

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social,  
Sentencia 1515/2014 de 22 Julio de 2014, Recurso 1263/2014**

Por resolución del INSS de 8.11.12 se declara como enfermedad profesional la causa del fallecimiento del trabajador que se imputa al cáncer de pulmón. Dejó viuda y dos hijos.

Al difunto también se le diagnosticó EPOC, asbestosis en 2007 y en marzo de 2012, el mes anterior a su fallecimiento, cáncer de pulmón.

El trabajador era fumador, en la sentencia también se determina su consumo de tabaco: 50 paquetes al año hasta que dejó de fumar, "*cuando menos para finales de hasta 1999*", más de doce años antes de su muerte.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que en dos de las tres enfermedades (EPOC y cáncer) tuvo influencia tanto el amianto como el tabaco.

Por este motivo aplica la compensación de culpas al establecer dos causas en la enfermedad que causó la muerte al trabajador. La primera, la exposición al amianto se atribuye a la empresa, pero la segunda, el hecho de ser fumador, se atribuye a la voluntad del trabajador.

Esta segunda causa se valora en un 25%, cuantía en la que reduce la indemnización, de 50.251,29 a 37.688,47.

En la Villa de Bilbao, a veintidós de julio de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. Don MANUEL DÍAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE y Don JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY, la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. EN LIQUIDACION contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, de fecha 17 de febrero de 2014, dictada en autos 60/2013, en proceso sobre reclamación de cantidad y entablado por Rómulo, Mari Trini, Segundo y María Virtudes frente a COMISION LIQUIDADORA DE IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A., CONSTRUCCIONES NAVALES DEL NORTE S.L. e IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. EN LIQUIDACION.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- D Victorino prestaba servicio para la empresa ASTILLEROS ESPAÑOLES SA, que posteriormente fue adquirida por IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA, ahora en liquidación y CONSTRUCCIONES NAVALES DEL NORTE SL. La prestación se inicia en mayo de 1944 hasta diciembre de 1984, fecha en la que se prejubilaba el trabajador.

SEGUNDO.- Las empresas se dedican a la Construcción Naval y el trabajador desarrollaba labores de carpintería en el taller y en las gradas. El trabajador estuvo expuesto a las fibras de asbesto, dado que el amianto era utilizado por la empresa como aislante en los barcos hasta los años 1980, momento en el que se modifican los materiales solicitando materiales "asbestos-free".

En la empresa los trabajadores eran sometidos anualmente a reconocimientos médicos, en la empresa había mascarillas faciales y mascarillas de papel para la boca.

TERCERO.- El trabajador falleció el 29.4.12 a los 85 años de edad. Padece cáncer de pulmón, EPOC, y asbestosis, habiendo sido fumador habitual y de un consumo importante de tabaco de 50 paquetes al año.

En el año 2007 ante la reagudización del cuadro de insuficiencia respiratoria se diagnostica la existencia de derrame pleural por exposición a amianto.

Padece un EPOC severo de larga evolución siendo portador de oxígeno crónico domiciliario con disnea y múltiples ingresos por reagudizaciones, en marzo de 2012 se descubre el posible carcinoma que no se filia debido a la edad del paciente.

El 27.4.12 ingresa por reagudización con tos y expectoración difícil, dificultad respiratoria en reposo y fiebre por infección respiratoria, acaeciendo su muerte.

El 4.4.12 por informe de Cruces de alta se señala como diagnóstico una insuficiencia respiratoria crónica multifactorial reagudizada.

CUARTO.- El trabajador fallecido tiene una viuda y tres hijos mayores de edad. Se reclama un importe de 55.729,41 euros para la viuda y 4.644,12 euros para cada uno de los hijos, lo que hace un total de 69.661,77 euros.

Por resolución del INSS de 8.11.12 se declara como enfermedad profesional la causa del fallecimiento del trabajador que se imputa al cáncer de pulmón y se le reconoce una pensión a tanto alzado. Por sentencia del juzgado social 4 de Bilbao de 9.9.2013 se le reconoce a la viuda una indemnización a tanto alzado de 19.410,48 euros.

QUINTO.- Intentado acto de conciliación resultó el mismo sin efecto entre las partes.

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: *"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por María Virtudes, Rómulo, Marí Trini y Segundo contra IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, COMISIÓN LIQUIDADORA DE LA CODEMANDADA IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. y CONSTRUCCIONES NAVALES DEL NORTE S.L, condenando a todas ellas a abonar solidariamente a los demandantes el importe de 50.251,29 euros."*

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución, Izar, Construcciones Navales, S.A., en liquidación formalizó recurso de suplicación, el cuál fue impugnado por doña María Virtudes, doña Marí Trini, don Rómulo y don Segundo.

**CUARTO.-** En fecha 16 de junio de 2014 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 30 de junio, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 22 de julio.

Lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Izar, Construcciones Navales, S.A. en liquidación, plantea recurso de suplicación contra la sentencia que le condena al pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de la muerte por enfermedad profesional del que fue don Victorino a su viuda e hijos.

El recurso se centra en la relación de causalidad de tal defunción y las labores profesionales que hacía el difunto. Tiene dos objetivos. Uno y principal, que se absuelva a tal recurrente, al imputar la muerte a causa diversa a la actividad laboral del demandante. Otra, subsidiaria, que se reduzcan en un cincuenta por ciento las indemnizaciones fijadas, por entender que, si el trabajo fue causa de la muerte del demandante, también lo fue su hábito tabáquico y por lo que, no sabiéndose la proporción en que uno u otro elemento concurrieron al efecto, lo razonable sería fijar que ambos concurrieron en la misma entidad.

Al efecto plantea tres motivos de impugnación. El primero se enfoca por la vía del apartado b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) y tiene por objeto que se añada un concreto párrafo al tercer hecho probado de la sentencia recurrida, para que se añada el contenido del diagnóstico del informe de fecha 29 de abril de 2012, emitido por facultativo del Servicio de Medicina Interna del Hospital San Eloy, perteneciente a Osakidetza -Servicio Vasco de Salud. Los otros se enfocan por la vía del apartado c de tal precepto. El segundo plantea la pretensión principal del recurso y aduce como infringidos los artículo 1101 y 1902 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta. En el tercero se defiende la petición subsidiaria y se afirma que se infringe la jurisprudencia relativa a la fijación de la cuantía indemnizatoria en estos casos, así como el artículo 14 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978.

Dicho recurso es impugnado por los demandantes, doña María Virtudes, doña Marí Trini, don Rómulo y don Segundo. En el escrito de impugnación que presentan se oponen a esos tres motivos de impugnación y terminan pidiendo que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

### **SEGUNDO.- Primer motivo de impugnación.**

La recurrente pretende indicar que en tal informe se haría constar los diagnósticos de probable neoplasia pulmonar de LID, sin confirmación histológica, probable EPOC reagudizado por infección respiratoria, insuficiencia respiratoria parcial, tratamiento paliativo, sedación y ulterior "exitus".

Al efecto cita el informe obrante a los folios 161 a 163 de autos., señalado que la razón de relevancia la explica en el segundo motivo de impugnación, en el que se sostiene, entre otros argumentos, que la muerte la produjo una EPOC derivada de ingesta tabáquica y lo que no consta es que la misma tuviese por causa generatriz el trabajo del demandante.

El informe que consta en los folios que indica el demandante es de tal Servicio y Hospital y se refiere al difunto señor Victorino, pero no es de la fecha que se indica (29 de abril de 2012), sino de 14 de mayo de tal año, debiendo precisarse que en el mismo se alude al último ingreso de tal señor en ese hospital, su evolución y muerte tal día 29 de abril de 2012.

Y se ha de decir que, si bien en el mismo se fija ese diagnóstico, también se indica que el difunto ya había sido diagnosticado también de asbestosis en sus antecedentes personales, lo que además claramente se deduce del resto de apartados del indicado hecho probado tercero de la sentencia recurrida, en aspectos que la recurrente no discute ante esta Sala y resulta corroborada no solo por los dos informes médicos de los peritos que, en tal condición actuaron en juicio, sino del propio historial médico del difunto, del informe de autopsia que consta a los folios 20 y 21 de autos y también a los folios 108 y 109 de autos, en el informe técnico-médico de Osalan (folios 23 a 33 de autos) y se asumió la contingencia profesional de la muerte del demandante para fijar las prestaciones de Seguridad Social por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, tal y como se indica en el inimpugnado hecho probado cuarto de la sentencia.

Como quiera que ya consta en tal hecho probado el diagnóstico de EPOC, así como los de asbestosis y cáncer de pulmón, entendemos innecesario hacer aquella adición, pues ni el propio informe niega que no hubiese previo diagnóstico de asbestosis, como tampoco el de cáncer de pulmón, sino que asumen su existencia.

### **TERCERO.- Segundo motivo de impugnación.**

Tres diagnósticos se fijan en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, los ya indicados. El primero que se hizo en el tiempo fue el de EPOC, luego en el año 2007 consta el de asbestosis y por último y un mes antes de su muerte, se produce el de cáncer de pulmón.

1.- Empezando por este último, puede obedecer a muchos factores, entre ellos tanto la exposición prolongada al amianto, pero también a la ingesta continuada de tabaco por

vía de inhalación. Lo que está claro ¿conforme ya explica el informe Osalan y los peritos médicos actuantes en juicio- que las posibilidades de contraerlo se incrementan de forma importante si se combinan ambos factores.

La asbestosis solo puede tener su origen en esa exposición prolongada al asbesto (polvo de amianto). A ello se refieren también las indicadas pruebas.

Y con la EPOC acontece lo mismo que con el cáncer de pulmón, pues tal insuficiencia puede tener origen multifactorial, pero también puede derivar de esos dos factores.

Los tres diagnósticos inciden en los pulmones del paciente.

2.- Por otra parte, se ha de decir que el señor Victorino, naciendo en 1927, estuvo trabajando para la ahora recurrente entre mayo de 1944 y diciembre de 1984, es decir, más de cuarenta años, existiendo constatado (ya no se discute en el recurso, que efectivamente estuvo expuesto al amianto en su trabajo en ese tiempo y que, de hecho, la contingencia profesional ha sido la que ha determinado las prestaciones por muerte de tal señor.

3.- Y en esta circunstancia, nos parece que no es que esté descartado que el amianto tuviese que ver con la muerte del difunto, sino que, aparte de que debía el empresario probar tal exclusión ex artículo 96, número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, en nuestro concreto caso se constata claramente tal relación, pues los tres diagnósticos históricamente constatados en el tiempo pueden derivar por sí solos de tal exposición al amianto y de hecho, es seguro que uno de ellos solo deriva de la misma, sin que tenga relación con el tabaco en forma alguna, siendo que la asbestosis fue ya diagnosticada en 2007 y en realidad la insuficiencia respiratoria constatada y que dio lugar al diagnóstico EPOC también es síntoma de los otros dos diagnósticos, a lo que se debe añadir que el difunto dejó de fumar cuando menos para finales de 1999 (folio 169 de autos, informe de Urgencias de tal hospital), aunque constan informes que fijan fecha anterior (el perito médico de la parte demandante alude a que lo dejó entre 1987 y 1992), por lo que incluso si se partiese de la hipótesis de que el tabaco era única causa de tal EPOC hasta entonces, desde luego el patrón EPOC ya debiera pasar a considerarse de origen mixto cuando se diagnostica aquella asbestosis en 2007 y lo mismo se ha de decir de cáncer detectado escaso un mes antes del óbito.

4.- En lo anterior abunda lo informado por Osalan y lo decidido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y que ya ha sido comentado.

5.- En tal circunstancia, la recurrente no consigue destruir la presunción de que la muerte fue debida a la enfermedad profesional contraída en el trabajo que impone tanto el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) como muy especialmente el artículo 96, número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

#### **CUARTO.- Tercer motivo de impugnación.**

1.- Ahora bien, en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida aprecia que concurre tanto el hábito tabáquico como la exposición al amianto como causas

generatrices de la defunción del citado difunto y ello partiendo de lo constatado en el hecho probado tercero.

Por tanto, ya no se trata de que el empresario deba probar la concurrencia de elemento excluyente o minorador de su responsabilidad, como impone el art 96, número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, sino que aquí ya queda constatado tal dato

2.- Pues bien, partiendo de que, de los tres diagnósticos constatados, como se ha dicho, uno puede ser síntoma de los otros, la asbestosis no deriva del hábito tabáquico y de ambos pueden derivar tanto la EPOC como el aludido cáncer, a lo que se añade el muy relevante dato de que las posibilidades de adquisición de esta última patología se aumentan de forma muy considerable al concurrir ambos factores (exposición al polvo de amianto y hábito tabáquico de larga data) entendemos que no es procedente fijar la compensación de culpas en la forma en que pretende la recurrente (imputar la misma relevancia a ambas causas) sino que es mas ajustado a tal circunstancia, imputar mayor relevancia a la primera de esas dos causas que a la segunda, por lo que fijamos que se ha de reducir la indemnización en un veinticinco por ciento, al entender que en ese percentil concurre la otra causa en la muerte del finado, causa dependiente de su voluntad, por lo que si que procede la compensación de culpas alegada en base al artículo 1101 y 1902 del Código Civil y la jurisprudencia de excusable cita por conocida.

#### **QUINTO. Costas y depósitos.**

En consecuencia, no procede condena en costas a ninguna de las partes, en cuanto a las de esta instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social.

Así mismo, se ha de acordar la devolución del depósito necesario realizado para recurrir y la pérdida y el mantenimiento de la afición al cumplimiento del fallo recurrido del aval de garantía presentado, pero solo por el importe por el que se fija la condena en esta sentencia, liberando del resto a la recurrente (artículos 203, 229 y 230 de la misma Ley).

**VISTOS:** los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado en nombre y representación de Izar, Construcciones Navales, S.A. en liquidación, contra la sentencia de fecha diecisiete de febrero de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao en los autos 60/2013, en los que también son partes doña María Virtudes, doña Mari Trini, don Rómulo, don Segundo., la comisión liquidadora de la recurrente y Construcciones Navales de Norte, S.L.

En su consecuencia, revocamos en parte tal sentencia, fijando en 37.688,47 euros el principal objeto de condena en tal sentencia.

Cada parte deberá abonar las costas de este recurso que se hayan causado a su instancia.

Devuélvase a la recurrente el depósito necesario realizado para recurrir, manteniéndose el aval prestado en garantía del fallo recurrido, pero en el indicado importe fijado por esta Sala, liberando del resto a la recurrente.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **PUBLICACIÓN**

Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## **ADVERTENCIAS LEGALES**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1263/14.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo

reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1263/14.

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

