

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 4340/2018 de 17 Jul. 2018, Rec. 2844/2018

Ponente: Bono Romera, Nuria.

Nº de Sentencia: 4340/2018

Nº de Recurso: 2844/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Uralita debe indemnizar a un extrabajador con 112.000 euros por la muerte de su esposa por culpa del amianto

RESPONSABILIDAD CIVIL. ENFERMEDAD PROFESIONAL. Amianto. Indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento de la esposa del trabajador, como consecuencia de la enfermedad de mesotelioma pleural, por contacto con fibras de amianto. El incumplimiento de la empresa guarda una precisa y directa relación de causalidad con la enfermedad que ha provocado el fallecimiento, como consecuencia de las fibras de amianto inhaladas al lavar y planchar durante muchos años su ropa de trabajo. Correcta aplicación del baremo de accidentes de circulación para fijar el importe de la indemnización a favor del trabajador por el fallecimiento de su esposa. La convivencia se ha de contar desde la fecha en que contrajeron matrimonio.

El TSJ Cataluña estima en parte el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona e incrementa la cantidad objeto de condena de la mercantil demandada por el concepto de daños y perjuicios que deberá abonar al actor.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2017 - 0009232

EMA

Recurso de Suplicación: 2844/2018

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. M. TERESA OLIETE NICOLÁS

ILMA. SRA. NÚRIA BONO ROMERA

En Barcelona a 17 de julio de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 4340/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Juan Alberto y Uralita, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1

Barcelona de fecha 9 de octubre de 2017, dictada en el procedimiento nº 211/2017 y recurriendo ambas partes. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. NÚRIA BONO ROMERA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de marzo de 2017, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Indemnización daños y perjuicios, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 2017, que contenía el siguiente Fallo:

" **QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por DON Juan Alberto frente a la entidad mercantil URALITA S.A, y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada URALITA S.A, a abonar al actor la cantidad de setenta y cinco mil cuatrocientos euros (75.400 euros), en concepto de daños y perjuicios sufridos por el actor por el fallecimiento de su mujer, mas los intereses previstos en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución lo cual se por reproducido en la presente parte dispositiva."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** DON Juan Alberto, nació el NUM000 de 1932, con DNI NUM001, afiliado al régimen general de la Seguridad Social en situación asimilada al alta con número NUM002, prestó servicios para ROCALLA actualmente URALITA S.A., con la categoría profesional de operario de fibrocemento desde 1962 hasta su jubilación el 1 de enero de 1994.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Social número 4 de Barcelona procedió a dictar Sentencia de fecha de 13 de febrero de 2009, declarando al actor DON Juan Alberto, en situación de incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad profesional para el ejercicio de su profesión habitual con efectos desde el día 15 de abril de 2008, reconociendo el derecho al abono de una pensión inicial del 75 por ciento de su base reguladora, debido a que según el informe del Centro de Seguridad y Salud de la Generalitat de Catalunya de fecha de 4 de noviembre de 2008 declarando que se trabajaba con amianto, pudiéndose inhalar fibras de amianto. Siendo la Sentencia confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya mediante Sentencia de fecha de 13 de octubre de 2010, adquiriendo la misma firmeza.

TERCERO.- La mujer del actor, Doña Consuelo con DNI NUM003 nacida el NUM004 de 1941, casados desde el 29 de septiembre de 1960, falleció a los 75 años de edad en fecha de 7 de octubre de 2016 (libro de familiar y certificado literal de fallecimiento emitido por Registro Civil de Hospitalet de Llobregat ramo de prueba del demandante documento número 1 y 2). Mantuvo una convivencia de 20 años con el actor, desde el día 1 de mayo de 1996 hasta el 7 de octubre de 2016 (certificado de convivencia y domicilio aportado como documento número 3 del ramo de prueba del demandante).

CUARTO.- Según consta en el informe de la vida laboral de Doña Consuelo, mediante oficio remitido al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la referida Señora Consuelo no figura que conste en su base de datos histórica, por lo que no cotizó en régimen laboral alguno hasta su defunción.

QUINTO.- En el año 2016 la mujer del actor Doña Consuelo fue diagnosticada de mesotelioma plural (informes médicos aportados en el ramo documental del demandante, documentos 5 a 20).

SEXTO.- La entidad mercantil ROCALLA S.A., fue absorbida por ENERGIA E INDUSTRIAS ARAGONESAS EIA S.A., y esta a su vez por la actual demandada la entidad mercantil URALITA S.A. (hecho notorio).

SÉPTIMO.- La empresa demandada comenzó su actividad de fabricación de material de fibrocemento con amianto en 1910 en su centro de Cerdanyola del Vallès. Finalizó esta actividad en 1977, año a partir del cual el centro de trabajo permanece como almacén de productos. En 2001 cerró toda su actividad. El primer informe sobre inhalación de fibras de asbesto de que dispone la Sección de Higiene del Centre de Seguridad y Salud Laboral de Barcelona data de 1976, en el que se describen entre otros, los siguientes trabajos:

a) De corte de tubos de fibrocemento en seco, dotados de extracción localizada insuficiente dado que el polvo se escapa por la parte posterior del disco de corte.

b) Vaciado de sacos de arpillera que contienen mezclas de amianto no compactado. Debe destacarse que el hecho de que los sacos fuesen de arpillera facilitaría la emisión de las fibras de amianto durante la manipulación de los sacos.

c) Vaciado de estos sacos y posterior sacudida de los mismos en la mezcladora. El asbesto se manipula de forma suelta, lo que contribuye al aumento del riesgo detectado.

d) No utilizan protecciones personales de tipo respiratorio.

e) De las condiciones de proceso de ventilación existentes durante las visitas técnicas, los funcionarios de la Administración Laboral pudieron concluir que:

1) Que existe riesgo de asbestosis y de sobrecarga pulmonar para los operarios de las mezcladoras holandesas del bloque 5. La concentración medida en este puesto de trabajo para las operaciones de vaciado manual de sacos de amianto no compactado es de 6,23 fibras/cm³, cuando el TLV de aquel año era de 5 fibras/cm³. Debe destacarse que los TLV eran los valores límite utilizados en la práctica habitual de la Higiene Industrial en España en aquellos años. El actual Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos de riesgo de exposición al amianto, fija ese valor límite en 0,1 fibras/ml.

2) No existe riesgo de asbestosis ni de sobrecarga pulmonar para los operarios dedicados al vaciado manual de sacos de asbesto compactado y descarga automática de cemento del bloque 22.

3) No existe riesgo de asbestosis para los operarios dedicados al serrado en seco y recuperación de placas de fibrocemento del bloque 22. En otro informe de 1976 relativo al riesgo higiénico por inhalación de polvo de fibrocemento se concluye que existe riesgo de sobrecarga pulmonar por inhalación de polvo y que la concentración medida en el proceso de acabado de tubos de fibrocemento es de 22,3 mg/m³, que supera el límite fijado en 10 mg/m³.

OCTAVO.- El Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona emitió informe técnico el 10 de marzo de 1977 sobre la valoración del riesgo higiénico en la manipulación del amianto seco en el centro de trabajo de la demandada sito en la localidad de Cerdanyola. En dicho informe, cuyo contenido se da por reproducido, se señala en los puestos de trabajo que se evalúa los riesgos existentes en el mismo, y específicamente se consideran los riesgos derivados de la exposición al amianto utilizado en el proceso productivo, medidas de protección colectiva y personal utilizadas en su caso y la eficacia de las mismas. En este informe, en su apartado 2.1, se hace constar que pese a que el Reglamento de actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (BOE de 7 de diciembre de 1961) establece una concentración máxima de amianto en el interior de explotaciones industriales de 175 partículas por centímetro cúbico, el paso del tiempo a impuesto criterios más restrictivos en la legislación comparada, lo cual dicho informe relaciona con los más recientes estudios, que han puesto de manifiesto la relación existente entre la inhalación de amianto y la aparición de cáncer pulmonar, destacando que en ese aspecto parece que la crocidolita es la forma de amianto más activa. En su apartado 2.2, se establece que el informe elige como concentración media, máxima permitida para 8 horas de exposición diaria, la de 2 fibras por centímetro cúbico y que respecto del riesgo cancerígeno, el informe se limita a resaltar los puestos donde se trabaja con el tipo de amianto al que se atribuye una mayor actividad cancerígena (crocidolita). El apartado 3 establece los resultados de la encuesta higiénica, distinguiendo las distintas líneas de fabricación:

"C.1. Línea de Tubos. Molienda Causas de la generación del contaminante - Manipulación de amianto en cantidades inferiores a un saco completo sin adopción de precauciones adecuadas.- Limpieza del pavimento por barrido.- Cantidades considerables de amianto por el suelo producidas por:

a) Las manipulaciones citadas en primer lugar

b) Diseño de las bocas de carga inadecuado por lo que al verter los sacos en los molinos cae al suelo parte de su contenido.

- Manipulación y empaquetado de sacos vacíos.

- Suciedad en suelo, instalaciones y ropas Extracción localizada Disponen de ella los dos molinos; las mediciones de la velocidad de aire en ambas bocas de carga dieron valores próximos a 4 m/s, lo que permite asegurar que virtualmente ninguna fibra puede salir del recinto donde se encuentran los molinos al exterior. Protecciones personales Los operarios utilizan de forma casi permanente mascarillas de protección respiratoria MSA Comfo con filtro contra polvo. C.2. Línea de Tubos. Ensacado y dosificación de amianto seco Causas de la generación del contaminante

- Manipulación de sacos de tejido poroso (yute) que contienen o han contenido amianto seco, especialmente las operaciones de compactado y apilado de sacos llenos y apilado de sacos vacíos.

- Limpieza del suelo mediante escoba

- Fibras de amianto depositadas en el suelo, instalaciones y ropa del operario, que las corrientes de aire, vibraciones de la maquinaria movimiento y tránsito de personal pueden hacer pasar al ambiente. En el momento de efectuar la visita se observó que en cada puesto de trabajo existía un ventilador impulsor de aire que agravaba esta circunstancia. Extracción localizada

Las dos bocas de ensacado de cada puesto de trabajo están situadas en el interior de una cabina de 1,5 x 1,5 m² de boca y 0,75 m. de profundidad provista de aspiración localizada a través de una rejilla situada en el centro de su parte posterior. Las velocidades de aire medidas en boca de cabina oscilan entre 0,4 - 0,6 m/ s. en sus extremos y 0,6 - 0,8 m/ s. en el centro, frente a la boca de aspiración. Se considera que estas velocidades de aspiración son suficientes para evitar el paso al exterior de las fibras generadas en el interior de la cabina, en la propia operación de ensacado. No obstante este sistema no capta las fibras generadas por las causas citadas anteriormente. Protecciones personales Los operarios disponen y utilizan eventualmente mascarillas marca MSA modelo Comfo con filtros contra polvo. C.3. Línea de Tubos. Carga del mezclador (Holandesas) Causas de la generación del contaminante

- Manipulación de sacos de tejido poroso (Yute) que contienen o han contenido amianto seco, especialmente las operaciones de transporte de sacos llenos y apilado de sacos vacíos.

- Operaciones limpieza mediante escoba y suciedad en suelo, instalaciones y apreciable de polvo en el vertido de cemento. Protecciones personales Los operarios durante la carga de molinos, utilizaban mascarillas de protección respiratoria MSA Comfo con filtro contra polvo. C.6. Línea de moldeados. Envío neumático de amianto. Moldeo por inyección.

Causas de la generación de contaminantes

- Manipulación de sacos de amianto, con posibles roturas o suciedad superficial.

- Apertura del saco y desmenuzamiento manual del amianto en la carga de cintas transportadoras. Limpieza de suelo mediante escoba.

- Suciedad en suelo, instalaciones y ropas. Se observó que gran parte del amianto esparcido por el suelo, procede de las cintas transportadoras, las cuales tienen defectos de carenado especialmente en su parte inferior. Protecciones personales Los operarios utilizaban mascarillas de protección respiratoria MSA Comfo con filtro contra polvo. C. 7. Línea de moldeados. Molienda de amianto. Moldeo Manual Causas de la generación de contaminante

- Manipulación y transporte de sacos de amianto, con posibles roturas y suciedad superficial.

- Apertura del saco y desmenuzamiento manual del amianto en la carga del molino. Protecciones personales Los operarios utilizaban mascarillas de protección respiratoria MSA Comfo con filtro contra polvo".

Concluye el informe (apartado 4), señalando que respecto del riesgo de asbestosis se puede afirmar que se sobrepasa ampliamente la dosis máxima permitida que se establecía en el apartado 2.2 por las razones expuestas en el apartado 2.2 (2 fibras por centímetro cúbico), en la Línea de Tubos: alimentación de molinos, encargado de los molinos, ensacado y dosificación de amianto y carga de mezclador de las máquinas holandesas, y Línea de Placas: trabajos en almacén. No se sobrepasa la citada dosis, alcanzándose sin embargo un elevado porcentaje de la misma en la Línea de Placas: carga de los molinos, y Línea de Moldeados: envío neumático de amianto y molienda de amianto. No se ha detectado concentración apreciable en Control de mezclado de la línea de moldeado. Señal por último el informe que no puede valorar objetivamente el riesgo cancerígeno existente en los distintos puestos de trabajo estudiados, si bien destaca que en todos los puestos correspondientes a la Línea de Tubos y Línea de Moldeados (moldeo por inyección), una parte considerable del amianto es crocidolita lo cual agrava el posible riesgo cancerígeno atribuible a dichos puestos.

El informe efectúa una serie de recomendaciones tanto generales como particulares, entre las cuales encontramos, como generales, las siguientes: La limpieza general de locales e instalaciones deberá realizarse por aspiración o, en los casos en que ello no sea posible, por métodos húmedos. Si en algún caso ello no fuera posible los empleados

que efectúen la limpieza así como aquellos que estén en las inmediaciones deberán obligatoriamente utilizar equipos de protección respiratoria. Puesto que los equipos de limpieza por aspiración ordinariamente descargan el aire aspirado en el interior de la nave, deberá prestarse especial atención a la eficacia de los filtros de dichos equipos, que deben asegurar una eliminación total de las fibras. Los vertidos accidentales de amianto deberán ser eliminados de forma inmediata por alguno de los métodos anteriores. En razón de la extremada peligrosidad de la crocidolita se recomienda reducir al mínimo uso y extremas al máximo las precauciones durante su manipulación.

NOVENO.- En fecha 15 de marzo de 1977, a raíz del informe técnico elaborado por el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Barcelona, referido en el hecho probado anterior, la Inspección Provincial de Trabajo ordenó a la empresa URALITA, S.A. la suspensión inmediata de los siguientes trabajos: Línea de Tubos: alimentación de molinos, encargado de los molinos, ensacado y dosificación de amianto seco y carga de mezclador de las máquinas holandesas. Línea de Placas: Almacén: manutención manual de sacos. Asimismo se requería a la empresa para que corrigiera las deficiencias que se señalaban en el informe técnico y en la forma que en el mismo se especificaba, en los siguientes plazos:

- Limpieza de locales e instalaciones. De forma inmediata.
- Ropas de trabajo. Plazo de 8 días.
- Eliminación residuos. Plazo de 15 días.
- Control ambiental. Deberá comenzarse de inmediato.
- Reconocimientos médicos. Se continuaran efectuando.
- Mantenimiento de extracciones localizadas. Deberá comenzarse de inmediato.
- Contaminación ambiental. Deberá comenzarse de inmediato

DÉCIMO.- En fecha de 28 de febrero de 2017 se interpuso demanda ante este órgano jurisdiccional."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación ambas partes, que formalizaron dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, impugnó (Juan Alberto), elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en fecha 09/10/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona-Equipo Transversal de Refuerzo de los Juzgados Sociales de Barcelona en autos de procedimiento ordinario 211/2017-R1 que estimo en parte la demanda interpuesta Juan Alberto frente a la mercantil URALITA,S.A. condenó a esta última a abonarle la cantidad de 75.400 euros, en concepto de daños y perjuicios sufridos por el actor por el fallecimiento de su esposa, más los intereses que señalaba previstos en el fundamento de derecho sexto de la misma se recurre en suplicación quien fue parte actora D. Juan Alberto y también por la mercantil que fue condenada URALITA,S.A. En ambos casos se ha impugnado el recurso.

Recurre en suplicación Juan Alberto pretendiendo que se dicte sentencia por la que estimando el recurso se declare que la indemnización total es de 140.751 euros más los intereses moratorios y procesales correspondientes. Indica el recurrente que es *objeto del recurso exclusivamente determinar la cuantificación de la reclamación efectuada*, conforme a ello es de señalar que en sede de recurso sigue persistiendo y manteniendo su reclamación al amparo de la Ley 35/2015 por perjuicio básico (categoría de cónyuge + años de convivencia) en 112.280,00 euros Tabla 1.A -como lo hizo en su demanda-, y reclamado en cuanto a perjuicio particular ya únicamente por discapacidad previa en un 25% de ese importe lo que supone 28.070 euros exclusivamente. Mantiene también como en demanda el perjuicio patrimonial básico (daño emergente) por importe de 401,00 euros Tabla 1C, sumando todo ello es la cantidad total de 140.751,00 euros. Como motivos del recurso señala los contemplados en el artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , reguladora de la jurisdicción social (LRJS) en sus apartados b) " *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.*" y c) "*Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia*".

Recurre también en suplicación URALITA,S.A. pretendiendo que se dicte sentencia por la que estimando el recurso se revoque la sentencia dictada en la Instancia en el sentido indicado en el recurso. Como motivos del recurso señala los contemplados en el artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , reguladora de la

jurisdicción social (LRJS) en sus apartados b) " *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.*" y c) " *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia*". Por URALITA, S.A. al amparo del apartado c) del art.193 de la LRJS se articulan hasta tres apartados distintos siendo el primero de ellos el de denuncia de la desestimación en la instancia de la excepción planteada sobre competencia jurisdiccional. Y en tales términos abordar la concurrencia de una excepción que determine la falta de competencia de este orden jurisdiccional social es lo primero que debe resolverse su estimación haría innecesario pronunciarse sobre cualquiera de los otros motivos contenidos en los recursos. Sin embargo lo primero que ha de establecerse en, relación precisamente a la impugnación realizada frente al recurso de suplicación de URALITA,S.A. relacionada con la "Inadmisión del recurso de suplicación por falta de consignación de la cantidad objeto de condena en la Instancia", es que consta a folios 2165 y 2161, 2164 y 2166 de autos la justificación de ingreso en el Juzgado Social y en relación a los autos 211/2017 de 300,00 euros en concepto de depósito y otros 75.400,00 euros, cantidad esta última que es la de la condena, así no procede la inadmisión del recurso con fundamento en el artículo 230.1 LRJS como se señalaba en el escrito de impugnación.

SEGUNDO.- Empezando pues el análisis en relación al motivo de recurso de URALITA, S.A. al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS , en cuanto a la falta de competencia de la Jurisdicción Social, denunciando la infracción de los artículos 2 LRJS , 9.6 de la LOPJ , 1.092 del Código Civil y 24 de la Constitución Española además de la doctrina contenida en sentencias tales como la núm. 639/2015, de 3 de diciembre dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (sección 1º), pretende la recurrente que " *A la vista de los hechos que han resultado probados, y con independencia de la estimación del anterior motivo*" y era ese en relación al apartado b) del artículo 193 LRJS para la revisión fáctica " *...considera ... que la desestimación de la excepción planteada por esta parte sobre competencia jurisdiccional contravienen de plano las normas y doctrina indicada en el encabezamiento...*" y mantiene que " *se hace necesario reiterar que ha resultado incuestionado que la Sra. Consuelo, cuyo fallecimiento da lugar al presente procedimiento al haber causado daños en el Sr. Juan Alberto, no prestó servicios en ROCALLA ni estuvo en activo durante su vida laboral. Así mismo es preciso notar que, de la lectura de la sentencia que está siendo recurrida, se desprende que fue el lavado de la ropa del Sr. Juan Alberto (trabajador de ROCALLA) lo que, exclusivamente provocó que la Sra. Consuelo entrase en contacto con amianto. Sin embargo ello no consta como Hecho Probado porque...no ha sido practicada prueba al respecto, siendo que la carga de probar lo que se alegaba correspondía al actor puesto que no nos encontramos en ninguno de los presupuestos que permite invertir ese deber procesal.*"

Analizando pues lo que plantea el recurrente en cuanto a la falta de competencia de la Jurisdicción Social, lo cierto es que ha tenido esta Sala ocasión de pronunciarse sobre ello en su Sentencia de fecha 15/06/2015 recurso 1703/2015 que se refiere a un supuesto en que también " *... la demanda la interpone un trabajador de URALITA, S.A., por daños y perjuicios sufridos en su propia persona como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales que imputa a su antigua empleadora, que han dado lugar al fallecimiento de su esposa...*" en idéntico supuesto la solución es la misma y es aquella a la que la sentencia que se recurre también llega, específicamente el reconocimiento y declaración de la competencia del orden jurisdiccional Social y conforme a los argumentos que ya en aquella sentencia que se cita se expusieron y ahora se reproducen: " *... SEGUNDO.- Al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se formula el motivo segundo que denuncia infracción del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , alegando la excepción de incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción ejercitada en la demanda.*

Pretensión que no puede ser acogida, por cuanto el objeto de la demanda no es sino la petición de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia del fallecimiento de su esposa, y causados por el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la empresa.

Como establece el art. 2. Letra a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el orden social es competente para conocer de las acciones entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, y conforme a la letra b) del mismo precepto legal, lo es igualmente para conocer de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores contra la empresa por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios.

La acción ejercitada en este procedimiento es una acción de reclamación de indemnización de los daños y perjuicios sufridos directamente por el propio trabajador como consecuencia del fallecimiento de su esposa, que imputa a un incumplimiento contractual de la demandada.

No se trata de un tercero ajeno a la relación laboral que ejercita una acción de reclamación contra la empresa, sino del propio trabajador que se dirige contra la misma imputándole el incumplimiento de las obligaciones contractuales que le ha generado un daño personal directo.

La acción de responsabilidad contractual que puede ejercitar el trabajador contra su empresa no se limita a los supuestos en los que el daño, la lesión o la enfermedad, recaen directamente sobre la propia persona física del trabajador, sino que debe también extenderse a todas aquellas situaciones en las que el trabajador alega que ha sufrido un perjuicio, moral o económico, como consecuencia de la actuación de la empresa en el ámbito del contrato de trabajo aunque ese perjuicio hubiere recaído además sobre una tercera persona ajena a la relación laboral.

Es evidente que el fallecimiento de la esposa supone un grave perjuicio para el trabajador, y si este fallecimiento es consecuencia del incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo frente al trabajador, ninguna duda cabe que puede y debe ejercitar la acción de reclamación ante el orden social de la jurisdicción.

Distinto sería en el caso de que la demanda ante el orden social de la jurisdicción la hubiere interpuesto la esposa antes de su fallecimiento reclamando los daños y perjuicios sufridos en su propia persona, o incluso los herederos que no eran trabajadores de la empresa reclamando por la muerte de su madre que no había prestado servicios en la misma, puesto que ninguno de ellos estaba vinculado con la demandada por una relación contractual y no podrían por lo tanto acudir a este orden jurisdiccional para reclamar ese tipo de daños propios.

Igualmente, si el trabajador accionara contra la empresa por daños generados por la misma, pero absolutamente ajenos a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Pero en este caso quien interpone la demanda es el trabajador, reclamando además por un daño y perjuicio que ha sufrido directamente en su persona consecuencia del fallecimiento de su esposa, y que imputa a un incumplimiento contractual de la empresa en la que prestaba servicios.

La pregunta que debemos hacernos es, resulta el trabajador perjudicado por la actuación de su empresa en el ámbito del contrato de trabajo?, ha sufrido el trabajador un daño moral derivado de la actuación empresarial en el contexto de la prestación de servicios laborales?, y la respuesta es sin duda afirmativa, por más que ese daño y perjuicio haya afectado en mayor medida a su fallecida esposa.

Como determina el art. 2º letra b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el orden social es el competente para conocer de la acción de que puede ejercitar el trabajador contra la empresa en reclamación de daños originados en el ámbito de la prestación de servicios.

Y tanto son daños las lesiones y enfermedades que pueda sufrir directamente el trabajador en su persona, como los perjuicios económicos o morales que pueda sufrir el trabajador como consecuencia del fallecimiento de su esposa o de un familiar directo, cuando el trabajador imputa ese daño a un incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

El orden social es el competente para conocer de dicha reclamación, cualquiera que sea el resultado final de la misma.

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid que se invocan por la recurrente, al igual que la más reciente de ese mismo órgano judicial de 12 de febrero de 2015, (rec. 643/2013) no solo no resultan vinculantes para esta sala, sino que se refieren además a supuestos en los que la acción las ejercitaban las propias esposas de antiguos trabajadores de URALITA, S.A., reclamando una indemnización por los daños sufridos directamente en su persona al lavar la ropa de trabajo de sus esposos, o vecinos de las viviendas contiguas al centro de trabajo.

A diferencia del caso de autos, en aquellos otros supuestos los demandantes no eran trabajadores de URALITA, S.A., y reclamaban además por daños propios directamente sufridos en su persona, que no como consecuencia de la enfermedad de sus esposos, con lo que debían acudir necesariamente al orden civil de la jurisdicción.

Mientras que en nuestro caso la demanda la interpone un trabajador de URALITA, S.A., por daños y perjuicios

sufridos en su propia persona como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales que imputa a su antigua empleadora, que han dado lugar al fallecimiento de su esposa."

No existe pues duda alguna de que se trata del mismo supuesto cuando *se reconoce como parte actora a quien fue trabajador de Uralita,S.A.*. La cita por el recurrente de la Sentencia núm. 639/2015 de 3 de diciembre de la Sala Civil del Tribunal Supremo como doctrina infringida no resulta de aplicación, ya que no resuelve, pese a que el recurrente lo mantiene, un supuesto igual, aparte de ser de la Sala Civil. Esa sentencia distingue perfectamente entre los demandantes por una parte a *"... los trabajadores directamente afectados,...los familiares de aquellos trabajadores fallecidos por el daño ocasionado, y, por otro, la reclamación trae causa de la enfermedad contraída por tres amas de casa (una de ellas fallecida) como consecuencia de manipular la ropa de trabajo de sus esposos...En el primer caso - familiares de trabajadores fallecidos-, no estamos en el supuesto de la sentencia. La legitimación viene determinada por la relación de contrato de trabajo como sucesores de los antiguos trabajadores de Uralita y trae causa directa del accidente de trabajo y de la relación laboral que mantenían los afectados con la empresa....En el segundo caso, quienes reclaman por perjuicio propio son unas amas de casa ajenas al contrato de trabajo puesto que el daño no está vinculado a ninguno de los supuestos que determinan la competencia de la jurisdicción social..."*. No es el nuestro caso el de una ama de casa quien reclama por perjuicio propio y por ello no es la Jurisdicción Civil la que debe resolver como así se recogió ya en la sentencia de esta Sala que hemos citado y no podemos acoger tal pretensión puesto que es en el Orden Jurisdiccional Social en el que debe ejercitar la parte actora, en los términos en que lo hace, su acción de reclamación.

No termina aquí la recurrente URALITA,S.A. en su exposición de ese motivo del recurso con la cita de esa sentencia de la sala Civil del Tribunal Supremo. Añade a ello como argumento que precisamente conforme a dicha sentencia *"... la persona que determina qué jurisdicción debe conocer del asunto coincide con el sujeto causante de la indemnización necesariamente.."* y que *"... incluso dando por válida la condición de perjudicado del Sr. Juan Alberto, lo cierto es que esta empresa no tenía ningún deber ni obligación al respecto de la persona que sufrió el daño y, en consecuencia, todo aquello que pueda derivar será siempre extracontractual. Además, es importante retener que el empresario es garante de la seguridad y salud de sus trabajadores, única y exclusivamente, sin que éste haya asumido compromiso alguno respecto de los familiares.."*. Respecto a estas últimas afirmaciones incluidas también dentro de este apartado del recurso de URALITA,S.A. dedicado al planteamiento de las infracciones relacionadas con *la desestimación de la excepción planteada sobre competencia jurisdiccional* en la sentencia de Instancia, lo cierto es que ya se ha dado respuesta a ello con la cita de la señalada sentencia de esta Sala de fecha 15/06/2015 recurso 1703/2015 y cualquier análisis de la existencia de culpa contractual o extra contractual a la que se haga referencia, si ha de analizarse pasa primeramente por reconocer que se está precisamente ante la Jurisdicción competente para hacerlo. Por otro lado la propia recurrente así ha de habérselo planteado cuando precisamente articula como otro motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS la infracción de los artículos 1.101 y 1902 del Código Civil relacionándolo con la responsabilidad exigida.

Reconociendo y *declarando la competencia de este orden Jurisdiccional Social*, como lo hizo también la sentencia dictada en la instancia, y como se ha avanzado, desestimado este motivo de recurso se ha de proceder a continuar con la resolución de ambos recursos planteados. En cuanto al orden en que ello ha de producirse consideramos, en cuanto que se pretende revisión fáctica al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS , primero abordar dicha cuestión pues ha de tener su trascendencia a los efectos de la resolución del presente recurso.

TERCERO.- Abordando ahora ya el **recurso interpuesto por Juan Alberto primeramente en cuanto al primer motivo del recurso** que en relación a la revisión fáctica se articula a través del cauce del artículo 193 b) de la LRJS que en relación al artículo 196.3 del mismo texto legal se determina su contenido cuando establece: **" 3. También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación"**. Es conocido y no por ello ha de dejar se señalarse que para que la revisión de los hechos pueda prosperar, ya consista en la adición, en la modificación o la supresión de un hecho probado son requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que la parte recurrente

considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación de la sentencia, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho los documentos, que ostentando un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad. En cualquier otro caso, debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiere hacer de esos mismos elementos de prueba a falta de la constatación del error evidente de apreciación que surja en los términos antes expresados. Es al Juzgador "a quo" a quien corresponde valorar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- conforme previenen el artículo 97.2 de la LRJS

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso, pues el proceso laboral es un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez "a quo", de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado. Así pues el argumento en relación al hecho/s probado/s que se califican de erróneo/s y cuya modificación se pretende por el recurrente no debe de relacionarse con una revaloración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que ya tuvo presente y realizó el Juzgador «a quo» puesto que desnaturalizaría el recurso de suplicación convirtiéndolo en una apelación o una segunda instancia cuando lo único que se construiría de ese modo por el recurrente sería una genérica alegación de disconformidad con el relato judicial plasmado en la sentencia. Frente a un planteamiento de este tipo, el criterio judicial ha de prevalecer por su consideración de objetivo, imparcial y desinteresado, en este sentido la STS Sala Cuarta de fecha 18/11/1999 recurso 9/1999 (que aunque cita los preceptos de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, el artículo 97 de ese texto igual que el actual artículo 97 se refiere a la valoración de la prueba) o la STS Sala Cuarta de fecha 24/05/2000 . O la Sentencia de esta Sala de 20/01/2011 recurso 6187/2010 también con cita de sentencias del Tribunal Constitucional y precedentes en la propia Sala (sentencias de 22 y 29 de marzo y de 11 de noviembre de 1995 ; de 25 de abril , de 30 de octubre y de 9 de diciembre de 1996 ; de 26 de noviembre de 1997 ; de 2 y 30 de noviembre de 1998 ; y de 15 y 29 de enero de 1999) ha establecido que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador/a de instancia y las conclusiones a las que llega el mismo/a y que se reflejan en el relato de hechos probados han de prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en el señalado artículo 97.2 de la LRJS , ya que " *lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva, confundiendo este recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia.*" (STS 24/05/2000).

Y pretende la modificación del hecho probado tercero (que consta en su literal en los antecedentes de hecho de la presente) en cuanto a la adición al mismo en su primer párrafo del siguiente redactado: " *Fruto del matrimonio son hijos comunes del actor y de Consuelo, sus hijos Almudena, Mateo, Catalina y Amelia, nacidos en fechas de NUM005/1961, NUM006/1964, NUM007/1967 y NUM006/1976 respectivamente .*" Y en cuanto a la alternativa redacción para el párrafo segundo siguiente " *El certificado de convivencia expedido por el Ajuntament de Gavà certifica que desde el día 1 de mayo de 1066 hasta el 7 de octubre de 2016 convivieron en el domicilio de calle Riu*

Francolí, 6 bajos, mantuvo convivencia con el actor, así como con sus hijos, éstos hasta fechas anteriores (certificado de convivencia y domicilio aportado como documento número 3 del ramo de prueba del demandado)". En este caso cita el recurrente parte actora los documentos a folios 456 a 463 (libro de familia) y folio 465 (certificado de convivencia del Ajuntament de Gavà). Esos mismos documentos son citados e identificados en la sentencia por el Magistrado a "quo" y no se trata en este caso de valorarlos para obtener conclusiones distintas de los mismos y verter un relato de hechos subjetivo y propio de parte. Lo que se pretende es la introducción de una precisión completando el hecho probado, y ello se desprende ciertamente de los documentos identificados y por otro lado es trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta y a los efectos de resolución del recurso.

Ha de prosperar pues este motivo de recurso y por ello ha de adicionarse al primer párrafo del hecho probado tercero el redactado antes transcrito y sustituirse el párrafo segundo de ese mismo hecho probado por el texto alternativo al mismo antes transcrito también.

CUARTO.- Abordando ahora el recurso interpuesto por **URALITA,S.A. primeramente también en cuanto al primer motivo del recurso** que en relación a la revisión fáctica se articula a través del cauce del artículo 193 b) de la LRJS articula la recurrente dos motivos separados:

-en un primer apartado propone la adición de un nuevo hecho probado en la sentencia, que basa en lo que consta a folios 702 a 705, 1730 a 1740 y de nuevo 1730 e identifica como estudios elaborados por el sindicato UGT y para adicionar el undécimo hecho con el siguiente literal " *El amianto fue manipulado en multitud de sectores tales como el de la construcción, el transporte terrestre, automovilístico, siderometalúrgico y químico entre otros*". Con independencia de la referencia a los que se señalan como documentos en los que basar la pretendida adición de un nuevo hecho probado y la falta de idoneidad de los mismos a los efectos de tal pretensión en el ámbito del recurso de suplicación cuando pretende de los mismo establecer una conclusión que ni siquiera resulta trascendente a los efectos de la resolución del presente recurso y el ámbito que le es propio que incluye los efectos modificadores de la parte dispositiva de la sentencia y así no ha de prosperar ese motivo de recurso.

-en un segundo apartado propone la eliminación de los hechos probados sexto a noveno inclusive. En este caso además hace referencia también el recurrente a menciones que constan en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, pero dejando aparte ello, lo que resulta relevante es que, y ni siquiera lo pretende, no cita documento alguno o pericia de la que se desprenda el error en la sentencia que debería basar la modificación que pretende. Por ello tampoco ha de prosperar este motivo de recurso que se desestima. El impugnante del recurso precisamente y en relación a este motivo destaca también tal carencia además de explayarse en otras consideraciones que van más en la línea de argumentar en apoyo de sus propios alegatos.

Con ello y salvando la estimación realizada en cuanto a la revisión fáctica por la estimación realizada en relación a ello del recurso de la parte actora, en lo demás persiste inalterado el relato de hechos probados.

Quinto.- Resta ahora exclusivamente el análisis de los recursos por lo que se refiere a la censura jurídica de examen de las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. En este punto debe recordarse que la parte actora recurrente delimitó específicamente el objeto del recurso exclusivamente determinar la cuantificación de la reclamación efectuada, y por ello ha de abordarse primero la resolución del recurso de URALITA,S.A. que si pretende la revocación de la sentencia recurrida.

En cuanto a los motivos de recurso de URALITA,S.A. al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS ha de recordarse que de los tres apartados/motivos que se articulan por esa recurrente el primero de ellos ya se ha tratado y resuelto en el fundamento segundo de la presente, hay que referirse a los otros dos.

En relación al segundo de los motivos indica la recurrente que se ha infringido el artículo 217 de la LEC en relación al artículo 96.2 de la LRJS en relación con el 24 de la Constitución española pero en un desarrollo que sigue con lo expuesto en aquel primer motivo, el que dedicó a la falta de competencia del orden jurisdiccional social, dice que "...el magistrado... reconoce abiertamente que el tipo de responsabilidad que está siendo discutida es contractual y ... que calificar la responsabilidad que esta Empresa podría tener respecto a la Sra. Consuelo como contractual supone, además, que a la mercantil sea exigida la carga de probar lo que alega, según dispone el artículo 96.2 de la LRJS ..." y que "aplica de forma indebida el 96.2 de la LRJS , decisión está que provoca más que evidente indefensión a esta

parte.." y ".. es relevante porque a lo largo de la sentencia se da por hecho y se reitera que era la Sra. Consuelo quien lavaba la ropa de trabajo de su marido..." .

Lo primero que hemos de señalar que el artículo 196 de la LRJS establece en su apartado 2 que *" En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos"*. Y esa cita se produce pero las normas citadas son relativas tanto en la cita del artículo 217 de la LEC como del artículo 96.2 de la LRJS normas sobre la carga de la prueba en general y específicamente en relación al artículo 96.2 de la carga de la prueba en el caso de procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en que se establece que corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo. No se trata de normas sustantivas que se citan como infringidas y ni siquiera de normas procesales invocables por este motivo de recurso como lo son las referidas a la competencia-incompetencia de jurisdicción con lo que no ha de prosperar este motivo de por no ser este el cauce correcto de impugnación cuando se trata del examen de la infracción del derecho (de normas sustantivas o jurisprudencia).

En relación al tercero y último motivo de recurso de Uralita,S.A. al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LEC cita URALITA como infringidos los artículos 1101 y 1902 del Código Civil y argumenta indicando que *"...con independencia de que la responsabilidad exigida sea considerada como contractual o extracontractual... no ha quedado acreditado incumplimiento normativo alguno..."* imputable a URALITA" y señalando también que no puede darse por cierto *".. que el Sr. Juan Alberto llevase la ropa a su casa para ser lavada y que esa tarea la asumiera la Sra. Consuelo y que, en el caso de que todo ello hubiera ocurrido, el contacto dañino se hubiese producido, única y exclusivamente, como consecuencia del lavado..."* y termina argumentando que sin incumplimiento no cabe indemnización alguna. Este último motivo de recurso se articula como una especie de combinación de los dos primeros sostenidos y en especial en relación al primero en el que la recurrente ya había mantenido que no tenía responsabilidad alguna, ni contractual ni extracontractual, siendo por ello indiferente el punto de vista que se tomara, pues argumentaba en contra de uno y otro tipo de responsabilidad y también exponía la inexistencia de los incumplimientos imputables y sobre la posibilidad del contacto y fuente del contacto dañino para la esposa del actor.

En este caso también debe de hacerse referencia a sentencias de esta misma Sala que se ha pronunciado ya, enlazado con el tema del mantenimiento de la competencia del orden social de la jurisdicción, a partir del hecho de que *"... la demanda la interpone un trabajador de URALITA, S.A., por daños y perjuicios sufridos en su propia persona como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales que imputa a su antigua empleadora, que han dado lugar al fallecimiento de su esposa..."*. En concreto hemos de seguir refiriéndonos a la Sentencia de esta Sala Social de fecha 15/06/2015 recurso 1703/2015 . En la misma se parte de la base de que *".... queda acreditado que desde el año 1965 hasta finales de 1984, al menos, se encargaba de lavar y planchar la ropa de trabajo del actor, siendo evidente que esa ropa llegaba al hogar familiar impregnada en fibras de amianto ante la ausencia de mecanismos adecuados de ventilación y protección en las instalaciones de la empresa en aquellos años, tal y como así consta de forma notoria a este Tribunal por las muchas y numerosas sentencias dictadas al respecto y confirmadas todas ellas por el Tribunal Supremo....."* y en sus fundamentos sigue:

" ./... alegando la recurrente que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre la enfermedad que ha determinado el fallecimiento de la esposa del actor y el posible incumplimiento empresarial en el ámbito de la actividad laboral desempeñada por el mismo.

Argumento que debemos desestimar en su integridad, toda vez que a la esposa del demandante se le había diagnosticado un mesotelioma pleural y ha fallecido como consecuencia de mesotelioma metastásico. "en el caso que ahora se analiza también el diagnóstico fue de un mesotelioma pleural en 2016 -este inciso entrecomillado es nuestro "

Dicha enfermedad se encuentra asociada habitualmente a la inhalación de fibras de amianto, como es de ver en la literatura médica al respecto; no consta de ninguna forma que la esposa del actor hubiere estado en contacto con

amiante de manera distinta y diferente a la manipulación, lavado y planchado de su ropa de trabajo, ni tampoco la existencia de otros factores de riesgos que pudieren haber generado dicha enfermedad.

./... La relación de causalidad entre las fibras de amianto y la enfermedad que ha motivado el fallecimiento de la esposa del actor es indudable.

Tal y como así se dice en la última de las citadas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de febrero de 2015 , dictada en el procedimiento seguido ante el orden civil de la jurisdicción contra la misma empresa recurrente: "esta Sala considera que la entidad Uralita S.A no ha acreditado suficientemente en autos que la misma adoptara por su parte no ya las medidas a que legalmente viniera obligada, sino aquéllas que conforme a los conocimientos habidos en el momento en el que debieron producirse los hechos litigiosos, entre 1962 y 1992, debían haberse adoptado con una diligencia y cuidado que le era exigible al venir desarrollando su actividad productiva con materiales que conocía ya desde al menos 1940 eran especialmente peligrosos, no habiendo probado desde luego la misma en forma suficiente y a juicio de esta Sala, no ya solo la eficacia de las medidas de seguridad al efecto adoptadas por ella para evitar en lo posible la existencia de fibras de amianto, al no constar en autos prueba pericial al efecto, sino tampoco la adopción de medidas en materia de prevención y seguridad e higiene tendentes a evitar su inhalación no ya sólo por parte de sus trabajadores, sino igualmente por parte de aquellas personas que sabían podían entrar en contacto con fibras de amianto, inhalando su polvo, en tanto que quedaran adheridas a la ropa de sus trabajadores, por ocuparse del lavado y cuidado de la misma, y ello no sólo respecto de la ropa de trabajo hasta que se ocupó ella, no sabemos exactamente cuándo, de su lavado , sino incluso de la ropa de calle que durante mucho tiempo se dejó en la misma taquilla que la ropa de trabajo, no constando a esta Sala cuando instaló Uralita S.A. taquillas diferenciadas para guardar una y otra ropa .Que la inhalación del polvo de asbesto era peligrosa y podía causar enfermedades muy graves, era algo conocido por Uralita S.A. en momento anterior a que los esposos de las Sras. Luisa y Maite entraran a trabajar en su fábrica de Getafe, y de ahí las normas para tratar de evitar polvo en el ambiente en sus instalaciones y la obligatoriedad de medir la concentración de fibras que podían adherirse lógicamente a la ropa de trabajo de sus trabajadores. El hecho de que Uralita S.A. cumpliera con la normativa laboral vigente en materia de seguridad en el trabajo no le exime de responsabilidad en el ámbito de la culpa civil, sin que ello signifique que se le impute tampoco un actuar doloso en relación con sus trabajadores, pero entendemos que Uralita S.A. debió extremar su cuidado para tratar que el posible polvo de amianto o fibras de este material pudiera ser inhalado, no habiendo realizado la misma a juicio de esta Sala una actividad probatoria suficiente a estos efectos, como hemos señalado, máxime teniendo en cuenta la facilidad probatoria que la misma tenía (art. 217.9 LECv), y ello en cuanto a la adopción de medios de prevención adecuados y suficientes. Es precisamente en base a lo expuesto por lo que este Tribunal entiende, que ante la falta de prueba suficiente en cuanto a que Uralita S.A actuara con la diligencia a la misma exigible, teniendo en cuenta el tipo y naturaleza de los materiales manipulados por sus trabajadores y el riesgo que la inhalación de sus fibras conllevaba, debió la Juzgadora considerar negligente su conducta estimando así en este punto las pretensiones deducidas por la parte actora en el suplico de su demanda, coincidiendo así con el criterio mantenido por otras Secciones de esta misma Audiencia Provincial en supuestos similares al que nos ocupa".

A lo que nosotros debemos añadir, que consta igualmente el incumplimiento por URALITA , S.A., de las normas laborales en materia de seguridad y salud de los trabajadores, tal y como así se ha declarado en las muy numerosas sentencias dictadas por la sala IV del Tribunal Supremo en esta materia.

Como recuerda la sentencia de la sala social el TSJ de Galicia de 30 de marzo de 2015 (rec.- 4679/2013): La deuda de seguridad, dentro del contrato de trabajo, con independencia del foco de normativas a las que luego nos referiremos, viene asumida por el mismo conocimiento que se tiene del amianto, en cuanto que se sabía por la recurrente que era una materia utilizada en el proceso productivo y que existía un contacto directo a través de la inhalación, no sólo en la construcción sino también en la reparación de buques. Si bien es cierto que la técnica y el conocimiento de materiales y agentes tóxicos ha evolucionado con el tiempo, y que determinados materiales que se creyeron idóneos para resolver determinados problemas, posteriormente se han demostrado altamente peligrosos para el hombre, no lo es menos que el empresario no puede acogerse a dicha regla general, omitiendo las diligencias que le eran exigidas, en base a su deuda de seguridad, y más ante los riesgos profesionales. En este sentido no es desechable la existencia de una normativa, y a la que se viene refiriendo una pluralidad de sentencias como son las de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de fecha 25-10-2005 ,

Murcia de 9-02-2004 , Asturias 12-03-2004 y Cataluña 16- 04-2004, o más recientemente la STS 18 de mayo de 2011 (RCUD nº2621/2010) citada por la sentencia de instancia. En efecto, al empleador le es exigible durante la prestación de servicios del trabajador, desde el año 1945 hasta el año 1988, el cumplir sus obligaciones con la diligencia debida.

Así merece destacar que ya se mencionaba a la asbestosis, en cuanto variedad de neumoconiosis definida ésta, como género común, en el art. 1 de la OM de 7 de marzo de 1941, a efectos de su consideración como enfermedad profesional, como las enfermedades pulmonares de tipo degenerativo o fibroso, ocasionadas por la aspiración e inhalación de polvo, habitualmente en suspensión en los ambientes de trabajo de determinadas industrias. Aunque con anterioridad a ello, también la Orden 31-enero- 1940, que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 28-02-1940), contiene normas sobre el trabajo en ambientes pulvígenos. Desde dicha fecha ya se dictan normas sobre estado y ventilación de los locales de trabajo en ambientes pulvígenos, así como sobre la dotación de medios de protección individual a los trabajadores cuando no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de polvos u otras emanaciones nocivas para la salud. Estableciéndose, entre otros extremos, que "El aire de los locales de trabajo y anexos se mantendrá en un grado de pureza tal que no resulte nocivo a la salud personal (...)" (art. 12.III); que "no se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techos susceptibles de producir polvo, a cuyo objeto se sustituirán por la limpieza húmeda (...) o (...) por aspiración" (art. 19.II); que "los locales de trabajo en que se desprendan polvos, gases o vapores fácilmente inflamables, incómodos o nocivos para la salud, deberán reunir óptimas condiciones de cubicación, iluminación, temperatura y grado de humedad, el suelo, paredes y techos, así como las instalaciones deberán ser de materiales no atacables por los mismos y susceptibles de ser sometidos a las limpiezas y lavados convenientes" (art. 45); que "si fuere preciso, los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posibles, en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación convenientes" (art. 46.II)); así como que en orden a la protección personal de los obreros lo patronos están obligados a proporcionar, entre otros elementos, "máscaras o caretas respiratorias, cuando por la índole de la industria o trabajo no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de los gases, vapores, polvos u otras emanaciones nocivas para la salud" (art. 86).

Asimismo, el Decreto de Enfermedades Profesionales de 10 de enero de 1947 y su Reglamento de 19 de julio de 1949 abordaron la regulación material de la enfermedad profesional, y se buscó su autonomía frente al accidente de trabajo (autonomía conceptual), dando una definición material de la enfermedad profesional: "aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte" (artículo 2º del Decreto). Pero además se estableció un cuadro de enfermedades profesionales, anexo al Decreto. En dicho anexo, ya se comprendían como enfermedades profesionales, la neumoconiosis (silicosis, con o sin tuberculosis, antracosis, siderosis, asbestosis, etcétera) y otras enfermedades respiratorias producidas por el polvo (cannabosis, asma profesional, etc.)..., derivadas de diversas actividades. Esta mención se mantiene en el Decreto 792/1961 de 13 de abril (sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional -BOE 30-05-1961), donde si bien abandona el criterio definidor material y se limita a mantener una lista cerrada de enfermedades profesionales, con lo que instaura un concepto autónomo formal: sólo es enfermedad profesional la que se encuentra recogida en dicha lista (claro que la que no lo esté puede ser considerada efectivamente como accidente laboral, dada la amplitud del concepto del accidente).

En dicho Decreto, entre las enfermedades sistemáticas se incluye asbestosis por "extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. Fabricación o reparación de tejidos de amianto (trituration, cardado, hilado, tejido). Fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto y productos de fibrocemento", y en los artículos 17 y siguientes se establecen normas para la prevención de enfermedades profesionales. Además, el Decreto de 30 de noviembre de 1961 establece, en general, las concentraciones máximas permitidas, entre otros productos, de los asbestos lo que evidencia ya la plena conciencia del daño a la salud que podía provocar el contacto con el amianto (y que no derivaba de la directa manipulación de esta sustancia mineral por el trabajador sino de la presencia del polvo que desprendía ese tipo de actividades y posibilitaba su inhalación), expresamente aclarada en el nuevo listado de enfermedades profesionales aprobado por R. Decreto 1995/1978, de 12 de mayo , al fijar el elenco de trabajos susceptibles de tipificar esta enfermedad profesional, incluyendo al efecto todo tipo de trabajo expuesto a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), según su apartado C)-1-b). Siguiendo con una breve reseña de la evolución histórica, la Ley de Seguridad

Social de 1966 y el texto refundido de 1974 mantienen la vigencia del Decreto de 13 de abril de 1961 , con su sistema listado, pero añaden una ligera definición material, con lo que se produce de nuevo un criterio conceptual mixto de autonomía material-formal. Por su parte la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo , Boletín Oficial del Estado de 16 y 17 de marzo y 6 de abril de 1971, aparte de las previsiones del artículo 133 y 150 en su artículo 7.2 establece como obligación del empresario: "adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa ". Y ya se ha dicho que el Real Decreto 1995/1978 , de 15 de mayo (modificado por Real Decreto de 27 de noviembre de 1981 y actualmente derogado por R.D. 1299/2006), establece como enfermedades profesionales: «F) Enfermedades sistemáticas. 1. Distrofia incluyendo la ulceración de la córnea por gases, vapores, polvos y líquidos. Trabajos en los que se produzcan polvos, líquidos, gases o vapores capaces de producir distrofia de la córnea. 2. Carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto. Mesotelioma pleural y mesotelioma peritoneal debidos a la misma causa. Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbestos)». Por último, aunque ya se ha mencionado, el Reglamento de Industrias Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RIMINP), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre , imponía un nivel máximo de concentración de partículas de amianto en el aire del interior de las explotaciones (concretamente, 175 millones de partículas por metro cúbico, que equivalen a 175 partículas por centímetro cúbico), según su art. 18 (en relación con su Anexo 2), en regla que no perdía su naturaleza preventiva laboral, dada la remisión que al efecto hacían el art. 1 RSHT y el art. 7 -1 OGSHT.

Significamos, con ello, que prácticamente durante toda la vida laboral del actor se conocía la peligrosidad del amianto y su incidencia en la salud de los trabajadores expuestos al radio de acción de su polvo, por el riesgo de contraer asbestosis a través de su inhalación. De hecho, la misma empresa era consciente de ello, ya que aplicaba prevenciones específicas dispuestas para dicho riesgo en los años 70 (hechos probados quinto y sexto de la sentencia), y obran en autos normas e instrucciones de seguridad de los años 50. En consecuencia, la Sala no tiene duda de que ante tal agente-polvo de amianto- las empresas tenían obligación, como mínimo desde 1947 de adoptar precauciones en orden a preservar la salud de los trabajadores, por su riesgo. Y con carácter concreto las normas que desde el año 1961 se establecen en relación a los reconocimientos médicos específicos sobre detección de asbestosis. Sobre la cuestión de aplicabilidad o inaplicabilidad de dichos exámenes médicos, esta Sala ya señaló en sentencia de 6 de febrero de 2004 (Recurso nº 2296/2001) o en la de 20 de julio de 2007 (Recurso nº 4700/2004) que "debemos señalar que, en la interpretación del Anexo del Decreto 792/1961, de 13 de abril , no debemos incurrir en una lectura reduccionista en perjuicio del derecho a la salud del trabajador, y, en todo caso, si atendemos a su sucesor normativo, el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, se contemplan en su Anexo, con carácter general, «(los) trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto)».

En definitiva, la empresa recurrente ha incurrido en negligencia en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y dicho incumplimiento guarda una precisa y directa relación de causalidad con la enfermedad que ha provocado el fallecimiento de la esposa del actor, como consecuencia de las fibras de amianto inhaladas al lavar y planchar durante muchos años su ropa de trabajo impregnada en ese nocivo producto, en un caso en el que no consta ningún otro factor de riesgo o circunstancia que pudiese haber generado la enfermedad de la fallecida esposa del actor...."

Llegados a este punto puede establecerse que es cierto que conforme consta en el relato de hechos probados la esposa del hoy actor Consuelo no cotizó a régimen laboral alguno hasta su defunción, y desde luego no se ha considerado siquiera que prestara servicios en la empresa demandada. También consta acreditado que el periodo de prestación de los servicios del hoy actor va de 1962 hasta su jubilación el 01/01/1994 conforme consta en el hecho probado 1 de la sentencia recurrida; que conforme a la sentencia a la que se hace referencia en el hecho probado 2 del Juzgado social num 4 de Barcelona el Sr. Juan Alberto fue declarado en situación de incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad profesional para el ejercicio de su profesión habitual con efectos desde el día 15 de abril de 2008 declarando que en el centro de trabajo en que prestaba servicios " se trabajaba con amianto, pudiendose inhalar fibras de amianto " y fue confirmada esa sentencia por la de esta Sala de 13/10/2010 (recc 3810/2009). En esta última ya se señaló que "... la professió del demandant s'ha de considerar com de notori esforç

físic (operari de Rocalla) i l'ambient contaminat és dedueix també de les actuacions tota vegada que la base de la seva lesió pulmonar resideix en la contaminació patida per l'ambient pulvigen de l'empresa Rocalla, per contacte amb la uralita i els seus components. No és obstacle amb aquesta valoració la argumentació de l'empresa recurrent en el sentit que l'any 2001, per Ordre de 7 de desembre de 2001, es procedís a la prohibició de l'amiant. El que està clar i és declara provat és que el demandant va treballar a l'empresa Rocalla, en la que havia estat en contacte amb amiant i en l'actualitat se li ha diagnosticat una malaltia (asbestosi) vinculada a la inhalació de les fibres de amiant (fet provat segon, que no combat l'empresa) i al que s'ha d'estar en fer la valoració jurídica..." con lo que no hay duda en cuanto al concreto origen profesional de las dolencias del hoy actor con motivo u ocasión de los trabajos realizados con amianto. Desde ese punto cabe entender acreditado que el trabajador demandante durante largos años hasta su jubilación en 01/01/1994 prestó servicios en la empresa Rocalla y a la que sucedió URALITA,S.A. expuesto a un ambiente en el que se manipulaba amianto y el propio actor padece lesiones vinculadas al contacto con el amianto que determinaron su declaración de incapacidad permanente. Tampoco puede desconocerse que la sociedad demandada y conforme se ha venido declarando por a reiterada jurisprudencia social (entre otras muchas sentencias Sala Social Tribunal Supremo de 08-03-2012 recurso 891/2011 , 25-04-2012 recurso 436/2011 , 19-04-2013 recurso 447/2/012 , 25-04-2012 recurso 436/2011 , 18-07-2012 recurso 1653/2011)"no ha practicado prueba eficaz para acreditar que cumpliera en el periodo en que trascurren los hechos la más esencial y trascendente normativa específica de prevención de los concretos riesgos laborales". A lo que se puede añadir que no existe en este caso introducido elemento alguno que permita excluir el caso del Sr. Juan Alberto considerándolo ajeno a tal situación atendiendo a lo señalado respecto al mismo y la situación que dio lugar a su declaración de incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad profesional. Y de nuevo no puede desconocerse que entre esos incumplimiento como ha sido recogido ya por numerosas sentencias en el periodo en que prestó servicios el actor se incluían que no se preveía por la empresa la limpieza de la ropa de trabajo que al igual que en ese ambiente se inhalaban las fibras de amianto, también en la ropa quedaban impregnadas de las mismas, ropa que los trabajadores se encargaban de lavar, no haciéndolo la empresa, como tampoco constaban los vestuarios dotados doble taquilla, con lo que no se distinguía entre la ropa expuesta al amianto y la ropa de calle que podía contaminarse fácilmente. Y no solo las sentencias de esta jurisdicción social así lo han venido reconociendo y señalando con reiteración, las sentencias de la jurisdicción civil que en el ámbito de su competencia también se han pronunciado en los mismos términos. Por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de febrero de 2015, citada en la de esta Sala de Social de fecha 15/06/2015. Así la asunción del hecho de que el que el trabajador tuviera que llevar la ropa de trabajo impregnada de amianto a su hogar familiar para su limpieza, lo que afectó a su esposa que se hallaba dedicada al hogar familiar (pues consta en el hecho probado cuarto de la sentencia que la esposa del actor no cotizo en régimen laboral alguno hasta su defunci ón) al ser persona que estuvo en contacto con dicha ropa de trabajo, como se recoge en la fundamentación de la sentencia recurrida, es una conclusión (conforme al artículo , 386.1 LEC - "A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a -los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según reglas del criterio humano). Y si resulta que consta además que se originó en la esposa del actor una enfermedad pulmonar que está directamente relacionada con la inhalación de fibras de amianto, y fue lo que le ocasionó la muerte, adquiere específico peso la reiterada jurisprudencia social que ha establecido que la mercantil hoy recurrente no ha practicado prueba eficaz para acreditar que cumpliera en el periodo en que trascurren los hechos la más esencial y trascendente normativa específica de prevención de los concretos riesgos laborales.

No cuestiona el recurrente el fallecimiento de la Sra. Consuelo producido por el desarrollo de la enfermedad que se le diagnosticó en 2016 de mesotelioma pleural, sino que argumenta que el contacto dañino de la misma (con el amianto- fibras de amianto) no consta que se hubiera producido por el lavado en casa de la ropa del trabajador o que fuera esa la única y exclusiva fuente del contacto. Es cierto que *la relación de causalidad entre las fibras de amianto y esa enfermedad de la esposa del actor, el mesotelioma pleural que es distinta de la fibrosis pulmonar, es indudable.* Podemos citar de forma más definida y detalladamente de la literatura médica en relación a ello y citando a Dr. Luciano (Doctor en medicina, Fellow of the American College of Chest Physicians, Jefe de Servicio de Neumología del Centro de Investigación y Asistencia Técnica de Barcelona perteneciente al Instituto Nacional de Seguridad y salud e Higiene en el Trabajo y docente en la Escuela Profesional de medicina del Trabajo de la Universidad de Barcelona) en su tratado de "Enfermedades Brocopulmonares de origen Ocupacional, Primera edición

1985 Ed. Labor, S.A. que destaca que " *La incidencia de mesotelioma en las personas expuestas al asbesto es, sin embargo, muy difícil de precisar, y varía ampliamente según el tipo de exposición, tipo de asbesto, área geográfica, etc. En general se estima que alrededor del 85% de los casos de mesotelioma han tenido una exposición al asbesto, bien laboral directa, bien laboral indirecta o bien paralaboral; la relación con la exposición al asbesto sería inexistente en tan sólo alrededor del 15% de los casos*" y ello aun correlacionado la exposición o dosis mínima desencadenante ("trigger-dose") sorprendentemente exigua en el mesotelioma que además destaca por un periodo de latencia promedio de entre 37,4 años o incluso 40 y reconociendo la *exposición doméstica en familiares de trabajadores expuestos al amianto como exposición paralaboral "conforme a la misma fuente"*.

No hay duda de que el Sr. Juan Alberto había estado expuesto al ambiente en que las fibras de amianto eran inhaladas, pero en ese ambiente también impregnaban la ropa, los espacios y maquinaria... y no hay duda de que el Sr. Juan Alberto y su esposa la Sra. Consuelo convivían en el mismo domicilio lo que determinó que la esposa del mismo entrara en contacto con el amianto que no puede dudarse y a través del Sr. Juan Alberto tenía acceso al domicilio familiar, aún más allá del específico cometido del lavado de la ropa y aunque tal fuera una actividad desarrollada dentro del ámbito del domicilio familiar.

Todo lo expuesto determina la desestimación de este motivo de recurso con lo que se determina la desestimación completa del recurso interpuesto por URALITA,S.A.

SEXTO.- Abordando ahora **finalmente el recurso interpuesto por Juan Alberto al amparo del** apartado c) del artículo 193 y en relación a la infracción del derecho o normas de la jurisprudencia cita como infringidos el RDL 8/2004 según la redacción dada por la Ley 35/2015 y en especial de los artículos 63 y 69 en relación a las tablas 1.A y 1.B. Los señalados artículos de la ley 35/2015 de 22 de septiembre , de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esos artículos establecen:

Artículo 63.El cónyuge viudo. 1.El cónyuge viudo no separado legalmente recibe un importe fijo hasta los quince años de convivencia, en función del tramo de edad de la víctima, y un incremento por cada año adicional o fracción.

2.A los efectos del cómputo establecido en el apartado anterior, si quienes constituyen pareja de hecho estable contraen matrimonio, los años de convivencia se suman a los de matrimonio.

3.La separación de hecho y la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio se equiparan a la separación legal.

4.En caso de concurrencia de cónyuges o parejas de hecho estables, en los supuestos en que la legislación aplicable lo permita, el importe fijo que establece el apartado 1 se distribuye a partes iguales, y en caso de existir incrementos adicionales, se toma el incremento mayor y se distribuye en proporción a los años adicionales de convivencia.

Artículo 69.Perjuicio particular por discapacidad física, intelectual o sensorial del perjudicado. 1.El resarcimiento del perjuicio particular por discapacidad física, intelectual o sensorial, previa al accidente o a resultados del mismo, tiene por objeto compensar la alteración perceptible que el fallecimiento de la víctima provoca en la vida del perjudicado.

2.Para que este perjuicio sea resarcible se requiere como mínimo un grado de discapacidad del treinta y tres por ciento, que se acredita mediante resolución administrativa o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

3.Este perjuicio se resarcirá mediante un incremento de la indemnización básica que le corresponda, que oscilará entre el veinticinco y el setenta y cinco por ciento, en atención al grado de discapacidad, la intensidad de la alteración y la edad del perjudicado.

En relación al primero al que se refiere el recurrente como infringido, el artículo 63 citado, y fundamento de la reclamación que realiza como perjuicio básico según la tabla 1.A, *p artiendo del inalterado relato de hechos probados se establece que el actor y la fallecida Consuelo contrajeron matrimonio el 29/09/1960, y que la Sra. Consuelo falleció a los 75 años de edad el 7/10/2016. Sin embargo el Magistrado de Instancia únicamente considera la existencia de una convivencia de 20 años, en concreto desde el día 01/05/1996 hasta la fecha de su fallecimiento, eludiendo considerar de cualquier modo el periodo que va desde que contrajeron matrimonio hasta esa fecha de 01/05/1996. No podemos compartir el criterio del Juzgador de Instancia pues conforme se prevé en el Artículo 69 del*

Código Civil , " se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos", y en este caso no solo no existe prueba en contra de tal presunción de convivencia, sino que se constata el nacimiento de los hijos del matrimonio en fechas de NUM005/1961, NUM006/1964, NUM007/1967 y NUM006/1976, lo que aboga más si cabe por la existencia de convivencia matrimonial. Siendo así como se considera la convivencia ha de contarse desde la celebración del matrimonio conforme a la Tabla A.1 suma por 15 años de convivencia si la víctima tenía de 67 a 80 años 70.000 euros y por cada año adicional de convivencia o fracción 1000 euros más con lo que de 29/09/196 a 29/09/1975 transcurren los primeros 15 años que determinan la cuantía de 70.000 euros y desde esa fecha hasta 7/10/2016 transcurren 41 años y una fracción de 8 días del siguiente cómputo anual -contabilizando de fecha a fecha ex art. 5 del Código Civil-lo que supone 42.000 euros más y un total de 112.000 euros (70.000+42.000). Solicitándose 112.280 euros ha de estimarse en parte el recurso y correlativamente la cantidad que se fija por esa partida.

En relación al segundo precepto al que se refiere el recurrente, el artículo 69 citado, como fundamento de la reclamación que realiza como perjuicio particular -identificado en el núm 2 del motivo-, mantiene el recurrente que en contra de lo que el Magistrado de Instancia sostiene en su demanda sí procede la cantidad que se reclama por ese perjuicio que considera resarcible porque sí presenta ese mínimo de grado de discapacidad del 33% conforme a la previsión del artículo 4.2 del RDL de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social cuando dice: " 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.", y en base a ello sostiene que "...Sin más discusión ni necesidad de razonamiento, el ahora recurrente acredita, por su declaración de incapacidad permanente total su discapacidad superior al 33%, y en consecuencia el derecho a la partida indemnizatoria de 28.070€...". No compartimos esa aparente simplicidad a la que parece reduce la cuestión el recurrente, más al contrario es preciso y necesario el razonamiento que, avanzamos ya, nos conduce a desestimar la pretensión de ese perjuicio particular que considera en su caso resarcible el actor.

El antes citado artículo 69 del RDL 8/2004 según la redacción dada por la Ley 35/2015 que el recurrente considera infringido dice más y en concreto en su apartado 2 que " Para que este perjuicio sea resarcible se requiere como mínimo un grado de discapacidad del treinta y tres por ciento, que se acredita mediante resolución administrativa o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.". Así establece un doble límite ya que por una parte exige (apartado 1 del art 69) que el fallecimiento de la víctima haya producido una alteración perceptible en la vida del perjudicado, admitiendo que la discapacidad sea previa o que se derive del siniestro que da derecho a la indemnización. No hay duda de que el fallecimiento de la esposa del actor tras tantos años de convivencia ya ha producido ese efecto de la alteración perceptible en la vida del mismo.

Pero por otro lado, y aquí entra en juego el apartado 2 de ese artículo 69, existe un segundo límite se exige que la discapacidad sea al menos de un 33%, acreditable mediante la correspondiente resolución administrativa o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho. Dos son pues los items: a) *se requiere como mínimo un grado de discapacidad del treinta y tres por ciento* y b) *que ese grado de discapacidad se acredita mediante resolución administrativa o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*, con lo que salvo la existencia de ese "otro medio de prueba admitido en derecho" ha de estar el grado de discapacidad reconocido en resolución administrativa.

El artículo 4 del RDL Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social cuando además de lo señalado en cuanto a lo expresado en su apartado 2, en el apartado 3 dice. " 3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional." Por lo tanto y en relación con el apartado 2 distingue entre: a.- personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad: " *tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*" y b.- personas

que la norma considera que presentan un grado de discapacidad por ser pensionistas de incapacidad total, absoluta o gran invalidez " *Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez*". Estos últimos, no tienen reconocido el grado de discapacidad, porque conforme al punto 3 de ese artículo 4 RDL Legislativo 1/2013 el reconocimiento del grado de discapacidad " *deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente*" y " *La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente*". Y volviendo de nuevo a la norma artículo 69 del RDL 8/2004 según la redacción dada por la Ley 35/2015 ese grado de discapacidad del 33% se acreditara *mediante resolución administrativa o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho* y la resolución administrativa que reconoce el grado de discapacidad no es, obviamente la resolución administrativa que declara el grado de incapacidad Permanente Total. Y que no existe resolución administrativa que fije un grado de discapacidad del 33% es también la conclusión a la que llega el Magistrado de Instancia. El propio recurrente no desconoce ello cuando sostiene que " *acredita sin más y por su declaración de incapacidad permanente total su discapacidad superior al 33%,*" es decir, prescindiendo de la existencia de una resolución del órgano competente para la declaración del grado de discapacidad, que no es obviamente el INSS. No es tal la previsión normativa que no excusa en el artículo 69 del RDL 8/2004 según la redacción dada por la Ley 35/2015 que requiere de esa resolución administrativa específicamente relacionada con la acreditación de como mínimo un grado de discapacidad del treinta y tres por ciento.

En cuanto al argumento del recurrente en base al cual pretende soslayan ese requisito en base a la previsión del artículo 4.2 del RDL 1/2013 de 29 de noviembre antes transcrito, no podemos dejar de señalar que dentro del ámbito del control Jurisdiccional de la legislación delegada, y lo es *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* , la tesis doctrinal mayoritaria se inclina por la posibilidad de revisión jurisdiccional del ultra vires de los Decretos Legislativos en correlación a los preceptos que hayan incurrido en exceso, que no tendrán naturaleza de Ley puesto que el contenido de la norma delegada no queda cubierto por la Ley de delegación. La consecuencia es que los tribunales ordinarios han de apreciar si aquellos se ajustan o no a la delegación, y en lo que no se ajusten, pueden proceder por si mismo a su inaplicación.

Desde este punto de vista y aceptando la argumentación de la reciente sentencia del *Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de castilla la Mancha, sede Albacete recurso 565/2017 de fecha 19/04/2018* (y anterior en la misma Línea del mismo Tribunal y Sede recurso 37/2017 de fecha 31/01/2018 y *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de castilla León, sede Valladolid recurso 261/2018 de fecha 25/04/2018*) tal efecto que pretende el recurrente no es posible a partir de la consideración de que: " *./... el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social , introduce una mutación legal con respecto a las normas que vino a refundir, incurriendo en "ultra vires"....*" Situación que se analiza expresamente y que es como la que plantea la recurrente: " *... la parte no discute la valoración del grado de discapacidad eventualmente concurrente./... sino única y exclusivamente, porque considera que el reconocimiento a la demandante, de la situación de invalidez permanente total, cosa que ocurrió en efecto por sentencia de 24-6- 14 , debía acarrear de manera automática el reconocimiento de indicado grado del 33% de discapacidad, en atención a lo dispuesto en el art. 4.2 del RDLeg. 1/2013 , que establece sobre lo que ahora nos ocupa./... la indicada norma,...ha introducido, de manera patente, un cambio en lo que se disponía en la anterior regulación, que se contenía en el art. 1.2 de la derogada Ley 51/2003 de 2 de diciembre , que fue interpretada por la jurisprudencia del TS que se cita en la instancia, y que como acabamos de decir, había fundado e inspirado nuestras anteriores resoluciones. "por ejemplo Doctrina unificada de la sala social del Tribunal Supremo en su sentencia de 29/01/2008 recurso de casación para la unificación de doctrina 912/2007,- y el entrecomillado inserido es nuestro para la identificación de la jurisprudencia " *./.... Jurisprudencia de la que se derivaba el rechazo del reconocimiento de un grado de minusvalía del 33% en función de la declaración del afectado en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, y ello en base a la doctrina iniciada a raíz de las dos Sentencias de Pleno dictadas por el Tribunal Supremo, de fecha 21 de marzo de 2007 , seguidas por otras muchas, como, por vía de ejemplo, las de 30-04- 2007 (Rec. 1253/2006), 29-05-2007 , 19-07-2007 , 30-01-2008, 5-02-2008 y 20-02-2008 (Rec. 3496/2006)*". Y sigue *./... En dicha**

situación legal y jurisprudencial, viene a incidir el contenido del art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013 , en el que, como ya ha quedado indicado, al haberse efectuado al inicio su transcripción literal, en lugar de la dicción contenida en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 , según el cual: "A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez,...", lo que se indica es que: "...a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez,..", contraposición entre la expresión "a los efectos de esta ley", y la de "a todos los efectos", que, según diversas sentencias de otras tantas Salas de lo Social de diferentes TSJ, como los del País Vasco de fechas 14-04- 2015 (Rec. 428/15) y 17-11-2015 (Rec. 1967/15 ; de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24-06-2015 (Rec. 2668/14) y de la Rioja de 19-11-2015 (Rec. 319/15), determinan la necesaria modificación de la solución que se venía adoptando hasta el momento, concluyendo en el sentido de que al amparo de la nueva normativa ya no sería necesario determinar el grado de discapacidad, salvo que el interesado pretendiese el reconocimiento de un porcentaje superior al 33%; procediendo por tanto el reconocimiento de la discapacidad (33%) tras la simple acreditación de la declaración de la incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.

Criterio contrario al adoptado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid, que en su sentencia de 17-02- 2016 (Rec. 2345/2015), dictada en Sala General, concluye en el sentido de la imposibilidad de admitir la homologación automática entre el reconocimiento de la incapacidad permanente total , absoluta o gran invalidez, y la apreciación de un grado de discapacidad del 33%, negativa que descansa en la consideración de que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social , introduce una mutación legal con respecto a las normas que vino a refundir, incurriendo en "ultra vires".

Concluye la sentencia que se cita que la delegación contenida en la disposición final segunda de la ley 26/2011 , de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificada por la disposición adicional quinta de la Ley 12/2012 , establecía «El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril , de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre , de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.» Que en base a ello se publicó en el BOE de 3-12-2013, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social , que venía a refundir en una sola esas tres leyes relativas al estatuto jurídico de las personas con discapacidad. Y que "... la Dicción literal del precepto que, al utilizar la expresión "a todos los efectos", en lugar de la usada por el art. 1.2 de la Ley 51/2003 , indicando: "A los efectos de esta ley", implica para el tribunal de referencia, la necesidad de analizar si ese cambio se encontraba amparado por el legislador al hacer la delegación legislativa, obteniendo una respuesta negativa..." Por ello y basándose en que "...El artículo 82.5 CE prevé que en la elaboración de textos refundidos será posible regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hayan de ser refundidos, y ese es el tipo de autorización que recibió el Gobierno del Estado mediante la Ley 26/2011 para proceder a la aprobación del Texto Refundido. Por lo tanto, se trataría de fusionar textos clarificando y armonizando los elementos de contradicción que puedan darse entre ellos, lo que evidentemente va a permitir que el Gobierno ejerza un papel creativo a la hora de llevar a cabo la tarea de refundición, superando una mera actividad de depuración de errores e incorrecciones." Derivando de ello las siguientes conclusiones: - Inexistencia de norma alguna en la Convención Internacional, ratificada e incorporada al derecho interno por España mediante ley, que obligase a una equiparación entre el concepto de discapacidad y la incapacidad laboral con

carácter general; - La legislación refundida "tenía un alcance claro y señalado de manera incondicionada por el TS en el sentido de que la equiparación de la incapacidad laboral permanente y la minusvalía era únicamente a los efectos de la ley 51/2003 ."; - "El salto que produce el texto Refundido al realizar una equiparación total entre los conceptos antes referidos, al realizar la equiparación a todos los efectos supone un ultra vires al producir la legislación delegada una mutación legal de amplio alcance con respecto a las normas refundidas." ; - Imposibilidad de alegar "que existía contradicción entre los conceptos de minusvalía que establecían la ley 13/1982 y la ley 51/2003 pues dicha contradicción no era tal en el terreno de los principios y además la jurisprudencia ya concretó interpretando las leyes en ejercicio de las funciones constitucionales que le competen cual era el alcance de dichas definiciones.

Circunstancias las indicadas que, junto a la asunción de la doctrina Constitucional según la cual el control realizado por la jurisdicción ordinaria de la legislación delegada que ha incurrido en exceso de delegación es un control absoluto, de tal forma que "una vez que el órgano jurisdiccional ha determinado que se ha incurrido en ultra vires, no es preciso que el Tribunal Constitucional confirme que se ha producido una pérdida del rango legislativo por parte de la norma en cuestión. La resolución judicial ordinaria es en sí mismo suficiente para que el Decreto Legislativo adquiera rango reglamentario (así, STC 166/2007, de 4 de julio)". Se concluye en dicha sentencia, y concluimos en la que ahora nos ocupa, entendiendo que para la resolución del el recurso debe partirse de que el texto refundido no puede conceder derechos que no se tenían con la legislación objeto de refundición por lo que la conclusión a obtener no puede ser otra que la mantenida de forma reiterada por el Tribunal Supremo en las numerosas sentencias ya indicadas y parcialmente transcritas al inicio de esta resolución, y que se reitera en la reciente sentencia del mismo Tribunal de 7-04-2016"

Y entonces partiendo de ese criterio que se comparte, se sigue la línea jurisprudencial Tribunal supremo en su sentencia de 29/01/2008 recurso de casación para la unificación de doctrina 912/2007 no cabe apreciar la posibilidad de derivar de forma automática el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%, de la previa declaración del afectado en situación de incapacidad permanente total. Cosa distinta de la posibilidad de que quien tenga reconocida la situación de incapacidad permanente total pueda obtener en base a la determinación de que tenía la consideración de persona con discapacidad en un grado igual al 33% la resolución por la que por el órgano competente se le reconozca el grado de discapacidad igual al 33% siempre que se mantuviera la condición de pensionista de la Seguridad Social y ello con independencia de la valoración obtenida dictamen técnico facultativo que no determina la variación del estatus mientras mantuviera esa condición de pensionista de la Seguridad Social. *No considerándose el automatismo u homologación que la recurrente da por sentado, no se determina el cumplimiento de que la discapacidad de al menos de un 33% sea acreditable mediante la correspondiente resolución administrativa dictada en ese sentido. Es por ello que complementando los argumentos expresados por el Juzgado de Instancia de que no existe resolución administrativa que fije un grado de discapacidad del 33% desestimamos este motivo de recurso en cuanto a la pretensión indemnizatoria relacionada con el perjuicio particular por discapacidad previa del cónyuge superviviente.*

SÉPTIMO.- *En cuanto a las costas conforme al artículo 235.1 de la LRJS "1. La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.*

Las costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte, sin que la atribución en las costas de dichos honorarios puedan superar la cantidad de mil doscientos euros en recurso de suplicación y de mil ochocientos euros en recurso de casación.

2. La regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe.

3. La Sala que resuelva el recurso de suplicación o casación o declare su inadmisibilidad podrá imponer a la parte recurrente que haya obrado con mala fe o temeridad la multa que señalan el apartado 4 del artículo 75 y el apartado 3 del artículo 97, así como cuando entienda que el recurso se interpuso con propósito dilatorio. Igualmente en tales

casos, impondrá a dicho litigante, excepto cuando sea trabajador, funcionario, personal estatutario o beneficiario de la Seguridad Social, los honorarios de los abogados y, en su caso, de los graduados sociales colegiados actuantes en el recurso dentro de los límites fijados en el párrafo primero de este artículo. Cuando la Sala pretenda de oficio imponer las anteriores medidas, oirá previamente a las partes personadas en la forma que establezca.

De las dos recurrentes únicamente ha resultado vencida por la desestimación completa de su recurso URALITA,S.A. a la que se imponen las mismas, que comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso en defensa o en representación técnica de la parte , en importe de 500 euros. Asimismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 204, apartado 4, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte condenada para recurrir, al que, una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se le dará el destino legal.

Vistos los preceptos mencionados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMANDO por un lado el recurso de suplicación interpuesto por URALITA,S.A. y ESTIMANDO EN PARTE por otro en parte el recurso de suplicación interpuesto por S. Juan Alberto frente a la sentencia dictada en fecha 9 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona- Equipo Transversal de Refuerzo de los Juzgados Sociales de Barcelona *en autos de procedimiento ordinario 211/2017-R1* DEBEMOS REVOCAR en parte dicha resolución exclusivamente en cuanto a la cantidad objeto de la condena de la entidad mercantil demandada URALITA,S.A. por el concepto de daños y perjuicios que deberá abonar al actor que se fija en 112.000 euros, quedando inalterados los demás pronunciamientos de la sentencia.

Se imponen por la desestimación completa de su recurso a URALITA,S.A. las costas en importe de 500 euros y la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir.Una vez firme la presente resolución y por el Juzgado de procedencia, se procederá y dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.