



Roj: **STSJ CAT 11274/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:11274**

Id Cendoj: **08019340012017107748**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **5336/2017**

Nº de Resolución: **7733/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2011 - 8026778

SAR

Recurso de Suplicación: 5336/2017

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 19 de diciembre de 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **7733/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Sociedad Anonima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto Barcelona(Estibarna-Sagep) y Blas frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº21 de los de Barcelona de fecha 15 de febrero de 2017 dictada en el procedimiento nº540/2011 y siendo recurridos Axa de Seguros Generales ,S.A. de Seguros y Reaseguros (Estibarna), Ministerio Empleo y Seguridad Social, Estibadores de Barcelona Reunidos S.A., Hijos de Ramon Macià S.A., Remigio y Fondo de Garantía Salarial, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. LUIS REVILLA PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 06 de junio de 2011 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Indemnización daños y perjuicios, 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 15 de febrero de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"En la demanda interpusada per Blas , contra Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona, A.P.I.E. (Estibarna), Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, S.A. de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Barcelona (Estibarna), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Estibadores de Barcelona Reunidos, S.A., Hijos de Ramon Macià, S.A., Remigio , i Fons de Garantía Salarial, refuso les excepcions de



manca de legitimació passiva oposada per L'Estat, per Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, i per Remigio , refuso també l'excepció de prescripció oposada per Remigio , i accepto en part la demanda interposada, per tant :

1- Condemno solidàriament a les codemandades S.A. de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Barcelona (Estibarna), Estibadores de Barcelona Reunidos, S.A., i Hijos de Ramon Macià, S.A., a abonar al demandant en concepte de danys i perjudicis derivats de malaltia professional la suma de 294.028,80 €, i en concepte d'interessos moratoris, la suma de 20.172,27€.

2- Absolc als codemandats Ministerio de Empleo y Seguridad Social, i Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, i Remigio de les pretensions de la demanda, i sense pronunciament respecte a Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona, A.P.I.E. (Estibarna) en tant que és una societat extingida o transformada en l'actual societat condemnada .

3- Absolc lliurement al codemandat Fons de Garantia Salarial, sens perjudici de les responsabilitats que en el seu dia li pogueren correspondre."

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

" Primer.- El demandant Blas , nascut el NUM000 /1936, per resolució de l'Institut Nacional de la Seguretat Social de 15/3/2010, ha estat declarat en situació d'incapacitat permanent absoluta, derivada de malaltia professional, amb efecte des de 22/2/2010, com a conseqüència del següent quadre clínic constatat per informe de 22/2/2010 de l'Institut Català d'Avaluacions Mèdiques: "Neoplasia pulmonar. Asbestosis. Presencia de 19 cuerpos de amianto en lavado broncoalveolar."

Segon.- El demandant, ex fumador de 90 paquets / any, i diagnosticat de MPOC, fou intervingut quirúrgicament i se li va practicar resecció pulmonar (lobectomia superior dreta) per carcinoma pulmonar tipus adenocarcinoma poc diferenciat. Ates l'historial d'exposició a l'amiant, es practicà estudi en rentat broncoalveolar que va evidenciar presència de 19 cossos d'amiant per mil lilitre, xifra molt elevada que indica un dipòsit pulmonar d'amiant amb valor potencialment causal de carcinoma pulmonar. Tant l'exposició a l'amiant com el tabaquisme son factors causals del carcinoma de pulmó.

Tercer.- El demandant va prestar serveis com a estibador portuari al Port de Barcelona entre 1962 i 1992, primer a través de l'antiga Organización de Trabajadores Portuarios (OTP), i a partir de 1987 per a la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona (ESTIBARNA). Aquestes organitzacions tenien a la majoria dels treballadors estibadors portuaris en plantilla per a les tasques portuàries en exclusiva (alguns estibadors estaven fixos en alguna de les empreses portuàries), i els assignaven tasques de descàrrega de vaixells i manipulacions portuàries en funció de les demandes de les empreses portuàries, efectuant l'assignació per torns conforme l cens, de manera que cada treballador podia prestar serveis un o dos dies per a una empresa i després passar a un altra, previ o no dies de inactivitat, en funció de la demanda de cada dia. La OTP o Estibarna sabia del destí diari de cada estibador, i rebia un informe de l'activitat desenvolupada i de les tones de productes manipulats, en funció del qual es calculava el salari que abonava a cada estibador.

Quart.- El port de Barcelona era la terminar de descàrrega recepció de la fibra d'asbest que consumien les fabricques de fibrociment de la zona de influència, mercaderia que durant molts anys es descarregava fins i tot a granel o mes habitualment en sacs d'arpillera o de paper, i es manipulava sense protecció en l'interior de les bodegues dels vaixells, i en tot cas manipulant com a granel els abundants residus que restaven, tant a la bodega com al moll, de la gran quantitat de pols que desprenia la manipulació dels sacs, que es feia amb ganxo, i per tant propiciant el despreniment de la càrrega, juntament amb les restes despreses dels sacs ja defectuosos o trencats provinents de la operació de carrega. Aquest sistema de operativa era encara el que s'utilitzava a finals dels anys 70 i primers dels 80.

Cinquè.- La feina de carrega i descarrega de vaixells era per compte de l'empresa portuària titular de l'activitat, però s'efectuava en exclusiva per estibadors portuaris del cens de la OTP inicialment i després d'Estibarna, designats per torns per la mateixa Entitat. Intervenien en l'activitat de descàrrega de vaixells, a més dels equips de estibadors necessaris en cada cas, un Capatàs de la OTP o Estibarna, que donava les ordres, i un Contramestre de l'empresa portuària que coordinava les tasques de descàrrega. En la descarrega de vaixells que transportaven amiant amb sacs, hi intervenien uns 80 estibadors en processos que duraven dos dies aproximadament. Podia correspondre a un estibar la descàrrega de vaixells amb amiant dos o tres cops al més, tanmateix no rebien ni havien rebut informació de la nocivitat del producte, ni formació per a la manipulació de l'amiant amb sacs o a granel, no se'ls facilitava elements de protecció individual o col lectiva (solament guants i de manera restrictiva), ni se'ls facilitava roba de feina, de manera que efectuaven la feina amb la pròpia roba de casa. Tampoc es varen efectuar revisions mèdiques fins a l'any 1990 aproximadament.



Sisè.- Les empreses portuàries que efectuaven manipulació de amiant al Port de Barcelona, eren ERSA (Estibadores de Barcelona Reunidos, S.A.) i Ramon Macia (Hijos de Ramon Macià, S.A.).

Setè.- La companyia asseguradora Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, com a entitat successora, per absorció de Wintertur, te concertada amb Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona (ESTIBARNA), pòlissa d'assegurança de responsabilitat civil que cobreix el risc d'accident laboral, amb un límit per víctima de 150.253,03€, amb franquícia únicament pel risc de explotació de 300,51€, i que no obstant, te expressament prevista l'exclusió de la cobertura les indemnitzacions i despeses per assistència per malaltia professional o per qualsevol malaltia no professional que contragui durant la realització del treball o com a conseqüència del treball, així com també per a responsabilitats derivades de conductes sancionades com a infraccions molt greus en la llei de prevenció de riscos laborals, així com l'incompliment dolos o voluntari i consentit de les normes de seguretat i higiene en el treball.

Vuitè.- El demandant va instar el 3/8/2010 expedient per a la determinació de responsabilitat patronal a efecte del recàrrec de prestacions per infraccions de seguretat, i el 19/6/2012 va dictar resolució l'Entitat Gestora, que denegava la declaració de responsabilitat empresarial.

Novè.- La part actora ha intentat, sense èxit, la preceptiva conciliació administrativa prèvia, que finalitzà el dia 21/09/2010 amb el resultat de sense avinença."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte Blas y Sociedad Anonima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto Barcelona (Estibarna-Sagep), que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria Ministerio Empleo y Seguridad Social, Blas , Axa de Seguros Generales ,S.A. de Seguros y Reaseguros (Estibarna), a la que se dió traslado, consta que han presentado escritos de impugnación contra los citados recursos elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del juzgado estimando parcialmente la demanda del trabajador condenó solidariamente a SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP), a ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A. y a HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A., a abonar al demandante en concepto de daños y perjuicios derivados en enfermedad profesional la suma de 294.028,80 euros y en concepto de intereses moratorios la suma de 20.172,27 euros. Absolvió igualmente, por falta de legitimación pasiva, a los codemandados MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, a la compañía de seguros AXA SEGUROS GENERALES S.A., a don Remigio y a la sociedad de estiba y desestiba del puerto de Barcelona, APIE (ESTIBARNA), en cuanto sociedad extinguida y continuada por la condenada, y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Fue objeto del procedimiento si era posible sostener pretensión como la que contenía la demanda de reparación de daños y perjuicios causados por enfermedad profesional por omisión empresarial causante de la misma cuando prestando servicios como estibador portuario en el Puerto de Barcelona, entre 1962 y 1992, entró en contacto con amianto, objeto de la labor de estiba y desestiba. Cual haya de ser el quantum indemnizatorio que habría de reparar los daños y perjuicios. Y, finalmente, de concurrir la infracción de la norma de seguridad e higiene causante eficiente de la enfermedad, quién habría de responder de su reparación: sólo las empresas estibadoras que realizaron las operaciones de estiba y desestiba en las que pudo intervenir el trabajador, es decir las distintas empresas estibadoras acreditadas en cada Puerto que son las que, tras la correspondiente concesión, con medios propios, asumen el control dirección y gestión directa de las labores de estiba y desestiba -en ésta condición se condenó solidariamente a ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A. y a HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A.- . O también la OTP, en su día, o desde su creación en 1988 ESTIBARNA, en sus distintas y sucesivas concreciones y naturalezas jurídicas, cuya labor se concreta y concretó en la de gestión del censo de estibadores y en la facilitación de los trabajadores a las empresas concesionarias de las labores de estiba y desestiba para la atención de las operaciones de esta naturaleza contratadas -en esta condición se absolvió al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL una vez disuelta y extinguida la empresa pública OTP y se condenó a SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP) por sucesora y responsable de las obligaciones en materia de deuda de seguridad cuando el trabajador estuvo en contacto con el agente nocivo. También se discutió si la responsabilidad alcanzaba a la compañía de seguros codemandada.

Tras la plural y florida disputa está queda reducida y constreñida en la vía del recurso extraordinario que nos ocupa exclusivamente a quién o quiénes de los codemandados deberán responder de la indemnización que la sentencia reconoce, más concretamente quién ostenta la condición de empresario infractor y causante del daño, y con más detalle, si debe esta alcanzar, como pretende el recurso del trabajador y rechazó la sentencia, al Estado, en cuanto liquidador de la antigua OTP, o la condenada SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE



ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP), como rechaza ésta en su recurso.

No se discute la existencia de responsabilidad empresarial por daño, ni el quantum indemnizatorio, ni los intereses moratorios, ni que deban responder del mismo al menos las codemandadas a ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A. y a HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A., que no han recurrido la sentencia, ni la ausencia de prescripción o de falta de legitimación pasiva "ad causam" de la compañía aseguradora demandada. Con ello tales pronunciamientos quedarán incólumes y la exigencia de congruencia impone resolver exclusivamente sobre los motivos de los recursos en los términos antes expuestos.

El recurso del trabajador ha sido impugnado por el Abogado del Estado y por ESTIBARNA-SAGEP y el formulado por esta por el trabajador y también por el Abogado del Estado.

SEGUNDO.- De forma bienintencionada el recurso de la empresa, trata de denunciar el que dice vicio de la sentencia determinante de indefensión, concretamente incongruencia omisiva en la valoración de la prueba y determinación de los hechos y silogismo que le lleva a la conclusión final, a través de motivo de censura jurídica de los disciplinados en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS . Y lo hace con la intención de evitar la nulidad de lo actuado y la retroacción al momento de dictado de nueva resolución.

No obstante el que el artículo 202 de la LRJS habilite la no retroacción y la solución por la Sala del conflicto si se produce el vicio siempre que pueda, con el material fáctico expresado en la sentencia o que se pueda expresar a través de la censura fáctica, no convierte lo que es censura del apartado a) en la que es propia del apartado c) y es éste sentido que daremos respuesta a la denuncia.

Para el éxito del recurso de suplicación por quebrantamiento de forma contemplado en el artículo 193 a) de la LRJS , es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º) Que en el procedimiento de instancia se haya infringido una norma procesal o una de las garantías procesales explícitas en la Constitución, sobre todo en el artículo 24 , pero no basta con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es además necesario, que tal infracción determine la indefensión del afectado, (STC 158/1989, de 5 de octubre). Indefensión no en sentido puramente formal, sino también material, que suponga una vulneración del artículo 24 de la Constitución (STC 161/1985 de 29 de noviembre ; 158/1989 de 5 de octubre y 124/1994 de 25 de abril). La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (STC 89/1986 de 1 de julio).

2º) Que se cite por el recurrente la norma o garantía cuya infracción se denuncia, (SS del tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1.988 y 6 de junio de 1.990).

3º) Que el defecto procesal sea invocado, por la parte que, sin haberlo provocado, haya resultado perjudicada por el mismo, (sentencias del Tribunal Constitucional 159/1988 de 19 de septiembre y 48/1990 de 20 de marzo).

4º) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma.

Finalmente, en relación con la indefensión, debe recordarse que según el artículo 238.3 de la LOPJ , para que proceda la nulidad de una resolución judicial es preciso que se prescindan de normas esenciales del procedimiento (audiencia, asistencia y defensa), siempre que de ello se derive efectiva indefensión para la parte recurrente. Por su parte, la doctrina constitucional exige que para decretar la nulidad de las actuaciones judiciales no basta con que se haya producido la infracción de una determinada norma procesal, sino que tal vulneración ha de producir una situación de indefensión, no meramente formal, sino material, requisito que en modo alguno se cumple en este caso.

Se dice que el juzgador incurrió en incongruencia al no valorar la prueba traída al proceso por las partes de forma correcta y cuando excluye relato sobre afirmaciones fácticas y jurídicas que contenía informe de la Inspección de Trabajo para incurrir en simple especulación ajena al silogismo del que extrae la circunstancia del incumplimiento causante del daño.

En esencia mantiene que el sustrato probatorio desplegado no es hábil ni suficiente para que la conclusión fáctica y jurídica de la sentencia, ni para concluir que el trabajador completó la exigencia de carga probatoria de la relación de causalidad eficiente entre incumplimiento y daño a efectos de determinar la obligación de reparación y la figura de su responsable.



Sin embargo no es cierta, ni concurrente, la denuncia que el recurso contiene.

La reflexión específica sobre la valoración de la prueba es extensa y suficiente para descartar cualquier atisbo de simple especulación acausal potencialmente causante de la indefensión y vulneración de la tutela judicial efectiva que se denuncia en el recurso. Desde luego la Sala no puede hacerle este reproche.

Así tenemos que, con más que suficiencia, sí concreta el relato fáctico, por más que en pequeña parte sea ubicado, con el silogismo deductivo, en el cuerpo jurídico de la resolución, en el que se fundamenta la decisión y también el proceso lógico-deductivo que lleva a este en la valoración de la totalidad de elementos probatorios e indiciarios que se le trajeron al procedimiento. Dando el magistrado, eso sí, prevalencia a aquellos que le parecen más relevantes a la hora de formar la convicción.

Las cuestiones planteadas, complejas, cripticas, complicadas y múltiples, obtuvieron cumplida respuesta expresa con audiencia y posibilidad de oposición y práctica de prueba por parte de todas las partes, también la recurrente, por más que a esta no haya gustado la conclusión, con lo que no se ha producido la incongruencia que se pretende y el motivo no puede prosperar.

No se ha cercenado el derecho a la defensa, no se ha omitido practicar prueba relevante, no se ha causado indefensión y no se ha llegado a conclusión inasumible en recta aplicación de racional silogismo y, por tanto, procede la íntegra desestimación del motivo de nulidad.

El magistrado a través de la sentencia recurrida recoge los hechos que las partes han traído al proceso y sobre los que se ha practicado prueba, narrando la realidad que, a su juicio, ha quedado acreditada, razonando en la fundamentación jurídica el porqué de la conclusión fáctica plasmada en el relato de hechos probados, en función de la valoración de prueba efectuada por el mismo, valoración que toma en consideración los denominados "elementos de convicción" conforme al artículo 97.2 de la LRJS, concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los enumerados por el artículo 299 de la LEC, sino también el comportamiento de las partes en el curso del proceso, e incluso sus omisiones, requisitos todos ellos que cumple, más que con creces, la sentencia de instancia, aunque llegue a una conclusión que, obviamente, la recurrente no comparte.

En todo caso nos hallamos ante una resolución judicial debidamente motivada, que se ajusta a las exigencias del artículo 120.3 de la CE, 218.2 de la LEC y 97.2 de la LRJS.

Obteniendo respuesta la cuestión planteada no se ha producido el vicio de nulidad que se ha denunciado y ello sin perjuicio de que si la solución no es la considera adecuada a derecho el recurrente pueda, como hace, rebatirla a través del cauce adecuado que ha de ser el previsto en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

TERCERO. - El siguiente motivo del recurso lo dedica el recurso de la empresa condenada a solicitar la revisión del relato de hechos probados de la sentencia, de conformidad con el artículo 193 b) de la LRJS.

La declaración de hechos probados supone la plasmación de la convicción del órgano judicial en relación con los hechos que las partes han traído al proceso y sobre los que se ha practicado prueba, narrando la realidad que, a su juicio, ha quedado acreditada, razonando en la fundamentación jurídica el porqué de la conclusión fáctica plasmada en el relato de hechos probados, en función de la valoración de prueba efectuada por el mismo, valoración que toma en consideración los denominados "elementos de convicción" conforme al artículo 97.2 de la LRJS, concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los enumerados por el artículo 299 de la LEC, sino también el comportamiento de las partes en el curso del proceso, e incluso sus omisiones, requisitos todos ellos que cumple con creces la sentencia de instancia, aunque llegue a una conclusión que, obviamente, los recurrentes no comparte.

Deber de motivación que responde a una doble finalidad: a) de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley; b) y, de otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos. Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgado exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la "ratio decidendi" que determina aquélla.

No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento



que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión.

La revisión fáctica, encaminada a la supresión, total o parcial de los hechos, su modificación o la adición de otros nuevos, bien queden fijados en su lugar idóneo (resultancia fáctica) o en lugar inapropiado (fundamentos de derecho) requiere de los siguientes requisitos:

Ha de fijarse concretamente qué hecho o hechos deben adicionarse, rectificarse o suprimirse.

Ha de precisarse en qué términos deben quedar redactados, y su influencia en la variación del signo del fallo, pues si no son trascendentes no se admite la revisión. Bastará con que el recurrente exponga un mínimo argumental de esa relevancia, aunque sea hipotética o teórica, para que el Tribunal Superior, comprobada la habilidad del documento o pericia, admita la revisión, en una interpretación amplia, acorde a la tutela judicial efectiva, ante la eventualidad de un posterior recurso de casación.

Ha de hacerse cita del documento o documentos o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, mediante la referencia exacta de los folios, -no es correcto se diga genéricamente constan en el procedimiento- patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador.

Existe un número no desdeñable de recursos de suplicación que, como el que nos ocupa, vienen defectuosamente instrumentados, y que, confundiendo con el de apelación civil, tratan de erigir al tribunal de suplicación en una segunda instancia para que se retome el asunto en toda su extensión, conociendo plenamente de lo que se debatió ante el órgano "a quo", cuando lo cierto y verdad es que los Juzgados de lo Social conocen en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden social de la jurisdicción, salvo de los procesos atribuidos a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, lo que, por otra parte, es plenamente acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, puesto que, la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador es libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

En definitiva, la Sala de lo Social tiene una cognitio limitada de los hechos en el recurso de suplicación, y no puede valorar de nuevo toda la prueba practicada, debiéndose circunscribirse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, salvo que afecten al orden público procesal, por ejemplo, por incompetencia de jurisdicción, o por insuficiencia de los hechos declarados probados.

Ya en el análisis de la modificación postulada tenemos que se pretende la modificación del ordinal fáctico octavo para que "in fine" se añada último párrafo que diga: "La resolució de l'Entitat Gestora es sustentada en un informe de la Inspecció de Treball emès a petició de l'INSS, a l'expedient de recàrrec de prestacions instat per l'actor, en el qual s'explica l'objete de la OTP i de ESTIBARNA com a gestores del cens dels estibadors portuaris i reconeix i descriu la responsabilitat i obligació de les empreses estibadores en la adopció de les mesures de prevenció i seguretat de les operacions que realitzen, i de ser els responsables dels danys i perjudicis o del recàrrec de prestacions que es puguin causar als estibadors per els accidents de treball o malalties professionals que puguin patir com a conseqüència de la manca o infracció d'aquestes mesures".

Y a esta revisión no puede accederse porque de lo que allí se expone, de la valoración de la intervención de las partes en el vínculo jurídico con el trabajador y de los elementos de convicción que utiliza el magistrado para la conclusión ya se da cumplida cuenta, sobre todo en el cuerpo jurídico, la sentencia.

Pero, sobre todo, porque el relato pretendido no va más allá de simple valoración jurídica, subjetiva, interesada, predeterminante del fallo y de indebida ubicación en el cuerpo fáctico de la sentencia.

También la adición de un nuevo hecho probado, que sería el quinto bis, para que éste diga: "Les descàrregues d'amiant en el Port de Barcelona causants de la malaltia professional del actor, es feren dels anys 1960 a 1980, estant el demandat a la plantilla laboral de la ORGANIZACIÓN DE TRABAJOS PORTUARIOS, gestora del cens en aquells anys. En els 4 anys i 7 mesos (de 15/03/1988 a 05/10/1992) que el demandant va estar a la plantilla laboral, quan la gestió del cens estava a càrrec de la SOCIEDAD ESTATAL DE ESTIBA Y DESESTIVA DEL PUERTO DE BARCELONA S.A., ja no es feien descàrregues d'amiant en el Port de Barcelona".

Tampoco ha de acogerse la modificación por irrelevante e innecesaria al objeto de la correcta solución del debate una vez que la sentencia ya da cuenta de los periodos y circunstancias, también temporales, en que se efectuó la descarga de amianto.



En nada es necesaria la adición para la noticia y conocimiento de mejor circunstancia en la que haya resolverse el conflicto respecto a la potencial distribución de responsabilidades culposas y es correcta la conclusión fáctica de la sentencia con lo que el motivo del recurso, una vez más, ha de rechazarse.

CUARTO.- Ya en sede de censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, ambos recursos despliegan disconformidad sobre a quién habrá de alcanzar la responsabilidad exclusiva o solidaria en la reparación del daño que, "empresario infractor", ya podemos decir y concluir así porque ninguna de las partes, tampoco las condenadas a ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A. y a HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A., ha impugnado la existencia del incumplimiento, del daño y de la necesidad de su reparación por el quantum fijado en la sentencia, ha causado al trabajador. Y mas concretamente, una vez que, en todo caso, se mantendrá la condena de las dos últimas citadas, si la responsabilidad podrá alcanzar al Estado, en cuanto liquidador de la antigua OTP, o a la condenada SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP).

La común discrepancia de ambos recursos sobre la extensión de la responsabilidad subjetiva impone por mínima exigencia sistemática su estudio conjunto.

Esta complicada cuestión ya ha obtenido respuesta por la Sala, a propósito de igual debate sostenido por iguales partes en procedimiento antecedente, concretamente en nuestra sentencia de 26/01/2017 (Rec. 6033/2016), de la que ahora no podemos ni queremos apartarnos y en la que puede leerse:

"Con amparo en el apartado c) del repetido art. 193 de la LRJS, se denuncia en el recurso la infracción de diversos preceptos: arts. 123 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social, art. 42 del ET; 4, 14 y 31 de la Ordenanza de Trabajo de Estibadores de 29 de marzo de 1974; art. 13 del Reglamento de Seguridad, Higiene y Bienestar de los Estibadores Portuarios (Orden de 6.2.1971); art. 18 del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo; art. 51 de los convenios colectivos del sector portuario de la provincia de Barcelona; 141.7 de la Ley 33/2010, que modifica la Ley de Puertos; arts. 28 y 42 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales; art. 16 de la Ley 14/1994; art. 151.7 de la Ley de Puertos, Real Decreto Legislativo 2/2011. Acompaña el motivo con la cita de varias sentencias del TS y de varios tribunales superiores de justicia (estas últimas, no constitutivas de jurisprudencia; art. 1.6 del CC).

Sus alegaciones se sintetizan en los siguientes puntos: falta de legitimación pasiva de esta recurrente, Estibarna; responsabilidad de las empresas estibadoras con respecto a las operaciones de estiba y desestiba de los buques; y errónea aplicación por la sentencia recurrida del art. 42 del ET, relativo a la subcontratación de obras y servicios.

En cuanto a la alegada falta de legitimación pasiva de Estibarna, entendemos que, concretamente, se refiere a una falta de legitimación ad causam. Esta consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto del proceso, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, con independencia de si se accede o no a lo pedido, simplemente porque, una vez reunido tal requisito procesal junto con otros, el juez competente queda obligado a examinar el asunto planteado.

En el presente caso, consideramos que Estibarna está legitimada pasivamente para intervenir en este pleito puesto que este se inicia por la impugnación de una resolución administrativa que afecta a tal sociedad en tanto que es a la que ha impuesto el recargo cuya procedencia se discute. Además, al proceso se acumuló una demanda que ella misma presentó, teniéndose por afectada y, por tanto, legitimada para intervenir en la relación jurídica surgida a raíz de la resolución del INSS que le imponía el recargo; y si así quedaba legitimada activamente, por la misma razón quedaba legitimada pasivamente para poder ser demandada.

(...) Por lo que respecta al fondo del asunto, la sociedad recurrente alega que la responsabilidad de las operaciones de estiba y desestiba de los buques corresponde a las empresas estibadoras que las realizan y no a ella.

Efectivamente, la diferente normativa que se ha ido sucediendo durante el periodo en que el trabajador prestó sus servicios desde el año 1974, coincide en atribuir la obligación de garantizar el derecho de los trabajadores a su protección en materia de seguridad y salud laboral a dichas empresas. La Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios, aprobada por la Orden de 29 de marzo de 1974, caracterizaba la Organización de Trabajos Portuarios como un "organismo rector, administrativo o de vigilancia de los trabajos portuarios, con sus oficinas administrativas, Juntas y Comisiones" (art. 5); mientras que la Orden de 6 de febrero de 1971, que aprobaba el Reglamento de Seguridad, Higiene y Bienestar de los Estibadores Portuarios, disponía en su art. 13 que a las empresas portuarias, en tanto que facultadas para la organización del trabajo, les corresponde la responsabilidad directa que se derive del incumplimiento de las normas reglamentarias sobre prevención de riesgos que atenten contra la vida o la salud de los trabajadores.



Por su parte, el Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, prevé con respecto a la dirección y control de la actividad laboral, que "cuando los estibadores portuarios desarrollen tareas en el ámbito de las empresas estibadoras de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por la correspondiente empresa durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito" (art. 17). Además, en su art. 18 dispone que "cuando los estibadores portuarios desarrollen tareas en el ámbito de las empresas estibadoras, de acuerdo con lo previsto en esta norma , corresponderá a tales empresas garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como el cumplimiento de la normativa legal o convencional referida a tiempo de trabajo y movilidad funcional. En tales supuestos las empresas serán responsables por los incumplimientos e infracciones de la normativa de aplicación, derivadas de sus acciones u omisiones, pudiendo en tales casos formularse contra ellas las acciones administrativas o jurisdiccionales correspondientes, en los mismos términos previstos en la normativa laboral común respecto de los empresarios".

De forma expresa se alude a la responsabilidad en caso de recargo de prestaciones en el art. 142 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre , de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, según la redacción dada por la Ley 33/2010. En el número 8 de dicho precepto se regulan el papel y las facultades que corresponden a cada empresa, la usuaria y la sociedad portuaria SAGEP, estableciendo que la SAGEP conserva el carácter de empresario respecto al trabajador si bien las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito, sin perjuicio del ejercicio por la SAGEP de la facultad disciplinaria establecida atribuida por el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores , cuando por parte de la empresa usuaria se considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual; y en el número 7 establece que "de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la empresa usuaria será responsable de garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social que prevea la legislación vigente en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el periodo de puesta a disposición del trabajador y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene".

En conclusión, tal y como alega la empresa recurrente, si bien como empleadora del trabajador demandante en estas actuaciones asumía las obligaciones salariales y de Seguridad Social, no le incumbían las de vigilancia de las condiciones de seguridad y protección de salud en el trabajo. Por tanto, debe ser estimado su recurso y dejarse sin efecto la resolución del INSS que le imponía el recargo sobre las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional del trabajador demandante ya que sobre aquella no pesaban las obligaciones en materia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo y, por tanto, no puede ser calificado de "empresario infractor" (art. 123 de la LGSS, 1994).

Además, tal y como alegaba dicha empresa recurrente, el art. 42 del ET fue indebidamente aplicado por la sentencia de instancia, en tanto que la relación laboral de los trabajadores que desarrollan su actividad en el servicio portuario de manipulación de mercancías con las sociedades encargadas de la gestión de puertos es una relación especial, contemplada en el artículo 2.1.h) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , que se rige por normas especiales.

(...) En sentido análogo ha resuelto la Sala 1ª del Tribunal Supremo en asuntos de reclamación por daño causado por el trabajador, absolviendo a la sociedad estatal y condenando a la empresa para la que aquel trabajaba, por aplicación del art. 1903 del CC . Así en sentencias de 9 de julio de 2001 (sentencia nº 764/2001), de 28 de octubre de 1994 , de 21 de septiembre de 1987 y de 20 de mayo de 1986 . En la primera se argumenta en los siguientes términos: " Estibarna carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador. De acuerdo con las disposiciones legales sobre estas sociedades (Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo y Ley 27/1992, de 24 de noviembre), su misión se limita, en los aspectos que aquí interesan, a proporcionar personal a las empresas estibadoras o desestibadoras que lo necesitan en el desarrollo de su actividad, que se realiza, sobre el personal susodicho, bajo la dirección y control de las mismas. Así las cosas, no es razonable imponer a Estibarna una responsabilidad civil extracontractual basada en el art. 1903, párrafo 4º, CC . La misma recae en la empresa que utiliza al trabajador ciertamente no por culpa «in eligiendo» sino «in vigilando»".

Esta Sala, tratándose de la reclamación de daños y perjuicios, tan solo ha declarado responsables de ellos a las empresas estibadoras y no a la sociedad encargada de la gestión portuaria en las sentencias de 23 de julio de 2007 (rec. 2134/2006) y 15 de abril de 2015 (rec. 154/2015); y en el caso del recargo por falta de medidas de seguridad, en la sentencia de 12 de enero de 2009 (rec. 613/2008), tan solo se condenó a las empresas estibadoras.



(...) Por lo que respecta al recurso del trabajador, con él se solicita que se condene solidariamente al Estado. Plantea dos motivos, ambos amparados por el apartado c) del art. 193 de la LRJS .

Con el primero se aduce la infracción de los arts. 10 y 12 de la LEC en relación con la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 2/1986 , argumentando que el Estado fue sucesor de la OTP (Organización de Trabajos Portuarios).

Pero no puede estimarse tal motivo. Cuando la alegada disposición transitoria primera establece la supresión del Organismo Autónomo Organización de Trabajos Portuarios y que se liquidará su activo y su pasivo, prevé que el Estado aporte el patrimonio resultante a las correspondientes sociedades estatales, pero ello no quiere decir que el Estado hubiera sucedido al citado organismo autónomo sino que le correspondía llevar a cabo las operaciones de traspaso del patrimonio resultante de aquel a las nuevas sociedades que, estas sí, sucedían al organismo.

Esta interpretación la confirma la disposición transitoria segunda, cuyo segundo apartado prevé que "los trabajadores que a la entrada en vigor de la presente norma se encuentren incluidos en los censos gestionados por la Organización de Trabajos Portuarios, pasarán a integrarse en las plantillas de las correspondientes Sociedades Estatales, que se subrogarán en todos los derechos y obligaciones laborales que respecto de aquéllos se encuentren legalmente reconocidas. La integración se producirá mediante la suscripción del correspondiente contrato en los términos previstos en los artículos 9, 10 y 15 de este Real Decreto-ley".

En este sentido resolvió la sentencia nº 3688/1990 de la Sala 1ª del TS de 10 de mayo de 1990 , donde dice: "(...) admiten los trabajadores recurrentes que concurre dicha excepción en la Administración del Estado en nombre de la extinguida Organización de Trabajos Portuarios, en lo que aciertan, dado el contenido de la Disposición Transitoria 2.ª.2 del Real Decreto-ley 2/1986 de 23 de mayo , que establece la subrogación, en cuanto a las relaciones laborales de los trabajadores portuarios, de las Sociedades Estatales que crea en las obligaciones de la Organización de Trabajos Portuarios que extingue".

(..) El segundo de los motivos por los que el trabajador censura la sentencia de instancia es por considerar que esta infringe el art. 44 del ET en relación con el art. 168.2 de la LGSS de 2015 (es decir , 127 de la LGSS de 1994).

Sin embargo, tampoco puede encontrar éxito este motivo puesto que las normas citadas no son aplicables al presente caso porque se rige por la normativa especial que hemos señalado, donde se regulaba la sucesión de las diversas formas jurídicas que fue adoptando el que en esencia es el mismo ente societario encargado de la gestión y organización de los trabajos desarrollados en los puertos.

La Ley 48/2003, al establecer su transformación en agrupaciones de interés económico, estipulaba en su disposición adicional sexta, III que "todas las sociedades estatales de estiba y desestiba existentes a la entrada en vigor de esta ley se transformarán en agrupaciones portuarias de interés económico según lo previsto en los apartados anteriores, y no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la nueva forma, manteniendo sus relaciones jurídicas"; por lo que propiamente no hay una sucesión entre dos sociedades sino mera transformación de su forma jurídica y una misma personalidad jurídica, cuyas relaciones laborales se conservan sin variación alguna por tal causa y, en consecuencia, sin presencia alguna del Estado.

Mientras que por lo que respecta a la constitución de la sociedad estatal en 1988, por mor del Real Decreto Ley 2/1986, ya hemos indicado que los trabajadores de la OTP pasaron directamente a integrarse en la plantilla de la nueva sociedad (disposición transitoria segunda, apartado 2)".

En suma, debemos concluir la responsabilidad exclusiva en la nefasta adquisición por el trabajador de la grave enfermedad profesional por la preterición de la obligación de seguridad e higiene de las empresas estibadoras que realizaron las operaciones de estiba y desestiba en las que pudo intervenir el trabajador, es decir las distintas empresas estibadoras acreditadas en cada Puerto que son las que, tras la correspondiente concesión, con medios propios, asumen el control dirección y gestión directa de las labores de estiba y desestiba -en nuestro caso ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A. y a HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A.-, sin que pueda extenderse al Estado o a la empresa recurrente SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP) continuadora de la gestión del censo de estibadores y en la facilitación de los trabajadores a las empresas concesionarias de las labores de estiba y desestiba.

Ello impone desestimar el recurso del trabajador y estimar íntegramente el de ESTIBARNA.

Por tanto, no procede condenar en costas y, una vez que sea firme esta sentencia, procederá devolver el depósito y consignación realizados por esta (artículos 203 , 204 y 235 de la LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación



FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador don Blas y estimando el planteado por SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA -SAGEP) contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona en los autos seguidos al nº 540/2011, a instancia de don Blas , contra SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA-SAGEP), el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, ESTIBADORES DE BARCELONA REUNIDOS, S.A., HIJOS DE RAMÓN MACIÀ, S.A., la compañía de seguros AXA SEGUROS GENERALES S.A., la empresa JOSEP MARÍA BLAY MIRÓ, la sociedad de estiba y desestiba del puerto de Barcelona, APIE (ESTIBARNA) y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y revocamos la misma en la parte que contiene condena de la recurrente SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DEL PUERTO DE BARCELONA (ESTIBARNA -SAGEP), manteniendo la misma en cuanto al resto de sus pronunciamientos.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir una vez sea firme esta sentencia.

Déjense sin efecto los aseguramientos de la condena cuando esta sentencia alcance su firmeza.

Sin costas.

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

Nº 0937 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 Nº 0937 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.