



Roj: **STSJ CAT 9697/2017 - ECLI:ES:Tsjcat:2017:9697**

Id Cendoj: **08019340012017106473**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2017**

Nº de Recurso: **4245/2017**

Nº de Resolución: **6457/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS JOSE ESCUDERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9697/2017,**
AATSJ CAT 657/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2015 - 8010082

SAR

Recurso de Suplicación: 4245/2017

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 26 de octubre de 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. **6457/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) y URALITA, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de los de Barcelona de fecha 06 de julio de 2016 dictada en el procedimiento nº 148/2015 y siendo recurridos Tamara , TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL y MC MUTUAL, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 03 de marzo de 2015 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, 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 06 de julio de 2016 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo la demanda interpusada per Tamara contra INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, MUTUAL MIDAT CYCLOPS MCSS núm. 1, i URALITA, S.A.,



declaro que la contingència de la prestació per mort i supervivència deriva de malaltia professional, i condemno al INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL al pagament de la pensió de viduitat en la quantia del 52 % de la base reguladora de

16.245,36 euros anuals, i efectes de 22.12.14, més les millores i revaloritzacions que procedeixin.

Absolec a TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, MUTUAL MIDAT CYCLOPS MCSS núm. 1, i URALITA, S.A., de les pretensions exercitades en aquest procediment."

SEGUNDO.- En fecha 15 de noviembre de 2016 se dictó Auto de aclaración que contenía la Parte Dispositiva siguiente:

"**DISPOSO** Que procedeix aclarir la Sentència de data 06.07.16 dictada en aquest procediment i en aquest sentit, es fixa la data d'efectes econòmics de la pensió reconeguda del dia 01.12.15, mantenint la resta de pronunciaments."

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

"**PRIMER.-** La Sra. Tamara , amb D.N.I. núm. NUM000 , va sollicitar la pensió de viduitat, en data 13.01.15, pel traspàs del seu cònjuge i causant Sr. Jose Carlos , ocorregut el 21.12.14. Per resolució de data 20.01.15, se li va reconèixer la pensió derivada de malaltia comuna a tenor d'una base reguladora de 1.160,38 euros, percentatge del 52% i efectes del dia 01.01.15.

SEGON.- La Comissió d'avaluació d'incapacitats va dictaminar que no quedava acreditat que el traspàs derivés de malaltia professional. Interposada reclamació prèvia fou desestimada per resolució de 18.02.15. Tant en la sollicitud inicial com en la reclamació prèvia es defensava que la causa de la mort era per malaltia professional.

TERCER.- El Sr. Jose Carlos tenia reconeguda la situació d'Incapacitat Permanent Total per a la seva professió habitual d'oficial de 1a fabricació fibrociment, derivada de malaltia professional, per resolució de 16.10.02, amb una base reguladora anual de 16.245,36 euros, sent responsable de la pensió l'INSS, i en la qual se li reconeixien les següents lesions: "Asbestosis. EPOC. Atrapamiento aereo importante. Espondiloartrosis generalizada". En dates 29.01.07 i 15.05.09 es van dictar resolucions que denegaven la revisió de grau. En relació a aquesta última resolució, va interposar demanda judicial i el Jutjat social núm. 20 de data 26.02.10 va desestimar-la, i el TSJ també va desestimar el recurs del beneficiari per sentència de 06.04.11

QUART.- El Sr. Jose Carlos va estar treballant a l'empresa Rocalla, S.A., absorbida per la demandada URALITA, S.A., del 12.05.69 a 22.01.70 i del 31.08.70 al 18.02.94, sense que hagi treballat més des d'aquesta última data.

CINQUÈ.- La causa inicial de la mort del Sr. Jose Carlos va ser Carcinoma d'esòfag, la causa intermèdia sepsis d'origen urinari i la immediata fallada multiorgànica. Com antecedents personals es fa constar que l'actor era exfumador durant 26 anys d'un paquet diari i exenol moderat."

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) y URALITA, S.A, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado Tamara y MC MUTUAL consta han presentado escritos de impugnación contra los citados recursos, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por las partes demandadas en el presente procedimiento, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y por la empresa Uralita, S.A., (COEMAC), se interponen sendos recursos de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando las pretensiones de la demandante Doña Tamara , declaró que el fallecimiento de su causante Don Jose Carlos , hecho ocurrido el día 21 de diciembre de 2014 fue por la contingencia de enfermedad profesional con las consecuencias legales inherentes, revocando de esta manera la resolución del INSS que le había reconocido una pensión de viudedad por contingencias comunes. Ambos recursos de suplicación han sido impugnados por la demandante en solicitud de que se confirme la sentencia recurrida, y el interpuesto por por Mutual Midat Cyclops, Mutua nº 1, en el sentido de que no ha de entenderse en ningún caso el fallecimiento como derivado de la contingencia de accidente de trabajo.

SEGUNDO .- Como únicos motivos de recurso, formulados al amparo del apartado c) del art. 193 de la Ley 36/2011 , reguladora de la jurisdicción social (LRJS), por las recurrentes se denuncia que la sentencia recurrida infringe la normativa siguiente:

1)Por parte del INSS.

A)La infracción de los arts. 115 , 116 y 117.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994 , vigente en el momento en que tuvo lugar el hecho causante de la prestación, en relación con el punto 1.b) del apartado



c) del real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales y con el vigente cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006, alegando al respecto que el trabajador estaba en situación de incapacidad permanente total por enfermedad profesional desde el 16/10/2002 como consecuencia de asbestosis y enfermedad pulmonar obstructiva crónica con atrapamiento aéreo importante, falleciendo por carcinoma de esófago, enfermedad distinta a la anterior, exigiendo el art. 172.2 LGSS respecto de los pensionistas de IPT por enfermedad profesional, la carga de la prueba de que el fallecimiento ha sido por esta contingencia, teniendo en cuenta que el trabajador tenía factores de riesgo como hábito tabáquico durante 26 años, así como la ingesta de alcohol moderada, con cita in extenso de la sentencia de esta Sala num. 946/2012, de 6 de febrero, recaída en un supuesto de hecho muy semejante al de las presentes actuaciones, terminando por alegar que en todo caso se trataría de un supuesto contemplado en el art. 115.3.e) de la LGSS como enfermedades derivadas del trabajo para lo cual se precisa que se pruebe que la enfermedad tuvo como consecuencia exclusiva la realización del mismo, en cuyo caso la responsable del pago de la prestación sería la codemandada Midat Cyclops.

B) La infracción de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1966, dictada en aplicación y desarrollo del Reglamento General de Gestión Financiera de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1391/1995, que dispone que "en caso de fallecimiento del beneficiario, la pensión se devengará hasta el último día del mes en que aquel se produjo y se abonará el primer día del mismo siguiente", lo que en el caso de autos supone que la fecha de efectos de la nueva pensión sea del 01/01/2015 y no del 22/12/2014. Este motivo de recurso no es analizado por la Sala por cuanto por auto de aclaración del Juzgado de instancia de fecha 15 de noviembre de 2016 ya se ha declarado que la fecha de efectos de la nueva pensión es del día 01/01/2015, no existiendo actualmente cuestión al respecto.

2.-Por parte de la empresa Uralita, S.A. (COEMAC)

Se denuncia que la sentencia recurrida infringe lo establecido en el art. 24 de la Constitución, y en los arts. 115, 116 y 177 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994, y el Real Decreto 1299/2006, de 2012, efectuando una serie de alegaciones sobre la falta de prueba respecto de que el trabajador estuviera en contacto con el asbesto, o en la parcialidad del perito médico que practicó el informe pericial en el acto del juicio, así como la falta de conexión entre un cáncer de laringe con las enfermedades profesionales derivadas del contacto del amianto, pero sin que en ningún caso solicite la anulación/modificación/adición de ningún hecho declarado probado de la sentencia de instancia, terminando por solicitar que se revoque la sentencia recurrida, con desestimación en su totalidad la pretensión de la parte actora.

TERCERO - Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación esta Sala parte del contenido de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos al constar ya en los antecedentes de hecho de esta resolución, sin que hayan sido impugnados por las partes recurrentes por el cauce legal adecuado del apartado b) del art. 193 de la LRJS, hechos de los que cabe destacar que el causante de la demandante tenía reconocida una IPT para su profesión habitual de oficial de 1ª de fabricación de fibrocemento (esto despeja cualquier duda respecto de que el trabajador estaba en contacto con el asbesto), habiendo trabajado para la empresa codemandada durante unos 25 años, desde el 12/05/69 al 22/01/70 y desde el 31/08/70 al 18/02/94, sin que lo haya vuelto a hacer posteriormente desde esta última fecha, siendo en realidad la cuestión controvertida en este procedimiento la correspondiente a si el contacto con el asbesto, que normalmente produce dolencias bronco respiratorias, puede ser el causante de un cáncer de laringe, que fue el que provocó la muerte del causante como se afirma en la sentencia de instancia.

Pues bien, aun cuando existen al respecto discrepancias entre distintas sentencias dictadas por diversas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, lo cierto es que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuyas sentencias complementan el ordenamiento jurídico según establece el art. 1.6 del Código Civil, ha dictado al menos dos sentencias, la de 13 de noviembre de 2006, RCUJ 2539/2005, y la de 26 de julio de 2008, RCUJ 3406/2006, que declaran que el cáncer de laringe en trabajadores que han trabajado con asbesto puede ser calificado como enfermedad profesional, transcribiendo la Sala parte del contenido de la sentencia del TS de 13 de noviembre de 2006, que se expresa en los siguientes términos:

"De ello se deduce sin ningún género de dudas que estamos en presencia de una enfermedad contraída a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, de lo que ya se deduciría la existencia de una enfermedad de trabajo incluida en el artículo 115.2 e) LGSS. Pero ésta no es la cuestión que ahora se debate, sino la que se refiere a si esa enfermedad puede tener la consideración legal de «profesional», lo que exige que hayamos de acudir a las previsiones contenidas en el Real Decreto 1995/1978 (que era el vigente cuando la contrajo el causante de la Sra. Tamara), por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, partiendo a su vez de la innegada realidad de la existencia de la enfermedad que antes se ha descrito, un «carcinoma epinocelular del seno piriforme derecho, derivado de su exposición al amianto».



El apartado F de la lista se refiere a las enfermedades sistemáticas, y entre ellas, en el punto 2 se recoge como enfermedad profesional el «carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto. Mesotelioma pleural y mesotelioma peritoneal debidos a la misma causa», derivada de «trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto)». El carcinoma de laringe no está comprendido como tal en la descripción, pues únicamente se recogen los que se producen en bronquios o pulmones y aunque quizá hubiese sido más natural haber recogido como enfermedad profesional en ese apartado el producido por aquél agente cuando se localizase en cualquier zona de las vías respiratorias, la realidad es que la citada norma no lo contempla como tal. Tampoco lo hace la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 2003 (DOUE 238/2003) - de fecha posterior al fallecimiento del causante- sobre el listado europeo de enfermedades profesionales, en cuyo Anexo I, punto 302, se refiere a la «Asbestosis complicada por un cáncer broncopulmonar» y el 308 al «Cáncer de pulmón provocado por la inhalación de polvo de amianto».

No obstante, queda por determinar si la enfermedad que padeció el causante puede encuadrarse a los efectos de su calificación como lo hizo la sentencia recurrida, dentro de la letra c) del listado del RD 1995/1978, en la que se contemplan las enfermedades profesionales provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados. En el punto 6, se dice que tendrán la consideración de enfermedades profesionales la «causadas por irritación de las vías aéreas superiores por inhalación o ingestión de polvos, líquidos, gases o vapores... en trabajos en los que exista exposición a polvos, líquidos, gases o vapores irritantes de las vías aéreas superiores». Es claro que la enfermedad del trabajador localizada en las vía aéreas superiores se originó por la repetida exposición e inhalación de polvo de amianto, lo que le produjo no ya una irritación, sino incluso un cáncer de laringe, tal y como se describe en los hechos probados a los que se atuvo la sentencia recurrida.

Por tanto, aunque esa enfermedad no se contempla específicamente en la letra f) punto 2, tal y como antes se ha dicho, lo cierto es que cabe encuadrarla en la c) 6, a fortiori, puesto que si se admite que una simple irritación de las vías respiratorias superiores causada por la inhalación de sustancias no comprendidas en otros apartados (fundamentalmente en la letra a), plomo, mercurio, cadmio, manganeso, cromo, cloro, níquel berilio, talio, fósforo, arsénico, etc.) tenga la consideración de «profesional», con mayor razón lo será cuando esa dolencia -acreditada la realidad de su origen por inhalación prolongada de polvo de amianto- ha degenerado en un cáncer de laringe.

Por consiguiente, dada la redacción de los ininapugnados hechos declarados probados de la sentencia de instancia, la valoración que de los mismos se efectúa en su fundamento de derecho cuarto, apartado 9 y, sobre todo, el contenido de la doctrina jurisprudencial expuesta, procede la confirmación de la sentencia recurrida, previa la desestimación de los dos recursos de suplicación interpuestos contra la misma.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes, y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y por la empresa URALITA, S.A., (COEMAC) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Barcelona en fecha 6 de julio de 2016, recaída en el procedimiento 148/2015, seguido en virtud de demanda formulada por Doña Tamara contra las recurrentes y contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MC MUTUAL, en solicitud de pensión de viudedad derivada de la contingencia de enfermedad profesional, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

La desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa, que no goza del beneficio de justicia gratuita, supone que una vez sea firme esta resolución pierda el depósito constituido, así como que deba ser condenada al pago de las costas causadas en esta instancia, entre las que se incluyen los honorarios del letrado de la actora que impugnó su recurso y que prudencialmente se fijan en 500 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 N° 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 N° 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.