



Roj: STSJ MU 2883/2015 - ECLI:ES:TSJMU:2015:2883
Id Cendoj: 30030340012015100953
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Murcia
Sección: 1
Nº de Recurso: 498/2015
Nº de Resolución: 1002/2015
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JOSE LUIS ALONSO SAURA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 01002/2015

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Pº GARAY, 5-2ª PLANTA. 30005-MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

NIG: 30030 34 4 2015 0000182

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000498 /2015

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001546 /2010

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña REPSOL PETROLEO, S.A., Lidia , Maximiliano , Rosario

ABOGADO/A: JORGE SARAZA GRANADOS, MARIA DEL PILAR LAHERA CHAMORRO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: REPSOL PETROLEO, S.A., MUSINI S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS SA , Lidia , Maximiliano , Rosario

ABOGADO/A: JORGE SARAZA GRANADOS, ANTONIO JOSE GARCIA SAENZ , MARIA DEL PILAR LAHERA CHAMORRO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

En MURCIA, a catorce de Diciembre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por Dª Lidia , D. Maximiliano y Dª Rosario , contra la sentencia número 0206/2014 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 2 de Mayo , dictada en

proceso número 1546/2010, sobre CONTRATO DE TRABAJO, y entablado por D^a Lidia , D. Maximiliano y D^a Rosario frente a REPSOL PETRÓLEO S.A., y MUSINI S.A. (ACTUALMENTE MAPFRE EMPRESAS S.A.).

Actúa como Ponente el Il^{mo}. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

El proceso se inició por demanda, en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados:

PRIMERO. D. Luis Carlos , nacido el NUM000 -43, prestó servicios para la empresa demandada desde el año 1.962.

SEGUNDO. Hasta el año 1.982 el Sr. Luis Carlos prestó servicios como calderero-tubero. Posteriormente ostentó la categoría de ayudante técnico, con funciones de inspección y supervisión, y a partir de 1.994 la de técnico medio programador.

TERCERO. Hasta principios de los años 80 en> la empresa demandada se utilizaba el **amianto** como material aislante en tuberías .

CUARTO. En el desempeño de sus funciones como calderero tubero el trabajador tenía contacto diario con el **amianto** en sus labores de reparación, montaje y desmontaje de tuberías.

QUINTO. En dichas tareas se generaba polvo de **amianto** al cortar y desforrar las tuberías, tanto en el exterior como en el interior de las calderas y en las paradas que se realizaban periódicamente.

SEXTO. La empresa practicaba al trabajador reconocimientos médicos anuales. En el reconocimiento del año 2.003 se detectó un patrón ventilatorio restrictivo y no se le practicó ninguna prueba complementaria.

SÉPTIMO. D. Luis Carlos fue declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional con efectos de 31-5-10.

OCTAVO. La resolución fue impugnada por la mutua "Fraternidad-Muprespa". La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social n°2 de Murcia de 26-11-12 , que ha adquirido firmeza.

NOVENO. El Sr. Luis Carlos padecía mesotelioma pleural maligno con severa restricción respiratoria (FEC de 45%).

DÉCIMO. El Sr. Luis Carlos falleció el 22-2-11.

UNDÉCIMO. La empresa demandada suscribió con la compañía de seguros "MUSINI, S.A." (actualmente "MAPFRE, S.A.")- la póliza de seguro que ha sido aportada por ésta y cuyo contenido se da aquí por reproducido.

DUODÉCIMO. La papeleta de conciliación se presentó el 25-10-10.

El fallo de la misma es del tenor siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Da Lidia , D. Maximiliano y Da Rosario , como herederos de D. Luis Carlos , condeno a la empresa "REPSOL PETRÓLEO, S.A." a abonar a los demandantes la cantidad de NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCO EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (91.605,50 €) , cantidad que se incrementará en el interés legal del dinero desde la interposición de la papeleta de conciliación, y absuelvo a la compañía de seguros "MUSINI, S.A." (actualmente "MAPFRE EMPRESAS, S.A.") de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO .- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la Letrada doña Pilar Lahera Chamorro, en representación de la parte demandante.

El recurso interpuesto ha sido impugnado:

Por el Letrado don Jorge Saraza Granados, en representación de la empresa Repsol Petróleo S.A.

Por el Letrado don Antonio José García Saenz, en representación de "Mapfre Empresas S.A."

Por el Letrado don Jorge Saraza Granados, se interpuso recurso de suplicación en representación de la empresa "Repsol Petróleo S.A."

El recurso interpuesto ha sido impugnado por la Letrada doña Pilar Lahera Chamorro, en representación de la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- La parte actora presentó demanda, solicitando una indemnización de 250.000 euros más los intereses legales.

La sentencia recurrida estimó parcialmente la demanda, concediendo una indemnización de 91.605,50 euros más el interés legal del dinero desde el acto de conciliación.

La parte actora instrumentó recurso de suplicación y acaba solicitando que "las lesiones del Sr. Luis Carlos deben calificarse en 90 puntos de secuela (tal y como se acredita pericialmente), lo que implicaría una suma igual a 177.778,50 o al menos debe ser de 76 puntos de secuela lo que suma 99.457,40 €.

Y, en cualquier caso, se deberían añadir los daños morales complementarios al exceder una sola secuela de 75 puntos, que ésta parte estimó en 88.063,51 €".

La empresa REPSOL impugna el recurso, oponiéndose.

La empresa REPSOL PATRÓLEO, S.A., instrumentó recurso de suplicación y solicita: "dicte sentencia por la que se revoque y anule la resolución ahora recurrida en los extremos sobre los que versan concretamente los motivos fácticos y jurídicos del presente recurso, por considerarla contraria a cuantas normas jurídicas sustantivas y procesales, así como jurisprudenciales que se han expresado en el cuerpo del presente escrito, dictando un nuevo fallo por el que se estimen los motivos de suplicación esgrimidos, desestimándose íntegramente la demanda presentada de contrario y se absuelva a mi representada de cuantas peticiones se contienen en el suplico de la misma".

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Razones de orden lógico-jurídico aconsejan analizar en primer lugar el recurso de REPSOL PETRÓLEO S.A.

Se pide inicialmente, la revisión de hechos probados al amparo de lo establecido en el artículo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Se formula el primer motivo de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 193 apartado b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para solicitar la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas practicadas, en particular, la documental, sirviendo de apoyo las confesiones judiciales de las partes.

a) Se solicita la modificación y revisión del Hecho Probado Segundo.

La modificación que se propone y su redacción alternativa es la siguiente: "Hasta el año 1.982 el Sr. Luis Carlos prestó servicios como calderero. Posteriormente ostentó la categoría de ayudante técnico, con funciones de inspección y supervisión, y a partir de 1.994 la de técnico medio programador".

b) Se solicita la modificación del Hecho Probado Tercero.

La modificación que se propone y su redacción alternativa es la siguiente: "En la empresa demandada, como en todas las empresas de la industria y el sector, se ha venido utilizando **amianto** como componente de otros materiales hasta los años 70. Dicho material, en todo caso, está en espacios confinados, soterrados o revestido de otros materiales de los que es componente; no encontrándose al alcance de los trabajadores de la empresa".

c) Se solicita la modificación del Hecho Probado Cuarto.

La modificación que se propone y su redacción alternativa es la siguiente: "En el desempeño de sus funciones como calderero el trabajador no tenía entre sus funciones el desmontaje de tuberías, y por lo tanto no tuvo por qué entrar en contacto con el **amianto**. Puesto que las funciones desempeñadas por el trabajador consistían en las propias de calderero, ayudante técnico y técnico medio".

d) Se solicita la supresión del Hecho Probado Quinto cuya redacción actual es del siguiente tenor literal: "En dichas tareas se generaba polvo de **amianto** al cortar y desforrar las tuberías, tanto en el exterior como en el interior de las calderas y en las paradas que se realizaban periódicamente".

e) Se solicita la modificación del Hecho Probado Sexto.

La modificación que se propone y su redacción alternativa es la siguiente: "La empresa practicaba al trabajador reconocimientos médicos anuales, consistentes en diversas pruebas: analítica, espirometrías,

revisión del oído, la vista, realización de radiografías de tórax, entre otras. En el reconocimiento del año 2003 se detectó un patrón obstructivo respiratorio no relacionado con el desempeño profesional. En los años 2004 y siguientes, reiterándole los reconocimientos médicos, incluyendo radiografías de tórax y espirometrías, no se le detectó problema respiratorio alguno.

De la prueba médica aportada a los autos queda acreditado que el trabajador padeció un patrón obstructivo respiratorio que pudo tener etiología diversa

De otro lado, el trabajador presentaba un cuadro clínico complejo en el momento del fallecimiento, contando con varias dolencias y hábito tabáquico".

f) Se solicita la modificación del Hecho Probado Noveno.

La modificación que se propone y su redacción alternativa es la siguiente: "El Sr. Luis Carlos fue diagnosticado inicialmente de una dolencia compatible con el mesotelioma pleural maligno, si bien, al final de sus exámenes médicos se cambió el diagnóstico a mesotelioma pleural maligno sin hallarse datos significativos en los informes médicos que aconsejaron ese cambio de diagnóstico.

Del mismo modo, el trabajador padecía un cuadro clínico complejo con un patrón obstructivo respiratorio, tabaquismo, hematurias, hipertensión arterial y otras dolencias, en el momento de su fallecimiento".

La parte actora se opone.

Vistas las alegaciones formuladas, debe concluirse que las revisiones son inviables pues no se evidencia error alguno en la sentencia recurrida, que considera acreditadas las circunstancias más relevantes, cuando razona que:

"TERCERO. Planteados así los términos del debate, hay que resaltar una circunstancia esencial para la resolución de este litigio, y es que estas cuestiones ya fueron planteadas y resueltas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia en sentencia de 26 de noviembre de 2012. En aquel procedimiento fue parte la empresa demandada, así como los herederos del trabajador, y la sentencia ha adquirido firmeza, por lo que operará el efecto vinculante de la cosa juzgada material en los términos del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su apartado 4 dispone que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

CUARTO. Por tanto, se considera acreditado en primer lugar que el causante prestó servicios como calderero tubero, y en el desempeño de sus funciones tuvo contacto diario con el **amianto**, puesto que al reparar las tuberías en las que éste material se utilizaba como aislante se liberaba polvo de **asbesto** que era inhalado por los trabajadores. Este hecho se declara probado en la sentencia antes mencionada y quedó confirmado en el acto del juicio por las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante, que explicaron que las reparaciones se llevaban a cabo por equipos de trabajadores integrados por tuberos, soldadores y ayudantes, que trabajaban en ocasiones en lugares cerrados como el interior de las calderas y chimeneas y cortaban las tuberías provocando que el polvo de **amianto** flotase en el aire y cayese al suelo, y que sólo en ocasiones excepcionales (en lugares en los que respirar resultaba imposible) se utilizaban mascarillas especiales a las que se les suministraba aire para poder respirar".

Es por ello que la revisión a) no excluye que el causante estuviese en contacto con el **amianto**; con referencia a la revisión b), no cabe duda de que el polvo de **amianto** estaba en el ambiente; con referencia a la revisión c) existe prueba avalada por el Juzgador "a quo" que acredita lo contrario; con referencia a la revisión d), la misma no procede, pues se probó lo contrario; en cuanto a las revisiones e) y f) no procede acceder a ellas, ya que no se acredita algún error evidente en la valoración de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTO TERCERO .- Se instrumenta un motivo de suplicación relativo a la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

El presente motivo de suplicación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Se denuncia la infracción de los artículos 217 y relacionados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en íntima conexión con el artículo 24 de la Constitución Española.

Todos ellos en relación con la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas; a la que posteriormente haremos referencia expresa.

La parte recurrida se opone, impugnando el motivo.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala no encuentra que los preceptos invocados se hayan infringido ya que se practicó prueba suficiente y se acreditaron los hechos que dan lugar a la responsabilidad de la empresa. No se puede omitir la circunstancia esencial de que la sentencia de 26-11-2012 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia recoge unos elementos básicos de cuya veracidad no puede dudarse y el alegato de falta de prueba y de incumplimiento de la atribución de la carga de la prueba, en tales condiciones, aparece como retórico.

FUNDAMENTO CUARTO .- Se instrumenta otro motivo de suplicación relativo a la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

El presente motivo de suplicación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

Se denuncia la infracción de la Orden de 31 de octubre de 1984, por la que se aprobaba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de **Amianto**; la Orden de 7 de enero de 1987, por la que se establecen las normas complementarias del anterior Reglamento y la Orden de 26 de julio de 1993, por la que se modifican determinados artículos de las anteriores; ello en relación con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; así como de los artículos 1088 y siguientes del Código Civil ; en relación con el artículo 24 de la Constitución Española .

Pues solo se nos podría imputar un incumplimiento de normativa alguna basado en un supuesto de responsabilidad civil contractual, en base a las obligaciones emanadas de la relación laboral entre las partes, lo que no podemos compartir por lo que a continuación se dirá. Considerando esta parte que no hemos incumplido obligación alguna al respecto.

A continuación se articula otro motivo de suplicación que se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

Se denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil , en lo relativo al presunto supuesto generador de responsabilidad civil extracontractual; en relación con el artículo 24 de la Constitución Española .

La parte recurrida impugna el recurso, oponiéndose.

Como se puede comprobar, dada su íntima relación, ambos motivos se analizan conjuntamente y nos debemos remitir mutatis mutandis, a lo que dijimos en nuestra sentencia número 627/2001 y 172/2004, en el sentido de que: "Visto el planteamiento del recurso, en el que se viene a denunciar que no mediaría culpa de las empresas, por las circunstancias que se aducen. La Sala debe partir de que, efectivamente, como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997 , en este ámbito la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional. En un área donde no es posible al legislador la concreción de la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en este sentido de falta de diligencia de un prudente empleador, como ya decía la antigua sentencia de la Sala 6 de de 28 de febrero de 1969 (sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 26 de marzo de 1999).

Por tanto, para decidir sobre la temática propuesta, debe valorarse: a) la relación del **amianto** con el mesotelioma pleural maligno; b) si se adoptaron medidas de prevención o precaución eficaces de acuerdo con la diligencia exigible; y c) si el resultado pudo haberse evitado adoptando medidas de seguridad eficaces o si es enmarcable en el artículo 1105 del Código Civil , al tratarse de un suceso imprevisible o, aún previsible, inevitable.

Inicialmente, en cuanto a la regulación de las enfermedades que podían surgir en el trabajo, 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: "aquéllas 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 2 s-> del Decreto). Pero además se estableció un cuadro de enfermedades profesionales, anexo al Decreto, y que podía ser ampliado.

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 y, entre ellas, de todas las industriales, minas y trabajos en que se desprenda polvo de naturaleza mineral -pétreo o metálico-vegetal o animal, susceptible de causar enfermedad.

Posteriormente, el Decreto de 13 de abril de 1961, 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, 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 fibro-cemento, 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**.

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. El Real Decreto de 12 de mayo de 1978 (1995/1978) aprueba el nuevo cuadro o lista de las enfermedades profesionales, derogando el cuadro anterior y las disposiciones complementarias.

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".

En cuanto al Real Decreto 1.995/1978, de 15 de mayo (modificado por Real Decreto de 27 de noviembre de 1981 (R.A. 2888), en él se establecen 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)**...".

Además, conforme refiere a las empresas recurrentes, debe tenerse en cuenta la Orden de 31 de octubre de 1984 y las Órdenes de 7 de enero de 1987 y la de 26 de julio de 1993.

Pues bien, de lo anteriormente expuesto, se constata que la inhalación de **asbestos**, noción en la que puede interpretarse que legalmente viene a incluirse el polvo de **amianto**, ha venido siendo considerado como motivo de precaución y prevención, hasta tal punto que así resulta del Decreto de Enfermedades Profesionales de 19 de julio de 1947 y, en el Decreto de 13 de julio de 1961 se alude al **amianto** como causante de la asbestosis. A su vez, en el Real Decreto 1.995/1978 se considera como causante del mesotelioma pleural a los polvos de **amianto (asbesto)**.

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. Es, asimismo, cierto que conforme se refiere en los hechos probados de la sentencia revisada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1997, la enfermedad del mesotelioma se conoce por primera vez en España en 1971-1973 y que la normativa sobre límites de partículas de **amianto** en el aire contenida en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, número 2414/61 (Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 1962), permaneció invariable hasta el año 1984, en que pasa a equipararse a las normas internacionales.

Se trata, por tanto, de valorar si las empresas actuaron con la diligencia exigible para prevenir las consecuencias lesivas que se podían derivar de la inhalación del polvo de **amianto**.

Como conclusión, la Sala entiende que la sentencia recurrida no incurrió en ninguna de las infracciones denunciadas en este motivo de recurso, dado que se aprecia un nexo de culpa que excluye que se pueda hablar de caso fortuito o fuerza mayor. Supuesto diferente, por tanto, al que se esgrime en el recurso, referente al Instituto Nacional de la Salud (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997). Es más, aunque la enfermedad de mesotelioma pleural maligno, se conoció en España en los años 1971-1973 y se reconoció oficialmente como enfermedad profesional en 1978, ello no impide que, enlazada con el trabajo en determinadas circunstancias, ya con anterioridad a 1978 pudo considerarse como accidente de trabajo. Además, producida por inhalación de **asbestos** (y así se considera el polvo de **amianto** legalmente), no cabe duda de que si se hubiesen tomado las medidas adecuadas para prevenir la asbestosis, se hubiera evitado también el desencadenamiento del mesotelioma, y no se acredita por las empresas demandadas ni que se hiciera reconocimiento médico alguno, que ya eran exigibles, ni que se midiesen tempestivamente la concentración de polvo de ambiente, a la luz, como norma general, del Decreto de 30 de noviembre de 1961. No existe, pues, mérito ni fundamento para estimar el recurso".

Ante tal constatación, la Sala entiende, mutatis mutandis, que la sentencia recurrida es ajustada a derecho.

Sobre el particular deben ser citados dos Autos del TS de 23-5-2013 .

FUNDAMENTO QUINTO .- El presente motivo de suplicación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

Se denuncia la infracción de los artículos 1088 y relacionados, así como 1902 y relacionados del Código Civil ; la Resolución de 31 de enero de 2010, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y todo ello en relación con el artículo 24 de la Constitución Española .

Todos ellos en relación con la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas.

En este caso, articulamos este motivo de suplicación de forma subsidiaria a los anteriores y para el hipotético caso de no estimarse los mismos, porque consideramos que se han infringido los mencionados artículos y los textos normativos en su conjunto al señalar el Juzgado una cuantía determinada como indemnización sin haber tomado en consideración las reglas de fijación de indemnizaciones en concepto de daños y perjuicios, así como por no haber descontado los importes ya percibidos por el trabajador y los familiares demandantes como consecuencia de las dolencias padecidas y fallecimiento posterior.

De forma subsidiaria a cuantas alegaciones han sido manifestadas en el presente escrito, venimos a denunciar la incorrecta cuantificación y calificación de los daños realizada por la contraparte procesal.

De hecho, el Juzgado ya había tenido a bien requerir a la contraparte para que desglosara la cuantía reclamada por daños y perjuicios, lo cual dista bastante de lo que refleja la normativa de aplicación. En este sentido, el desglose que se realiza de los 250.000 euros reclamados es el siguiente:

- Secuelas -> 138.179'70 € (90 puntos)
- Incremento por los ingresos netos del trabajo -> 23.756'79 €
- Daños morales -> 88.063 '51 €

De antemano debemos apuntar que, en el hipotético caso de que no fueran estimadas las alegaciones anteriores, la cuantía reclamada es de todo punto desorbitada.

El cómputo de la indemnización en el caso de que ese Juzgado la considere procedente, no debería ser en ningún caso la solicitada por la parte demandante. Pues, el cálculo de las secuelas no coincide con lo prevenido en la legislación de aplicación y se aplica incorrectamente un incremento por ingresos netos del trabajo cuando el actor no estaba en edad productiva. También se fijan daños morales, arbitrariamente, por importe de 88.000 €.

Pues la jurisprudencia de aplicación reconoce que para fija la indemnización se habrá de estar a las circunstancias personales, de tiempo y lugar. En este caso, debemos tener en consideración las siguientes

circunstancias personales del trabajador, y en este caso, sus causahabientes que son los que percibirían la indemnización, en su caso:

El trabajador contaba con la edad de 68 años de edad cuando falleció con lo que no se encuentra en edad de juventud, con toda la vida por delante o en circunstancias propias de la mediana edad, que le imposibiliten desarrollar las actividades o vivencias propias de las previas fases de la vida.

Asimismo, el trabajador se encontraba en una edad en la que no está en fase productiva o laboral, con lo que no pierde expectativas laborales o de ingresos.

Muy al contrario, se le había diagnosticado una Incapacidad Permanente Absoluta, que le reportaba una pensión vitalicia de más de 2.000 euros mensuales.

Del mismo modo, el trabajador vivía con su cónyuge, sin cargas familiares, ni hijos a cargo. De hecho su viuda falleció igualmente en 2013, habiendo percibido pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado.

Los actores no cuentan (al menos no lo han acreditado) con cargas financieras o hipotecarias que redunden en un perjuicio económico, que haya sido incrementado por el fallecimiento de su progenitor.

La media de las indemnizaciones otorgadas por los Tribunales en casos similares distan mucho de la cantidad reclamada por los actores, sin concurrir ningún elemento especial que eleve dicha cuantía.

No olvidemos que son los demandantes los que están reclamando una indemnización por el fallecimiento de su padre, lo que quiere decir que no podemos ponderar las secuelas e indemnizaciones como si se hubiera tratado del propio perjudicado, al establecer la normativa de aplicación baremos y cuantías inferiores para los hijos.

Asimismo, los hijos habrán o estarán percibiendo prestaciones o indemnizaciones por parte del INSS.

Así, si los actores son los herederos no sufridores de las dolencias padecidas por el Sr. Luis Carlos , no es posible que se les indemnice por esas dolencias, fueran cuales fueran. Pues solo el perjudicado puede reclamar los daños personalísimos padecidos por éste. Y los herederos podrán reclamar, en su caso, los daños padecidos por ellos, que en este caso será el fallecimiento de su progenitor, pero nada más. Lo cual está previsto en la normativa citada en torno a 9.000 € para cada uno de los hijos del trabajador, pero nada más.

Sin embargo, la sentencia, sin citar apoyatura legal o jurisprudencial alguna, refleja que los herederos pueden ser indemnizados por las dolencias padecidas por su progenitor. Lo cual no tiene sustento alguno en términos jurídicos. *Pues no puede, según el baremo para el año 2010, indemnizarse a unos hijos por las dolencias baremadas del padre. Por lo que la indemnización hipotética que les correspondería sería por el fallecimiento de su progenitor.*

No obstante todo lo anterior, tal y como tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en abundantes sentencias, por todas, la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2005 (RJ 2005/6358), así como la Sentencia de fecha 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2598), para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social.

La parte recurrida impugna el recurso.

Vistas las alegaciones formuladas, para el análisis de este motivo de recurso debe tenerse en cuenta que lo que concedió la sentencia recurrida es la cantidad correspondiente a 70 puntos por secuela y, desde tal punto de partida, aunque los mismos afectaron al causante, no cabe duda de que la indemnización correspondiente debió incorporarse a su patrimonio, siendo susceptible de transmisión y, como tal evaluación se recoge en una norma, no pueden considerarse aquéllos aspectos que resultan extraños a la regulación legal.

Se plantea la problemática referente a las prestaciones de seguridad social, por su carácter descontable, pero nada consta en la sentencia recurrida sobre una alegación tempestiva y tampoco se ofrece una consecuencia o resultado alternativo, por lo que la Sala no puede profundizar ni decidir sobre el particular, como cuestión nueva.

La sentencia recurrida únicamente concedió 70 puntos por secuelas, no concede cantidad por corrección por perjuicio económico ni por daños morales complementarios.

FUNDAMENTO SEXTO .- Se instrumenta otro motivo de recurso, que se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

Se denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa al devengo de intereses en reclamaciones de cantidad, cuando éstas no son líquidas, exigibles ni vencidas; y con el artículo 24 de la Constitución Española.

La parte recurrida se opone, impugnando el recurso.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala entiende que el motivo debe fracasar, a la luz de la jurisprudencia de la Sala IV del TS, que, en sentencia de 17-6-2014, nº 2785/2014, razona: "2.- Tal moderno planteamiento de la Sala Primera ha sido también acogido por esta Sala IV, en diversas resoluciones. Así, en materia de daños y perjuicios derivados de AT, y refiriéndose al art. 1108 CC [STS 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1]; también en el caso de mejora voluntaria de IT y con idéntica aplicación del interés previsto en el art. 1108 CC [STS 10/11/10 -rcud 3693/09 - FJ 4.2]; e igualmente en el supuesto de indemnización por despido, con idéntica limitación a los intereses del art. 1108 CC [STS 23/01/13 -rcud 1119/12 - FJ 2]. Y en justificación ello afirmábamos en estas últimas decisiones que «... esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional, todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1101 y 1108 CC atienda incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla genera en la materia ha de ser - supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial". Y con mayor motivo cuando con el interés de demora «no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial [STC 114/1992, de 14/septiembre], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda» [STC 206/1993, de 22/junio]"(citada STS SG 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1)".

FUNDAMENTO SÉPTIMO .- La parte actora instrumenta recurso de suplicación y pide la revisión de los hechos probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (artículo 193.b de la LJSS).

Se solicita la modificación por adición del hecho noveno, que debe ser del siguiente tenor literal:

"El Sr. Luis Carlos padecía mesotelioma pleural maligno con severa restricción respiratoria (FVC 45% y FEV1 41%) y disnea de mínimos esfuerzos, reposo. La insuficiencia respiratoria es de tipo IV y por el Perito del actor se asignan 90 puntos de secuelas".

La parte recurrida se opone, impugnando el recurso.

Vistas las alegaciones formuladas, el motivo no puede prosperar, pues no existe evidencia de que el relato del hecho probado noveno sea erróneo, sin perjuicio de que la disnea pudiese ser progresiva. Además, la asignación pericial de 90 puntos de secuelas tiene un contenido jurídico de impropia ubicación en hechos probados.

FUNDAMENTO OCTAVO .- Se instrumenta otro motivo de recurso para el examen de la Sentencia que se recurre debe ser revocada por contener una interpretación y aplicación indebida de la normativa y jurisprudencia aplicables al caso. Apreciándose lo siguiente:

Tal y como indicamos previamente, sin razonamiento al respecto (dicho sea con todos los respetos y en ánimo de defensa), el Juzgador de Instancia concede 70 puntos de baremo cuando el fallecido Sr. Luis Carlos, tiene una patología respiratoria restrictiva de tipo IV a la que efectivamente el capítulo 2, apartado Tórax de la Tabla VI del Real Decreto Legislativo 8/2004, le otorga una valoración comprendida entre 60 y 90. La misma norma indica que la puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o la profesión. Y, consideramos que *la disnea de reposo* que presenta le hace acreedor de la máxima puntuación, ya que *concorre con derrame pleural derecho* y con el propio mesotelioma, al que jurisprudencialmente se le ha asignado por sí solo una cuantificación de 76 puntos de secuela.

Se aduce que el TS en Auto de fecha 23 de Mayo de 2013 habría mantenido tal consecuencia.

La parte recurrida se opone, impugnando el recurso.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala entiende que el motivo es inviable por lo siguiente:

a) No se dio lugar a la revisión fáctica.

b) El Juzgador "a quo", valorando las circunstancias no concedió 60 puntos sino que elevó la cuantía hasta los 70 puntos, no dando, por tanto, la cantidad mínima; y

El auto que se cita se limitó a inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina, por falta de contradicción.

Procede la imposición de costas (artº 235 de la LRJS).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa REPSOL PETRÓLEO S.A., y confirmamos la sentencia recurrida.

Condenamos en costas a la empresa recurrente, debiendo abonar a la Letrada impugnante de su recurso la cantidad de 400 euros, en concepto de honorarios.

Debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la parte actora Lidia , Maximiliano y Rosario , confirmando la sentencia recurrida.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: ES553104000066049815, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número ES553104000066049815, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.