

TSJ de Catalunya Sala de lo Social, sec. 1ª, S 22-5-2013, nº 3566/2013, rec. 7271/2012
Pte: Aragó Gassiot, Matilde

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

JSP

IL·LM. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

IL·LM. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

IL·LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

Barcelona, 22 de maig de 2013

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA núm. 3566/2013

En el recurs de suplicació interposat per ... a la sentència del Jutjat Social 13 Barcelona de data 10 de febrer de 2012 dictada en el procediment núm. 1115/2010, en el qual s'ha recorregut contra la part Mutual Midat Cyclops, Umivale Mutua, Riviere, S.A., Aislamabar, S.A., Talleres Mateu, -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), -T.G.S.S.- (Tesorería Gral. Seguridad Social) i Uralita S.A., ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primer. En data 9 de desembre de 2010 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre invalidesa grau, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 10 de febrer de 2012, que contenia la decisió següent: " Que desestimando la Falta de Legitimación Pasiva de las Entidades que alegaron la misma y desestimando la demanda formulada por DON en reclamación de INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O SUBSIDIARIAMENTE TOTAL CUALIFICADA DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL, debo absolver a las codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra. "

Segon. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

PRIMERO.- Que DON ..., con DNI núm. NUM000, nacido el NUM001 -1925, está afiliado y en situación de Alta en el Régimen General con el núm. de la S.S. NUM002, siendo su profesión habitual de OPERARIO DE URALITA; prestando sus servicios en la empresa URALITA desde el año 1970 hasta el año 1982 habiéndose jubilado y percibiendo pensión de jubilación desde el 01-03-1985; la contingencia de enfermedad profesional la tenía cubierta la empresa en ese periodo con la MUTUA MIDAT CYCLOPS (MC MUTUAL).

SEGUNDO.- El actor prestó servicios por cuenta de la empresa demandada la empresa ROCALLA, S.A. (ahora URALITA, S.A.) desde el 01-06-1970 a 08-04-1982 en dicho periodo se dedicaba a actividad de fabricación de productos de fibrocemento y amianto, siendo el sector de la citada empresa en ese periodo la de la construcción, estando expuesto el actor al amianto.

Anteriormente presto sus servicios en las siguientes empresas y por los siguientes periodos: TALLERES MATEU del 14-06-1944 a 10-03-1945 sin que conste cual fue su puesto de trabajo, ASMALIBAR desde el 06-03-1945 a 27-04-1946 sin saberse el puesto de trabajo, AISMALIBAR desde el 01-07-1949 a 01-09-1952 sin que se sepa puesto de trabajo y RIVIERE, S.A. desde el 05-01- 1970 al 05-04-1970; trabajando para un familiar Luis Alberto por el periodo del 21-04-1969 a 02-05-1970 sin que el actor indique que tipo de trabajo realizaba (folio 247).

TERCERO.- Que el actor solicito prestaciones de incapacidad permanente derivadas de Enfermedad Profesional en fecha y se inició por el INSS expediente sobre Pensión de Incapacidad Permanente derivada de Enfermedad Profesional, siendo emitido informe medico por el ICAM en fecha 01-07-2010, con el diagnostico de: "ASBESTOSIS CON TRASTORNO VENTILATORIO MODERADO", indica que la contingencia es derivada de enfermedad profesional.

CUARTO.- Que por Resolución de fecha 21-07-2010 el Instituto Nacional de la Seguridad Social declaró que las dolencias del actor son derivadas de ENFERMEDAD PROFESIONAL y no constituyen incapacidad permanente en grado alguno.

Que por el actor fue interpuesta la oportuna RECLAMACIÓN PREVIA de fecha 07-09-2010, por considerar que esta afectado de una incapacidad permanente en grado de Absoluta o subsidiariamente en grado de total derivada de Enfermedad Profesional, constando desestimación expresa del INSS, por Resolución de 26-10-2010, de dicha reclamación en la misma consta que es pensionista de incapacidad permanente total con efectos jurídicos desde el 01-08-1984.

QUINTO.- Que el actor solicita en el acto del juicio se le declaré afecto a una Incapacidad Permanente Total Cualificada (75%).

SÉPTIMO.- La base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente Total derivada de Enfermedad Profesional asciende a 24628,84 Euros/años, determinadas atendiendo a los salarios que en la actividad le corresponderían a su categoría de operario de fábrica (oficial Fabricación) según Convenio Colectivo de Pasivos del año 2002-2003 y que percibiría en 2011 ese salario anual (folio 300).

OCTAVO.- Que el demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: conforme al Informe del Medico Forense: DIAGNOSTICADO DE ASBESTOSIS PULMONAR (ESPIROMETRÍA DE 16-06-2011: FVC (I) 58% Y FEVI (I) 63%, TRATADO CON VENTOLIN ATENDIENDO A ESTA ESPIROMETRÍA TRASTORNO VENTILATORIO MIXTO MODERADO; ESTOS PACIENTES CON ESTOS RESULTADOS SOLO EN CASOS EXCEPCIONALES O CIRCUNSTANCIAS MUY ESPECÍFICAS SON CAUSA DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN FUNCIÓN DE SU TIPO DE PROFESIÓN. SOLO AQUELLAS QUE IMPLIQUEN UN MAYOR ESFUERZO FÍSICO O ATMÓSFERAS MUY CARGADAS O LUGARES DE TRABAJO DE ALTO RIESGO, PUEDEN DAR LUGAR A INCAPACIDAD PERMANENTE.

Tercer. Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER. Contra la sentència que desestima la demanda de declaració de grau d'incapacitat permanent total, derivada d'accident de treball, postula la defensa de la part actora, com a primer motiu de recurs, la revisió fàctica a l'empara del què preveu l'apartat b) de l' art. 193 de la Llei reguladora de la jurisdicció social, L 36/2011 (LRJS).

Als dits efectes es sol licita la modificació del fet provat primer i del segon. El primer, en el sentit d'incloure en la descripció de la professió del demandant que era operari d'uralita (Oficial de fabricació), i el segon, en el sentit de concretar que el demandant no va treballar a Castelldefels (centre de Rocalla, S.A) sinó a Cerdanyola del Vallés (centre de Uralita, S.A.).

S'ha de tenir present als dits efectes que conforme constant doctrina jurisprudencial per a que prosperi aquesta causa de suplicació, en base al caràcter extraordinari d'aquest recurs, és necessària la concurrència dels següents elements:

a) l'existència d'un error en el jutjador en la valoració de la prova, de forma clara i palesa, no basat en conjectures o raonaments;

b) que aquest error es basi en documents o perícies obrants en les actuacions que ho posin en evidència;

c) que el recurrent assenyali els paràgrafs a modificar, tot proposant una redacció alternativa que concreti la seva pretensió revisora;

d) que els resultats que es postulen, encara que es basin en els dits mitjans de prova, no quedin desvirtuats per altres proves practicades al llarg del judici, atès que en cas de contracció ha de prevaler el criteri del jutge d'instància, en tant que la llei li reserva la funció de valoració de les proves; i

e) que les modificacions sol licitades siguin rellevants i transcendents per a la resolució de les qüestions plantejades.

D'altra banda, és criteri sostingut pacíficament i des d'antic per aquesta Sala (entre moltes d'altres, SS números 4985/1994, de 26 de setembre; 5654/1994 de 24 d'octubre; 6495/1994 de 30 de novembre; 102/1995, de 16 de gener, 1397/1995, de 28 de febrer; 1701/1995 i 2009/1995, d'11 i 22 de març; 3284/1995 i 3330/1995 de 23 i 24 de maig; 3633/1995 i 3915/1995 de 9 i 23 de juny; 4890/1995 de 19 de setembre; i 6023/1995, 2300/1995 y 6454/1995, de 7, 20 i 28 de novembre, 1028/1996, 1325/1996 i 8147/1996, de 19 de febrer, 1 de març i 9 de desembre; 3397/1997, 4317/1997, 4393/1997 i 4828/1997, de 9 de maig, 12 i 14 de juny i 4 de juliol; i 6002/1998, 14 de setembre i 7068/1998, de 16 d'octubre) tot aplicant la constant jurisprudència del Tribunal Suprem (també entre d'altres, Sentències de la Sala del Social del Tribunal Suprem de 12 de març, 3, 17 i 31 de maig, 21 i 25 de juny i 10 i 17 de desembre de 1990 i 24 de gener de 1991), que davant dictàmens mèdics contradictoris, llevat la concurrència de circumstàncies especials, s'ha d'atendre la valoració realitzada pel magistrat d'instància en virtut de les competències i atribucions que li atribueix l'article 97.2 de la Llei de Procediment Laboral, l'article 218.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil i l'art. 120.3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial.

Doncs bé, l'actor basa la proposta de revisió en base als documents que consten als folis 300 i 247 de les actuacions, en els que consten, la professió i la vida laboral per compte de Uralita, S.A., a la localitat de Cerdanyola. Per tant, si així es dedueix de les certificacions de l'empresa demandada, que no es contradiuen per cap dels altres documents i proves practicades, s'ha de considerar el que consta en els fets provats com un error material, el primer per omissió i el segon, per confusió de centre de treball. Per tant, s'admet el primer motiu del recurs, per incloure però solament la rectificació de l'empresa Uralita, per contra de Rocalla, tal com també consta en el fet provat primer, de forma contradictòria, evidenciant-se doncs l'error material en aquest punt, ja que la categoria professional del demandant ja consta descrita com es postula en el fet provat setè de la sentència i per tant l'error denunciat en aquest punt no és tal, ni resultaria transcendent.

SEGON. Postula la part demandant, com a segon motiu de recurs, emparat en la via de l'apartat c) de l'article 193 de la LRJS, la infracció de l'article 137-4 de la LGSS, R.D.Leg. 1/1994, de 20 de juny, indicant que la descripció de la situació patològica que realitza la sentència, en el fet provat vuitè, que no és qüestionada, obliga a valorar que està incapacitat per a la realització de les tasques bàsiques de la seva professió habitual, demanant la declaració d'incapacitat permanent en grau de total per a la seva professió habitual d'operari d'uralita (Oficial de fabricació).

Cita el recurs les sentències del TS de 11/06/2001, rec. 4570/1999; 21/11/1996, recurs 465/1996; 22/12/1994, recurs 3359/1993; 27/06/1994, recurs 3521/1993. Al lega com a fet essencial el de la incompatibilitat de la patologia respiratòria, causada per treballar amb amiant, el treball propi de la seva professió. Cita també sentències d'aquesta Sala Social, que no constitueixen jurisprudència, així com d'altres TSJ, entenen que les patologies descrites incapaciten al demandant per una professió que exigeixi grans esforços físics i que li comporti contacte amb l'agent causant de la patologia respiratòria.

En referència a la situació d'incapacitat permanent la jurisprudència ve assenyalant amb reiteració -entre moltes d'altres, SSTs 15.06.1990, 18.01.1991 i 29.01.1991 - que per a la correcta valoració de la invalidesa corresponent, les lesions i seqüeles respecte concorren en un subjecte afectat, han de ser apreciades conjuntament, de forma que encara que els diferents mals que integren l'estat patològic d'aquell, considerats aïlladament no comportin cap grau d'incapacitat, sí es pot arribar a una conclusió contrària quan es valorin i ponderin conjuntament. D'altra banda, pel que fa al grau d'absoluta és aquella que limitat al afectat per tota professió u ofici, encara que sigui sedentari o no requereixi esforços físics, mentre que el de total, com s'indica a la STS de 26.06.1991, l'art. 137, en referir-se a la incapacitat permanent total -en relació, mentre no es produeixi el desenvolupament reglamentari amb l'establert a l'art. 12.2 de l'Ordre de 15 d'abril de 1969- la refereix a la darrera professió que exercitava el demandant. Això ha comportat que la jurisprudència hagi vingut destacant reiteradament -entre d'altres, SSTs de 12.06.1986 i 24.07.1986, entre moltes d'altres- el caràcter essencial i determinant de la professió en la qualificació jurídica de la situació residual de l'afectat; de tal forma que, unes mateixes lesions o seqüeles poder ser constitutives o no d'incapacitat permanent en funció de les activitats o tasques que requereixi la professió del presumpte incapacitat.

En el present cas l'actor, conta que pateix asbestosi pulmonar amb una limitació funcional de FVC 58% i FEV1 63%, tractat amb Ventolin, trastorn ventilatori mixt moderat. Acredita que ha treballat per Uralita, amb contacte amb amiant des del 1-06-1970 fins el 0-04-1982. El demandant, nascut el dia NUM001 -1925, està jubilat des del 01-03-85, percebent la pensió corresponent i va sol licitar la declaració d'incapacitat el 2011. Si bé la patologia que es declara és de contingència professional, i la seva professió exigia un esforç físic que podria ser moderat, la sentència ja ha considerat, a la vista de l'informe del metge forense, que el demandant podia realitzar les funcions pròpies de la seva professió, ja que la patologia professional no l'afectava en la capacitat respiratòria de manera severa, tal com es conclou en el fet provat vuitè de la sentència. Amb aquesta conclusió, la magistrada de instància, no aplica correctament l'article 137 de la LGSS, doncs es pot considerar al demandant tributari de la incapacitat permanent, ja que el grau

d'afectació de la malaltia pulmonar descrita si que es pot considerar limitant funcionalment com descriu el recurs de suplicació, d'acord amb el que ha estat acreditat, ja que la professió habitual del demandant, Operari de fabricació, s'ha de pressumir que exigeix la realització de tasques d'esforç físic, tal com el recurs al.lega.

S'ha de valorar en aquest punt la doctrina d'aquesta Sala, que es resumeix en la sentència de 17-12-2012, recurs 1900-2012, respecte a les patologies respiratòries, indicant que: "... los criterios que viene aplicando esta Sala y otras para las enfermedades pulmonares y su virtualidad incapacitante: STSJ Catalunya núm. 8326/2000 de 17 octubre; STSJ Catalunya núm. 6184/2001 de 16 julio (Asma bronquial severo); STSJ Cantabria núm. 1305/2003 de 15 octubre); se fijan en el resultado de las pruebas de capacidad pulmonar y, en concreto, en los índices espirográficos. De conformidad con este criterio resultaría: a) Si el índice resultante de la espirometría es del 35% o inferior la calificación sería de incapacidad permanente absoluta.-b) Si el índice es del 33% al 49% la calificación sería de incapacidad permanente absoluta si existen dolencias asociadas con relevancia funcional, o de incapacidad permanente total si no existen tales dolencias, siempre que la profesión requiera esfuerzo o se desarrolle en ambientes contaminados.- c) Si el índice es del 49% al 64% la calificación sería de incapacidad permanente total siempre que se trate de profesiones exigentes de esfuerzos importantes o que se desarrollen en ambientes muy contaminados. En tal caso raramente se calificaría de incapacidad permanente absoluta en los casos en los que el trabajador sea de una edad avanzada que motive gran deterioro. "

Com un cas més similar al present, la sentència del TS de 26 d'abril de 2010., declara en situació d'incapacitat permanent absoluta, a un treballador major de 65 anys, afectat d'asbestosi pulmonar en grau sever, indicant: La situación de invalidez permanente absoluta del recurrente deriva de enfermedad profesional -fibrosis pulmonar por asbestosis con afectación funcional de grado severo, habiendo permanecido el trabajador en contacto continuo con el amianto, al menos, en el periodo comprendido entre el año 1967 y 1973- por lo que el hecho de que se encontrara en situación de jubilación, percibiendo la correspondiente pensión, desde febrero de 1992 -hecho probado 3º- no impide que desde dicha situación pueda acceder a la invalidez permanente absoluta reclamada, por permitirlo el artículo 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social y encontrarse en situación asimilada al alta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.1 del Real Decreto 84/96, de 26 de enero .- El responsable de la prestación es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que en la fecha del hecho causante el contrato se encontraba extinguido hacía varios años."

Establert de manera objectiva que l'actor pateix asbestosi pulmonar, d'origen professional per haver treballat a Uralita, S.A., amb una limitació funcional de FVC 58% i FEV1 63%, i que la seva professió habitual era operari d'uralita (Oficial de fabricació) que s'ha d'admetre exigia tenir una moderada capacitat d'esforç, que no li podia ser exigible, impeding l'exercici de les funcions pròpies de la seva professió, ha de ser declarat el seu dret a la incapacitat permanent total (qualificada).

TERCER. Aplicant els criteris anteriors al cas concret, s'ha d'atendre el recurs de suplicació, doncs s'aprecia la infracció de dret al llegada i en conseqüència, hem d'estimar el recurs i revocar la sentència de instància. La prestació s'estableix en base als indiscutits valors de la base reguladora i els efectes. Aplicant el criteri de la sentència del TS, de 26-04-2010., reiterada per la del TS de 18-02-2013., en relació a la responsabilitat de l'Entitat Gestora, atès que en la data del fet causant de la prestació el contracte estava extingit des de feia anys i que es declara provat el contacte amb l'amiant es va produir entre els anys 01-06-70 a 08-04-1982, dates en les que l'assegurament de la contingència era a càrrec de l'INSS. Per altra banda, atinent a que l'actor és beneficiari de la pensió de jubilació, s'ha de recordar que haurà d'exercitar el dret d'opció, tractant-se de prestacions no compatibles (art. 165 LGSS).

Vistos els preceptes legals esmentats,

FALLO

Que estimem el recurs de suplicació presentat per ... contra la sentència dictada pel Jutjat Social 13 dels de Barcelona, en data 10 de febrer de 2012, en el procediment número 1115/10, seguit per incapacitat permanent derivada de malaltia professional, contra l'INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, URALITA, S.A., AISMALIBAR, S.A., TALLERES MATEU, S.A., RIVIERE, S.A., MUTUA MIDAT CYCLOPS (MC MUTUAL) I MÚTUA UMIVALE, i revoquem la sentència de instància.

Declarem al demandant en situació d'incapacitat permanent en grau de total, i el dret a percebre la prestació per valor del 75% de la base reguladora de 24.628,84 euros anuals, des de la data d'efectes del dia 01-07-2010, a càrrec de l'INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, condemnant a les demandades a estar i passar per aquesta declaració i al INSS al pagament de la prestació establerta en la sentència, advertint a l'actor que haurà d'exercitar el dret d'opció entre la prestació de jubilació que té reconeguda i la que es deriva d'aquesta resolució.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit -BANESTO-, en l'Oficina núm.2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.