

Roj: **STS 4411/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4411**Id Cendoj: **28079140012004100524**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/06/2004**Nº de Recurso: **3573/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Junio de dos mil cuatro.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Rubén contra sentencia de 19 de julio de 2002 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 15 de noviembre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social de Avilés nº 1 en autos seguidos por D. Rubén frente al INSS, TGSS, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social Mutua Gallega y Compañía del Tranvía Eléctrico de Avilés, S.A. sobre invalidez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2001 el Juzgado de lo Social de Avilés nº 1 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda sobre cambio de contingencia de incapacidad permanente total, presentada por D. Rubén contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la empresa Compañía del Tranvía Eléctrico de Avilés S.A. así como la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Mutua Gallega, debo absolver y absuelvo a las demandadas citadas de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- D. Rubén, afiliado a la Seguridad Social - Régimen General con el número NUM000, prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Empresa Compañía del Tranvía Eléctrico de Avilés S.A. desde el 16-10-69, la cual tenía concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Gallega, con categoría profesional de Ceptor. SEGUNDO.- Por parte de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se dictó Resolución con fecha 12-06-2001 por la que se declaró que el actor estaba afectado de una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual derivada de Enfermedad Común, conforme al siguiente cuadro Clínico residual: "Hipoacusia profunda OI con umbral a 95 dB e hipoacusia coclear derecha con umbral a 50 dB", con derecho a percibir una pensión vitalicia del 75% de una base reguladora de 233.582 con efectos a 01-06-2001. TERCERO.- El origen de la hipoacusia que padece el demandante se relaciona con un trauma sonoro crónico y con alteraciones en el oído medio secundarias a otosclerosis o timpanoesclerosis. CUARTO.- Con fecha 03-07-2001 el aquí demandante interpone reclamación previa, la cual fue tácitamente desestimada mediante silencio administrativo. QUINTO.- La base reguladora de la prestación por enfermedad profesional asciende a 314.016.- ptas. mensuales, en doce pagas anuales. SEXTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Rubén ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias la cual dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2002 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por D. Rubén frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés de fecha 15 de noviembre de 2001 en los autos seguidos a su instancia contra el

Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, empresa Tranvía Eléctrico de Avilés, S.A. y Mutua Gallega sobre invalidez Permanente total, confirmamos la sentencia de instancia íntegramente".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Rubén se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 1 de junio de 1999.

QUINTO.- Por providencia de fecha 13 de enero de 2004 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo improcedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de junio de 2004, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor de este proceso Sr. Rubén recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de 19 de julio de 2.002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias . Esta desestimó su pretensión de que se declarara que la incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de autobús que le ha sido reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como derivada de enfermedad común, tiene su origen en una enfermedad profesional. Y para acreditar el requisito exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral ofrece como sentencia referencial la de 1 de junio de 1.999 de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura , que obra en autos con expresión de su firmeza.

En el relato fáctico de la sentencia de instancia, consta probado que el hoy actor ha prestado servicios para la codemandada "Compañía del Tranvía Eléctrico de Avilés S.A." desde el 16-10-69 con categoría profesional de receptor; que padece un cuadro clínico de hipoacusia profunda en el oído izquierdo y coclear en el derecho por el que el INSS le ha reconocido una invalidez permanente total derivada de enfermedad común, por Resolución de 12-6-01; y que el origen de la hipoacusia "se relaciona con un trauma sonoro crónico y con alteraciones en el oído medio secundarias a otosclerosis o timpanoesclerosis".

En suplicación, a la que acudió el actor para combatir el pronunciamiento desestimatorio de instancia denunciando la infracción del art. 116 LGSS en relación con el apartado E.3) del Real Decreto 1.995/1978 de 12 de mayo , el anterior relato fáctico fue rectificado para hacer constar que su verdadera profesión es la de conductor de autobús. Además, en el fundamento tercero de la sentencia recurrida se afirma literalmente que "se ha declarado probado y no contradicho que el trabajador realizaba su actividad en un ambiente ruidoso, pero también consta probado y así se razona por el Magistrado de instancia que el trabajador ha padecido otalgias en la infancia e intervención quirúrgica hace 20 años con secuelas de otosclerosis o timpanoesclerosis en el oído derecho".

Con apoyo en esos datos, la Sala de suplicación hace suyo el argumento de la sentencia de instancia según el cual "no puede concluirse que la hipoacusia que padece derive fundamentalmente de su trabajo como conductor o que éste sea la causa eficiente de la misma, (. .) ni que el nexo causal con la actividad profesional esté incólume". Y tras razonar que en el recurso no se ha destruido la convicción del juez de instancia "sobre la falta de acreditación del necesario nexo causal", desestima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado.

SEGUNDO.- En la narración histórica de la que parte la sentencia referencial de 1 de junio de 1.999 consta probado que el trabajador prestó servicios hasta 1.993 con categoría de investigador para las empresas codemandadas "manejando productos tales como bencenos, etc, compuestos de cromo y cadmio, ácidos disolventes y otros similares"; y que por resolución de 24-7-96 fue declarado afecto de una invalidez permanente total derivada de enfermedad común, por padecer "carcinoma laringeo T1, N2, MO y haber sido intervenido quirúrgicamente mediante laringectomía y sometido a tratamiento radioterapéutico". En aquel caso, la sentencia del Juzgado había estimado la demanda del trabajador y declarado que su invalidez traía causa de una enfermedad profesional. Las empresas codemandadas interpusieron recurso de suplicación denunciando la infracción del Real Decreto 1.995/78 de 12 de mayo .

La sentencia referencial desestimó los recursos tras razonar cuanto sigue: "aunque la enfermedad que padece el actor no estuviera recogida en el listado que establece la citada norma, como ha declarado el Tribunal Supremo, así en sentencias de 19 de julio de 1.991 y 28 de enero de 1.992 , la única diferencia entre la enfermedad profesional del art. 84.2 apartado e) de la Ley General de la Seguridad Social y la listada en del art. 85 (hoy art. 115.2 e) y 116 de la Ley de 1.994), no afecta sino a determinados aspectos accesorios, como el de la prueba del nexo casual, lesión trabajo, que es necesaria en el primer supuesto y no en el segundo por el juego de una presunción legal; es decir, cuando nos encontramos ante un supuesto de enfermedad profesional recogido en el listado de dichas enfermedades para las actividades profesionales que se indican



en el Decreto de 12 de mayo de 1.978, existirá una presunción legal "iuris et de iure" de que la enfermedad es de carácter profesional, no siendo necesario en estos casos la prueba de la existencia de relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, prueba que si es necesaria en los otros supuestos de enfermedades que se alega han sido contraídas como consecuencia del trabajo y que no se encuentran recogidas en el referido listado, como aquí sucede, pues según se declara expresamente probado en la sentencia recurrida, aunque sea en su fundamentación jurídica, la causa de la enfermedad que ha determinado la declaración de invalidez permanente ha sido la manipulación de diversas sustancias químicas durante la actividad profesional. Todo ello además de que, según el nº 9 del Apartado F de la Lista de enfermedades profesionales mencionada, se considera como tal el carcinoma que padece el actor a consecuencia de las actividades mencionadas en el A.5, cuyo denominador común es el empleo del cromo, una de las sustancias que el actor utilizaba en su trabajo".

TERCERO.- No concurre el requisito exigido por el art. 217 LPL. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido, que la contradicción requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque aquella no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales (sentencias, entre otras muchas, de 27-1 y 28-1-92 (recs. 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-97 (recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96) y 17-5 y 22-6-00 (recs. 1253/99 y 1785/99). Por tal razón, el término de referencia en el juicio de contradicción "es una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, consiguientemente, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación (Ss. de 13-12-91 (rec. 771/91), 5-6 y 9-12-93 (recs. 241/92 y 3729/92), 14-3-97 (rec. 3415/96), 16 y 23-1-02 (rec. 34/01 y 58/01) y 26-3-02 (rec. 1840/00), entre otras).

De la lectura del fundamento tercero de la sentencia referencial que hemos transcrito literalmente se desprende, con toda certeza, que el debate suplicacional allí planteado fue muy diferente al suscitado en el caso. En aquella ocasión las empresas recurrentes se limitaron a cuestionar que la enfermedad que padecía el trabajador estuviera incluida en el listado del Real Decreto; pero no discutieron la existencia del nexo causal, único tema debatido ahora. De ahí que la "ratio decidendi" de la sentencia para desestimar los recursos, fuera que la norma denunciada sí contemplaba el carcinoma de laringe en su apartado F. 9 en relación con el A. 5.

Por tal razón la doctrina que expone, y que tanto destaca el recurrente, relativa a la distinción entre las enfermedades de trabajo y las profesionales incluidas en el Real Decreto, y a la existencia de la presunción legal del nexo causal que solo opera para éstas últimas, no pasó de ser un mero "obiter dicta". Pues no estaba encaminada a aplicar dicha presunción legal, como en el caso pretende el recurrente; antes al contrario, su objetivo fue explicar, partiendo de la hipótesis de que el carcinoma no hubiera figurado en el listado del Real Decreto y tuviera que incardinarse en el art. 115.e) al que no alcanza la presunción del nexo causal, que el recurso habría sido igualmente rechazado puesto que el trabajador sí había cumplido con la carga de acreditar la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, al haberse declarado expresamente probado en la sentencia de instancia "que la causa de la enfermedad ha sido la manipulación de diversas sustancias químicas durante la actividad profesional".

De otro lado, conviene advertir que la presunción legal sobre el nexo causal no alcanza a los elementos básicos en que se sustenta, ni por ende exonera al trabajador de acreditar tanto que el nivel sonoro de su trabajo superaba el umbral fijado por el R. Decreto, como que la enfermedad ha surgido o se ha agravado durante el periodo de actividad laboral y ello como consecuencia de que el sistema público asegurativo no protege las enfermedades anteriores a la incorporación al trabajo, salvo que éste las haya agravado. A ello alude precisamente la sentencia recurrida cuando destaca la existencia de otalgias en la infancia y les atribuye virtualidad para romper el nexo causal. Y esas cuestiones, que necesariamente habrían de abordarse para resolver en derecho la pretensión deducida, no ha sido examinadas ni resueltas por la sentencia referencial.

CUARTO.- La ausencia del requisito de la contradicción exigido por el art. 217 LPL, que resulta imprescindible para que este Tribunal pueda resolver la cuestión de fondo que plantea el recurso, hubiera permitido inadmitirlo ya en fase procesal anterior (art. 223.2 LPL) y deviene en este de dictar sentencia en causa para su desestimación, como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Y así debe acordarlo esta Sala, sin imposición de condena en costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Rubén contra sentencia de 19 de julio de 2002 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de



Justicia de Asturias , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 15 de noviembre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social de Avilés nº 1 .

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ