

Sentencia T.S. (Sala 4) de 14 de febrero de 2012

RESUMEN:

Indemnización por daños y perjuicios: Relación de causalidad. Enfermedad profesional causada por falta de medidas de prevención. Exposición al amianto durante muchos años.

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro, en nombre y representación de la empresa FIBROCEMENTOS NT S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de abril de 2011, recaída en el recurso de suplicación n.º 6371/2009, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 7 de Barcelona, dictada el 26 de junio de 2009, en los autos de juicio n.º 190/2009, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Ezequias contra Fibrocementos NT S.A., sobre Reclamación de cantidad.

Es Ponente la Excm. Sra. D.ª Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Con fecha 26 de junio de 2009, el Juzgado de lo Social n.º 7 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda planteada por Ezequias debo condenar a la mercantil demandada, FIBROCEMENTOS NT S.A. a pagar a la parte actora la suma de 60.000 euros."

Segundo.—Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "1.º- Ezequias, nacido el 3-1-1931, trabajó por cuenta de la empresa ROCALLA S.A., actualmente FIBROCEMENTOS NT S.A., dedicada a la fabricación de materiales auxiliares para la construcción (tuberías, depósitos, cubiertas, arreates, etc.) compuestos de fibrocemento -amianto y cemento-, en el centro de trabajo sito en Castelldefells, durante el período 29-9-1957 al 1-8-1984, con la categoría profesional de Especialista, como desmoldeador durante 14 años y después como verificador; 2.º- El trabajador contrajo asbestosis como consecuencia de la inhalación de polvo de amianto con ocasión de la prestación de servicios laborales por cuenta de la empresa demandada; 3.º- El actor es beneficiario de pensión de incapacidad permanente total cualificada, derivada de enfermedad profesional por Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 8581/2008, de 18 de noviembre. Con una base reguladora acreditada de 16.245,13 € anuales, se le reconoció con efectos desde 7-10-2004, el derecho a percibir una pensión mensual en cuantía correspondiente al 75% de la base y por encontrarse afecto de: "Enfermedad pulmonar neuroconivítica con neuropatía restrictiva de mediana intensidad, ligera disminución de la transferencia pulmonar de CO, CVF: 49% y VEMS: 60%; 4.º- El actor se encontraba en situación de jubilación desde 1-1-1991, con una pensión inicial de 439,05 €, y de 515,89 € en octubre de 2004; 5.º- El suelo de la nave se barría con escobas. A partir de 1985 la empresa empezó a entregar a los trabajadores mascarillas de papel que no utilizaban y nadie fue sancionado. Comían encima de los sacos de yute y los apilaban y manipulaban con las manos. El sobrante se destruía a base de mazo para luego incorporarlo a la producción. Los trabajadores lavaban la ropa de trabajo en sus casas. En 1971-1972 se instalaron ventiladores, uno a cada lado de la nave; 6.º- En reunión celebrada el 29-7-1971 por el Comité de Seguridad e Higiene, la empresa informó de la construcción de un extractor para la aspiración del polvo de la máquina "Rocalyte", a instalar en el período de vacaciones. Asimismo, se informó que una vez limpiadas las tuberías de los molinos de amianto los aspiradores funcionaban correctamente - folio 75 y 76- letras b y 1, punto 1.º-; 7.º- En el centro de

trabajo se han realizado mediciones de la concentración de amianto en el aire al menos desde el año 1983 -folio 313 y ss-, realizándose registros ambientales desde 1987 -folio 321 y ss-. Nunca se superaron los niveles reglamentarios vigentes (concentración de fibras de amianto en el ambiente); 8.º- En septiembre de 1977 se aprueban normas de seguridad y prevención para los puestos de "mezcla de amianto", adoptando la empresa, como concentración máxima, 2 fibras por centímetro cúbico cuando aún no existía una norma que limitara la exposición a dicha exposición; 9.º- Desde el año 1974 se realizaban reconocimientos médicos anuales. Las pruebas específicas, en relación con la exposición al polvo del amianto, desde 1978, momento a partir del cual se cumplimenta un libro registro de vigilancia médica, existiendo fichas del personal expuesto a polvo de fibras de amianto desde 1982. En la Memoria Anual del Servicio Médico de la Empresa correspondiente al año 1962 se consignó que 45 trabajadores estaban expuestos a riesgo de asbestosis, silicosis y dermatosis, contemplando como medida de prevención la utilización de mascarillas y la utilización de aspiración de polvo (folio 238). En 1987 la totalidad de la plantilla se sometió a espirometrías; 10.º- En enero de 1983 la empresa dictó instrucciones higiénicas para el personal encargado del tratamiento del amianto, disponiendo que la ropa de trabajo fuera lavada en la empresa; 11.º- En noviembre de 1984 la empresa dictó instrucciones para el manipulado del amianto; 12.º- La empresa ROCALLA S.A. consta inscrita en el Registro de Empresas con Riesgos por Amianto desde el 25-10-1985 (folios 309 y ss).".

Tercero.—Contra la anterior sentencia, la empresa FIBROCEMENTOS NT S.A. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Que, desestimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por FIBROCEMENTOS NT, S.A. contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Social n.º 7 de Barcelona en los autos seguidos con el n.º 190/2009, a instancia de Ezequias contra FIBROCEMENTOS NT, S.A., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la empresa recurrente a la pérdida del depósito para recurrir y al abono de los honorarios del letrado del impugnante, que ciframos en un máximo de 300 euros."

Cuarto.—Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la representación procesal de FIBROCEMENTOS NT S.A., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 29 de octubre de 2002 (rec. suplicación 430/2002).

Quinto.—Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso debe ser considerado improcedente.

Sexto.—Se señaló para la votación y fallo el día 7 de febrero de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si puede o no entenderse que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad y la aparición y desarrollo de la enfermedad profesional cuando concurre, por una parte, base fáctica para afirmar que el centro de trabajo carecía de los dispositivos de precaución reglamentarios, que no se habían observado, en lo esencial, las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, en los términos que exige el art. 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y además, por otra parte, resulta también indubitado que la incapacidad del trabajador lo fue por

enfermedad profesional por exposición al amianto durante largos años.

Segundo.—1.- La sentencia recurrida dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 15 de abril de 2011, desestima el recurso de suplicación formulado por Fibrocementos NT SA (antes Rocalla, S.A.) y confirma la condena al abono de una determinada indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el actor, que tiene reconocida una incapacidad permanente total por padecer una enfermedad pulmonar neuroconivítica con neuropatía restrictiva de mediana intensidad. El trabajador prestó servicios para la indicada empresa -dedicada a la fabricación de compuestos de fibrocemento- en el centro de trabajo de Castelldefels entre los años 1957 y 1984, con la categoría profesional de especialista, primero como desmoldeador y luego como verificador. Contrajo asbestosis a consecuencia de la inhalación de polvo de amianto. La sentencia recurrida aprecia una falta general de diligencia en la conducta de la empresa, manifestada en varios incumplimientos: 1) el suelo de la nave se barría con escobas hasta que en 1971-1972 se instalaron dos ventiladores pese a que la Orden de 31 de enero de 1949 prescribía que las operaciones de limpieza solo debían hacerse por aspiración o limpieza húmeda; 2) la empresa solo empezó a hacer reconocimientos médicos anuales desde 1974 y espirometrías desde 1987, a pesar de establecerlo ya el Decreto 792/1961 y la Orden de 12 de enero de 1963; y 3) la empresa solo proveyó a los trabajadores de máscaras respiratorias a partir de 1985 que además de ser de papel nadie utilizaba y no se sancionaba por ello, estando obligada a proporcionarlas con determinadas exigencias a partir de la Ordenanza de 9 de marzo de 1971.

2.- Recurre en casación para la unificación de doctrina la citada empresa, y invoca como sentencia de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de octubre de 2002 (rec. 430/2002). En el supuesto enjuiciado por la sentencia invocada como de contraste, se trata de un trabajador de la misma empresa Uralita, S.A., que presta servicios como operario en fabricación de placas y luego como verificador en la línea de tubos, que desde su ingreso en la empresa el día 19-septiembre-1950 al 28-junio-1977, fecha en que fue declarado incapaz permanente en grado de absoluta por enfermedad profesional (asbestosis como consecuencia de la exposición a amianto y cemento durante su vida laboral en la empresa), la que posteriormente le ocasiona el fallecimiento en fecha 22-marzo-2000 (por "*probable neoplasia metastásica pulmonar y hepática, lesiones residuales a TBC, paquipleuritis calcificada, sobreinfección respiratoria e insuficiencia respiratoria crónica agudizada*"), constando que en el centro de trabajo se fabricaban tubos de fibrocemento, "*utilizando como materias primas el cemento pórtland y fibras de amianto o asbestos*". Se acredita, además, entre otros extremos, que: a) El Instituto Territorial de Seguridad e Higiene en el Trabajo emitió informe en marzo de 1977 sobre la valoración del riesgo en la manipulación del amianto seco en el referido centro; b) Concluye el informe que no puede valorar objetivamente el riesgo cancerígeno existente en los distintos puestos de trabajo, si bien destaca que en todos los puestos correspondientes a la Línea de Tubos y Línea de Moldeados, una parte considerable del amianto es crocidolita lo cual agrava el posible riesgo cancerígeno atribuible a dichos puestos, destacando, además, las deficiencias en las medidas adecuadas en la línea de tubos (relativas a la manipulación de amianto, limpieza del pavimento por barrido, suciedad en el suelo, instalaciones y ropa, fibras de amianto depositadas en el suelo, instalaciones y ropa del operario que las corrientes de aire, vibraciones de la maquinaria y tránsito de personas pueden hacer pasar al ambiente); c) El informe efectúa una serie de recomendaciones, entre otras, "*la limpieza del centro de trabajo por aspiración o métodos húmedos, normas sobre ropa de trabajo, reconocimientos médicos específicos, información a los trabajadores, y recomendaciones específicas en la línea de tubos, tales como la automatización total de las operaciones y, provisionalmente, mediante la instalación de una cabina provista de extracción localizada*"; d) En el año 1977, a raíz del informe citado, la empresa "*establece un conjunto de medidas preventivas para reducir y eliminar los riesgos derivados de la exposición al amianto*"; y e) Por último, "*no consta en el expediente médico del actor que, salvo en el año 1977, se le realizaran pruebas específicas de su capacidad funcional respiratoria, siendo los reconocimientos médicos practicados de carácter genérico*".

Razona la sentencia referencial, para desestimar la demanda y confirmar la sentencia de instancia impugnada, además de invocar la doctrina de la STS/IV 30-septiembre-1997 (rcud 22/1997), que en materia de responsabilidad por los daños derivados de accidente de trabajo " *que se reclama a través de solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no basta la existencia de una infracción en materia de seguridad e higiene imputable a la empresa sino que es preciso, además y en orden al reconocimiento de la indemnización citada, que entre la acción infractora y el daño causado exista una conexión de causa a efecto (STSJCat 18/10/01... y 29/1/02...)* " y que " *Para descartar la existencia de dicha conexión entre las conductas mencionadas por la sentencia y el daño en cuestión basta pensar que, aunque las mismas se hubieran dado en los precisos términos a que se refiere la sentencia, con los niveles de exposición al amianto todavía autorizados por la normas legales vigentes, el daño se habría producido igualmente* ".

3.- Concorre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora como también destaca detalladamente el Ministerio Fiscal en su informe. Pues no obstante algunas diferencias entre los supuestos contemplados en las sentencias comparadas (empresas diferentes y servicios prestados en distintos centros de trabajo), lo cierto es que ambos trabajadores han trabajado, con uso y manipulación de amianto durante unos 27 años, en especial, en épocas en las que, entre otros extremos, no consta la existencia de ventilación adecuada, los sacos de amianto se manipulaban manualmente, los reconocimientos médicos, como regla, eran anuales y rutinarios sin especificación respecto al riesgo por amianto y la limpieza del pavimento se hacía por barrido con escoba; y llegando a conclusiones distintas en cuanto a la no exigencia de responsabilidad empresarial por el fallecimiento o incapacidad de los trabajadores en ambos casos también por indiscutida enfermedad profesional en conexión por su exposición al asbestos.

Debe advertirse, como lo hace la STS-IV de 24 de enero de 2012 (rcud. 813/2011), que si bien esta Sala en otros supuestos con la misma sentencia referencial había inadmitido diversos recursos se casación unificadora por falta del presupuesto de contradicción, la evolución trascendente que ha experimentado la jurisprudencia social desde la citada STS/IV 30-septiembre- 1997 (rcud 22/1997) hasta la más reciente de STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008) en esta materia de responsabilidad por daños derivados de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales en especial en temas de culpabilidad y de carga de la prueba, como veremos, justifica el nuevo criterio en orden a la existencia o no de contradicción, al ponerse el acento en el aspecto fáctico en la existencia o no en la fecha de los hechos de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo cuya adopción compete a los deudores de seguridad.

4.- Como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 1101 y 1902 del Código Civil en relación con los arts. 19, 20, 46, 86.1 y 6 de la Orden de 31 de enero de 1940, art. 4 de la Orden de 7 de marzo de 1941, y el Decreto 2114/1961 de 13 de abril, entre otros), cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

Tercero.—Aun centrándolos exclusivamente en el largo periodo de unos veintisiete años en los que el trabajador causante prestó sus servicios en la empresa ROCALLA, S.A. (actualmente Fibrocementos NT, S.A.) - entre el 29-9-1957 y el 1-8-1984 -, es de notar que según se constata acreditado, dicha empresa está dedicada a la fabricación de materiales auxiliares para la construcción (tuberías, depósitos, cubiertas, arreates, etc,) compuestos de fibrocemento -amianto y cemento-, habiendo sido la categoría profesional del trabajador de Especialista, como desmoldeador durante 14 años y posteriormente como verificador; de modo que en dicha empresa se utilizaba directamente el amianto en la fabricación, habiéndose declarado en situación de Incapacidad permanente total calificada con efectos de 7-10-2004 por sentencia firme del TSJC de 18 de noviembre de

2008, encontrándose en situación de jubilación desde el 1-1-1991.

Cabe destacar, como recuerda la STS. de 18 de mayo de 2011 (rcud. 2621/2010) - entre otras- resolviendo supuesto sustancialmente idéntico, que, la normativa en tales fechas vigente sobre trabajos con asbesto o amianto, -- partiendo de que el asbesto, también llamado amianto, es un grupo de minerales metamórficos fibrosos que están compuestos de silicatos de cadena doble --, estaba esencialmente constituida en dicho período temporal, entre otras, por las siguientes normas:

" A) La Orden 31-enero-1940, que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 28-02-1940), en la que se contienen normas sobre el trabajo en ambientes pulvígenos. Desde dicha fecha ya se dictan normas sobre estado y ventilación de los locales de trabajo en ambientes pulvígenos, así como sobre la dotación de medios de protección individual a los trabajadores cuando no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de polvos u otras emanaciones nocivas para la salud. Estableciéndose, entre otros extremos, que " *El aire de los locales de trabajo y anexos se mantendrá en un grado de pureza tal que no resulte nocivo a la salud personal [...]* " (art. 12.III); que " *No se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techos susceptibles de producir polvo, a cuyo objeto se sustituirán por la limpieza húmeda [...] o [...] por aspiración* " (art. 19.II); que " *Los locales de trabajo en que se desprendan polvos, gases o vapores fácilmente inflamables, incómodos o nocivos para la salud, deberán reunir óptimas condiciones de cubicación, iluminación, temperatura y grado de humedad, el suelo, paredes y techos, así como las instalaciones deberán ser de materiales no atacables por los mismos y susceptibles de ser sometidos a las limpiezas y lavados convenientes* " (art. 45); que " *Si fuere preciso, los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posibles, en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación convenientes* " (art. 46.II); así como que en orden a la protección personal de los obreros lo patronos están obligados a proporcionar, entre otros elementos, " *máscaras o caretas respiratorias, cuando por la índole de la industria o trabajo no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de los gases, vapores, polvos u otras emanaciones nocivas para la salud* " (art. 86).

B) La Orden 7-marzo-1941 por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional (BOE 18-03-1941), que afectaba a aquellas industrias en la que se desprendía polvo mineral o metálico " *por la mayor existencia en su ambiente de polvo capaz de producir afecciones neuimoconiósicas, cuando el trabajo no se efectúa al aire libre o se utiliza maquinaria* ", entre otras, a las " *industrias en que se actúa sobre materias rocosas o minerales* " y a las " *industrias metalúrgicas en las que se desprende polvo metálico* " (art. 3). Entre otras normas sobre las debidas condiciones respecto a ventilación o a los locales para cambios de ropa y armarios para los mismos fines (art. 4), destaca ya la exigencia de reconocimientos médicos específicos (cavidad naso-faríngea, aparato respiratorio a efectuar mediante Rayos X, aparato cardio-vascular, fijando el diagnóstico lo más exactamente posible de las lesiones cardio-pulmonares existentes), tanto al ingreso en el trabajo, con posteriores revisiones anuales y en los casos de cese en el trabajo por despido (art. 6).

C) El Decreto de 10-enero-1947 (creador del seguro de enfermedades profesionales - BOE 21-01-1947), que deroga en parte la Orden 7-marzo-1941, y en cuyo cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis, al definir la " *neumoconiosis (siliocosis con o sin tuberculosis, antracosis, siderosis, asbestosis, etc.) y otras enfermedades respiratorias producidas por el polvo...* " relacionándola, entre otras, " *con todas las industrias, minas y trabajos en que se desprenda polvo de naturaleza mineral - pétreo o metálico -, vegetal o animal, susceptible de causar enfermedad* " (anexo en relación art. 2), evidenciándose el constatado riesgo de sufrir tal enfermedad profesional en dicho tipo de trabajos nocivos.

D) El Decreto de 26-julio-1957 (por el que se regulan los trabajos prohibidos a la

mujer y a los menores -BOE 26-08-1957, derogado en cuanto al trabajo de las mujeres por Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), reitera el carácter nocivo de tales actividades, excluyendo a los referidos colectivos de trabajos que considera " *nocivos* " (conforme se explica en su Preámbulo), incluyendo entre las actividades prohibidas el " *Asbesto, amianto (extracción, trabajo y molienda)* ", siendo el motivo de la prohibición el " *polvo nocivo* " y centrado en los " *talleres donde se liberan polvos* " (art. 2 en relación Grupo IV -trabajo de piedras y tierras), así como el " *Amianto (hilado y tejido)* ", siendo el motivo de la prohibición el " *polvo nocivo* " y centrado en los " *talleres donde se desprenda liberación de polvos* " (art. 2 en relación Grupo XI - industrias textiles).

E) El Decreto 792/1961 de 13-abril (sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional -BOE 30-05-1961), en la que se incluye también como enfermedad profesional la " *asbestosis* " por " *extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. Fabricación o reparación de tejidos de amianto (trituration, cardado, hilado, tejido). Fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto o productos de fibrocemento* " (art. 2 en relación con su Anexo de " *Cuadro de enfermedades profesionales y lista de trabajos con riesgo de producirlas* "); estableciéndose, dentro de las " *normas de prevención de la enfermedad profesional* " (arts. 17 a 23), la exigencia de " *mediciones técnicas del grado de peligrosidad o insalubridad de las industrias observado* " y el que " *Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgos de enfermedad profesional están obligadas a practicar un reconocimiento médico de sus respectivos obreros, previamente a la admisión de los mismos y a realizar los reconocimientos periódicos que ordene el Ministerio, y que serán obligados y gratuitos para el trabajador...* " (art. 20.1), destacándose, por tanto, la obligación de reconocimientos médicos específicos.

F) El Decreto 2414/1961, de 30-noviembre (BOE 07-12-1961), por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estableciéndose una concentración máxima permitida en el ambiente interior de las explotaciones industriales, que tratándose de polvo industrial en suspensión cuando consiste en amianto era de 175 millones de partículas por metro cúbico de aire (Anexo II).

G) La Orden de 12-enero-1963 (BOE 13-03-1963), -- dictada para dar cumplimiento al art. 17 del Decreto 792/1961 de 13-abril y el art. 39 del Reglamento de 9-mayo-1962 --, donde se concretan normas sobre las " *asbestosis* " y para los reconocimientos médicos previos " *al ingreso en labores con riesgo profesional asbestósico* ", así como la posterior obligación de reconocimientos médicos periódicos " *cada seis meses* " (plazo inferior al establecido para detectar otro tipo de enfermedades profesionales) en los que específicamente deben realizarse obligatoriamente, al igual que para los trabajadores con riesgo silicótico o neumoconiótico fibrótico, una exploración roentgenológica de tórax por alguno de los procedimientos que detalla (foto- radioscopia en películas de tamaño mínimo de 70x70, radiografía normal o radioscopia).

H) La Orden de 9-marzo-1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16 y 17-03-1971), en la que se establece como obligación del empresario " *adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa* " (art. 7.2); que " *En los locales susceptibles de de producir polvo, la limpieza se efectuará por medios húmedos cuando no sea peligrosa, o mediante aspiración en seco cuando el proceso productivo lo permita* " (art. 32.2); que " *1. Los centros de trabajo donde se fabriquen, manipulen o empleen sustancias susceptibles de producir polvos... que especialmente pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, estarán sujetos a las prescripciones que se establecen en este capítulo.-... 3. La manipulación y almacenamiento de estas materias, si los Reglamentos de pertinente aplicación no prescriben lo contrario, se efectuará en locales o recintos aislados y por el menor número de trabajadores posible adoptando las debidas precauciones.- 4. La utilización de estas*

sustancias se realizará preferentemente en aparatos cerrados que impidas la salida al medio ambiente del elemento nocivo, y si esto no fuera posible, las emanaciones, nieblas, vapores y gases que produzcan se captarán por medios de aspiración en su lugar de origen para evitar su difusión.- 5. Se instalará, además, un sistema de ventilación general, eficaz, natural o artificial, que renueve el aire de estos locales constantemente " (art. 133); y que " En los locales en que se produzcan sustancias pulvígenas perniciosas para los trabajadores, tales como polvo de sílice, partículas de cáñamo, esparto u otras materias textiles, y cualesquiera otras orgánicas o inertes, se captarán y eliminarán tales sustancias por el procedimiento más eficaz, y se dotará a los trabajadores expuestos a tal riesgo de máscaras respiratorias y protección de la cabeza, ojos o partes desnudas de la piel.- Las Ordenanzas, Reglamentos de Trabajo y Reglamentos de régimen interior desarrollarán, en cada caso, las prevenciones mínimas obligatorias sobre esta materia " (art. 136).

I) El Real Decreto 1995/1978 de 12-mayo, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social (BOE 25-08-1978), se reconocen como derivadas de los trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto el carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto y el mesotelioma pleural y mesotelioma debidos a la misma causa, y se contempla la " *Asbestosis, asociada o no a la tuberculosis pulmonar o al cáncer de pulmón* " en los " *Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto) y especialmente: Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.- Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto.- Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).- Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).- Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios y su destrucción.- Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibro-cemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto, de juntas de amianto y caucho.- Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto* ".

J) La Orden de 21-julio-1982 (BOE 11-08-1982), sobre condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula amianto, -- desarrollada por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 (BOE 18-10-1982) --, establece el nivel y valor límite de exposición en su art. 5 (" *En los ambientes laborales en los que, como consecuencia del proceso productivo o trabajo a realizar, los operarios pueden estar expuestos a la inhalación de fibras de amianto, se establece, como Concentración Promedio Permisible (CPP) en los puestos de trabajo y para una exposición de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, el valor de dos fibras por centímetro cúbico... Se establece como concentración límite de exposición, que no puede ser superada en ningún momento, la de 10 fibras por centímetro cúbico* "); establece medidas para el control ambiental de los puestos de trabajo en su art. 7 (" *Las empresas efectuarán mediciones de la concentración ambiental de los puestos de trabajo, realizando las tomas de muestras y el recuento de fibras por personal técnico competente...* "); reitera la exigencia de control médico de los trabajadores en su art. 8 (" *Todos los trabajadores que manipulen amianto, en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control médico, mediante reconocimientos previos, periódicos y postocupacionales...* "); y, entre otras, sobre medidas de prevención técnicas relativas a ventilación, locales, protección personal, en su art. 9.g) unas normas sobre ropa de trabajo y vestuario (" *Los trabajadores potencialmente expuestos a fibras de amianto deberán utilizar ropa de trabajo apropiada que incluya la protección del cabello.- La ropa de trabajo, que deberá lavarse con frecuencia, se mantendrá aislada de la ropa de calle y efectos personales, y no se permitirá a los trabajadores llevarla para su lavado a su domicilio particular* ").

K) En la citada Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 se detallan en su apartado 7 las reglas sobre control médico de los trabajadores, disponiendo que " *Todos los trabajadores que manipulen amianto, en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control médico preventivo, de acuerdo con los siguientes criterios: a) Reconocimientos previos...; b) Reconocimientos periódicos: Los reconocimientos periódicos serán obligatorios para todos los trabajadores que estén en ambientes con posible riesgo de amianto.- La periodicidad será semestral, y como*

mínimo se harán las siguientes pruebas: Estudio radiológico: Según las indicaciones descritas para el reconocimiento previo, Exploración funcional respiratoria, comparándola siempre con las anteriores realizadas desde su ingreso en la Empresa, Estudios de cuerpos asbestósicos en esputos como índice de exposición, Exploraciones clínicas que el médico considere pertinente; c) Reconocimientos postocupacionales: Cuando un trabajador con antecedentes de exposición a fibras de amianto de diez años o más cese en la Empresa, bien por cambio de actividad o por jubilación, la Organización de los Servicios Médicos de Empresa velará para que a dichos trabajadores se les sigan realizando las revisiones periódicas anuales. El reconocimiento periódico de los obreros afectados de asbestosis deberá efectuarse con citología del esputo cada tres o cuatro meses, por su posible riesgo de cáncer bronquial.- En cualquiera de los reconocimientos citados, el hallazgo de alguno de los criterios diagnósticos que se exponen a continuación dará lugar a la remisión del paciente a un servicio especializado para un reconocimiento más minucioso... ".

L) En el Real Decreto 1351/1983 de 27-abril (BOE 27-05-1983) ya se prohíben determinados usos del amianto, estableciéndose, en su artículo único, que " Queda prohibido el uso del amianto en cualquiera de sus formas o preparaciones para el tratamiento filtrante o clarificador de sustancias alimentarias, materias primas o alimentos ".

M) La Orden de 31-octubre-1984, por la que se aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo por amianto (BOE 07-11- 1984) y se adapta la normativa hasta entonces existente a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19-septiembre-1983. En su Preámbulo se explica que " Los peligros que para la salud de los trabajadores se derivan de la presencia de fibras de amianto en el ambiente laboral se concretan y manifiestan en una patología profesional específica que en forma explícita recoge nuestro vigente cuadro de enfermedades profesionales, aprobado por Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo, al incluirse en el mismo tanto la asbestosis (apartado C.1.b) como el carcinoma primitivo de bronquio y pulmón y el mesotelina pleural o peritoneal por asbesto (apartado F2).- La constatación de la realidad, gravedad y progresivo aumento de esta patología, consecuencia directa de la amplia utilización industrial de las diferentes variedades del asbesto, aconsejó una regulación de las condiciones en que se realizan los trabajos con amianto, que se plasmó en la Orden de 21 julio 1982 y la Resolución de 30 septiembre del mismo año, normativa hoy vigente sobre la materia y que supuso un indiscutible y notable avance en cuanto se refiere a la acción preventiva frente al riesgo profesional por amianto.- No obstante los continuos avances científicos y técnicos en este campo, las lagunas observadas en la actual normativa de 1982 y la conveniencia de adaptarla a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19 septiembre 1983 aconsejan una actualización que se aborda en el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo por Amianto que ahora se aprueba ". En su articulado, se regulan, entre otros, los siguientes aspectos: a) " La concentración promedio permisible (CPP) de fibras de amianto en cada puesto de trabajo se establece en 1 fibra por centímetro cúbico, salvo para la variedad crocidolita o amianto azul, cuya utilización queda prohibida " (art. 3.1); b) " Cuando las medidas de prevención colectiva, de carácter técnico u organizativo, resulten insuficientes para mantener la concentración de fibras de amianto dentro de los límites establecidos en el artículo 3 de este Reglamento se recurrirá con carácter sustitutorio o complementario al empleo de medios de protección personal de las vías respiratorias " (art. 7.1); c) " Las Empresas quedan obligadas a suministrar a los trabajadores los medios de protección personal necesarios, siendo aquellas responsables de su adecuada limpieza, mantenimiento y, en su caso, reposición, de tal modo que estos equipos individuales de protección se encuentren en todo momento aptos para su utilización y con plena garantía de sus prestaciones " (art. 7.4); d) " Queda rigurosamente prohibido a los trabajadores llevarse la ropa de trabajo a su domicilio para su lavado " (art. 8.8); e) " Reconocimientos periódicos. Todo trabajador en tanto desarrolle su actividad en ambiente de trabajo con amianto, se someterá a reconocimientos médicos periódicos. La periodicidad será anual para los trabajadores potencialmente expuestos o que lo hubieran estado con anterioridad y cada tres años para los que en ningún momento hayan estado potencialmente expuestos " (art. 13.4); y

f) " *Reconocimientos postocupacionales. Habida cuenta del largo período de latencia de las manifestaciones patológicas por amianto, todo trabajador con antecedentes de exposición al amianto que cese en la actividad con riesgo, ya sea por jubilación, cambio de Empresa o cualquier otra causa, seguirá sometido a control médico preventivo mediante reconocimientos periódicos realizados, con cargo a la Seguridad Social, en servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria* " (art. 13.5).

N) En la Orden de 31-marzo-1986 (por la que se modifica art. 13, control médico preventivo de los trabajadores, del Reglamento de trabajos con riesgo por amianto de 31-10-1984) (BOE 22-04-1986), se refuerzan los reconocimientos previos y los post-ocupacionales, que deberán ser realizados estos últimos específica y periódicamente " *con cargo a la Seguridad Social, en Servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria u otros Servicios relacionados con la patología del amianto* ".

O) La Orden de 7-enero-1987 (sobre Normas complementarias del Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto -BOE 15- 01-1987), reduce la concentración promedio permisible " *Para las operaciones y actividades comprendidas en la presente norma en las que la presencia del amianto en el ambiente de trabajo se debiera a razones distintas de las de su empleo o utilización, se establece con carácter excepcional un valor de 0,25 fibras por centímetro cúbico como concentración promedio permisible para la variedad crocidolita y ello sin perjuicio del empleo de medios de protección personal, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto ...* " (art. 4).

P) El Convenio 162 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad (adoptado el 24-06-1986 y ratificado por España el 17-07-1990), en el que, entre otros extremos (relativos a principios generales, medidas de prevención y de protección, vigilancia del medio ambiente de trabajo y de la salud de los trabajadores, información y educación), se establece que " *La legislación nacional deberá prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos.- La legislación nacional adoptada en aplicación del párrafo 1 del presente artículo deberá revisarse periódicamente a la luz de los progresos técnicos y del desarrollo de los conocimientos científicos* " (art. 3); que " *Los empleadores serán responsables de la observancia de las medidas prescritas* " (art. 6); que deberá prohibirse la utilización de la crocidolita y de los productos que contengan esa fibra (art. 11.1) y la pulverización de todas las formas de asbesto (art. 12); o que " *la autoridad competente deberá prescribir límites de exposición de los trabajadores al asbesto u otros criterios de exposición que permitan la evaluación del medio ambiente de trabajo* " (art. 15.1); y, por último en relación a este concreto periodo temporal.

Q) La Orden de 26-julio-1993 (por la que se modifican los arts. 2, 3 y 13 de la Orden 31-10-1984 y el art. 2 Orden 07-01-1987 - BOE 05-07-1993 y se traspone al Derecho interno el contenido de la Directiva del Consejo, 91/382/CEE de 25-06-1991), prohíbe expresamente la utilización de la crocidolita o amianto azul y dispone que " *La concentración promedio permisible (CPP) de fibras de amianto en cada puesto de trabajo, salvo para la variedad crocidolita o amianto azul cuya utilización queda prohibida, se establece en los siguientes valores: Para el crisotilo: 0,60 fibras por centímetro cúbico.- Para las restantes variedades de amianto, puras o en mezcla, incluidas las mezclas que contengan crisotilo: 0,30 fibras por centímetro cúbico.- 3. Queda prohibida la utilización de cualquier variedad de amianto por medio de proyección, especialmente por atomización, así como toda actividad que implique la incorporación de materiales de aislamiento o de insonorización de baja densidad (inferior a 1 g/cm³) que contengan amianto* ".

Cuarto.—1.- Por la demandada recurrente, se denuncia como infringidos los arts. 1101 y 1902 del Código Civil en relación con los arts. 19, 20, 46, 86.1 y 6 de la Orden de 31 de enero de 1940, art. 4 de la Orden de 7 de marzo de 1941, y el Decreto 2114/1961

de 13 de abril. Alega la recurrente que ha de rechazarse la pretensión indemnizatoria, por cuanto en la empresa "no se han infringido las normas y/o obligaciones contractuales en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo", así como que las infracciones señaladas en la sentencia recurrida "no puede suponer una relación causal determinante con la enfermedad profesional que tenía la trabajadora".

De la normativa expuesta, en relación con lo actuado en la presente litis, se deduce, - lo que no se cuestiona en la sentencia recurrida --, que han existido diversos incumplimientos empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales vigente en el periodo temporal en que el trabajador prestaba sus servicios en la referida factoría en la que se utilizaba asbesto. De los que, especialmente, deben destacarse (como refiere el relato fáctico de instancia y es incontrovertido), que no se adoptaron las siguientes medidas que exigían las normas entonces vigentes transcritas minuciosamente en la sentencia de instancia:

a).- El hecho quinto refiere que se barría el suelo de la nave con escobas y que en 1971-1972 se instalaron dos ventiladores, a pesar de que desde la Orden de 31 de enero de 1949 no se permitía ni el barrido ni las operaciones de limpieza susceptibles de producir polvo, puesto que debían hacerse por aspiración o limpieza húmeda.

b).- Desde el Decreto 792/1961, de 13 de abril, desarrollada por la Orden de 12-1-1963, la empresa estaba obligada a hacer reconocimientos médicos semestrales y, sin embargo, la demandada y recurrente solo comenzó a realizar reconocimientos desde 1974 (hecho noveno de la sentencia) y con periodicidad únicamente anual, además de que a la totalidad de la plantilla solo se les practicó espirometrías desde 1987.

c).- la empresa venía obligada desde la Ordenanza de 1971 a proporcionar a sus trabajadores máscaras respiratorias, que debían satisfacer determinadas exigencias según el art. 142, pero solo les proveyó de mascarillas desde 1985, que solo eran de papel y cuyo habitual desuso toleró.

2.- En el presente caso existe base fáctica para afirmar, como se ha detallado, que, por una parte, el centro de trabajo carecía de los dispositivos de precaución reglamentarios, que no se habían observado, en lo esencial, las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, así como, por otra parte, que resulta indubitado que la incapacidad del trabajador lo fue por enfermedad profesional por exposición al amianto durante largos años.

3.- Como se ha adelantado, se suscita la cuestión de si puede o no entenderse que la enfermedad profesional se ha originado por la falta de condiciones de trabajo adecuadas derivadas del incumplimiento empresarial en orden a la adopción de las medidas exigibles de prevención de riesgos laborales, para lo que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 386 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme al cual "*A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*".

4.- Respecto al nexo causal, como recuerda la STS de 18 de mayo de 2011 antes citada, "tratándose de enfermedad profesional, de una contingencia con desarrollo ajeno esencialmente a la conducta del trabajador, ante la constatada falta de las legales y reglamentarias medidas de seguridad en el desarrollo de un trabajo de alto riesgo de enfermedad profesional, -- ya se ha indicado que, al menos, desde el Decreto de 10-enero-1947, creador del seguro de enfermedades profesionales, en el cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis --, no puede presumirse, tanto más ante la inexistencia de cualquier prueba objetiva en sentido contrario, la ineficacia total de las referidas medidas preventivas establecidas en las sucesivas normas imperativas que las han ido perfeccionando, -- amparadas muchas de ellas en la experiencia y estudios técnicos sobre los condiciones de trabajo en las

distintas circunstancias efectuadas o contrastadas en distintos países conforme a los continuos avances científicos y técnicos --, para prevenir, evitar o, como mínimo, disminuir los riesgos, pudiendo establecerse, en consecuencia, que entre los hechos admitidos o demostrados y el hecho " *presunto* " existe " *un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* ", siendo correcto, por tanto, el razonamiento efectuado en la sentencia referencial en el sentido de que el " *nexo causal entre la falta de medidas de seguridad y la enfermedad... puede reputarse concurrente en el caso enjuiciado, puesto que de haberse cumplido las medidas preventivas, se hubiera podido razonablemente prevenir o impedir o al menos disminuir los efectos perniciosos de la exposición al agente que enfermó al trabajador* ".(...).

Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial, que, en supuestos como el ahora enjuiciado, la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte. O, como se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008), " *la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable]* ".

6.- A idéntica conclusión se llega aplicando la jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en la referida STS/IV 30-junio- 2010, conforme a la cual " *la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual* ", que " *La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias* " y que, en cuanto a la carga de la prueba, " *ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivos, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]* " y que " *el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente* ". En efecto, en el presente caso, actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

7.- La aplicación al caso de la referida doctrina, y siendo el extremo examinado el único motivo del recurso (habiéndose aceptado ya en suplicación la cuantificación de la indemnización fijada en instancia), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes como se ha adelantado; ello conduce a la desestimación del recurso y la confirmación de

la sentencia recurrida que contiene la buena doctrina coincidente con la de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Quinto.—Por todo lo expuesto, procede, de conformidad con el detallado informe del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la empresa; con costas, pérdida del deposito constituido para recurrir y debiendo darse a la consignación el destino legal (arts. 215 y 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 la entidad " *FIBROCEMENTOS NT, S.A.* ", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en fecha 15-abril-2011 (rollo 6371/2009), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 26-junio-2009 (autos 190/2009), dictada por el Juzgado de lo Social n.º 7 de Barcelona, en procedimiento seguido a instancia de D. Ezequias contra la sociedad ahora recurrente; con imposición de costas, pérdida del deposito constituido para recurrir y debiendo darse a la consignación el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, 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. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.