

Roj: **STS 2191/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2191**Id Cendoj: **28079140012017100368**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/05/2017**Nº de Recurso: **1720/2015**Nº de Resolución: **443/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Tubos Reunidos S.A. (TR), representado y asistido por el letrado D. Raúl Vázquez Ruiz, contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 2467/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria, en autos núm. 45/2013, seguidos a instancias de Mutua Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2 y Tubos Reunidos S.A. contra Tubos Reunidos S.A., El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), D.^a Natalia y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Han comparecido como partes recurridas D.^a Natalia, representada por la procuradora D.^a Lina Vassalli Arribas y asistida por la letrada D.^a Nuria Busto López de Abechuco, Mutua Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 2, representada por el procurador D. Jorge Deleito García y asistida por el letrado D. Pedro Miguel Fraile Fresno y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

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

1º.-) D. Ricardo, nacido el NUM000 de 1953, figuraba afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM001, siendo su profesión habitual la de especialista metalúrgico, y habiendo prestado servicios para TUBOS REUNIDOS, S.A., desde el 11 de octubre de 1976 hasta el 29 de agosto de 2008, fecha en la que causó baja en la empresa por razón de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común.

2º.-) Con fecha 27 de marzo de 2007, D. Ricardo había causado baja en la empresa por razón de neumotórax espontáneo derecho, del que fue intervenido por toracotomía cerrada tras ingresar en el servicio de urgencias del Hospital de Galdakao con fecha 28/03/2008. Con fecha 06 de junio de 2008 ingresó nuevamente, siendo el diagnóstico neumotórax recidivado y siendo trasladado al Hospital de Cruces, donde fue intervenido quirúrgicamente por toracotomía cerrada.

3º.-) Las Mutuas responsables de la cobertura del riesgo profesional de la empresa TUBOS REUNIDOS, S.A., durante la vida laboral de D. Ricardo, han sido las siguientes:

- Del 1 de septiembre de 1971 al 31 de marzo de 1976: Mutua ASEPEYO.

- Del 1 de abril de 1976 al 09 de octubre de 1976: Mutua ASEPEYO.



- Del 11 de octubre de 1976 al 30 de noviembre de 1999: Mutua Mutualia.
- Del 1 de diciembre de 1999 al 29 de septiembre de 2008: Mutua Mutualia.

4°.-) Por Resolución del INSS de fecha 10 de octubre de 2008, se reconoció a D. Ricardo , afecto a una incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, para su profesión habitual de especialista metalúrgico, previa emisión de Informe de Valoración Médica de fecha 1 de octubre de 2008 y dictamen propuesta del EVI de fecha 6 de octubre de 2008.

5°.-) Las secuelas y menoscabos funcionales que presentaba el actor, eran las recogidas en el Informe de Valoración Médica de fecha 1 de octubre de 2008, obrante a los folios 105- 107 y 250-252 de los autos, y cuyo contenido literal es el siguiente:

MANIFESTACIONES DEL INTERESADO

ANTECEDENTES

TIMPANOPLASTIA EN OÍDO DERECHO

EXFUMADOR DESDE HACE 2 AÑOS APROXIMADAMENTE

AFECTACIÓN ACTUAL:

EXPEDIENTE INICIADO DE OFICIO POR VENCIMIENTO DE 18 MESES EN I.T.

VARÓN DE 55 AÑOS DE EDAD, EN SITUACIÓN DE I.T. TRAS SER DIAGNOSTICADO DE NEUMOTORAX ESPONTANEO DERECHO RESUELTO CON DRENAJE, TRAS ACUDIR A URGENCIAS POR DOLOR TORÁCICO Y DISNEA EN MARZO/07. SIGUE EVOLUCIÓN CON DOS EPISODIOS MAS DE NEUMOTORAX ESPONTÁNEO, CON TAC QUE INFORMA DE ENFISEMA BULLOSO, POR LO QUE SIENTA INDICACIÓN QUIRÚRGICA, REALIZÁNDOSE EL 16/08/07 TORACOTOMIA LATERAL DERECHA, OBJETIVÁNDOSE PULMÓN ENFISEMATOSO CON BULLAS TIPO II-III IMPORTANTES EN LSD Y MÚLTIPLES ADHERENCIAS PLEUROPULMONARES, REALIZÁNDOSE RESECCION DE BULLAS.

EN LA ACTUALIDAD SE ENCUENTRA ESTABLE Y REFIERE DISNEA A MODERADOS ESFUERZOS O CLASE FUNCIONAL 2 DE LA ATA (SUBIR CUESTAS, ESCALERAS A PARTIR DEL 3º PISO, NO PUEDE MANTENER EL PASO COMO EL DE PERSONAS DE SU MISMA EDAD PERO A PASO MAS LENTO Y POR TERRENO LLANO ES CAPAZ DE CAMINAR 2 KM SIN PARADAS). NO ORTOPNEA NI EDEMAS PERIFÉRICOS. PRECISA TTO. HABITUAL CON: FLUTICASONA, SALMETEROL Y TIOPROPIO EN FORMA DE INHALACIÓN, ADEMÁS DE ACETILCISTEÍNA. SE RECOMIENDA NO TRABAJAR EN AMBIENTES CONTAMINADOS CON HUMOS (APORTA ANÁLISIS DEL PUESTO DE TRABAJO ESPECIFICANDO EXISTENCIA DE EXIGENCIAS FÍSICAS Y AMBIENTE DE POLVO).

COMPROBACIONES OBJETIVAS

ESTADO GENERAL: BUENO MARCHA: AUTÓNOMA

ESTADO NUTRICIÓN: NORMAL

APARATO RESPIRATORIO:

EUPNEICO. NO SIGNOS DE CIANOSIS, NI ACROPAQUIAS, NI INGURGITACIÓN YUGULAR AUSCULTACIÓN CARDIOPULMOMAR: LATIDO CARDIACO RÍTMICO REGULAR A 86 L.P.M E HIPOFONESIS EN VÉRTICES PULMONAR, SIN OTROS DATOS PATOLÓGICOS.

ESPIROMETRÍA:

FVC 4210 (81%), VC IN 4320 (99%), FEVI 2780 (71%), FEVI/FVC 64%. CT 7,11ML (99,5%), ITGV 4070 (114%). DLCO 7,27 (66%), KCO 1,24 (75%).

PRUEBA BRONCODILATADORA NEGATIVA. FECHA: 27/02/2008

CENTRO: HOSPITAL DE CRUCES

OTRAS RAS EXPLORACIONES:

TAC TORÁCICO: CAMBIOS FIBROCICATRICIALES DE CARÁCTER RESIDUAL EN AMBOS PULMONARES JUNTO CON MARCADOS SIGNOS DE ENFISEMA PULMOMAR DE PREDOMINIO PARASEPTAL Y PARAMEDIASTINICO FUNDAMENTALMENTE EN CAMPOS PULMONARES MEDIOS Y SUPERIORES. HALLAZGOS COMPATIBLES CON TRAQUEOBRONGOMELGALIA CON PRESENCIA DE ALGUNA SECRECIÓN RETENIDA EN LA LUZ.

FECHA: 13/03/2008 CENTRO:

CENTRO DE SCANNER DE VIZCAYA, S.S. Y OSAKIDETZA CONCLUSIONES

DEFICIENCIAS MAS SIGNIFICATIVAS:

EPOC POR ENFISEMA PULMONAR BULLOSO CON OBSTRUCCIÓN CON DIFERENCIA ENTRE FVC Y VC IN DEL 20%, LO QUE DEMUESTRA UNA REDUCCIÓN MUY MARCADA, OBSTRUCCIÓN LEVE (FEVI 71% Y FEVI/FVC 64%) NO REVERSIBLE CON BRONCODILATADOR Y REDUCCIÓN LEVE DE LA DIFUSIÓN DE CO (DLCO 66%).

TRATAMIENTO EFECTUADO, CEN. Y SERV. DONDE HA RECIBIDO ASIS. EL ENFERMO: LO CITADO EN EL APARTADO ANTERIORES.

EVOLUCIÓN: CRÓNICA

LIMITACIONES ORGÁNICAS Y FUNCIONALES:

PATOLOGÍA RESPIRATORIA CLASE FUNCIONAL 1-2 QUE LIMITA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES CON REQUERIMIENTO FÍSICOS DE MEDIANA Y GRAN INTENSIDAD ASÍ COMO PERMANECER EN AMBIENTES DE CONSTATADA CONTAMINACIÓN AÉREA.

CONCLUSIONES:

A DETERMINAR POR EL EQUIPO DE VALORACIÓN DE INCAPACIDADES.

6º.-) Consta en autos informe del Laboratorio de anatomía y citología de fecha 21/08/2007, obrante al folio 401, cuyo tenor literal es el siguiente: "Fragmentos de pulmón con fibrosis de la pleura visceral y formación de bullas enfisematosas subpleurales, que presentan en el estroma ligeros infiltrados linfocitarios. Se observan algunos macrófagos con hemosiderina".

7º.-) Consta en autos informe de T.A.C. de fecha 13 de marzo de 2008, que se da por reproducido en su integridad y de cuyo tenor literal, se considera de interés lo siguiente:

(...) TAC TORÁCICO

Se realiza estudio helicoidal obteniéndose imágenes axiales desde vértices a bases pulmonares.

No se observan adenopatías radiológicamente significativas en huecos axilares, mediastino ni hilios pulmonares.

No se aprecia derrame pleural.

Signos de enfisema pulmonar de predominio paraseptal y en campos pulmonares superiores, donde se identifican bullas de gran tamaño. Se identifica también algún tracto fibrótico y alguna pequeña bronquiectasia por tracción en ambos hemitorax(...)

8º.-) Con fecha 11 de abril de 2011, acudió a urgencias del Hospital de Txagorritxu, donde se hace constar que, con fecha 7 de abril de 2011, se realiza prueba TAC, en cuyo informe se hace constar: "Masa en lóbulo medio que contacta con cisura menor y con la orejuela de la aurícula derecha compatible con neoformación primaria que se acompaña de adenopatías hiliares e infracarinales de tamaño patológico y de una lesión ósea en L4 compatible con metástasis". VSG y PCR elevadas...".

9º.-) Con fecha 20 de abril de 2011, por la Dra. Luz , del Servicio de respiratorio del Hospital de Txagorritxu, informa que: "tras los estudios realizados mencionados, se concluye que se trata de un adenocarcinoma pulmonar estadio IV por metástasis óseas, por lo que se remite a Oncología médica para tratamiento"; siendo el juicio clínico: "Masa pulmonar en LM. Adenocarcinoma T2-4N2M1/Estadio IV".

10º.-) Con fecha 19 de mayo de 2011 se emite informe de biopsia en el que se hace constar como diagnóstico: "BIOPSIA DE MUCOSA BRONQUIAL: INFILTRACIÓN POR CARCINOMA POBREMENTE DIFERENCIADO NO OAT-CELL, SUGESTIVO DE ADENOCARCINOMA". Con fecha 9 de junio de 2011, por el Dr. Apolonio se hace constar como impresión diagnóstica: "adenocarcinoma pulmonar CT2-4, N2, M1, Estadio IV (metástasis óseas)".

11º.-) Consta en autos informe de T.A.C. de fecha 7 de abril de 2013, que se da por reproducido en su integridad y de cuyo tenor literal, se considera de interés lo siguiente:

(...) TÓRAX:

Masa en el lóbulo medio de 4,8 cm x 3,5 cros en el plano axial compatible con una neoformación primaria que establece un mínimo contacto con la orejuela de la aurícula derecha. (...)

CONCLUSIÓN:

Masa en el lóbulo medio que contacta con la cisura menor y con la orejuela de la urícula derecha compatible con neoformación primaria que se acompaña de adenopatías hiliares e intracarinales de tamaño patológico y de una lesión ósea en L4 compatible con metástasis. (...)

12°.-) Solicitada por D. Ricardo , con fecha 15 de julio de 2011, la revisión de la prestación de incapacidad permanente; por Resolución del INSS de fecha 8 de agosto de 2012, se acordó la revisión de la resolución de fecha 10 de octubre de 2010, declarándole afecto de incapacidad permanente absoluta por contingencia de enfermedad profesional, siendo responsable de su abono la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 2, Mutualia, Con carácter previo se evacuó Informe de Valoración Médica de fecha 23 de agosto de 2011 y dictamen propuesta del EVI de fecha 14 de junio de 2012.

13°.-) Las secuelas y menoscabos funcionales que presentaba el actor, eran las recogidas en el Informe de Valoración Médica de fecha 23 de agosto de 2011, obrante a los folios 1218 -páginas 24-25- de los autos, y cuyo contenido literal es el siguiente:

ANTECEDENTES

FRACTURA E PELVIS EN A. DE T. EN 1987.

EPISODIOS DE NEUMOTORX ESPONTÁNEO EN AÑO 2007 RESUELTOS CON TORACOTOMIA CERRADA. DIAGNÓSTICO DE ENFISEMA PULMONAR BULLOSO. TRATAMIENTO QUIRÚRGICO EL 16/08/2007 REALIZÁNDOSE RESECCIÓN DE BULLAS POSTERIOR SITUACIÓN FUNCIONAL CON DISNEA GRADO2

AFECTACIÓN ACTUAL

ESTUDIO EN SV DE REUMATOLOGÍA POR DOLOR POLIARTICULAR Y SÍNDROME CONSTITUCIONAL (DICIEMBRE DE 2011).

DIAGNÓSTICO TRAS PRUEBAS COMPLEMENTARIAS (TAC. GAMMAGRAFIA, PET, RNM, BRONCOSCOPIA...) DE "CARCINOMA POBREMENTE DIFERENCIADO DE PULMÓN (PROBABLE ADENOCARCINOMA), ESTADIO IV CON AFECTACIÓN ÓSEA (VERTEBRA L4 Y SINFISIS DE PUBIS)

HA SIDO TRATADO CON QUIMIO Y RADIOTERAPIA CON RESPUESTA PARCIAL A NIVEL PULMONAR Y AUMENTO DE TAMAÑO DE LESIÓN LITICA DE VERTEBRA L4. (I.DE ONCOLOGÍA DE 19/08/2011)

EL PACIENTE PRESENTA REGULAR ESTADO GENERAL, PALIDEZ DE PIEL Y MUCOSAS. DESLGADEZ (IMC DE 15) ÍNDICE DE KARNOFSKY DE 60).

REFIERE INTENSA ASTENIA Y DOLOR ÓSEO CONTROLADO CON MEDICACIÓN.

CONCLUSIONES

DEFICIENCIAS MAS SIGNIFICATIVAS

CARCINOMA PBREMENTE DIFEENCIADO DE PULMÓN, ESTADIO IV CON AFECTACIÓN ÓSEA.

TRATAMIENTO EFECTUADO /EVOLUCIÓN/POSIBILIDADES TERAPEUTICAS

QUIMIOTERAPIA, RADIOTERAPIA, ANALGESIA (ACTUALMENTE IMUPROFENO HABIENDO RETIRADO MORFINA Y PREGABALINA)

PENDIENTE DE COMIENZO EN SEPTIEMBRE TT° CON ERLOTINIB

LIMITACIONES ORGÁNICAS Y FUNCIONALES

SITUACIÓN FUNCIONAL NO COMPATIBLE CON NINGUNA ACTIVIDAD LABORAL

CONCLUSIONES

ENFERMEDAD NEOPLASICA DE PULMÓN QUE PODRÍA SER CONSIDERADA COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL (CÓDIGO 6K330-) EN CASO DE CONFIRMARSE LA EXPOSICIÓN A ASBESTO DE ESTE TRABAJADOR EN EL PASADO.(EL REFIERE ESTAR INCLUIDO EN EL PLAN DE VIGILANCIA SANITARIA POSTOCUPACIONAL DEL AMIANTO DEL GOBIERNO VASCO).

14°.-) D. Ricardo falleció con fecha 10 de febrero de 2012, siendo el juicio clínico: "dolor mal controlado en relación con metástasis óseas y afectación pleural conocidas; carcinoma no microcrítico de pulmón estadio IV, progresión tumoral; síndrome constitucional; infección respiratoria".

15°.-) Consta en autos informe de la Inspección de Trabajo de Álava de fecha 31 de mayo de 2012, obrante a los folios 421-431, cuyo contenido se da por reproducido en su integridad.



16°.-) Consta en autos el historial de reconocimientos médicos generales y específicos realizados a D. Ricardo , obrante a los folios 557-647, siendo objeto de diversas pruebas consistentes en exploración física, electrocardiograma, analíticas de sangre y orina, audiometrías, espirometrías, control de visión, etc.; siendo la primera de 19-12- 1977 y la última de 13-9-2006, en la que se declaró apto para su puesto de trabajo.

Consta que en el reconocimiento médico de fecha 20-12-2005, se le aplicó el protocolo específico de vigilancia de la salud, rellenando la ficha de seguimiento médico del amianto, con el resultado: "negativo para asbestosis", "novemos placas ni calcificaciones pleurales".

Consta que el trabajador refiere el hábito tabáquico en los siguientes reconocimientos médicos:

- Reconocimiento médico de fecha 19/12/1977: fumador 1 paquete/día;
- Reconocimiento médico de fecha 01/12/1994: tabaquismo >20 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 27/06/1995: tabaquismo 30 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 23/04/1997: tabaquismo 30 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 30/03/1998: tabaquismo 20 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 30/03/1999: tabaquismo 30 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 07/06/2001: tabaquismo 10 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 21/04/2004: tabaquismo 30 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 17/05/2005: tabaquismo 20 cig.
- Reconocimiento médico de fecha 20/12/2005: "¿a qué edad comenzó a fumar: 18 años; años que lleva fumando: 32; cigarrillos día: 20; aspira humo: sí".
- Reconocimiento médico de fecha 13/09/2006: tabaquismo 20 cig".

17°.-) El nivel de exposición al amianto de D. Ricardo ha sido muy elevado, habiendo manipulado amianto en el ejercicio de su actividad en su puesto de trabajo de "colador-ayudante de fundidor", desde su ingreso en la empresa en fecha 11/10/1976 hasta el año 1983, año en que se deja de comprar amianto por parte de la empresa.

Consta en autos informe de fecha 10 de octubre de 2011 del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales (OSALAN), obrante a los folios 410-420, cuyo contenido se da por reproducido en su integridad. Según se hace constar en dicho informe:

"Realizaban el trabajo de coladores. Desde el horno les llegaba una cuchara con acero y debían de preparar y colocar la artesa para proceder al colado del acero. Lo colocaban manualmente y observaban el nivel de acero.

Su trabajo consistía en preparar la máquina y controlar el nivel de acero. Preparaban la artesa, el sistema de refrigeración con tuberías (encintado con amianto) que luego iba a la lingotera de cobre (molde).

Placas cuadradas de 1x1 m de 20 mm de espesor que se utilizaban para emergencias para evitar que quemaran (cortafuegos) y salvar la colada en caso de que rebosara.

Chaqueta de amianto que utilizaban los operarios cuando al abrir la cuchara, pinchaban con una varilla de acero dala cola, para facilitar la salida del acero de la cuchara.

Manta de amianto que utilizaban para evitar que se quemaran los mecheros de gas que se colocaban para calentar la artesa.

Aceite que se utilizaba para la refrigeración del acero y así facilitar la salida del acero a la lingotera.

Polvos de grafito que se utilizaban para mantener la temperatura de la artesa. (...)

Manipulación del amianto:

-El amianto llegaba en rollos de 60 m. Para realizar la operación del encintado de la tubería se hacían rollos más pequeños (rollitos), se cortaba y encintaba.

Cuando se realizaba la operación de tapado de agujeros se utilizaba cordón de amianto. Se rellenaba el agujero enrollándolo en forma de espiral hasta cubrir totalmente el agujero. Se echaba serrín para evitar quemarse.

Cuando utilizaban las planchas se colocaban manualmente y con el calor se desmenuzaban haciéndose añicos.



18°.-) Con fecha 1 de febrero de 2012, la empresa Tubos Reunidos solicitó acceder al expediente administrativo.

19°.-) Por medio de oficio de fecha 15/02/2012, por la Dirección provincial del INSS de Álava, se acordó recabar de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, la procedencia de autorizar a la empresa el acceso al expediente administrativo, atendida la falta de autorización del promotor del expediente -por razón de fallecimiento-y de sus herederos.

20°.-) Por medio de oficio de fecha 19/06/2012, por la Dirección Provincial del INSS, se considera a la empresa Tubos Reunidos, S.A. legitimada para intervenir en el procedimiento en cuanto a la contingencia de la incapacidad.

21°.-) Por medio de escrito de fecha 02/11/2012 -registro de entrada del INSS-, la empresa Tubos Reunidos, S.A., solicitó ser tenida por personada en el expediente administrativo en su condición de parte interesada y que, en atención a dicha condición, se le diera traslado del expediente para que realice las alegaciones oportunas.

22°.-) Por medio de oficio de fecha 31/10/2012, por la Dirección Provincial del INSS, notificado con fecha 7/11/2012, se comunicaba a la empresa Tubos Reunidos, S.A. que podía acceder al expediente administrativo completo, previa solicitud.

23°.-) Frente a la Resolución del INSS de fecha 8 de agosto de 2012 se interpuso reclamación previa por la Mutua MUTUALIA, siendo desestimada por resolución de fecha 30 de noviembre de 2012, por la que se acuerda desestimar la reclamación previa interpuesta confirmando la resolución adoptada.

Frente a la Resolución del INSS de fecha 8 de agosto de 2012 se interpuso reclamación previa por la empresa Tubos Reunidos, S.A., con fecha 22 de septiembre de 2012, siendo desestimada por resolución de fecha 30 de noviembre de 2012, por la que se acuerda desestimar la reclamación previa interpuesta confirmando la resolución adoptada."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando las demandas interpuestas por el Letrado D. Jon Careaga, en nombre y representación de MUTUALIA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N 2 y por el Letrado D. Íñigo de Enderika de la Sierra, por la empresa TUBOS REUNIDOS S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo confirmar y confirmo las resoluciones de 8 de agosto y 8 de noviembre de 2012, declarando conforme a Derecho la declaración de que el trabajador D. Ricardo , se encontraba afecto a una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, siendo responsable de su abono la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 2, Mutualia y, por consiguiente, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados de contrario."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpusieron los Recursos de Suplicación, que fueron impugnados por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de una parte, y por Natalia , de otra.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando las demandas interpuestas por el Letrado D. Jon Careaga, en nombre y representación de MUTUALIA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N 2 y por el letrado D. Íñigo de Enderika de la Sierra, por la empresa TUBOS REUNIDOS S.A. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo confirmar y confirmo las resoluciones de 8 de agosto y 8 de noviembre de 2012, declarando conforme a Derecho la declaración de que el trabajador D. Ricardo , se encontraba afecto a una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, siendo responsable de su abono la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 2, Mutualia y, por consiguiente, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados de contrario.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación, de una parte por Tubos Reunidos S.A. y, de otra, por la Mutua Mutualia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 20 de enero de 2015 , en cuyo Fundamento de Derecho Tercero analiza la pretensión de hechos probados realizada por ambos recurrentes, siendo la pretensión revisora de Tubos Reunidos recogida en el apartado c) del tenor literal siguiente:

«Vigésimo primero.- Por medio de escrito de fecha 02/11/2012 -registro de entrada del INSS- la empresa Tubos Reunidos, S.A., solicitó, en su condición de interesada, ser tenida por personada en el expediente administrativo



de determinación de contingencia relativo a la prestación de viudedad de Dña. Natalia y que, en atención a dicha condición, se le diera traslado del expediente para que realice las alegaciones oportunas.

Que, ante el silencio de la Dirección Provincial, Tubos Reunidos reiteró su solicitud de tenerle por personada y acceder al expediente administrativo de determinación de contingencia relativo a la prestación de viudedad de Dña. Natalia mediante escrito presentado en el Registro de Entrada del INSS de fecha 13 de junio de 2013.

La Dirección Provincial del INSS resolvió dicho expediente con fecha sin dar trámite de audiencia a Tubos Reunidos, la cual ha tenido conocimiento del contenido y estado del expediente administrativo en el presente procedimiento».

Resolviendo el tribunal a este respecto, que la pretensión «se estimará sólo en parte, en lo relativo a la referencia a la prestación de viudedad, pero no en el resto, dado que ya obran suficientes datos al respecto en los hechos vigésimo primero y vigésimo segundo».

Finalmente, se determina en el mismo Fundamento de Derecho, y con respecto a la pretensión revisora de Mutualia que «se pretende también la adición de otro hecho probado del siguiente contenido: "El trabajador no volvió a prestar servicios laborales después de la declaración de incapacidad permanente total". Pretensión que se estimará, dado que sobre ello sustenta la Mutua su posterior argumentación sobre la responsabilidad del INSS y que así se acredita por el Informe de Vida Laboral».

Dicha sentencia establece en su parte dispositiva:

«Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por "TUBOS REUNIDOS, S.A." y estimamos en lo sustancial el dirigido por MUTUA "MUTUALIA", frente a la Sentencia de 28 de Marzo de 2014 del Juzgado de los Social nº 3 de Gasteiz, en autos nº 45/2013, confirmando las Resoluciones administrativas impugnadas, con excepción de la responsabilidad en el abono de las prestaciones, que se atribuye al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocando el pronunciamiento de determinación de la responsabilidad de MUTUALIA, confirmando el resto de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida.

Se condena en costas a la parte recurrente "TUBOS REUNIDOS, S.A.", incluyendo los honorarios del letrado de cada parte impugnante del recurso, que se fijan en 1.110 euros para cada una de ellas, a excepción de la impugnación de "MUTUALIA", toda vez que, en realidad, se sumó a las pretensiones de la empresa recurrente.

Se decreta la pérdida de las cantidades objeto de depósito y consignación, a las que se dará legal destino.».

TERCERO.- Por la representación de Tubos Reunidos S.A. (TR) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de lo Social del Tribunal Superior de justicia de Madrid de 5 de junio de 2006, (rollo 754/2006).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 5 de febrero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La empresa demandante acude a la casación para unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 62.1 a) y e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) sosteniendo, en suma, que no habiendo tenido acceso al expediente administrativo antes de que se reconociera al trabajador la situación de incapacidad permanente absoluta -derivada de enfermedad profesional- debe comportar la nulidad de aquel expediente.

2. Para fundar la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS, se invoca la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 junio 2006 (rollo 756/2006). En ella se declaraba la nulidad de pleno derecho de las resoluciones administrativas dimanantes de un expediente de recargo de prestaciones en que no se había dado traslado a la empresa del informe propuesta del EVI hasta el momento de la notificación de la resolución.



3. Ciertamente, las sentencias comparadas son contradictorias, puesto que en ambos casos se suscita la misma cuestión relativa a la omisión del trámite de audiencia a la empresa en un expediente administrativo del que, por tratarse de contingencia profesional, estaría comprometida su responsabilidad. Y, mientras que la sentencia de contraste entiende que procede la nulidad del expediente, la recurrida no aprecia causa para ello. El dato de que en la de contraste el expediente tuviera por objeto el recargo de prestaciones y en la recurrida la determinación de la contingencia no impide la apreciación de la contradicción, puesto que, en todo caso, se trata de analizar cuál debe ser el efecto del trámite de audiencia, bien venga establecido por el art. 62 LRJ-PAC, bien por la disposición de rango inferior y específico para el recargo, como es la OM de 18 de enero de 1996 (art. 11.4). Tal identidad la hemos apreciado ya en la STS/4ª de 30 de abril de 2007 (rcud. 330/2006).

SEGUNDO. 1. La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en las STS/4ª de 3 julio 2007 (rcud. 3152/2006); 27 febrero, 9 y 28 mayo, 22 septiembre, 11 y 23 diciembre 2008 (rcud. 21/2007, 605/2007, 814/2007, 189/2008, 4408/2007 y 2284/2007, respectivamente); 11 febrero y 12 noviembre 2009 (rcud. 3522/2008); 22 diciembre 2010 (rcud. 1136/2009) y 12 mayo 2014 (rcud. 635/2013), en las que llevábamos a cabo una interpretación de todas las normas hasta ahora mencionadas.

La interpretación, a la que a continuación nos referiremos, la hemos consagrada tanto en aquellos casos en que se trataba de procedimientos de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (como era el caso de las sentencias indicadas en el párrafo anterior), como en los supuestos en que el procedimiento administrativo tenía por objeto la declaración de la situación de incapacidad permanente -así sucedía en la citada STS/4ª de 30 de abril de 2007 (rcud. 330/2006) y en la STS/4ª de 23 abril 2009 (rcud. 58/2008).

2. Reconociendo que la LRJ-PAC es aplicable a la actividad administrativa de reconocimiento de las prestaciones por parte de los organismos gestores de la Seguridad Social, hemos partido de que, ciertamente, el empresario tiene la consideración de "interesado" en el procedimiento administrativo que reconozca la pensión de incapacidad permanente de sus trabajadores, en los términos que se desprenden del art. 31.1.b) de la Ley 30/1992, según el cual tienen esa consideración «los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte», y éste es obviamente el caso de quien, como el empleador, podría llegar a ser declarado responsable del pago de una parte de la prestación en la propia resolución administrativa, sin que, a tales efectos, resulte aplicable la excepción prevista en el art. 84.4 de dicha Ley. Así lo recordábamos en la STS/4ª de 12 mayo 2014 (rcud. 635/2013), antes citada.

3. Sin embargo, hemos mantenido que la omisión del trámite de audiencia en vía administrativa no supone necesariamente que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento ni que la omisión, en sí misma, cause la indefensión proscrita por la Constitución porque, pese a ello, el acto administrativo reúne los requisitos indispensables para alcanzar su fin. Nuestra doctrina al respecto es, pues, coincidente con lo que sostiene la sentencia recurrida.

La posibilidad de defensa de la empresa queda salvaguardada en el procedimiento judicial y, además, la falta de audiencia no equivale a la falta total y absoluta de procedimiento del apartado e) del art. 62.1 de la LRJ-PAC, pues no cabe confundir la anulabilidad del acto por un vicio de forma (art. 63.2 de la LRJ-PAC). Esta Sala ha seguido la misma doctrina de la Sala 3ª del Tribunal cuando señala que «la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»; procedimiento, que «subsiste aun faltando la audiencia» (STS/3ª de 13 octubre 2000 y 16 marzo 2005).

3. En el presente caso no es posible entender que hubiera indefensión alguna para la empresa que, además, pudo personarse en el expediente (hechos probados Decimooctavo a Vigésimosegundo) y pudo, en definitiva, interponer reclamación previa y ulterior demanda ante la jurisdicción social.

4. Por ello, debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente (de conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS), debiendo darse el destino legal a los depósitos y consignaciones que, en su caso, se hubieren realizado para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Tubos Reunidos S.A. (TR) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 20 de enero de 2015 (rollo 2467/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado de una parte por Tubos Reunidos S.A. y, de otra, por la Mutua Mutualia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria de fecha 28 de marzo de 2014 en los autos 45/2013 seguidos a instancias de Mutua Mutua de Accidentes



de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2 y Tubos Reunidos S.A. contra Tubos Reunidos S.A., El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), D.^a Natalia y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Imponemos las costas a la parte recurrente, debiendo darse el destino legal a los depósitos y consignaciones que, en su caso, se hubieren realizado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.^a María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ