carga de cestas y carros portacestas de la acería, según lo requieran las necesidades de producción en cada momento.

Esporádicamente debía limpiar el horno y la chimenea.

3°.- El Sr. Luis Andrés en el trabajo realizado como chatarrero ha estado en contacto con productos que contenían amianto.

4°.- En la factoría de Nervacero S.A. estaban a disposición libre de los operarios las placas de amianto. Estas se utilizaban normalmente para protegerse de las fuentes de calor.

No existían puntos de extracción de polvo en aire, limitándose la posibilidad de renovar el entorno mediante la apertura de puertas y empleo de ventiladores comunes.

Existían mascarillas de papel sin control de utilización por parte de la dirección.

A partir de mediados de la década de los 90 comienza a sustituirse el amianto por fibra de vidrio.

5°- La empresa Nervacero S.A. dispone desde 2008 de un protocolo justificado en el empleo pretérito de amianto, en el cual se hace constar que "Analizado el uso sistemático del amianto en empuquetadura (sic) de bombas, protección de mangueras, lingoteras de colada continua, piquera, etc, se determina que todo el personal de acería ha podido estar expuesto al contacto con amianto".

Dicho protocolo incluye listas de personas expuestas a amianto, el Sr Luis Andrés aparecía en esta.

6°.- El Sr. Luis Andrés como antecedentes médicos presentaba:

Ex fumador desde >10 (35 paq/año)

Consumo OH 10-20 unidades(día.

Dislipemia en tratamiento.

HTA en tratamiento.

No DM

Cardiopatía isquémica:

1997, IAM inferior con cateterismo que muestra (sic) enfermedad de un vaso (OM) - ACTP 1998, angor con cateterismo que muestra reestenosis en OM- ACTOP y nuevo stent. reingresa por angor- 3° cateterismo con lesión intra-stent en OM, con nueva ACTP

2006 y 2009 -dolores torácico con PE clínica (sic) positiva y eléctrica dudosa 6°

Cateterismo coronarias normales.

2010- Marcapasos MP DDD (ENS)

Septiembre -13 dolor torácico inespecífico.

Ingreso en M. Interna en Octubre de 2013 por sd. general sin objetivarse neoplasia. Se le realizó estudio cardiorrespiratorio (sic).

Historia respiratoria EPOC moderado en SFB de 2/4

Asbestosis Pulmonar. Fibrosis pulmonar idiopática. Bronquiectasis y bulla en hemitorax derecho. TC torácico 04.09.2013: Patrón intersticial bilateral con engrosamiento de septos interlobulillares y patrón de panalización de localización subpleura así como de forma extensa afectando a ambas bases pulmonares todo ello relación con cambios de fibrosis pulmonar. Asocia bullas pulmonares subpleurales bibasales la de mayor tamaño de 7 cm en segmento 6 del lóbulo inferior derecho con cierto engrosamiento de sus paredes a las aunque sin contenido líquido que sugiera sobreinfección. Líquido loculado en cisura mayor.

No se aprecian lesiones nodulares parenquimatosas pulmonares sospechosas. No derrame pleural significativo.

Sin alteraciones en arcos costales derechos.

Durante el ingreso en M. Interna se realizó:

1 Pruebas de función respiratoria: Normalidad de volúmenes y flujos con normalidad de resistencias y volúmenes estáticos. Difusión muy descendida que corrige parcialmente con volumen alveolar.

Gasometría arterial normal. FVC 83% FV/FVC 71% DLCO 41%.

2 Test de la marcha. Se realiza test de la marcha recorriendo un total de 180 m. Comienza con un BORG 3/4 con sat 96%, finalizado con 91% y Borg de 9 disnea y 3 de piernas.

3, ecocardiograma. Cardiopatía isquémica con VI no dilatado FE 50-55%, con patrón de alteración de la relajación HAP moderada (40-50 mmHg) Hipocinesia anterior.

4. Ecocardiograma de estrés: Se realiza ETT de esfuerzo (Protocolo de Bruce modificado). Sin datos de isquemia miocárdica residual. A pico de esfuerzo PAP 80 mmHg.

Último control en Neumología en ambulatorio de Ortuella el 24.02.2014. Se inició tratamiento con O2 portátil por decauración de esfuerzo y disnea en noviembre de 2013.

2005 hernia de hiato + anillo Schatzki

IQ: apendicitis con peritonitis; prótesis penénea con disfunción eréctil. herniorrafia inguinal y umbilical; 1993 - AenoCa próstata.

7°.- El Sr Luis Andrés falleció en fecha 14/03/2014 con el diagnóstico: Aspergilosis pulmonar invasiva; Asbestosis pulmonar con fibrosis pulmonar severa; EPOC severo; insuficiencia renal aguda; fallo respiratorio agudo.

8°.- Emitido dictamen propuesta por el EVI sobre determinación de contingencia (11/07/2014): "Fallecimiento por complicaciones respiratorias relacionadas con su enfermedad provocada por asbesto".

9°.- Practicada a la muerte autopsia por el H. Cruces (14/03/2014) esta destaca:

Aparato respiratorio:

Pulmón derecho 950 gr. y pulmón izquierdo: 800 gr. Superficie irregular con incontables micronódulos, intensa congestión panlobular generalizada, múltiples formaciones bullosas que predominan en lóbulos (sic) inferiores. En cortes seriados se identifica salida de material mucopurulento y gran nódulo quístico sin contenido de 4 cm (sic). de diámetro máximo en lóbulo. Adherencias pleurales bilaterales.

Cardiomegalia (50 gr). Arterioesclerosis de aorta y ramas.

Sistema hepatobiliar y páncreas:

Hepatomegalia leve (1950 gr) y congestión hepática generaliza.

Páncreas de 98 gr.

sistema reticuloendotelias:

Bazo de 158 gra.

Sistema urogenital:

Riñones (derecho: 208 gr e izquierdo: 196 gra) con aisladas cicatrices corticales.

Estudio microscópico:

Parénquima pulmonar en el que se identifica fibrosis, focos de bronconeumonía bilateral necrotizante con imágenes fúngicas filamentosas que parecen corresponder a aspergillus. Asimismo se observa un daño alveolar difuso con imágenes de mucostasis. No se identifican cuerpos ferruginosos ni otros signos directos de asbestosis.

En el corazón se identifican cicatrices fibrosas de infarto de miocardio, focos de miocardioesclerosis y arterioesclerosis severa de coronaria, calcificada.

Parénquima renal con imágenes de nefroangioesclerosis.

En tejido tiroideo se identifica hiperplasia multinodular tiroidea, sin otros hallazgos significativos.

Pruebas adicionales:

Estudio micobriológico de muestras pulmonares positivo para bacilo alcohol resistente, aspergillus fumigatus y enterococcus faecium.

Hallazgos y diagnósticos finales:

Fibrosis pulmonar, bronconeumonía bilateral necrotizante (hongos filamentosos de tipo aspergillus). Daño alveolar difuso, mucostasi.

Ausencia de cuerpos ferruginosos u otros signos directos de asbestosis (sic).

Arterioesclerosis coronaria severa calcificada. Cicatriz fibrosa de infarto de miocardio, miocardioesclerosis.

Negroangioesclerosis.

Hiperplasia multinodular tiroidea.

10°.- El fallecido dejó viuda y una hija mayor de veinticinco años.

11°.- La viuda, Sra. Dña. Paulina ha percibido una indemnización a tanto alzado por un importe de 18.304,44 euros y una ayuda de defunción de 46,50 euros, prestaciones derivadas del fallecimiento del Sr Luis Andrés reconocido por enfermedad profesional.

12°.- Con fecha 25-2-2015 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por D. Luis Andrés frente a Nervacero S.A., debo absolver y absuelvo a los demandados de cuanto en la demanda se reclama."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Pilar y D^a. Paulina ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 16 de febrero de 2016 , en la que estimando el motivo planteado a tal fin, se añadían dos nuevos ordinales al relato de hechos probados, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El 14 de marzo de 2014 (en realidad 23 de mayo de 2014), se emitió informe por parte del servicio de neumología del ambulatorio de Portugalete, en el que se recoge "Paciente diagnosticado previamente de asbestosis pulmonar con fibrosis pulmonar muy evolucionada con exposición intensa al amianto durante su vida que fallece en marzo de 2014 por aspergilosis pulmonar invasiva confirmada en la necropsia. Se remite este informe para iniciar tramitación como enfermedad profesional: asbestosis pulmonar. Durante su vida laboral ha presentado exposición intensa al amianto habiendo desarrollado una asbestosis pulmonar muy evolucionada."

"En fecha 20 de agosto de 2008, OSALAN emitió informe sobre comunicación de datos de puesto de trabajo ante comunicación de sospecha de enfermedad profesional. En dicho informe se recoge: diagnóstico: fibrosis pulmonar compatible con fibrosis pulmonar una vez descartada otras causas"

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

"Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por doña Pilar y doña Paulina contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao dictada el 11-11-15 , en los autos nº 245/15, seguidos por las citadas recurrentes contra Nervacero S.A.. Se confirma la sentencia de instancia. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación de D^a. Paulina y D^a. Pilar se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la parte recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013, (rollo 1478/2012).

CUARTO.- La parte recurrente adjuntó al escrito de interposición del recurso un documento, consistente en examen patológico, posterior a la sentencia, que modificaba las conclusiones del primer informe de autopsia. Dicho documento fue incorporado a las actuaciones en virtud del art. 233 LRJS por Auto de 8 de noviembre de 2016 (Folio 110 y ss.).

Concedido a la parte recurrida trámite para alegaciones, ésta aportó, a su vez, nuevo informe de biopsia de fecha 3 de marzo de 2017, que igualmente fue incorporado por la vía del citado art. 233 LRJS , mediante Auto de 8 de noviembre de 2017 (Folio 176 y ss.)

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de julio de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La presente *litis* tiene por objeto la declaración del derecho a indemnización de daños y perjuicios instada por la viuda e hija del trabajador fallecido a consecuencia de asbestosis pulmonar. En la demanda rectora del proceso se reclama la suma 95.862,66 € -de los cuales, 9.586,26 € serían para la hija del fallecido, mayor de 25 años-.

El Juzgado de instancia declaró que el trabajador había estado expuesto al amianto sin que la empresa demandada hubiera adoptado medidas de protección al respecto; no obstante, desestimó la demanda porque entendió que no existía relación de causalidad entre el fallecimiento y la enfermedad padecida.

Dicho pronunciamiento es confirmado por la sentencia recurrida, dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Ambas sentencias parten de la valoración del informe de autopsia realizada al trabajador el mismo día de su fallecimiento (14 de marzo de 2014), en el que se concluía que el óbito se debió a fibrosis pulmonar, bronconeumonía bilateral necrotizante por hongos filamentosos de tipo *Aspergillus*, sin presencia de cuerpos ferruginosos y otros signos directos de asbestosis.

2. El recurso de casación de la parte demandante invoca, como sentencia contradictoria, la STS/4^a de 5 marzo 2013 (rcud. 1478/2012).

En ella se trataba del litigio seguido a instancia de la viuda de un trabajador que había sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional y, a cuyo fallecimiento, se reconoció a dicha actora pensión de viudedad por la misma contingencia. El trabajador había prestado servicios con exposición durante años a fibras de amianto, era fumador habitual. Se discutía si la patología pulmonar del trabajador debía relacionarse o no con la

exposición al asbesto, entendiendo la sentencia referencial que el amianto pudiera no ser la causa de definitiva del óbito, pero afirmando la evidencia de su influencia en la agravación e incidencia en el mismo.

3. Concorre la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS , como pone también de relieve el Ministerio Fiscal. Se trata de trabajadores sometidos a trabajos con exposición al amianto, que fallecen a consecuencia de patologías pulmonares, reclamándose en los dos supuestos la responsabilidad de la empresa por no haber adoptado medidas de protección. Y, mientras la sentencia recurrida se centra en analizar si efectivamente la asbestosis fue la causa directa y esencial del fallecimiento, la de contraste considera que la prueba de aquella exposición unida a la patología respiratoria permite establecer la responsabilidad empresarial demandada.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción del art. 1100 del Código Civil , en relación con los arts. 4.2 d) del Estatuto de los trabajadores (ET) y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), así como del art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de Enfermedades Profesionales en el sistema de la Seguridad Social, y el art. 24 de la Constitución .

Recordemos que la sentencia recurrida no niega la existencia de la exposición del trabajador al amianto ni la falta de protección al respecto, ni siquiera que el mismo había sido diagnosticado de asbestosis. El rechazo de la pretensión de la demanda se funda en la consideración de que no fue la asbestosis la causa de la muerte. Ahora bien, con independencia de que, ciertamente, los tres informes patológicos *post mortem* que han sido incorporados a las actuaciones -tal y como hemos recogido en los Antecedentes- contienen apreciaciones contradictorias respecto de la presencia de signos directos de asbestosis, no cabe dudar que el óbito se produjo como consecuencia de un deterioro de la patología pulmonar de la que el trabajador venía siendo diagnosticado desde hacía años (hecho probado sexto). Precisamente tales circunstancias se daban también en la sentencia que se aporta como contradictoria.

2. Hemos sostenido que, si la existencia de una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto ha sido reconocida por el Equipo de Valoración de Incapacidades, organismo técnico dependiente del INSS, entidad que debe hacer frente al pago de la prestación por tal contingencia, resulta contradictorio poner en duda la conexión entre la severa patología pulmonar padecida por el causante y el contacto por el mismo con el amianto (así lo dijimos en la STS/4ª de 2 marzo 2016 -rcud. 3959/2014 -).

Y hemos recordado, igualmente, que "se puede declarar la responsabilidad empresarial por los daños que tengan su causa en enfermedades profesionales por entenderse que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad en el periodo temporal de aparición y desarrollo de la enfermedad profesional cuando concurre, por una parte, base fáctica para afirmar que el centro de trabajo carecía de los dispositivos de precaución reglamentarios, que no se habían observado, en lo esencial, las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador, --o, en suma, si no se habían adoptado por la empresa, deudora de seguridad, todas o las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo--, y, además, la responsabilidad subsiste cuando aun de haberse adoptado por la empresa todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, no se acredita que el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos impositivos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario como deudor de seguridad" (STS/4ª de 24 enero 2012 -rcud. 813/2011 -, 30 octubre 2012 -rcud. 3942/2011 -, 10 diciembre 2012 -rcud. 226/2012 -, 5 marzo 2013 -rcud. 1478/2012 -, y 5 junio 2013 -rcud. 1160/2012 -).

Asimismo, esta Sala ha sostenido que es dable presumir que "la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación

causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte" (STS/4ª de 18 mayo 2011 - rcud. 2621/2010 - y 16 enero 2012 -rcud. 4142/2010 -).

3. Por ello, el hecho de que la empresa no haya acreditado haber cumplido con las exigencias en materia de protección, obliga a entender que las consecuencias nocivas en la salud del trabajador le son imputables a título de culpa en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 1101 del Código Civil , por cuanto, la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por la empresa demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exenta de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil , en doctrina que ha hecho suya el legislador al incluirla en el art. 96.2 LRJS al establecer que "en 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" (STS/4ª de 1 febrero 2012 -rcud. 1655/2011 - y 18 abril 2012 - rcud. 1651/2011 -).

TERCERO.- 1. Partiendo de la anterior doctrina, debe acogerse favorablemente el recurso de la parte actora y fijar el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios en la suma reclamada.

La demanda acude, para la valoración del daño, a las cuantías fijadas en el año del fallecimiento del causante para los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 15 marzo 2014), ciñendo su reclamación a la Tabla I (indemnizaciones por muerte), en la que, en virtud de la edad del fallecido, se fija en 86.276,40 € la indemnización al cónyuge, y en 9.586,26 € la de la hija mayor de 25 años.

2. La determinación de esos importes no puede quedar afectada por las prestaciones de Seguridad Social percibidas por los causahabientes, como propone la empresa recurrida en su escrito de impugnación.

En nuestra STS/4ª/Pleno de 23 junio 2014 (rcud. 1257/203) establecíamos que las indemnizaciones de la Tabla I del baremo de circulación resarcan, esencialmente, el daño moral. Sostuvimos allí que de ellas no podían deducirse las mejoras voluntarias de las prestaciones de muerte y supervivencia, por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual, pues estas mejoras tienen como finalidad indemnizar a los familiares del causante por la pérdida definitiva de los ingresos que allegaba a la familia, esto es, compensar el llamado lucro cesante.

Ese mismo criterio es aplicable al presente caso, puesto que la empresa no puede pretender que se minore la indemnización descontando prestaciones que obedecen a una finalidad distinta, sin homogeneidad con el daño moral cuya compensación se pretende con la cuantía reclamada.

3. En suma, procede la íntegra estimación del recurso, por lo que debemos casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase interpuesto por la parte actora y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos íntegramente la demanda, condenando a la parte demandada al abono de la suma de 86.276,40 € en favor de Dª Paulina y de 9.586,26 € en favor de la codemandante Dª Pilar .

4. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la condena en costas.

FALLO

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

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Paulina y D^a. Pilar y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada el 16 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación n^o 140/2016 , y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase interpuesto por la parte actora y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos íntegramente la demanda, condenando a la parte demandada al abono de la suma de 86.276,40 € en favor de D^a Paulina y de 9.586,26 € en favor de la codemandante D^a Pilar . Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.