



Roj: **STSJ GAL 4467/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:4467**

Id Cendoj: **15030340012016103041**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2016**

Nº de Recurso: **4939/2015**

Nº de Resolución: **3198/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA**

-

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 15036 44 4 2014 0001767

402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0004939 /2015** CRG -A-

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000859 /2014

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

**RECURRENTE/S D/ña** IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL

**ABOGADO/A:** JORGE MANUEL VAZQUEZ MIRANDA

**PROCURADOR:** LUIS SANCHEZ GONZALEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

**RECURRIDO/S D/ña:** Adoracion , Irene , Hermenegildo , NAVANTIA FERROL, S.A. , MUTUA MAPFRE-MUSINI, S.A.

**ABOGADO/A:** VICTOR MANUEL LOPEZ CASAL, VICTOR MANUEL LOPEZ CASAL , VICTOR MANUEL LOPEZ CASAL , BEATRIZ REGOS CONCHA , NEMESIO BARXA ALVAREZ

**PROCURADOR:** , , , MARIA SUSANA DIAZ GALLEGO ,

**GRADUADO/A SOCIAL:** , , , ,

ILMO SR. D.JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA

ILMA SRA. D<sup>a</sup> ISABEL OLMOS PARÉS

ILMA SRA. D<sup>a</sup> RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a treinta de Mayo de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**



## EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004939/2015, formalizado por el LETRADO D. Jorge Manuel Vázquez Miranda, en nombre y representación de IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A., en liquidación, contra la sentencia número 367/2015 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000859/2014, seguidos a instancia de DÑA. Adoracion , DÑA. Irene y D. Hermenegildo frente a NAVANTIA FERROL S.A, MAPFRE-MUSINI S.A y frente a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A.E.L., siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** DÑA. Adoracion , DÑA. Irene y D. Hermenegildo presentaron demanda contra IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL, NAVANTIA FERROL, S.A. y MUTUA MAPFRE-MUSINI, S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 367 /2015, de fecha tres de Septiembre de dos mil quince .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- Los actores, D. Adoracion , D. Irene y D. Hermenegildo , son respectivamente cónyuge e hijos del trabajador D. Aquilino (acta de conciliación, folio 11 de autos) quien falleció con fecha 20-07-13 (folio 243).//SEGUNDO.- El causante, nacido con fecha NUM000 -39 prestó servicios para la Empresa Astilleros y Talleres del Noroeste, S.A. (ASTANO, en la actualidad la demandada IZAR) en el período 17-09-62 A 24-12-95, en el que causó baja en Expediente de Regulación de Empleo (documento 1 de IZAR).//TERCERO.- El causante prestó servicios desarrollando la profesión de Especialista en el Gremio de Tuberos, ostentando al momento de la baja la categoría de oficial de I<sup>a</sup> Tubero. Realizaba trabajos en obra nueva, y también de reparación en buques, en los que procedía previo desforramiento del amianto que recubría las tuberías, realizando la limpieza mediante barrido y el lavado de ropa en los domicilios. Los trabajadores de la empresa carecían de información sobre el riesgo del trabajo con amianto o en exposición al polvo del asbesto; disponían de una única taquilla.//CUARTO.- Por resolución del INSS de 08-04-10 le fue reconocida al trabajador posteriormente fallecido la prestación de Incapacidad Permanente Absoluta, derivada de Enfermedad Profesional, con derecho a percibir el 100% de la base reguladora de 2.293,2 euros, con efectos de 03-02-10. En esa fecha le fue diagnosticado EPOC: muy severo. FEV1 30% (05/2009).Placas pleurales bilaterales con afectación restrictiva respiratoria. TLC 61% (10/2008). Mediante posterior resolución de 20-03-13 fue declarado en situación de Gran Invalidez, por agravación de la dolencia derivada de Enfermedad Común (demencia senil). La reclamación previa interpuesta fue expresamente desestimada.//QUINTO.- La demandada IZAR, en fecha que no consta, contempló en concreto los riesgos de exposición al amianto, disponiendo equipos de protección personal para las vías respiratorias y la provisión de medios de extracción localizada (documento 3 de IZAR). Además en el período comprendido entre 1962 y 1996 la Inspección de Trabajo no levantó Actas de Infracción a la empresa en materia de trabajó con amianto.//SEXTO.- ASTANO realizó reconocimientos médicos al causante desde septiembre de 1962, en las fechas que figuran en el documento 2 del ramo documental de IZAR, a diciembre 1988, consistiendo, entre otras, en radiografía de pulmón, espirometría y analíticas, sin haber encontrado patología pleuro pulmonar sugestiva de exposición a amianto (documento 2 de IZAR).//SEPTIMO.- Mediante escritura notarial otorgada con fecha 14-09-00 se elevó a pública la fusión por absorción de determinadas empresas, entre ellas la empresa Astilleros y Talleres del Noroeste, S.A. (ASTANO) en la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Militares, S.A. con extinción de su personalidad jurídica y transmisión de sus patrimonios en bloque a la empresa absorbente. Esta sociedad constituyó en fecha 30-07-04 la sociedad New Izar, S.L. en la actualidad Navantia, S.A., que asumió la rama de-actividad militar, entre otras de la factoría de Ferrol, con todo el personal de dicha factoría salvo los nacidos hasta el 31-12-52 con cinco años de antigüedad reconocida en la empresa, inclusive, manteniendo Izar Construcciones Navales, S.A. la actividad civil, desarrollada en otras factorías, y el personal mayor de 52 años a 31-12-04 (documentos 1 y 2 de NAVANTIA).//OCTAVO.- Con fecha de efectos 01-02-02 IZAR suscribió póliza de Seguro de Responsabilidad Civil con la entonces Musini, estando expresamente excluida en el número 7.15 de las Condiciones Especiales cualquier tipo de enfermedad profesional, aun siendo catalogada de **accidente laboral**, y en el artículo 3,16., de las Condiciones Especiales las enfermedades profesionales de, cualquier tipo (neumoconiosis, asbestosis, silicosis y similares) (documental de MAPFRE) . Y con fecha de efectos de 01-02-07 formalizó póliza de seguro de responsabilidad civil con NAVANTIA, estando excluida de la cobertura de la póliza, en el capítulo VII, 7,15., los daños derivados de enfermedades profesionales



de cualquier tipo, incluso siendo definidas como "accidente laboral", (p.ej.: neumoconiosis, asbestosis, silicosis...). Añadiéndose que asimismo quedan excluidas las reclamaciones por daños materiales y sus consecuencias causados, resultantes o consecuencia de asbestos en cualquier forma o cantidad (documental de MAPFRE).//NOVENO.- El causante, que fue fumador, tenía historial clínico por EPOC desde el año 1993; desde el año 2002 fue tratado por el servicio de Neumología, con diagnóstico de placas pleurales bilaterales calcificadas, en relación con exposición a amianto. En el año 2009 la EPOC era muy severa: Gasometría: P02 82, PCO2 39, pH 7141. La última espirometría de 2010: FVC 38%; FEV1 22%; FEV1/FVC 44%. Múltiples ingresos por urgencias. En RX de Tórax de julio 2013 marcapasos con cable íntegro. Calcificación pleural izquierda. En líneas B de Kerley en base pulmonar derecha. En fecha 17-07-13 ingresó por EPOC agudizado, infección respiratoria e IC. Sufrió broncoespasmo intenso, refractario a tratamiento habitual, falleciendo el día 20 de julio, con el diagnóstico insuficiencia respiratoria aguda, infección respiratoria, EPOC descompensado y cardiopatía isquémica. En Informe de Patología Autóptica, hallazgos macroscópicos de pulmón: Extensa dilatación del árbol bronquial (bronquiectasias), congestión y edema bilaterales. Placas fibrosas blanquecinas pleuropulmonares y pleurocostales bilaterales, más marcadas en pulmón derecho. En recuento de cuerpos ferruginosos del Hospital Vail dHebrón: 13533 CF/gr de tejido seco.//DECIMO.- Por resolución del INSS de 08-08-13 le fue reconocida a la actora D<sup>a</sup>. Adoracion la prestación de viudedad, derivada de Enfermedad Profesional, en cuantía del 52% de la base reguladora de 2.293,72 euros, con efectos de 01-08-13. En esa misma fecha fue dictada resolución por la que se reconoció a favor de la demandante indicada la prestación de Indemnización por fallecimiento derivada de Enfermedad Profesional, ascendente a 6 mensualidades de la base reguladora de 2.339,83 euros.//UNDECIMO.- El acto previo de conciliación se celebró con resultado de intentado y sin efecto.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Estimo parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup>. Adoracion , D<sup>a</sup>. Irene y D. Hermenegildo , y condeno a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A., (IZAR) a que abone a los actores en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento del cónyuge y padre de las mismas respectivamente la cantidad de 117.165,146 euros, con los intereses legales correspondientes. Absuelvo de la demanda a Navantia Ferrol, S.A., (NAVANTIA) y a Mapfre-Musini, S.A. (MAPFRE).

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A., en liquidación, formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha veintisiete de noviembre de dos mil quince.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día treinta de mayo de dos mil dieciséis para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda presentada por D<sup>ÑA</sup>. Adoracion , D<sup>ÑA</sup>. Irene y D. Hermenegildo , y condena a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. (IZAR) a que abone a los actores en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento del cónyuge y padre de los mismos respectivamente, la cantidad de 117.165,46 euros, con los intereses legales correspondientes. Asimismo absuelve a la demandada Navantia Ferrol S.A (NAVANTIA) y a Mapfre Musini S.A (MAPFRE). Frente a dicho pronunciamiento se alza la empresa condenada y formula recurso de suplicación en el que solicita que se dicte sentencia por la que, se revoque la de instancia y :

- Con estimación de los MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO del presente recurso fije la indemnización objeto de condena en 39.730,51 euros para la viuda y 5.272,45 euros para cada uno de los hijos.
- Subsidiariamente, si se estimara solo el MOTIVO PRIMERO fije la indemnización objeto de condena en 47.451,95 euros para la viuda y 5.272,45 euros para cada uno de los hijos.
- Subsidiariamente, si solo se estimara el MOTIVO SEGUNDO, fije la indemnización correspondiente a la viuda en 79.461,01 euros.
- Si no se estimara ninguno de los Motivos subsane el error aritmético relativo al total de las indemnizaciones fijándolo en la suma correcta de 115.993,67 €



**SEGUNDO** .- La recurrente, sin discutir el relato de hechos probados, articula su recurso en un motivo previo, y dos motivos más por el cauce del art. 193 c) de la LRJS , motivos que examinaremos de forma conjunta a la vista de que el suplico de su recurso está condicionado a la estimación de uno, u otro, o ambos motivos.

En el motivo previo la recurrente señala que la sentencia incurre en un error aritmético ya que atendiendo al fundamento de derecho noveno la cantidad que se fija en el mismo no se establecida en el fallo. En dicho fundamento la sentencia reconoce para la esposa del fallecido la cantidad de 86.276,26 € con el incremento del 10% por factor de corrección (94.903,89 €), y para cada uno los hijos 9.586,26 € con el incremento del 10% por factor de corrección (10.544,89 € x 2). Pues bien, tiene razón la recurrente cuando señala que la suma de esas cantidades es 115.993,67 € y no los 117.165,46 € fijados en el fallo, por lo que la corrección de este error procede en todo caso.

En el primer motivo alega la infracción del art. 1103 del Código Civil , 1.1 y 14 de la CE , y varias sentencias del TSJ del País Vasco en lo que se refiere al quantum indemnizatorio. La recurrente, sin discutir la imputación de responsabilidad que se realiza con respecto a la misma, entiende que procede aminorar la indemnización fijada porque existe una causa concurrente en el resultado lesivo final (fallecimiento del trabajador) cual es la enfermedad derivada su hábito tabáquico (EPOC) y a tal efecto se remite al hecho probado noveno de la sentencia de instancia, así como a la fundamentación de la misma en la que se hace referencia al EPOC calificándolo como grave. Entiende que procede apreciar la concurrencia de culpas (tabaquismo y exposición a amianto) en un 50% y moderar la cantidad indemnizatoria fijada en la sentencia de instancia a la mitad.

En el segundo motivo alega la infracción de la STS de 14 de julio de 2009 , 23 de julio de 2009 y STSJ del País Vasco y de Madrid; en dicho motivo la recurrente solicita que se detraiga de la cantidad establecida como indemnización a favor de la viuda, la cantidad por ella percibida en concepto de indemnización a tanto alzado percibida por el fallecimiento de su esposo al amparo del art. 177 LGSS (6 mensualidades de la base reguladora de 2339,83 euros tal como se establece en el hecho probado décimo).

**TERCERO** - Para resolver las cuestiones planteadas hemos de partir de la base de que el art. 19 ET recoge el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene recogiendo en el párrafo 4 del referido precepto la obligación del empresario a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrate, o cuando cambien de puesto de trabajo, o cuando apliquen una nueva técnica que pueda resultar peligrosa, obligación de seguridad que ha de completarse con lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos **Laborales** de 8 de noviembre de 1995. Esta ley, como señala su propia Exposición de Motivos, viene a suponer la transposición al Derecho español de la Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria. En esta norma se plantea la prevención como un proyecto independiente del resto de las actividades empresariales pero integradas dentro de las mismas, idea integradora que se recoge en su artículo 14.2 cuando señala que el empresario realizará la prevención de los riesgos **laborales** mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos **laborales**, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley. Y a tal efecto el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

Partiendo de tales premisas y relacionando las normas citadas con lo dispuesto en los art. 1902 y 1100 del Código Civil tenemos que concluir que el nacimiento de la responsabilidad empresarial ante un **accidente laboral** o enfermedad profesional de sus trabajadores exige la concurrencia de los siguientes factores:

a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado. Sosteniéndose incluso que no puede fundamentarse la responsabilidad civil en un precepto que imponga obligaciones genéricas exigiéndose expresamente acreditar y probar culpa o negligencia, aunque sea esta última una limitación que rechaza alguna doctrina y jurisprudencia. No se abandona pues la idea de la responsabilidad por culpa y si bien es verdad que la jurisprudencia viene observando una atenuación o inversión de la carga de la prueba, presumiendo negligente la conducta productora del daño, tal inversión no opera cuando se trata de demostrar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la culpa, cuya prueba incumbe en exclusiva al actor por aplicación del art. 217 de la L.E.C .,





debiendo el demandante no solo acreditar el daño y su valoración sino también las circunstancias de la acción u omisión y el **nexo causal**.

b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de quedar ciertamente probado, es decir que no se presume.

c) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible a un buen empresario que resulte ser la de un prudente empleador atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

La recurrente no rechaza esa responsabilidad empresarial pero entiende que procede atemperarla porque ha habido una conducta culposa de la víctima (tabaquismo) que ha influido en la causación del resultado lesivo final. De apreciarse tal concurrencia habría que acudir al mecanismo de la "compensación de culpas", jurisprudencialmente reconocido como ajustado a derecho ( STS de 20 de febrero de 1992 , y 7 de diciembre de 1987 ) y tenerse en cuenta la incidencia de la conducta del trabajador a la hora de fijar el porcentaje del recargo o al establecer el importe indemnizatorio.

Pues bien, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia en el resultado indemnizatorio final cuando, como en el presente caso, se aprecia que el hábito del tabaco del trabajador también ha causado un menoscabo en su salud. Y así entre otras, en STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2015 (Recurso: 2771/2014 ) señalamos: "La recurrente Izar Construcciones Navales en liquidación SA en el último motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia la infracción de la sentencia de instancia de la doctrina jurisprudencial relativa al cálculo del quantum indemnizatorio, y del artículo 14 de la constitución española ; alegando en esencia que si bien el juzgador de instancia considera que el daño físico y moral que el padecimiento del cáncer de pulmón provoca al actor debe tasarse en la cantidad total de 120.000 euros, sin embargo estima que no puede olvidarse que el hábito tabáquico del trabajador también ha contribuido al padecimiento del cáncer de pulmón y no puede concederse la mima a indemnización cuando el amianto es la causa exclusiva de la enfermedad que, como es el caso, actúa como coagente junto con otro agente común como es el tabaco, es decir cuando existe culpa exclusiva, que cuando existe concurrencia de culpas, por todo lo cual solicita la rebaja del quantum indemnizatorio a la cantidad de 60.000 euros.

Pues respecto de ello decir que en efecto en el supuesto de autos el juzgador de instancia da por probado en la sentencia que en efecto el cáncer que padecía el trabajador y que determino su IPA se trataba de un cáncer epidermoide de pulmón determinándose como claros cofactores de riesgo etiológico la exposición al amianto y al tabaco, si bien esta circunstancia no le lleva a una minoración o reducción en la indemnización total del baremo, por estimar que la patología ha sido considerada como de etiología profesional y así se ha reconocido la pensión de IPA como derivada de enfermedad profesional; pero la empresa recurrente considera que dado que han existido dos factores en la producción del daño, el hábito tabáquico y la exposición al amianto, lo más razonable es reducir la indemnización total a 60.000 euros .

Pues bien cuestión similar a la aquí planteada ya ha sido resulta por sentencia del TSJ de País vasco en sentencia de fecha 17/02/2015 al resolver recurso de suplicación número 40/2015 , la cual señala que: "... El problema a resolver se plantea en supuestos como el de autos en el que concurren las siguientes circunstancias:

1ª) la posibilidad de desarrollar la clase de cáncer diagnosticada al demandante está altamente asociada con el tabaquismo, en mayor medida que otras formas de presentación;

2ª) la presencia de dos factores de riesgo, susceptibles de interactuar y producir un efecto sinérgico, habida cuenta que entre los 15 y los 23 años el demandante estuvo en contacto con el amianto en niveles desconocidos al no realizarse mediciones, y a lo largo de su vida ha fumado unos 60 paquetes de cigarrillos al año;

3ª) la inexistencia de datos objetivos que permitan achacar la aparición del tumor a una sola de las circunstancias coadyuvantes, y de elementos de juicio que permitan establecer cuál ha contribuido en mayor medida y con mayor fuerza a su desarrollo; a tal efecto, un dato relevante cuya ausencia no podemos ignorar, es que no se han aportado pruebas que faciliten información sobre la existencia de amianto en los tejidos pulmonares.

La duda que surge en estos casos es si constatada la dejación empresarial respecto a sus obligaciones preventivas en torno al amianto, el hábito tabáquico del trabajador justifica la reducción de la responsabilidad civil de aquella y, en su caso, en qué porcentaje.

Aunque hasta la fecha no existen pronunciamientos jurisprudenciales en este punto, y aunque en el supuesto así definido, no se puede hablar con propiedad de concurrencia de culpas, la Sala considera que ha de operar la figura de la concurrencia de causas, debiendo fijarse la correspondiente cuota de responsabilidad del



empresario y moderarse la indemnización a cargo del mismo a partir de la regla del artículo 1103 del Código Civil y de las ideas de equidad y proporcionalidad inherentes al valor justicia consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución , a las que se opondría de manera frontal la imposición al empresario de la obligación de reparar en su integridad un daño cuyo incumplimiento en materia preventiva pudo no haber ocasionado, con un grado de probabilidad elevado, no inferior al de la hipótesis contraria.

Esto es así, porque en el caso descrito, trabajador y empresa son artífices de los riesgos creados respectivamente por el hábito tabáquico y por la inaplicación de las medidas preventivas, y ninguno de ellos ha podido demostrar que fue una de esas circunstancias la única causa del tumor.

En esta tesitura, el peso de la incertidumbre **causal** no puede recaer únicamente sobre el empresario, sino que debe repartirse equilibradamente entre quienes contribuyeron a la creación del riesgo, atendiendo al criterio de la probabilidad de que los daños a resarcir fueran causados por su conducta.

Es más, cuando como aquí sucede, no se dispone de datos, y tampoco de pruebas estadísticas que permitan establecer ese nivel de probabilidad con unas mínimas garantías de acierto, no resulta en modo alguno irrazonable entender que cada uno de los factores de riesgo contribuyeron, en la misma proporción, a la génesis del tumor, y, consecuentemente, reducir en un 50% el importe de la indemnización a cargo del empresario, como ha hecho el órgano de instancia, en línea con lo decidido por esta Sala en la sentencia que cita, de fecha 14 de febrero de 2013 (Rec. 186/13 )

Lo hasta aquí razonado determina la desestimación del único motivo del recurso interpuesto por el actor, frente a lo que no pueden prevalecer los argumentos que despliega en defensa de su posición. En primer lugar, la incidencia **causal** que pudiera tener la duración del período de exposición al asbesto y la edad del demandante a la hora de establecer el grado de probabilidad de que fuesen la causa del tumor, resulta neutralizada por el tiempo en que se prolongó el consumo de tabaco, pues aunque no consta la fecha de inicio, la mención que se hace en la sentencia, corroborada por los informes médicos obrantes en autos, presupone que el hábito se mantuvo durante muchos años y en todo caso hasta el diagnóstico del tumor, como resulta asimismo de dichos informes pues uno de los tratamientos prescritos en el informe de alta hospitalaria fue el abandono del hábito tabáquico (folio 176). En segundo término, no consta acreditado que el actor, en el período en que prestó servicios para la demandada, hubiese contraído ese hábito y que en tal caso fumase en los lugares donde existían partículas de amianto, y tampoco se ha practicado prueba de que ello eleve de manera importante el riesgo de desarrollar un tumor pulmonar. En tercer lugar, tampoco existe prueba de la intensidad de la exposición al amianto, pues como ya se ha dicho no se efectuaba medición alguna.."

Pues bien la Sala estima que en el supuesto de autos, aplicando el anterior criterio contenido en la sentencia arriba indicada, ha de operar la figura de la concurrencia de causas, debiendo fijarse la correspondiente cuota de responsabilidad del empresario y moderarse la indemnización a cargo del mismo a partir de la regla del artículo 1103 del Código Civil y de las ideas de equidad y proporcionalidad inherentes al valor justicia consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución , a las que se opondrían de manera frontal la imposición al empresario de la obligación de reparar en su integridad un daño cuyo incumplimiento en materia preventiva pudo no haber ocasionado, con un grado de probabilidad elevado, no inferior al de la hipótesis contraria.

Y estimando la Sala que en el caso de autos en efecto existen como claros cofactores de riesgo etiológico la exposición al amianto y al tabaco; pero dado que la patología se ha calificado como de etiología profesional, como se evidencia de que se ha reconocido la pensión de IPA como derivada de enfermedad profesional, y dado que en efecto está acreditada la intensa exposición al amianto; no resulta en modo alguno irrazonable entender que cada uno de los factores de riesgo contribuyeron, a la génesis del tumor, pero estimando la sala que en el supuesto de autos por las circunstancias concurrentes ya relatadas, la contribución podría cifrarse en un porcentaje de 80% el amianto y un 20% el hábito tabáquico, y, consecuentemente, reducir en un 20 % el importe de la indemnización a cargo del empresario; o sea procede condenar a la empresa a abonar al actor la indemnización de 96.000 euros(o sea el 80% de 120.000 euros de cantidad total de la indemnización fijada en sentencia."

Es cierto que en otras ocasiones hemos ponderado hasta el 50% ( STSJ de Galicia de 6 de julio de 2015 rsu 879/2015 ) o hemos negado la ponderación en porcentaje alguno ( STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2015, rsu 2772/2014 ), pero entendemos que en esta ocasión la ponderación que procede es del 80% empresa y 20% trabajador ya que no nos consta la cantidad de tabaco consumida diariamente el trabajador, ni cuando se inició en su consumo, pero sí consta que la gravedad del EPOC está en directa conexión con el trabajo desarrollado con el amianto, y el mismo se refleja en la resolución del INSS como patología invalidante a efectos de IPA.

Por lo tanto, en base a este motivo, la cantidad fijada para cada de los perjudicados ha de verse reducida en un 20%.



**CUARTO** .- En cuanto al siguiente motivo el mismo no prospera. La recurrente hace mención a unas sentencias del Tribunal Supremo del año 2007 y 2009 cuya doctrina ha sido superada por varias resoluciones del año 2014 y posteriores a las que hace referencia la Juez a quo. Efectivamente la jurisprudencia más reciente sobre esta materia ( STS de 23 de junio de 2014, rec. 1257/2013 , 17 de febrero de 2015, rec. 1219/2014 , 30 de marzo de 2015, rec. 3204/2013 ), establece las siguientes pautas para fijar el quantum indemnizatorio

1º.- En relación con el ejercicio de la acción de daños y perjuicios por parte del trabajador, y una vez que se reconoce la existencia de responsabilidad en el empresario en el **accidente**, como ocurre en la presente litis, el trabajador tiene derecho a la reparación íntegra, de forma que la indemnización procedente deberá de ser suficiente para alcanzar reparara plenamente todos los daños y perjuicios causados por el **accidente** litigioso, sin que la indemnización resultante pueda exceder del daño o perjuicio causado.

2º.- La fijación del importe indemnizatorio es misión del órgano de instancia, sin perjuicio que de forma excepcional pueda ser corregida en vía de recurso cuando la misma resulte arbitraria o desproporcionada.

3º.- Las categorías básicas a indemnizar son: el daño corporal (lesiones físicas y psíquicas), el daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual), el daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso) y el lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas **laborales**).

4º.- Ha de respetarse la regla de la «compensatiolucrum cum damno», de forma tal que cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden compatibles pero complementarias, lo que supone que haya de deducirse del monto total de la indemnización lo que se hubiese cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto; con dos aclaraciones: a) con ello se persigue tanto evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador como el de quien causó el daño o la posible aseguradora; y b) la compensación de las diversas indemnizaciones solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

5º.- Las fuentes a las que se pueden acudir para calcular las respectivas indemnizaciones son:

a).- Daño emergente.- En lo que al daño emergente se refiere, la determinación de su importe indemnizatorio habrá de realizarse atendiendo exclusivamente a lo oportunamente pedido y a la prueba practicada, tanto respecto de su existencia como de su importe.

b).- Lucro cesante.- Tratándose de lucro cesante, tanto por IT como por IP, la responsabilidad civil adicional tiene en su caso carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las posibles mejoras voluntarias, si el importe de aquél supera a la suma de unas y otras, que en todo caso habrán de ser tenidas en cuenta al fijar la indemnización (en los términos que se precisarán), porque hay un solo daño que indemnizar y el mismo puede alcanzarse por las diversas vías, «que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Pero muy contrariamente -como razonaremos- no se deducirá del monto indemnizatorio por el concepto de que tratamos -lucro cesante- el posible recargo por infracción de medidas de seguridad.

c).- Daño corporal/daño moral.- Para el resarcimiento de estos dos conceptos, el juzgador puede valerse el Baremo que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM, que facilita aquella -necesaria- exposición vertebrada, teniendo en cuenta:

a).- Se trata de una aplicación facultativa, pero si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto -tal como esta Sala lo interpreta y aplica- deberá razonarlo, para que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

b).- También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el Baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida -y singular- exigencia culpabilística en la materia (inexistente en los riesgos «circulatorios») y de los principios de acción preventiva.

Pues bien, partiendo de tales pautas no procede compensar la prestación a tanto alzado en la forma pretendida por la recurrente, y ello porque el importe de la indemnización básica por muerte (Tabla I) no es compensable con las prestaciones de Seguridad Social percibidas ya que éstas compensan el lucro cesante, mientras que lo que se fijan en la indemnización básica por muerte son daños corporales/ morales, por lo que no son conceptos homogéneos. Tal homogeneidad tampoco se puede predicar de la lectura del art. 177 LGSS ya que tal norma, tras establecer unos beneficiarios de forma automática (cónyuge, pareja de hecho e hijos) establece en su defecto otros familiares "que vivieran a expensas del trabajador fallecido "por lo que se deduce que lo que se pretende indemnizar es la pérdida económica o de ingresos que supone el fallecimiento del trabajador, esto es, un lucro cesante. Por ello, en su caso, sería compensable con un factor de corrección por perjuicios económicos, que en este caso no se ha otorgado ya que el 10% que se otorga por factor de corrección la sentencia lo fija para compensar daños morales (largo periodo con disneas relevantes, necesidad continuada de asistencia hospitalaria).



En definitiva, y por todo lo indicado, procede estimar parcialmente el recurso presentado y fijar las cantidades indemnizatorias finales en las siguientes cantidades:

- A favor de la viuda: 75.923,11 €
- A favor de los hijos: 8.435,91 € para cada uno de ellos.

Todo ello sin imposición de costas, y decretando la devolución del depósito constituido para recurrir.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado Sr. Vázquez Miranda, actuando en nombre y representación de IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A., EN LIQUIDACION, contra la sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil quince, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, en autos 859/2014, seguidos a instancia de DÑA. Adoracion, DÑA. Irene y D. Hermenegildo contra NAVANTIA FERROL S.A, MAPFRE-MUSINI S.A y la empresa recurrente revocamos parcialmente la misma en el único punto de fijar las cantidades que tiene derecho a percibir los actores como indemnización de daños y perjuicios en las siguientes:

- A favor de la viuda, Dña Adoracion : 75.923,11 €
- A favor de los hijos Dña. Irene y D. Hermenegildo : 8.435,91 € para cada uno de ellos.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de instancia. Sin costas.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .
- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.
- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.