



Roj: **STSJ GAL 4020/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:4020**

Id Cendoj: **15030340012019102748**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **656/2019**

Nº de Resolución: **2883/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA ANTONIA REY EIBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO // MDM

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15036 44 4 2017 0001769

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000656 /2019

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000867/2017 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de FERROL

RECURRENTE/S: IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL

ABOGADO/A: ABEL LOPEZ CARBALLEDA

PROCURADOR: MARIA SUSANA DIAZ GALLEGO

RECURRENTE/S: NAVANTIA SA

ABOGADO/A: BEATRIZ REGOS CONCHA

PROCURADOR/A: MARÍA SUSANA DÍAZ GALLEGO

RECURRIDO/S: Beatriz , Eurne , Candido , Anibal

ABOGADO/A: JESUS PORTA DOVALO

RECURRIDO/S: D. Anibal

ABOGADO/A: SANDRA RÍOS BOUZA

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS

MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

MARÍA ANTONIA REY EIBE

ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.



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 SUPPLICACIÓN 0000656/2019, formalizado por el letrado don Abel López Carballada, en nombre y representación de IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL, y por la letrada doña Beatriz Regos Concha, en nombre y representación de NAVANTIA SA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de FERROL en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000867/2017, seguidos a instancia de D^a Beatriz , D^a Edurne , D. Candido y D. Anibal frente a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL y NAVANTIA SA, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Beatriz , D^a Edurne , D. Candido y D. Anibal presentó demanda contra IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL y NAVANTIA SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de julio de dos mil dieciocho , aclarada por auto de fecha siete de septiembre de dos mil dieciocho .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D. Anibal , nacido el NUM000 /1935, vino prestando servicios por cuenta y dependencia de la entonces empresa E.N.Bazan de C.N.M. S.A., (posteriormente Izar Construcciones Navales S.A.), desde el 12/01/1950, inicialmente como aprendiz de maquinaria; el 01/10/1954 fue clasificado Oficial 3^a Tornero con destino en el Taller de Maquinaria; el 21/09/1975 fue clasificado Oficial de 2^a tornero con destino en el centro de mecanizado de herramientas; el 21/09/1978 fue clasificado Oficial de 1^a tornero en el mismo centro de mecanizado; y causó baja definitiva el 20/05/1996 por despido improcedente.- SEGUNDO.- En esta prestación de servicios estuvo expuesto al amianto sin disponer de sistemas de protección individual y colectiva específicos.- TERCERO.- Los servicios médicos de la empresa Bazán realizaron a D. Gervasio reconocimientos médicos ordinarios generales, no específicos para trabajos con exposición a amianto, pero que incluían radiografía de pulmón y espirometrías, en fechas 08/11/1958, 14/12/1962, 05/02/1973, 06/12/1974, 16/06/1976, 04/11/1983, 28/09/1984, 01/06/1986, 21/04/1988, 06/11/1989, 29/06/1990, 08/10/1991, 02/06/1992, 02/06/1993, y 01/04/1996.- CUARTO.- La empresa E.N. BAZÁN C.N.M., S.A., tuvo diferentes reglamentaciones sobre seguridad e higiene en el trabajo: normas internas correspondientes a evaluación de contaminantes en ambientes industriales de 1976 S-17; la S-23 a partir de 1977 sobre prevención de los riesgos de exposición al amianto; la HI-1 de 1982 de instrucciones de higiene industrial en trabajos en los que se manipulaba amianto, la instrucción TF-7 1982 también sobre trabajos en los que se manipulaba amianto y otras posteriores como la TFH-1 de 1985, y la revisión en 1999 de la Instrucción NPB-HI-1 de 1985 sobre normas de prevención en trabajos con riesgo de exposición a amianto. Además, desde 1977 se establecieron Normas de Seguridad relativas a los Dispositivos de Extracción Localizada, de prevención de accidentes en trabajos de Soldadura Oxiacetilénica y Oxicorte -S30-; norma de vestuario para soldadores y sopleteros -S33, norma de higiene industrial para trabajos de calentamiento de piezas y chapas con soplete -TFH 5; instrucciones de seguridad sobre soldadura en espacios confinados -TFS 11-; normas de prevención para soldadura en espacios confinados NPB-11; instrucción NPB-17 sobre normas de prevención oxicorte y soldadura. Se realizaron informes de Higiene Industrial en 1981 y 1982 relativos al análisis de contaminación en los puestos de trabajo de soldadura de piezas en caliente. Y tuvo diferentes catálogos de prendas de protección. También en el periodo de enero de 1975 a julio de 1985 el centro de trabajo tuvo visitas de la Inspección de Trabajo sin constancia en el libro de visitas de actas de infracción en materia de amianto.- QUINTO.- A D. Gervasio , exfumador desde hacía cuarenta años, 20 paquetes/año, y con, entre otros padecimientos, el de EPOC fenotipo no agudizador en grado leve y placas pleurales secundarias a asbesto, le fue emitido también a finales de 2016 por neumología el juicio clínico de masa pulmonar concordante con carcinoma no microcítico probable estadio III-B, en relación a la cual le fue emitido por oncología el 02 de febrero de 2017 el juicio clínico de carcinoma escamoso de pulmón estadio IV.- SEXTO.- D. Gervasio falleció



el 17/09/2017 por causa del carcinoma de pulmón con metástasis pulmonares, suprarrenales y gangliolares.- SÉPTIMO.- En informe pericial aportado por la empresa IZAR ratificado en juicio por el Dr. Leandro en relación a D. Gervasio , se emite, en conclusiones, las siguientes consideraciones: " *Trabajador con historia laboral en astilleros, con evidencia de lesiones radiológicas típicas de exposición al amianto, con perfil de pruebas funcionales respiratorias compatibles con exposición a tabaquismo (patrón obstructivo en relación con EPOC. Diagnosticado de CARCINOMA EPIDERMOIDE DE PULMÓN, patología que determinó su fallecimiento como consecuencia de su evolución hasta estadio terminal. En la etiología del cáncer pulmonar están reconocidos tanto el amianto como el tabaco, ejerciendo entre ambos un efecto multiplicador por 50 veces la frecuencia del cáncer de pulmón cuando concurren ambos factores de riesgo combinados, respecto de la frecuencia observada por separado. Por lo tanto, desde un punto de vista médico-legal, debe considerarse la existencia de una relación concausa-efecto entre la exposición al amianto, el antecedente del hábito tabáquico y el carcinoma epidermoide de pulmón y, por tanto, con el fallecimiento debido a éste, resultado de ello una imputabilidad médico-legal cierta, parcial y directa* ".- OCTAVO.- Beatriz , nacida el NUM001 /1940, es la viuda de D. Gervasio , con quien contrajo matrimonio el 09/07/1960, y D. Anibal , nacido el NUM002 /1960, D. Candido , nacido el NUM003 /1962, y Edurne , nacida el NUM004 /1964, sus hijos, sin que esta última conviviera, ya años antes del fallecimiento, en el que fue el domicilio familiar con sus padres.- NOVENO.- Por resolución del INSS de 14/05/2018 se reconoció a Beatriz pensión de viudedad por contingencia de enfermedad profesional.- DÉCIMO.- La Empresa Nacional Bazán de Construcciones Militares S.A., previa fusión por absorción en 2000 entre otros de Astilleros y Talleres del Noroeste S.A., cambió su denominación social por la de Izar Construcciones Navales S.A., en enero de 2001. Izar Construcciones Navales S.A., procedió a constituir la mercantil New Izar S.L., mediante escritura pública autorizada de fecha 30/07/2004. Posteriormente, New Izar S.L., procedió a la ampliación de su capital social, acuerdo de ampliación de capital social que fue elevado a escritura pública el 03/01/2005, mediante la emisión de participaciones sociales que fueron asumidas por parte de Izar Construcciones Navales mediante la aportación no dineraria consistente en la rama de actividad militar constituida por las factorías de Ferrol, Fene, Cartagena, Puerto Real, San Fernando y Cádiz y el Centro Operativo de Madrid, que comprenden instalaciones, existencias, instrumentos de trabajo, mobiliario y demás elementos que directa o indirectamente estén afectos a la explotación de la rama de actividad transmitida, conjunto económico capaz de funcionar por sus propios medios, comprendiendo, asimismo, dicha ampliación los contratos de todo tipo y naturaleza vinculados a la actividad transmitida, pagos, gastos, cargas, deudas, contribuciones, derechos y obligaciones de cualquier género, que se deriven de la titularidad de la rama de actividad transmitida, expresándose también que dicha rama de actividad comprendía todo el personal de las Factorías de Ferrol, Cartagena, San Fernando, Puerto Real, Cádiz, Fene y Centro Corporativo de Madrid, salvo todos aquellos nacidos hasta el NUM005 /1952, inclusive, con cinco años de antigüedad reconocida en la empresa y los que voluntariamente se acogieran a las bajas incentivadas. Se fijó asimismo como fecha de efectos económicos de la aportación de la rama de actividad la del 31/12/2004 y frente a terceros la de la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital. Posteriormente por escritura pública autorizada en fecha 04/01/2005 Izar Construcciones Navales S.A., transmitió a la Sociedad Industrial de Participaciones Industriales (SEPI) el pleno dominio de las participaciones sociales que le pertenecían en la sociedad. En marzo de 2005 New Izar S.L., cambió su denominación social por la de Navantia S.L., y a su vez Navantia S.L., se transformó en Navantia S.A., en octubre de 2005. En abril de 2005 Izar Construcciones Navales S.A., inicia su proceso de disolución y pasó a denominarse Izar Construcciones Navales en Liquidación S.A., asumiendo la responsabilidad de los trabajadores de 52 años o más años afectados por el ERE 67/04, autorizado por Resolución de 16/03/2005, en todos los centros.- UNDÉCIMO.- El 30/11/2017 se celebró actos de conciliación ante el SMAC, en virtud de papeleta presentada el 06/11/2017, en reclamación indemnizatoria de viuda e hijos contra las empresas con el resultado de sin avenencia. Por D. Gervasio se había presentado también papeleta el 05/09/2017 instando acto de conciliación ante el SMAC, que quedó sin celebrarse al haber sido señalado para el día 28/09/2017."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, resolviendo en el sentido expresado en el fundamento de derecho único, la demanda interpuesta por Beatriz , Edurne , D. Anibal , y D. Candido contra IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, y NAVANTIA S.A., debo condenar y condeno solidariamente a las empresas al pago a beneficio de la comunidad hereditaria de D. Gervasio de la suma de 60531,06 euros, así como al pago a Edurne de la cantidad de 83608,50 euros; a D. Edurne de la cantidad de 20.400 euros; a D. Anibal de la cantidad de 20.400 euros; y a D. Candido de la cantidad de 20.400 euros; cantidades todas ellas más el interés legal desde la fecha del 06/11/2017 de la papeleta de reclamación efectuadas ante el SMAC hasta la fecha de la presente Sentencia."

Con fecha siete de septiembre de dos mil dieciocho se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- Rectificar la Sentencia de fecha 30/07/2018 en el sentido siguiente:



1.1. En el Fundamento de Derecho Único:

donde dice el Fundamento de Derecho Único, apartado 2.2.-: "respecto de la viuda Beatriz , 47 años y 2 meses, de matrimonio en la fecha del fallecimiento del esposo,"

debe decir: "respecto de la viuda Beatriz , 57 años y 2 meses, de matrimonio en la fecha del fallecimiento del esposo";

donde dice en el Fundamento de Derecho Único, apartado 2.2.-:

"el importe de 33082,50 euros a razón de 1000 euros por año adicional de convivencia o fracción"

debe decir: "el importe de 43000 euros a razón de 1000 euros por año adicional de convivencia o fracción";

donde dice en el Fundamento de Derecho Único, apartado 3.2.: " La condena de la empresa IZAR al pago a Beatriz de la cantidad de 83608,50 euros (50125 + 33082,50 + 401)"

debe decir: "La condena de la empresa IZAR al pago a Beatriz de la cantidad de 93526 euros (50125 + 43000 + 401)"

1.2. En el Fallo:

donde dice el Fallo: "así como al pago a Edurne de la cantidad de 83608,50 euros";

debe decir: "así como al pago a Beatriz de la cantidad de 93526 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recursos de suplicación por IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL y por NAVANTIA SA formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por los demandantes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado 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 13 de febrero de 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 25 de junio de 2019 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 .-Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y condena a las demandadas a que abonen a las actoras las cantidades que en concepto de indemnización se detallan en la parte dispositiva de la sentencia, con la aclaración contenida en el Auto de fecha 7 de septiembre de 2018 , recurren en suplicación las empresas demandas "NAVANTIA SA" e "IZAR CN SAEL" denunciando la primera, con amparo procesal en el art. 193.c de la LRJS , infracción del art. 44 del ET , por aplicación indebida, al considerar que no se ha producido una sucesión de empresa específica de NAVANTIA respecto de IZAR, toda vez que su contrato de trabajo había sido extinguido por despido antes de producirse la segregación de la rama de actividad.

La cesura jurídica que se denuncia no se admite, es de destacar la respecto la doctrina del TS que reitera y resume la reciente sentencia de 21-6-2017 (RJ 2017, 3503), esto es, la de si se transmite la obligación de pagar la indemnización de daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional (asbestosis), a quien sucede a la empresa responsable de la misma por cualquier título válido para la transmisión de la empresa, conviene señalar, como hemos hecho en los mencionados precedentes, "que para supuestos de recargo de prestaciones, la atribución de responsabilidad a la empresa sucesora aunque el trabajador afectado por la asbestosis no haya prestado servicios para la misma, ha sido ya resuelta por esta Sala en sentido contrario a lo pretendido por el recurso en STS/IV 23-marzo-2015 (RJ 2015, 1250) (rcud 2057/2014 dictada por el Pleno de la Sala), con doctrina seguida, entre otras, por las SSTS/IV 14-abril-2015 (RJ 2015, 2806) (rcud 962/201), 5-mayo-2015 (RJ 2015, 2408) (rcud 1075/2014) y 2-noviembre-2015 (RJ 2015 , 6308) (3426/2014), en las que se ha cambiado la anterior doctrina de la Sala, y en las que se ha fundado suficientemente la procedencia de la transmisión de la responsabilidad que se controvierte y la sucesión en la obligación de pagar el recargo (aquí la indemnización por daños y perjuicios)" (FJ 2º.1 STS4ª 8-6-2016 (RJ 2016, 3177), citada).

Los argumentos para el cambio de doctrina -de perfecta extrapolación al presente caso- pueden resumirse del siguiente modo, como también hicimos en los repetidos precedentes: a) "Es claro que nuestra precedente doctrina se basaba en una consideración mixta del recargo, en la que el aspecto punitivo del mismo [reflejado en la especiales prescripciones del art. 123 LGSS (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170)] obstaculizaban el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 127.2 LGSS . Pero un nuevo examen de la cuestión -previo a la publicación de la STJUE 05/Marzo/2015 (TJCE 2015, 99)- nos ha llevado a conclusión diversa, pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza



compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y articularse su gestión - reconocimiento, caracteres y garantías- en forma prestacional". Se razona sobre los datos normativos que inclinan en la actualidad a hacer prevalente el aspecto prestacional y a este efecto señala "la Sala ha entendido más adecuado mantener la naturaleza plural del recargo -resarcitoria y preventivo/punitiva- sin inclusión en ninguna categoría jurídica novedosa, por considerar que ello no solamente podría dar lugar a disfunciones imprevisibles, sino que es innecesario a los efectos aquí tratados, en tanto que la Sala se decanta ... por rectificar su anterior doctrina y entender que a los efectos de que tratamos -la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo- ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala -tras meditada reconsideración del tema- que la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 han de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS . Criterio que, como veremos, es del todo coincidente con doctrina comunitaria que significa la sentencia del TJUE arriba indicada y que más adelante referiremos en detalle".

b) "En esta línea discurre sobre la aplicabilidad del art. 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y sobre el significado de la locución "prestaciones causadas" que utiliza el precepto, para concluir afirmando: [- la responsabilidad solidaria del adquirente sucesor con el empresario anterior]- "no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen "in fieri" a la fecha de cambio empresarial".

c) "Seguidamente trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (Asunto C-343/13) que, evacuando una consulta prejudicial, interpreta el alcance del art. 19.1.a) de la Directiva 78/855 (LCEur 1978, 344) en el sentido de que ["1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente"]".

d) "Nuestra referida sentencia del Pleno de la Sala recuerda la primacía de la jurisprudencia comunitaria, señalando: "a) las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no resuelve litigio alguno sino que como "tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata" [SSTJCE 08/11/90 (TJCE 1991, 75), Asunto Gmurzynska-Bscher ... 15/06/06, Asunto Acereda Herrera y 06/07/06 (TJCE 2006, 189), Asunto Salus] (SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08 (RJ 2009, 4286) y 04/02/10 -rcud 2288/09 (RJ 2010, 645)) y b) la referida primacía incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que "el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva" [SSTJCE 13/11/90 (TJCE 1991, 78), Asunto Marleasing ... 11/09/07 (TJCE 2017, 216), Hendrix 24/06/08, A. Commune Mesquer y 25/07/08 (TJCE 2008, 187), Asunto Janecek] [SSTS 27/09/11 -rcud 4146/10 (RJ 2011, 1094) y 24/06/09 -rcud 1542/08 (RJ 2009, 4286))".

e) "Indica también la incidencia en esta litis de la Directiva 78/855 (LCEur 1978, 344), recordando al efecto la doctrina del Tribunal de Luxemburgo: - Que las Directivas Comunitarias son de aplicación subsidiaria, en defecto de norma nacional que la trasponga o ya regule la materia en forma ajustada a la norma de la UE, pero aún en tal supuesto -aplicación subsidiaria- las Directivas únicamente tienen eficacia aplicativa en las relaciones verticales [poderes públicos/particulares]- y en sentido unilateral [particular frente poderes públicos y no a la inversa], como trasfondo sancionador al Estado incumplidor. - Que se excluye la eficacia directa horizontal en el contexto de las relaciones horizontales [inter privados], de forma que "una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal, frente a dicha persona" sin perjuicio de que el defecto de transposición de norma comunitaria se traduzca en la posibilidad de que el particular perjudicado acuda a la vía de la responsabilidad civil. - Que la indefensión a los particulares se conjura anteponiendo al discurso de la eficacia directa el de la eficacia interpretativa, con la que a la postre se llega a una eficacia horizontal "indirecta".

f) Para concluir: "En el caso de autos, la doctrina comunitaria que expresa la precitada STJUE de 05/ Marzo/2015 (TJCE 2015, 99) [Asunto C-343/13], coincide con el art. 127.2 LGSS en la interpretación que la Sala entiende ha de darse y que más arriba ha sido expresada, de forma tal que el precepto así entendido resulta del todo conforme al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia que lo interpreta, lo que consiente su aplicación. Pero aún en el supuesto de que la Sala ya no hubiese llegado a la referida conclusión, de todas formas la eficacia aplicativa indirecta -vía hermenéutica- de la Directiva 78/855 nos hubiese llevado a la misma conclusión, partiendo del arriba referido principio interpretativo pro communitate" y "Luego señala, a modo de obiter dicta que "No parece estar de más resaltar que aunque el caso examinado por el TJUE se hubiese



limitado a un supuesto de fusión por absorción y éste sea también el caso de autos, desde el momento en que su jurisprudencia tiene la trascendencia extra litigio más arriba destacada, y por otra parte nuestra sentencia de contraste no iba referida a supuesto de fusión de empresas y además contenía una doctrina de general aplicación, parece razonable ofrecer el mismo alcance -general- a la rectificación de criterio que ahora hacemos...".

g) "Por último, al abordar la solución del caso concreto que ahora se debate, dice: "En el supuesto que debatimos, la doctrina expuesta -tanto de este Tribunal como del TJUE- llevan a la desestimación del recurso, y para justificar tal pronunciamiento bastaría con referir la laconica declaración que sobre las circunstancias de la sucesión empresarial lleva cabo la sentencia recurrida, al afirmar ... que "la empresa Rocalla SA, tras varias fusiones y absorciones, pasó a ser Uralita SA que se constituyó a fecha 21-7-1993"" y "Pero, continúa diciendo, aparte de ello, suficiente -conforme a nuestra actual doctrina- para declarar a "Uralita, SA" responsable del recargo de prestaciones que traigan causa en incumplimientos preventivos de "Rocalla, SA", lo cierto es que en la fundamentación jurídica se hacen más -y correctas- precisiones en orden a la absorción de la empresa para la que el trabajador afectado de asbestosis había prestado servicios, muy particularmente al reproducirse la sentencia de Pleno que en el recurso nº 396/2013 había dictado la Sala de lo Social del TSJ Cataluña datos que en gran medida han de calificarse como hechos conformes. Y través de ellas - las precisiones indicadas- se deja constancia que desde 1982 "Uralita, SA" había adquirido las acciones de "Rocalla, SA", pasando a tener el control de la misma aunque manteniendo producción independiente [en gran medida la llamada -significativamente- "uralita"], y que ambas empresa pasaron por vicisitudes modificativas cuya concreción resulta ociosa a los efectos de que tratamos, pero que ponen de manifiesto la absoluta conexión entre las empresas involucradas en las presentes actuaciones y la consiguiente falta de ajenidad de la demandada respecto de los problemas derivados del incumplimiento preventivo en relación con el amianto y por lo tanto respecto de la lamentable enfermedad profesional que ha dado lugar a los presentes autos".

3. "A mayor abundamiento, ...que tal como se deduce del relato fáctico expuesto, lo que realmente se ha producido con respecto a las Empresas Izar y Navantia, ni tan siquiera alcanza a considerarse una sucesión, puesto que lo que se ha producido es un mero cambio de denominación, ya que, tanto la una, como la otra, son sociedades mercantiles públicas, propiedad al 100% de la SEPI, que se han dedicado a la misma actividad, en las mismas instalaciones y con los mismos trabajadores y de otra parte, que no ha resultado acreditado que Navantia e Izar suscribieran acuerdo alguno que liberara a la primera de las obligaciones o responsabilidades asumidas por la segunda" (SSTS núms. 502/2016 (RJ 2016 , 3177) y 336/2017 (RJ 2017, 2006), citadas).

En consecuencia dio motivo de recurso ha de ser desestimado.

SEGUNDO .- En sede jurídica y con amparo procesal en el art. 193.c de la LRJS denuncia la recurrente NAVANTIA SA, infracción de los arts. 1101 . 103 , y 1902 del Código Civil , al no haber aminorado el magistrado de instancia la indemnización reconocida en la sentencia, en contra de lo que sostiene la recurrente de que existe una concausa en la enfermedad cancerígena padecida por el causante que provoca el fallecimiento, toda vez que el hábito tabáquico del fallecido tiene incidencia directa en la misma, pues el hecho de ser fumador ya implica una concausa de la enfermedad que incrementa la posibilidad de su aparición, y puede valorarse en su caso a los efectos de minorar la responsabilidad de la empresa, pues en el informe médico del SERGAS consta que el actor era fumador de 20 paquetes al año, además de tener una patrn obstructivo mixto, siendo por tanto evidente la incidencia del hábito tabáquico en la enfermedad y posterior fallecimiento del demandante.

La censura jurídica que se denuncia no se admite pues partiendo del relato fáctico de la sentencia de instancia, en lo que ahora interesa resulta que, 1º) "D Gervasio , ex fumador desde hacía cuarenta años, 20 paquetes al año y con, entre otros padecimientos en el de EPOC fenotipo no agudizador en grado leve y placas pleurales secundarias a asbesto, le fue emitido también a finales de 2016 por neumología el juicio clínico de masa pulmonar concordante con carcinoma no miocítico probable estadio III-B, en relación a la cual le fue emitido por oncología el 2 de febrero de 2017 el juicio clínico de carcinoma escamoso de pulmón estadio IV. El Sr. Gervasio falleció el 17-9-17 por causa del carcinoma de pulmón con metástasis pulmonares, suprenales y ganglionares" y 2º) "En el informe pericial aportado por la empresa IZAR, que obra en el hecho séptimo de prueba y se da por reproducido su contenido se emite en conclusiones las siguientes consideraciones: "debe considerarse la existencia de una relación con causa efecto entre la exposición al amianto, el antecedente al hábito tabáquico y el carcinoma epidermoide de pulmón y, por tanto, con el fallecimiento debido a éste, resultado de ello una imputabilidad médico legal, cierta parcial y directa".

Expuesto lo anterior, no apreciamos que el tabaquismo del actor en los términos que se refleja en los hechos probados haya de ser valorado a los efectos de aminorar la indemnización, y ello por cuanto que, ante la falta de constancia de los años en los que el actor fue fumador y si que era "Ex fumador desde hace 40 años", y que cuando fumaba lo hacía alrededor de 20 paquetes al año no podemos, sino compartir el criterio del magistrado de instancia, tras valorar toda la prueba practicada así como el informe pericial obrante a la causa



aportado por la empresa en los términos que detalla en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, en relación con la restante prueba practicada en el sentido de que ante la falta de tales datos no se puede considerar el hábito tabáquico de la suficiente entidad tanto cuantitativa como cualitativamente para aminorar la indemnización y considerar el hábito del tabaco como causa concomitante en la causación del carcinoma de pulmón que se aprecie en relación causal con el amianto, quedando incólume el relato fáctico de la sentencia de instancia y en concreto la causa directa de la muerte del trabajador el carcinoma secundario a asbestos.

TERCERO .- Recurre asimismo la sentencia de instancia la empresa demandada IZAR, solicitando en primer término con amparo procesal en el art. 193.b de la LRJS revisión de hechos probados, a fin de que se añada al hecho probado 5º un nuevo párrafo del tenor literal que propone en el recurso consistente en "las pruebas funcionales respiratorias arrojan los siguientes resultados en espirometría. FVC 2460 (79%) FEV1 1660 (72%), FEV1/FVC 67%, PBD negativa. Se diagnostica como enfermedad actual disnea basal MRC 1-2 teniendo un patrón obstructivo mixto en sus antecedentes personales".

La revisión no se admite, pues el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por si mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así S TSJ Galicia, 9-3-15, 14-5-15, 09/04/18 R. 663/18, 20/03/18 R. 4626/17, 08/02/18 R. 4425/17, 26/01/18 R. 4648/17, 21/02/18 R. 5195/17, 18/01/18 R. 4612/17, 20/02/18 R. 2870/17 entre otras). Y en el supuesto de autos el recurrente se ampara en la transcripción parcial del informe médico unido a la causa a los F. 72 y 73 consistentes en el informe del servicio de oncología de 2 de febrero de 2017, el cual ya ha sido valorado por el magistrado de instancia en su totalidad, en relación con los restantes informes médicos unidos a la causa y todo ello correctamente valorado al amparo de lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS .

CUARTO.- En sede jurídica, y con amparo procesal en el art. 193.c de la LRJS denuncia la demandada IZAR infracción del art. 1.101 y 1.103 , 1.104 y 1.902 del Código Civil y Tabla 2A1 capítulo IV, aparatado B3 y tablas 2A2 y 2B de la Resolución de 3 de octubre de 2017 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 25-10-17, al mostrar su disconformidad con el quantum indemnizatorio respecto de la valoración de las secuelas de la Tabla 2 A1 capítulo IV aparatado B3 (sistema respiratorio) y la consiguiente valoración económica de la misma, así como el perjuicio personal particular derivado de daños morales complementarios por perjuicios psicofísicos. Discrepa la recurrente con el magistrado de instancia, en cuanto a la valoración de las secuelas del sistema respiratorio ya que las dolencias no son encuadrables en una disnea tipo IV, en su puntuación máxima (de 61 a 90 puntos) y ello de conformidad con el informe de 2 de febrero de 2017 del servicio de oncología, el causante padecía una disnea tipo 1-2 y las pruebas funcionales respiratorias (espirometría) reflejan una disnea tipo 1 por lo que estima procedente, dado el patrón respiratorio mixto que padecía, fijar su disnea en el tipo 2 con puntuación mínima lo que supone 16 puntos y no los 90 que se fijan en la sentencia y que implican los 16 puntos una indemnización de partida de 13.711,40 Euros frente de los que parte la sentencia de instancia en cuantía de 195.630 Euros.

Y la fijación de las secuelas en 16 puntos supone que ya no existe perjuicio particular por daños morales complementarios.

La censura jurídica que se denuncia no se admite por lo que respecta a la cuantificación del daño, la doctrina del TS viene sosteniendo que, en principio, es algo que corresponde al juzgador de instancia y que sólo debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (R. 40/09) afirma: "conforme a nuestra doctrina (STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/97) y 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/05) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable".

Y en el caso que nos ocupa, hay que partir del contenido del hecho probado quinto cuya revisión ha sido desestimada para llegar a la conclusión expuesta por el magistrado de instancia que tiene en consideración el art. 45 del Baremo de accidentes de tráfico (Ley 35/2005), al ser el fallecimiento del trabajador en septiembre de 2017, aplicable a efectos orientativos. Y en concreto el apartado A, en concepto de daño inmediato, el quince por ciento del perjuicio personal básico que corresponde al lesionado de acuerdo con las tablas 2.A.1 y 2.A.2) Resolución de 3-10-17. Y, para ello tiene en cuenta el carcinoma de pulmón estadio IV y su gravedad



que determinó su fallecimiento y en el fundamento jurídico detalla los argumentos para conceder 90 puntos, puntuación máxima, que se determina en el apartado B en relación a la valoración derivada de una patología de inherente gravedad como lo es un carcinoma de pulmón en estadio IV; (valoración máxima que se determina en el apartado B relativo al aparato respiratorio) indemniza pues, el magistrado de instancia de conformidad con todos los criterios que expone y que así lo justifican en el fundamento jurídico relativo al cálculo de la indemnización, el cáncer de pulmón como una patología de inherente gravedad no la pérdida de capacidad pulmonar, (disnea) por lo que dicho motivo de recurso ha de ser desestimado.

Y a igual conclusión se llega en relación a la minoración que solicita de la cuantía reconocida y que concreta en un 20% en base a la denuncia relativa a la infracción de los arts. 1.101 y 1.103 , 1.104 y 1.902 del Código Civil , en base a la conducta culposa de la víctima (tabaquismo) y que a su juicio ha influido en el resultado final (cáncer de pulmón), cuya concurrencia que ya ha sido analizada en el anterior fundamento de derecho y damos por reproducido al ser dicho motivo de recurso y en base a la misma infracción legal denunciado por la empresa Navantia.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que desestimando los Recursos de Suplicación interpuestos por NAVANTIA SA y por IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SAEL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de Ferrol de fecha 30 de julio de 2018 , debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y se condena a las demandadas a que abone la suma 300 (trescientos) Euros en concepto de honorarios de los letrados impugnantes del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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 el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.