



Roj: **STSJ CAT 10080/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:10080**

Id Cendoj: **08019340012018106230**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2018**

Nº de Recurso: **5749/2018**

Nº de Resolución: **6725/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE QUETCUTI MIGUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8035145

RM

Recurso de Suplicación: 5749/2018

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 18 de diciembre 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

S E N T E N C I A núm. **6725/2018**

En el recurso de suplicación interpuesto por Honeywell Friccions España, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 31 Barcelona de fecha 19 de abril de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 734/2012 y siendo recurridos Crescencia , Doroteo , Elisabeth y Epifanio , en su nombre y como sucesores de la fallecida Felicísima , y el Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, 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 19 de abril de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

"Que **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Epifanio , Crescencia , Elisabeth y Doroteo , en nombre propio y como sucesores procesales de la fallecida Felicísima frente a HONEYWELL FRICCIONS ESPAÑA, S.A., sobre reclamación de cantidad, y **CONDENO** a la citada empresa a abonar a los actores las siguientes sumas, incrementadas todas ellas en el interés legal del dinero desde el día 07/03/2012 hasta la fecha de esta sentencia y sin perjuicio del devengo del interés procesal desde la fecha de la sentencia hasta el pago:



A Epifanio , Crescencia , Elisabeth y Doroteo , como herederos de Felicísima : 94.904,04 euros

A Epifanio : 10.544,88 euros

A Crescencia : 10.544,88 euros

A Elisabeth : 10.544,88 euros

A Doroteo : 10.544,88 euros"

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

" **Primero.-** Por sentencia del Juzgado Social nº 13 de Barcelona dictada en fecha 22/10/2014 , se confirmó el recargo del 50% impuesto a la empresa demandada en relación con el fallecimiento de Humberto , que fuera esposo de Felicísima , su viuda y también ya fallecida, y padre de los tres demandantes. Por sentencia del TSJCataluña de 22/10/2014 se revocó parcialmente la sentencia de instancia, reduciendo el porcentaje al 40% atendiendo al siguiente razonamiento:

" Lo que en su aplicación al caso de autos nos lleva a considerar excesivo y desproporcionado el recargo impuesto en su grado máximo del 50%, manifiestamente irrazonable e injustificado, porque no puede considerarse de gravedad máxima el incumplimiento por parte de la empresa de la normativa laboral específica en materia de control y establecimiento de niveles máximos de concentración de fibras de amianto vigente en la época en la que prestó servicios el trabajador durante los años 1963 a 1974, y si la empresa no ha incurrido en un incumplimiento de mayor gravedad no puede tampoco imponerse el mayor de los recargos, con independencia de la relevante circunstancia de que la empresa recurrente no es ciertamente la empresa infractora, porque pudiere haber sido eventualmente de aplicación a este caso la doctrina jurisprudencial que exonera de toda responsabilidad a la empresa sucesora, que no hemos podido analizar por estrictos motivos de técnica jurídica."

Lo cierto es que la regulación legal era muy deficiente en aquellos años en materia de control, supervisión y de establecimiento de los límites legales de aplicación en la concentración en aire de la fibra de amianto; ni tan siquiera existen mediciones específicas de aquel periodo que no comienzan a realizarse hasta el año 1975 cuando el trabajador ya no prestaba servicios en la empresa, y las mismas tampoco evidencian que se hubieren superado de manera especialmente alarmante esos límites legales anteriormente regulados de forma escasa y ciertamente insuficiente.

Resulta por todo ello más razonable, justificado y lógico, la imposición del recargo en su término medio del 40%, que no en el máximo del 50% que avala la sentencia de instancia, sin ofrecer un razonamiento específico y motivado que pudiere resultar de alguna forma vinculante para esta sala, en la medida en que no fuere manifiestamente ilógico, irrazonable y arbitrario."

El contenido íntegro de ambas sentencias se da aquí por reproducido. La sentencia de instancia contenía los siguientes hechos probados, que no fueron modificados en el recurso:

"PRIMERO.- Conforme al Informe solicitado por la Viuda del trabajador fallecido a la Inspección de Trabajo en fecha 05-02-2013 y expediente administrativo se acredita: que DOÑA Felicísima , es la esposa y VIUDA de DON Humberto , que trabajo en JURID IBÉRICA, S.A. (ahora HONEYWELL FRICCION ESPAÑA, S.L.) desde el 21-10-63 hasta el 02-06-1974; presto servicios con posterioridad a PRAT CARTÓN, S.A. desde el 04-06-1974 al 31-12-1991, a SARIÓ, S.A. desde el 07-01-1992 a 30- 11-1998 y en RENO DE MEDICI IBÉRICA, S.L. desde el 01-12-1998 hasta 14-03-2012; acreditándose que en ninguna de estas empresas estuvo el trabajador expuesto a amianto, ninguna de las sociedades además estuvo en situación de alta en el Registro de Empresas con Riesgo de Amianto conforme a los informes técnicos obrantes en el CSSLB; solamente consta información de presencia de amianto en la empresa RENO DE MEDICI IBÉRICA, S.L. durante su desmantelamiento cuando ya no había actividad en la misma; la empresa no indica en que puesto de trabajo estaba el actor y la familia manifestó que moliendo amianto y que la empresa no le proporcionaba EPI; no obstante, se acredita a lo largo de la investigación por la Inspección, que en JURID IBÉRICA, S.A. el trabajador ostentó la categoría profesional de especialista y prestó servicios en la rectificadora WADKIN rebajando zapatas.

Se constata en el informe ICB 297-12 del CSSLB que no consta información ni expediente médico del trabajador; hay trabajadores que han trabajado directamente con material de amianto, pero pueden haber estado expuestos a fibras de amianto presentes en la empresa provenientes de los trabajos de sus compañeros, figura que es conocida en la bibliografía como trabajador pasivo. Que la empresa durante el periodo en el que el trabajo el trabajador la empresa no adoptó, al menos en esos puestos de trabajo y durante esos años todas las medidas necesarias para reducir al exposición a amianto.

SEGUNDO.- Se acredita así mismo conforme los informes (folios 58 a 62 en el informe de la Inspección y 84 a 95 del ramo de prueba de la de viud del trabajador) del CSSLB que la empresa Jurid Ibérica, S.A., para la que presto

servicios en trabajador fallecido, pasó a denominarse posteriormente Allied Signal Materiales de Fricción SA, fusionándose con posterioridad con Honeywell Inc, resultando de ello Honeywell Fricción España SA, empresa demandada en las presentes actuaciones (hecho no controvertido); tenía por objeto la fabricación de frenos y embragues para el sector de la automoción. En su proceso productivo utilizaba amianto crisotilo (hecho no controvertido) y constaba inscrita en el Registro de Empresas con Riesgo de Amianto desde 27 de marzo de 1985 con el número 5/AB/86, señalando como principales fases del proceso productivo las de dosificación, mezclado, molienda, premoldeo, prensado, cocción, mecanizado, marcado y empaquetado (obra el registro en el ramo de prueba documental de la empresa demandada y referido en el informe de Inspección de Trabajo); se dio de baja en el registro en fecha 17 de junio de 1999. La obligatoriedad del registro de trabajadores de Empresas con Riesgo de Amianto, establecida por OM de 31 de octubre de 1984, fue efectiva en Cataluña a partir de 5 de agosto de 1985, tras la publicación de la Orden de 27 de junio de 1985.

De la documentación que consta en el CSSLB (informe 178.91) se desprende que ya se trabajaba con amianto en la empresa con anterioridad al año 1952, realizando trabajos de fabricación de materiales de fricción (entre otros productos se han fabricado forros (folres) para camión y turismo, guarniciones para los frenos de disco, guarniciones para los ferrocarriles y material vario con fibra de amianto).

El informe ICB 1051.99 indica que a partir del año 1999 se eliminó completamente el amianto de la producción. Constan solamente reconocimientos médicos entre los años 1992 y 1997, no se recoge informes del actor por cuanto en ese periodo el actor ya no trabajaba en la empresa.

Los primeros datos de los que se dispone sobre las condiciones de trabajo en la empresa demandada con relación al amianto son de 1975. El informe ITB 1734.75 recogió los puestos de trabajo donde se superaban los valores límites (TLV), que entonces era de 5 fibras/cm³ (valores límites utilizados en la práctica habitual de la Higiene Industrial a España en aquellos años, actual es de 0,1 fibras por cm cúbico). El informe indicaba que no se utilizaban protecciones personales, aspiración era Insuficiente (en concreto en los puestos de trabajo del molino de calidad SL Samber 1-31, Wadkin 1-32, Cortadora 1-14 y cortadora de zapatas), así como que la limpieza del mezclador de materias primas se realizaba con aire comprimido. Indicaba igualmente que el sistema de aspiración no era el apropiado en algunos puestos de trabajo (Samber 1-31 y Wadkin 1-32 PUESTO DEL ACTOR).

El informe ITB 3916.7 que se realizaron medidas de fibras de amianto, superando en 11 puestos de trabajo el valor del criterio de valoración adoptado en el mencionado informe de 2 fibras/cm³, con unos valores medidos que se encuentran entre el 2.1 y 8.7 fibras por cm³ en algunos puestos de trabajo. Los puestos de trabajos eran los de dosificación, mezcla y molienda dosificación manual para preparación de premoldeo y moldeo y mecanización de plazas de fricción.

El informe ITB 1134.80 puso de relieve que no eran utilizados los equipos de protección individual para el aparato respiratorio. Se comprobó que en la sección de Mecanizado 21 de los 22 puestos de trabajo contaban con una concentración media medida que superaba la concentración de 2 fibras/cm³, oscilando entre 2.5 y 51.7 fibras/cm³. Sin embargo, debido al cambio constante de puesto de trabajo de los trabajadores los valores de concentración no reflejaban los tiempos de exposición.

El informe ITB 1091.80 recogía concentraciones de amianto en 37 puestos de trabajo superando 29 de ellos el valor TLV al oscilar las medidas entre 2 y 86.4 fibras/cm³.

El informe ITB 176.84 puso de relieve que los sacos de amianto se almacenaban en palets pero sin protección con plástico, produciéndose alguna rotura y vertido al suelo. Indica así mismo defectos en el sistema de limpieza y la utilización discrecional de los equipos de protección individual respiratoria. Inexistencia así mismo, de plan de instrucción y formación de los trabajadores sobre la inhalación de fibras de amianto.

El informe ICB 1911.86 puso de relieve la existencia de medidas que evidenciaban el exceso de fibras de amianto en determinados puestos de trabajo en relación con el valor límite vigente, de 1.5 fibras/cm³. Tales puestos eran, con expresión del número de fibras por cm³: mezclador Lcd ige (1.96), dosificación y pesaje en balanza carril (2.69), limpieza de molino (1.69), embalaje (3.75), verificación de plaquetas pintura en máquina 146 (1.61), ajuste longitudinal de zapatas en máquina 116 (1.64), máquina nueva de prensado de zapatas (1.80), rectificación de mordazas con taladro manual (2.60) y rectificado y verificado (4.16).

El Informe ICB 1701.89 puso de relieve la concentración medida de 1 fibra/cm³ en la máquina 262, siendo entonces la admisible igual o inferior a 1 fibra/cm³.

El informe ICB 163.90 es el último que recoge medidas que exceden de las máximas (1 fibra/cm³), afectando a los siguientes puestos de trabajo: preparación de materias en balanza fija (1.05), máquina 262 (1.06), rectificado interior de zapatas de camión en máquina 152 (3.21 en un tiempo de exposición de 4 horas diarias), verificador, calibre y manipulación (1.57) y supervisión final (1.05)



Los ICB 2037.94 recoge que la limpieza de la sección de premoldeo/prensas era deficiente, que cada sección disponía de fuentes de agua sin ningún tipo de aislamiento y que faltaba conectar mangas de aspiradores a las taladradoras.

La Inspección establece que la enfermedad profesional de Don Humberto pone de manifiesto que durante su prestación de servicios con la empresa actora, no se adoptaron las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud del trabajador afectado, infringiendo por ello el deber general de seguridad establecido en el actual artículo 14.2 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y con anterioridad a su entrada en vigor, recogido en el artículo 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 09-03-1971, ello dado que el trabajador estuvo expuesto directa e indirectamente que dan lugar a la enfermedad que le fue declarada al trabajador y de la que murió, sin que la empresa tomara medidas de prevención para sus trabajadores; indica el informe de la Inspección que concurren tres requisitos básicos para que sea procedente el recargo en las prestaciones según doctrina jurisprudencial: el trabajador ha sufrido lesiones derivadas de su actividad profesional. Se ha incumplido normativa de prevención de riesgos laborales, en materia de protección de riesgos derivados de la exposición a las condiciones ambientales de los lugares de trabajo, e los términos indicados en el informe.

Los incumplimientos han sido elementos decisivos en la producción de la lesión, es decir, existe relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño a la salud; ello en base a los siguientes normas, artículo 123 de la LGSS , artículo 7.8 de la ley 42/1997 de 14 de noviembre, Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo en su artículo 27, y artículos 3.1b) y 7.2 d) de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 y los preceptos infringidos a la normativa de prevención de riesgos laborales que se indican en el presente informe. El informe complementario lo fue una vez remitido el informe del CSSLB solicitado tal como consta al folio 58 y al expediente administrativo.

TERCERO.- Que por Sentencia de fecha 21-12-2011 dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de los de Barcelona , en procedimiento contingencia prestaciones de muerte y supervivencia, declaro que el fallecimiento del causante el día 17-05-2010 y la pensión de viudedad derivada del fallecimiento del trabajador Don Humberto lo fue debido a Enfermedad Profesional y el derecho de la Viuda DOÑA Felicísima , a percibir pensión de viudedad derivada de dicha contingencia. Considerándose como hechos probados: que en enero del 2010 al trabajador le fue diagnosticado un MESOTELIOMA PLEURAL. Que en HONEYWELL FRICCION ESPAÑA, S.L. (antes JURID IBÉRICA, S.A.) el trabajador ostento la categoría de especialista y presto servicios en la rectificadora WADKIN rebajando zapatas. Que la empresa se dedicaba a fabricación de material de fricción, zapatas de freno de automóviles, camión y ferrocarril.

En determinados puestos de trabajo y en particular en el de la rectificadora de zapatas existía riesgo de asbestosis. Las empresas en las que trabajo con posterioridad no estuvieron nunca inscritas en el RERA. Siendo confirmada la misma por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 19 de marzo del 2013 , siendo recurrida en casación al TS Sala de lo Social quien por Auto de fecha 19-12-2013 declaro la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina y se declara la firmeza de la sentencia recurrida y por ende la de instancia.

CUARTO.- Que la empresa actora HONEYWELL FRICCION ESPAÑA, S.L. reclama en su demanda se declare alternativa y subsidiariamente: 1) La caducidad del expediente administrativo de imposición de recargo de las prestaciones por superar el plazo máximo de 135 días establecido en el artículo 14.1 de la Orden de 18 de enero de 1996 y lo mismo el informe de la Inspección; 2) La revocación de la misma por la inexistencia de de falta de medidas de seguridad de parte de la empresa actora, en la alegada enfermedad profesional de Don Humberto , así como la improcedencia del recargo del 50% en todas las prestaciones o,) Subsidiariamente, de estimarse la concurrencia de responsabilidad, que se fije el porcentaje de Recargo en el mínimo del 30%.

QUINTO.- Que entro en fecha 06-03-2012 en el INSS escrito de Iniciación de actuaciones procedente de la Inspección de Trabajo, remitiendo escrito respecto de la solicitud de informe al Centro de Seguritat y Salut Laboral de Barcelona y en cuanto lo tengan lo enviaran; hechas las alegaciones por la empresa, se dicto Resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 03-07-2013, por la que se declaro la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, como consecuencia de la enfermedad profesional contraída por Don Humberto , cuando prestaba sus servicios para la empresa HONEYWELL FRICCION ESPAÑA, S.L. y la muerte del trabajador por Enfermedad Profesional el 17-05-2010; se declaro la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la Enfermedad Profesional sean incrementadas en el 50% de todas las prestaciones económicas que se deriven de la enfermedad profesional lo serán con cargo a la empresa HONEYWELL FRICCION ESPAÑA, S.L. "

(sentencias)

Segundo.- Por sentencia del Juzgado Social nº 16 de Barcelona dictada en fecha 21/12/2011 se determinó que el fallecimiento de Humberto fue debido a enfermedad profesional y reconoció una pensión de viudedad



para Felicísima , reconociendo su derecho a cobrar la pensión sobre una base reguladora de 23.304,66 euros anuales y a percibir una indemnización a tanto alzado de 6 mensualidades de la base reguladora, es decir, 13.152,33 euros. Por sentencia del TSJ Cataluña de 19/03/2013 se confirmó la sentencia de instancia. El contenido íntegro de ambas sentencias se da aquí por reproducido. La sentencia de instancia contenía los siguientes hechos probados, que no fueron modificados en el recurso:

1º.- Dña. Felicísima , con D.N.I. nº NUM000, que es viuda de D. Humberto , fallecido el día 17.5.2010, solicitó pensión de viudedad que la fue reconocida por el INSS por resolución de 28.6.2010 como derivada de enfermedad común, con una base reguladora de 1.502,34.- € mensuales, porcentaje 52% y fecha de efectos el 1.6.2010. Del expediente administrativo.

2º.- Formulada la preceptiva reclamación previa por entender que el fallecimiento se debió a enfermedad profesional, fue desestimada por resolución definitiva de 18.10.2010. Del expediente administrativo.

3º.- El Sr. Humberto estuvo trabajando en la empresa Honeywell Friccions España, S.A. (antes Jurid Ibérica, S.A.) desde el día 21.10.63 hasta el día 2.6.74, ostentaba la categoría profesional de especialista y prestaba servicios en la rectificadora Wadkin rebajando zapatas. Folio nº 98 y docs. nº 1 y 2 de la empresa aportados como diligencia final.

4º.- Con posterioridad, desde el 4.6.74 hasta el 14.3.2003 estuvo prestando servicios en las empresas Prat Cartón, S.A., Sarrió, S.A., Reno de Medici, SPA y Reno de Medici Ibérica, S.L., luego denominadas Papelera Española, S.A., las cuales no han estado inscritas en el Registro de Empresas con Riesgo de Amianto (RERA). Folio nº 88.

5º.- La empresa demandada se dedica a la fabricación de material de fricción, zapatas para frenos de automóvil, camión y ferrocarril. Doc. nº 5 bis 2 parte actora.

6º.- En determinados puestos de trabajo, y concretamente en el de rectificadora de zapatas, existía riesgo asbestosis, concluyendo el informe del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo de 30.3.84 que, a pesar de apreciarse mejoras puntuales, aquel riesgo no estaba subsanado. Doc. nº 5 bis 2 de la parte actora.

7º.- El informe del Centre de Seguretat i Higiene del Departament de Treball de 30.5.86, concluye que existe un elevado riesgo de exposición al amianto. Doc. nº 5 bis 3 de la parte actora.

8º.- En el mes de enero de 2010, a D. Humberto le fue diagnosticado un mesotelioma cT2N0M0, falleciendo el día 17.5.2010 siendo la causa inmediata insuficiencia respiratoria y la causa fundamental mesotelioma pleural. Doc. nº 2 parte actora.

9º.- Son de aplicación los Acuerdos de Negociación Colectiva del centro de trabajo de Barcelona de la empresa para los años 2010 a 2012. Doc. aportado por ambas partes.

10º.- La empresa demandada tiene concertadas las contingencias profesionales del personal a su servicio con la Mutua Asepeyo, estando al corriente en el abono de las cotizaciones sociales. Hecho incontrovertido."

(sentencias)

Tercero.- Presentada la correspondiente papeleta el día 07/03/2012, se celebró sin avenencia el acto de conciliación. (acta CMAC)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, Honeywell Friccions España S.A., que formalizó dentro de plazo, y que las partes contrarias, a las que se dió traslado impugnaron, Crescencia y 3 más, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia que estimó la pretensión contenida en la demanda y condenó a la empresa demandada al abono en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de las cantidades contenidas en aquélla, se emplaza la empresa formulando el presente recurso de suplicación por un único motivo, cual es el de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 de la LRJS .

SEGUNDO.- Que bajo dicho amparo procesal se articula la denuncia normativa en varios apartados.

En el primero de ellos se denuncia la supuesta infracción de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil en relación con el art. 164 de la LGSS , cuestionando el recurrente su responsabilidad en cuanto a la falta de medidas de seguridad, al entender que si bien la existencia de un daño era incontrovertida, no acontecía lo mismo con la existencia de unos negados incumplimientos en materia de protección respecto del amianto y vinculando tal circunstancia con el contenido del fundamento de derecho quinto de la sentencia de esta Sala de fecha

23-3-15 dictada en procedimiento antecedente de recargo por falta de medidas de seguridad y que afectaba a las mismas partes, en la que se estimó en parte el recurso de la empresa disminuyendo el porcentaje del recargo del 50% al 40% en base a las argumentaciones que en ella se recogen.

Que lo cierto es que la disminución del recargo por falta de medidas de seguridad no implica que se exonere a la empresa de su responsabilidad en cuanto a la existencia de tales faltas sino que se examina la escasa e incompleta regulación de la materia que existía, en el ámbito de la protección frente a la utilización del amianto y de las medidas precisas para proteger a los trabajadores.

Pretende pues el recurrente que se vuelva a examinar la cuestión de la falta de medidas de seguridad y su responsabilidad en ellas.

Que adelantándonos al examen de las cuestiones jurídicas que se plantean en los distintos apartados y en cuanto a lo señalado, la sentencia de instancia entiende que la cuestión ya no puede analizarse nuevamente y ello por la existencia de la excepción de cosa juzgada.

Podemos ya señalar, que respecto del alcance que, en aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada (art. 222.4 de la LEC), puede tener lo resuelto en un pleito sobre recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) por incumplimiento de medidas de seguridad sobre un nuevo pleito entre las mismas partes en el que el trabajador o sus causahabientes, demanden a la empresa, una indemnización de daños y perjuicios.

Que con carácter previo debe señalarse, tal como ha venido realizándolo el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23-3-15 y 22-6-15 , que nada significa que un supuesto vaya dirigido a cuestionar el recargo por falta de medidas de seguridad y el otro tenga por objeto la obtención de una indemnización por daños y perjuicios por el cauce de la responsabilidad contractual o extracontractual del Código Civil, ni que los sujetos procesales no fueran siempre los mismos en ambos litigios, porque en uno u otro caso la pretensión comporta la misma exigencia de un mínimo de culpabilidad, incumplimiento de un deber preventivo genérico o específico, y la relación de causa/efecto entre la culpable infracción y el resultado lesivo.

Respecto de la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada en los procedimientos laborales debe destacarse la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2006 , en la cual se señala, citando una anterior resolución de la misma Sala de fecha 29 de mayo de 1995, que "resultaría incomprensible a los destinatarios de la justicia, por ser incompatible con los más elementales principios de la lógica y del sentir común de la ciudadanía, el hecho de que se mantuviesen los dos pronunciamientos diversos... Es decir, las cosas no pueden, al mismo tiempo, ser y no ser para los órganos judiciales por mucho que esta incoherencia esté seriamente fundamentada en una interpretación estricta de las normas con rigurosa técnica jurídica", aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada que es apreciable de oficio por los Tribunales.

Tampoco podemos olvidar que una cosa es la res iudicata negativa, la cual impediría entrar a conocer del fondo del asunto y otra la positiva que no tiene tal efecto.

A este respecto hay que señalar que el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la cosa juzgada material, estableciendo en su apartado 1: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo". En su apartado 2 dispone que "la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley . Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen". El apartado 3 dispone que "la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicta y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley ".

Por último el apartado 4 establece 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 este 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".

El precepto regula los efectos de la cosa juzgada material distinguiendo el efecto negativo, al que alude el apartado 1, y el efecto positivo, al que se refiere el apartado 4. El efecto negativo o preclusivo -apartado 1- impide la existencia de un proceso ulterior y requiere para su apreciación que ambos tengan idéntico objeto, disponiendo el artículo 421.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "cuando el Tribunal aprecie.... la existencia de la resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222 , dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento".



Por su parte el apartado 3 del precepto señala que "No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores cuando la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre cosa juzgada lo aconsejen, podrá también resolver sobre dichas cuestiones mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia....".

El efecto positivo -regulado en el apartado 4- no excluye un ulterior proceso, pero vincula al Tribunal lo resuelto en el primer proceso por sentencia firme, cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que exista identidad entre los litigantes o que así venga dispuesto por una norma que expresamente lo establezca. Tal como dispone el apartado 1, párrafo segundo del artículo 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "no se sobreeserá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el Tribunal que está conociendo del proceso posterior". El Tribunal Supremo ha interpretado el alcance negativo o preclusivo de la cosa juzgada en la sentencia de 24 de enero de 2005, en la que ha razonado lo siguiente: "El art. 222 de la vigente LECv (Ley 1/2000 de 7 de Enero) - que la recurrente invoca como infringido- señala en su apartado 1 que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo", concretando a continuación el precepto que la identidad material de ambos procesos viene constituida por "las pretensiones de la demanda y de la reconvención" (apartado 2); y la identidad subjetiva, con carácter general (apartado 3 en su párrafo primero), alcanza a "las partes del proceso en que se dicte [la sentencia firme] y a sus herederos y causahabientes....".

Que en el presente caso no operaría el efecto negativo de la cosa juzgada toda vez que el anterior procedimiento que concluyó por sentencia firme de la Sala tenía por objeto el recargo por falta de medidas de seguridad previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social en relación a las prestaciones por incapacidad permanente que se le habían reconocido al actor, pero que en el caso ahora enjuiciado se está ejercitando una acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos a resultas de la misma enfermedad laboral, lo que implica apreciarla existencia del efecto positivo de la cosa juzgada, que se debe extender, tal como ya se ha dicho, a la redacción de los hechos que se declararon probados en aquella.

Es por ello que la existencia de una infracción en el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección ante el amianto no puede sino que tenerse por acreditado, así como la culpabilidad de la empresa que tampoco puede volverse a discutir en este procedimiento, sino que se debe partir de lo que al respecto se contiene en la antecedente sentencia en la que se impuso a la empresa el recargo por falta de medidas de seguridad.

TERCERO.- Que seguidamente cuestiona la empresa recurrente las cuantías fijadas como indemnización de daños y perjuicios, pretendiendo la deducción de la cuantía percibida por la viuda en concepto de indemnización de tanto alzado por el fallecimiento del causante (art. 227 LGSS).

Que al respecto debe señalarse que la cuestión se plantea como una auténtica res nova, en esta vía de recurso, ya que tal como se señala en la sentencia y no ha sido desmentido por el recurrente, y en lo relativo a la cuantificación de las indemnizaciones: *"Nada opuso la empresa en relación con la concreta cuantificación que, arreglada a las cuantías de 2014 (a falta de una actuales) realizó la parte actora en su escrito de 5-4-18, del que se dio traslado a la mercantil al inicio del juicio. Se cuestionó la fecha del baremo aplicable, pero no que las cuantías fueran correctas para el caso de aplicarse de aplicarse uno diferente. Por ello los importes reclamados se dan por buenos."*

Así pues, si los importes reclamados se dieron por buenos en la instancia como consecuencia de no existir oposición por parte de la empresa, no puede en este momento procesal desconocer su aquiescencia anterior y plantear su oposición, ahora bien la cuantía debe entenderse referida a la cuantía de la indemnización, pero no a la de los intereses del 10% en los que sí hubo oposición y por ello la sentencia los examina.

Que pese a lo señalado y a los solos efectos dialécticos y de evitar la nulidad por si la recurrente acudiera a la vía del recurso de casación para unificación de doctrina y nuestro TS entendiere lo contrario, tampoco podría estimarse la pretensión del recurrente, tal como han señalado sus sentencias de 17-7-07, 21-1-08, 13-3-14 y 20-11-14 al entender que no eran conceptos homogéneos y a cuya contenido nos remitimos.

CUARTO.- Que por último queda por examinar la cuestión de los intereses moratorios; tal como señala el recurrente.

Que la cuestión ha sido ya examinada por el Tribunal Supremo y ha venido sustentando la doctrina que se explicita en el recurso con referencia a la de 2-2-15, según la cual, como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son, en principio, los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria.

Que tal es el, podríamos denominar, principio general, pero señala el TS que también es admisible y cuando se solicite en la demanda, aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación



definitiva de las secuelas ya sea por alta debida a la curación o por fallecimiento, como es el caso de autos, si bien, ambos sistemas "intereses" / "actualización" son a diferencia de lo que señala la sentencia de instancia, incompatibles, no pueden utilizarse simultáneamente, siendo los intereses que median entre la consolidación de las secuelas y la reclamación en vía judicial más que del tipo moratorio, del tipo indemnizatorio.

Que siendo ello así, no puede obviarse que la fijación del importe de los puntos, en el caso de autos no se hace en referencia a la sentencia, sino al baremo de 2012, por lo que si en el escrito de modificación no sustancial de la demanda se hacía constar la necesidad de actualizar el quantum de la demanda, en aplicación orientativa del Baremo en su actualización de 2012, habrá de entenderse que la parte actora optó por la aplicación del baremo actualizado a la fecha de la interpelación judicial y no el empleo del baremo a la fecha de la sentencia.

Si ello es así, no puede por menos que entenderse que los intereses moratorios habrán de ser los que se recogen en la sentencia de instancia, desde la interpelación judicial a la sentencia, lo cual conduce a la desestimación del motivo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa HONEYWELL FRICCIONS ESPAÑA S.A. contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Barcelona, dimanante de autos 734/2012 seguidos a instancia de D. Crescencia, Doroteo, Elisabeth y Epifanio, en nombre propio y como sucesores de la fallecida D^a Felicísima, así como contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Que debemos declarar y declaramos la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir y la obligación de abonar en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso la cantidad de 400 euros.

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 el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ