

Sentencia T.S. (Sala 4) de 5 de marzo de 2013

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil trece.

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.^ª Claudia y D.^ª Isidora, en calidad de sucesoras procesales hereditarias de DON Secundino (fallecido), contra sentencia de fecha 8 de marzo de 2012, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia/La Coruña, en el recurso n.º 757/08, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de El Ferrol, en autos n.º 506/2005, seguidos por D.^ª Claudia y D.^ª Isidora, en calidad de Sucesoras procesales de DON Secundino, frente a IZAR, CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A. EN LIQUIDACIÓN; NAVANTIA, S.A. y MUSINI (hoy MAPFRE EMPRESAS, S.A.).

Ha comparecido en concepto de recurrido, el Letrado Don Julián Maria Crespo Carrillo, en nombre y representación de IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A EN LIQUIDACION.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Con fecha 31 de julio de 2007 el Juzgado de lo Social n.º 1 de El Ferrol dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:" Que desestimando la demanda deducida por D.^ª Claudia Y DOÑA Isidora en sucesión procesal de D. Secundino, contra las empresas IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A., EN LIQUIDACION y NAVANTIA S.A., y la aseguradora MUSINI, debo absolver y absuelvo las demandadas de todos los pedimentos de la misma".

Segundo.—En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" PRIMERO.- D. Secundino, con DNI núm. NUM000, nacido el NUM001 /1945, ingresó al servicio de la empresa entonces E. N. Bazan de C.N.M. S.A., (posteriormente Izar Construcciones Navales S.A.), el 09/12/1971, inicialmente como Oficial 3.^a Electricista, en el Centro de Electricidad de Buques. Ostentó posteriormente la categoría de 2.^a Oficial en el mismo Centro desde el 21/09/1985; cambió al Centro de Almacenes el 21/09/1987; y desde el 21/08/1996 tuvo reconocida la categoría profesional de Oficial 1.^a en el mismo Centro, pasando a la situación de suspensión de contrato el 31/03/1999 y siendo baja definitiva el 31/05/1999 por expediente de regulación de empleo nº NUM002.

Segundo.—En la prestación de dichos servicios D. Secundino, junto con otros trabajadores que pertenecían al gremio de electricidad, en los años 70 estuvo expuesto al amianto, puesto que para las envolturas de los cables se utilizaba amianto que recubría los tubos para estancarlos. El cordón de amianto se facilitaba en rollo y había que cortarlo y se deshacía, y el demandante por ello también lo manipulaba en las empaquetadoras de los cables. También por su corpulencia prestó servicios en los cajeros de los alternadores de los buques, cerca de calderas, y motores, espacios reducidos, también estuvo expuesto al amianto por inhalación. No usaba mascarilla, no se obligaba a los trabajadores al uso de las existentes de papel que sólo eran utilizadas cuando había humo.

Tercero.—La empresa E.N. BAZAN C.N.M., S.A., eliminó la utilización de material de aislamiento con contenido en amianto en buques de nueva construcción desde el año 1980. A partir de dicha fecha sólo se maneja amianto cuando se trata de buques en proceso de reparación y que proceden a desferrar los elementos de recubrimiento de calderas, tuberías, etc, recubiertas con materiales con contenido en amianto y la sustitución por otros materiales exentos del mismo. No se ha acreditado que por la empresa E.N. BAZAN C.N.M., S.A. se realizasen mediciones periódicas para controlar la concentración de fibras por centímetro cúbico en las zonas en las que prestó servicios el Sr. Secundino. La E.N. BAZAN C.N.M., S.A. tuvo diferentes reglamentaciones sobre seguridad e Higiene en el trabajo que por obrar en autos se dan aquí por reproducidas al igual que las normas internas correspondientes a características y usos de filtros y mascarillas y a extracción localizada, operativa para el muestreo control y evaluación del amianto en suspensión aérea, criterios a seguir por el servicio de seguridad para la evaluación de contaminantes en ambientes industriales de seguridad, e instrucciones de seguridad relativas a la prevención de los riesgos de exposición al amianto.

4. - El demandante pasó reconocimientos médicos ordinarios no semestrales generales y no específicos de asbestosis por los servicios médicos de la empresa, en fechas 06/12/1971, 28/09/1977, 19/12/1983, 14/11/1984, 13/03/1987, 25/11/1988, 12/12/1989, 14/11/1990, 04/11/1992, 18/10/1993, 26/01/1995, 03/03/1998. En fecha 20/11/2001 fue reconocido por el Dr. Francisco, en el

informe médico consta hábito tabáquico, 40 años fumando, 2 paquetes, y RX engrosamientos pleurales bilaterales similar previa. En 03/12/2001 le fue practicado al demandante TAC de Torax con contraste intravenoso con informe radiológico de: placas pleurales bilaterales con calcificación probablemente en relación con enfermedad profesional por asbesto, lesión nodular pulmonar de aproximadamente 2 cm de diámetro mayor en lóbulo superior derecho adyacente a cava superior por lo que deberá descartarse CA de pulmón, no se evidencian adenopatías de tamaño significativo hiliares o mediastínicas, hiperinsuflación pulmonar, con areas más radiolucetas probablemente en relación con enfisema centrolobulillar, no se evidencian lesiones focales hepáticas, suprarrenales dentro de la normalidad. En 16/11/2001 le fue realizado R.X. Torax, P-A y L con informe radiológico de: paciente EPOC con hiperinsuflación pulmonar y opacidades basales bilaterales con cierta pérdida de volumen, no homogeneas probablemente en relación con bronquiectasias, se observa engrosamientos nodulares pleurales bilaterales probablemente en relación con enfermedad profesional por asbestos. Fue remitido por el Servicio de Neumología del Hospital Arquitecto Marcide, al Servicio de Cirugía torácica del Complejo Hospitalario Juan Canalejo de A Coruña, donde en fecha 11/04/2002 se le realizó intervención quirúrgica de toracotomía postero-lateral por 5º espacio intercostal, con hallazgos de pulmón enfisematoso con gran inflamación, tumor en LSD intimamente adherido a mediastino, sobre vena cava superior, justo encima de v.Azigos, quedando pendiente la anatomía patológica. En la Anatomía patológica realizada en fecha 17/04/2002 no se recoge hallazgo de fibras de amianto, su diagnóstico fue de: lóbulo superior derecho: carcinoma epidermoide moderadamente diferenciado de 3cm. de diámetro máximo con infiltración pleural, borde quirúrgico bronquial libre de tumor; 8 ganglios linfáticos intrapulmonares sin evidencia de tumor y fragmento de pericardio sin evidencia de tumor; en referencia a los ganglios linfáticos refiere: reacción gangliolar: histiocitosis sinusal e hiperplasia folicular y antracosis. Tras radioterapia posterior fue seguido en consultas externas de Cirugía torácica del H.J.Canalejo. Por resolución del INSS de 29/09/2002, D. Secundino, fue declarado afecto de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio por contingencia de enfermedad profesional con el correspondiente derecho a prestación del 100% de su base reguladora de 2228,63 euros/mes, previo dictamen propuesta del EVI de 23/09/2002 en el que figura determinado el cuadro clínico residual siguiente: CA epidermoide PT4P NO- MO, lobectomía superior dcha en 4/02, radioterapia adyuvante finalizada en 7/02, ex fumador importante, antecedentes laborales de exposición al amianto, probable asbestosis pleural; y con las limitaciones orgánicas y funcionales de disnea clase III y SD general. En fecha 27/09/03, tras acudir a Urgencias por disnea, ingresó en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Arquitecto Marcide con cuadro de infección respiratoria e hipoxemia moderada. Allí entre otros exámenes complementarios se le realizó TAC toráco-abdominal para excluir recidiva de su patología previa que no se encontró: cambios postquirúrgicos en campo pulmonar derecho con parenquima residual con bullas y bronquiectasias, y enfisema centroacinar que afecta también a hemitorax izq, placas pleurales múltiples en relación a asbesto, mediastínico, hígado y suprarrenales normales; y se le realizó también cultivo de esputo con resultado de presencia de aspergillus en estupo. El juicio diagnóstico al alta en fecha 13/10/2003 fue de infección respiratoria, CA epidermoide pulmonar intervenido, EPOC, enfisema, diabetes mellitus Tipo 2. En informe clínico de alta hospitalaria del demandante de fecha 11/03/2003 en Hospital Arquitecto Marcide tras ingreso por probable infección

respiratoria vs recidiva de CA bronquial, figura como juicio diagnóstico el de: infección respiratoria, aspergilosis broncopulmonar, DM insulino dependiente, probable recidiva de CA bronquial, EPOC descompensado, asbestosis. Tras seguimiento médico posterior en informe de fecha 08/09/2004 se descarta recidiva de ca. Bronquial y se emite juicio diagnóstico de Aspergilosis broncopulmonar. En fecha 01/12/2005 tras ingreso en el Servicio de Urgencias del Hospital Arquitecto Marcide falleció emitiéndose informe médico con juicio clínico de insuficiencia respiratoria global, EPOC severo, ca. epidermoide, y arpergilosis.

5. En informe pericial aportado por las empresas demandadas ratificado en juicio Dr. Francisco concluye en relación a D. Secundino que se está ante un paciente, fumador habitual, diagnosticado y tratado por un carcinoma epidermoide del lóbulo superior del pulmón derecho, que presentaba además patología pleural benigna que podría achacarse a contacto con asbesto, una EPOC tabáquica y ningún signo de asbestosis, y que a raíz de los conocimientos médicos actuales es totalmente compatible la asociación entre el antecedente tabáquico del paciente y el cáncer de pulmón que padeció, por localización y tipo histórico. En otro informe pericial aportado por las empresas demandadas también ratificado en juicio, el Dr. Víctor refiere en resumen en relación a D. Secundino que se trata de un paciente muy fumador, en contacto con el asbesto, que desarrolla una carcinoma epidermoide de pulmón en el lóbulo superior derecho que es el que más frecuentemente se relaciona con el tabaquismo y además en dicha localización, y en el que el estudio anatomopatológico evidencia enfisema y silicoantracosis tanto en el pulmón como en los ganglios linfáticos, sin que existan lesiones compatibles con asbestosis ni otros datos anatomopatológicos asociados a la exposición a asbesto. Ambos peritos coinciden en que las placas pleurales están consideradas como mero marcador de exposición al asbesto y que constituyen una alteración pleural benigna. En el informe de valoración médica emitido en fecha 10/09/2002 por facultativo del EVI para el expediente de incapacidad y que en el apartado de deficiencias más significativas concluye las dolencias luego consideradas en el dictamen propuesta del EVI, figura en el apartado de exploración radiológica TAC Torácico de fecha 03/12/2001: placas pleurales bilaterales con calcificación probable en relación con asbesto, lesión pulmonar nodular de aproximadamente 2 CM en adyacente a cara superior, y en el apartado de conclusiones: aporta informe de IZAR 14-8-02 en donde documentan que trabajó desde 1971 hasta 31-5-99, entiendo que trabajó en contacto con asbesto si bien, no lo especifica claramente el certificado, por lo que la patología podría considerarse derivada de E.P. En los informes médicos obrantes en el expediente administrativo de incapacidad no figura el resultado de la anatomía patológica.

6. La empresa entonces E.N. BAZÁN C.N.M., S.A., suscribió la primera póliza de seguro con la aseguradora Musini, la nº 210780, en fecha 10/07/1996. Suscribió también la póliza núm. I539 con vigencia desde 1998 y la 1826 con vigencia desde el 01/02/00, cuyo condicionado particular excluye ya aparte de las contenidas en las Condiciones Generales y Especiales, entre otras exclusiones de cobertura de la póliza las derivadas de cualquier tipo de enfermedad profesional.

7. D. Secundino estaba casado con D.^a Claudia y D.^a Isidora es hija de ambos. Por resolución del INSS de 13/01/2006 le fue reconocida a D.^a Claudia pensión de viudedad en régimen de enfermedad profesional en el importe correspondiente al 52% de la base reguladora de 2.228,63 euros/mes.

8. El 08/11/2005 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de intentado sin efecto, se presentó anterior papeleta presentada ante el SMAC en fecha 08/05/2003."

Tercero.—La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D.^a Claudia y D.^a Isidora, en calidad de Sucesoras procesales de DON Secundino, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia/La Coruña, la cual dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Gumersindo Cartelle Leira, en la representación que tiene acreditada de Dña. Claudia y Dña. Isidora, en sucesión procesal hereditaria de D. Secundino, contra la sentencia de fecha treinta y uno de julio de dos mil siete, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Ferrol, en autos seguidos a instancia de las recurrentes contra las empresas IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A., EN LIQUIDACIÓN, y NAVANTIA, S.A., y la aseguradora MUSINI, hoy MAPFRE EMPRESAS, S.A., sobre INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida".

Cuarto.—Por el Letrado Don Gumersindo Cartelle Leira, en nombre y representación de Dña. Claudia y Dña. Isidora, en sucesión procesal hereditaria de D. Secundino, 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 Galicia, de fecha 23 de octubre de 2005, recurso n.º 405/04.

Quinto.—Por providencia de esta Sala de fecha 21 de septiembre de 2012 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. El problema que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, abordado ya por la Sala con reiteración, también en casación unificadora, según luego se verá, consiste en determinar si debe reconocerse o no una indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento de un trabajador cuando algo más de tres años antes del óbito había sido declarado en incapacidad permanente absoluta (IPA) por contingencia de enfermedad profesional y su viuda tiene reconocida la correspondiente pensión por esa misma contingencia.

2. La demanda por daños fue inicialmente interpuesta el 5-10-2005 por el propio trabajador en petición de 180.400 €, según decía, "por los daños y perjuicios sufridos, por ahora y sin perjuicio de las reclamaciones que se puedan efectuar en el futuro por agravación de sus dolencias, derivadas de la exposición al amianto". Tras el fallecimiento del demandante el 1-12-2005 y manteniendo la acción, como sucesores procesales, su viuda e hija, el Juzgado de instancia, por sentencia de 31-7-2007, después de rechazar la prescripción de la acción opuesta de contrario, desestimó íntegramente la demanda, absolviendo a las empresas Izar Construcciones Navales SA, en liquidación, Navantia SA y a la aseguradora Musini de todos los pedimentos.

La Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en la sentencia (8-3-2012. R. 757/08) que es ahora impugnada en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso de suplicación de la esposa e hija del actor inicial y, tras rechazar la petición de revisión del relato fáctico, confirmó aquella decisión de instancia, en esencia, por considerar que no existía una acreditación convincente de la relación causal y directa entre el incumplimiento empresarial y el daño existente que debiera dar lugar a la indemnización solicitada. Para ello argumenta que "consta en el relato fáctico de la sentencia la existencia de hábito tabáquico en el actor recurrente, que le ha ocasionado una EPOC, habiendo presentado una patología pleural con exposición al asbesto, lo que unido a que el actor no padezca de manera concluyente asbestosis pulmonar, sino una evidencia [sic] o probabilidad, lleva a concluir que no existe una evidencia clara de que el epidermoide que hoy [sic] presenta tenga su origen en la exposición que durante años ha tenido a las fibras del amianto, sobre todo cuando, como señala el juez en el fundamento de derecho segundo de su sentencia uno de los peritos que se ha ratificado a presencia judicial ha señalado que la variedad y localización del tumor no son los típicos y no se han encontrado en la anatomía patológica realizada fibras de amianto". Además, la sentencia impugnada da cuenta, en la inmodificada relación de hechos probados, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, de que el causante, nacido el 2-6-1945, ingresó en la Empresa Nacional Bazán (posteriormente Izar Construcciones Navales, SA) el 9-12-1971, inicialmente como oficial 3.º electricista, causando baja el 31-5-1999 como consecuencia de un ERE. En la prestación de dichos servicios en los años 70 estuvo expuesto al amianto, junto con otros trabajadores pertenecientes al gremio de electricidad, puesto que

para las envolturas de los cables se utilizaba ese material que cubría a los tubos para estancarlos. El cordón de amianto se facilitaba en rollo y había que cortarlo y se deshacía, y por ello el trabajador también lo manipulaba en las empaquetadoras de los cables. Asimismo, por su corpulencia prestó servicios en los cajeros de los alternadores de los buques, cerca de calderas y motores, espacios reducidos, estando también expuesto al amianto por inhalación. No usaba mascarilla, no se obligaba a los trabajadores al uso de las existentes de papel que sólo eran utilizadas cuando había humo. La empresa eliminó la utilización de material de aislamiento con contenido de amianto en buques de nueva construcción desde 1980 y a partir de esa fecha sólo se manejaba amianto para buques en proceso de reparación. No se ha acreditado que por la empresa se realizasen mediciones periódicas para controlar las concentraciones de fibras por centímetro cúbico en las zonas en que prestó servicios el causante, que pasó un total de 12 reconocimientos médicos ordinarios no semestrales generales y no específicos de asbestosis por los servicios médicos de la empresa en fechas que van desde finales del año 1971 al mes de marzo de 1998. El 29-9-2002 fue declarado en incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional, falleció el 1-12-2005, y se reconoció pensión de viudedad a su esposa en régimen de enfermedad profesional.

3. En su recurso de casación, las recurrentes, que concretan su petición indemnizatoria en 105.222,70 € para la viuda del trabajador y en 14.268,56 para la hija de ambos, denuncian la infracción del art. 1101 del Código Civil, en relación con los arts. 1104 y 1105 de la misma norma y con los preceptos de las disposiciones sobre prevención de riesgos que menciona (Dcto. 2414/1961; OOMM 15-3-1963, 12-1-1963, 9-3-1971, 15-12-1965, 21-7-1982, 31-10-1984, entre otras), e invocan como sentencia referencial la dictada por la misma Sala de lo Social de Galicia en fecha 23 de octubre de 2005 (R. 405/04). En ella, el trabajador afectado había ingresado en la empresa IZAR el 3-4-1959, como oficial 3.º de plomberos de tubo, en el centro de Plomberos de tubo en el área de astillero (nueva construcción). El 21-5-1969 cambió al Centro de Pintores y Albañiles y el 21-6-1969 regresó al centro anterior. En 1990 se le reconoce por sentencia una incapacidad permanente total por enfermedad común y días después causa baja en la empresa, que le había practicado reconocimientos médicos los años 1960, 1975, 1977, 1980, 1983, 1984, 1985, 1986 y 1987, aunque nunca fueron específicos sobre detección de asbestosis. El trabajador, que padecía tuberculosis, bronquitis crónica, EPOC y, últimamente, neoplasia pulmonar con metástasis generalizada, era fumador de dos paquetes de tabaco al día y falleció el 22-5-2001. La empresa demandada, dedicada a la construcción y reparación de buques, utilizó el amianto en el forrado de buques y otras actividades estando en contacto el trabajador con el amianto mientras desarrollaba las tareas de su profesión, sin que hubiese medidas de protección adecuadas. A partir de principios de los años ochenta, se sustituyó el amianto por otras fibras vegetales de vidrio. Sin embargo, se siguió manipulando el amianto en las tareas de reparación que exigían el "desforrado de piezas". Las medidas de protección utilizadas consistieron: en los años cincuenta se empleaba una mascarilla plástica con una carcasa de aluminio en la que se introducía algodón que hacía las funciones de filtro de partículas; desde 1966 empiezan a utilizarse mascarillas de goma de espuma; desde 1969 a 1970 empiezan a utilizarse mascarillas con filtro todavía no homologados; en 1977 se elabora la primera

norma de prevención de riesgo de exposición a amianto S.23 titulada Instrucciones de seguridad para prevenir los riesgos de exposición al amianto. La Sala, en esta sentencia referencial, razona que los hechos acreditados suponen un incumplimiento culpable del empresario, al haberse infringido normas reglamentarias sobre seguridad e higiene en el trabajo, porque no se llevaron a cabo los reconocimientos médicos obligatorios, y otras medidas de seguridad en los trabajos expuestos a la inhalación de asbesto, pudiendo las dolencias padecidas estar causadas, o a lo menos agravadas, por la exposición al asbesto, concluyendo así que existe "un nexo de causalidad en términos de razonabilidad entre la muerte del trabajador y el incumplimiento empresarial, en el entendido de que, por las causas de la muerte, no se trata de dolencias directamente causadas por el asbesto, sino de dolencias con las cuales el asbesto ha interactuado, bien para adelantar su aparición, o bien para determinar una agravación".

4. Concorre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL/1995) para viabilizar el recurso de casación unificadora interpuesto, como también admite el Ministerio Fiscal en su informe. En ambos casos se discutía la posible responsabilidad de la empresa en los daños causados a los trabajadores, derivados de la misma enfermedad profesional (asbestosis), como consecuencia de haber trabajado para la misma empresa durante un largo período de tiempo (28 y 31 años, respectivamente), estando expuestos al amianto en los dos casos (como electricista y como plomero, respectivamente), sin que en ninguno de los supuestos se llevaran a cabo los reconocimientos médicos ni otras medidas de seguridad. Los dos trabajadores eran fumadores habituales y habían sido declarados en incapacidad permanente (absoluta por enfermedad profesional en la recurrida, total por enfermedad común en la referencial, lo que, en todo caso, refuerza la contradicción). Pudiera ser cierto, tal como pone de relieve la empresa en el escrito de impugnación del recurso para negar la existencia de contradicción, que el periodo real de exposición al amianto de los dos trabajadores fuera diferente (9 años en la recurrida, 21 años en la de contraste, se dice), pero esa hipotética diferencia, que, desde luego, no se desprende con seguridad de los datos fácticos de las sentencias comparadas, carece de relevancia a los efectos de la contradicción dado el notorio efecto letal que el contacto con ese producto puede producir en ambos períodos. Y pese a todas las señaladas coincidencias, como vimos, la sentencia impugnada entiende que no existe una evidencia clara de que la patología del trabajador tuviera su origen en la exposición a las fibras de amianto y, en consecuencia, desestima la demanda en reclamación de daños, mientras que la de contraste condena a la empresa al abono de una indemnización al haber causado la exposición al asbesto, o al menos agravado, las dolencias padecidas por el trabajador.

Debe advertirse, como ya hemos hecho recientemente (por ejemplo, STS/IV 24-1-2012, R. 813/11, y 1-2-2012, R. 1655/11), que si bien esta Sala, en otros supuestos similares, había inadmitido diversos recursos de casación unificadora por falta del presupuesto de contradicción (así en SSTS de 30 y 31-10-2007, R. 1766/06 y 1215/06), la evolución trascendente que ha experimentado la jurisprudencia social desde la STS/IV 30-9-1997 (R. 22/97) hasta la más reciente

de 30-6-2010 (Sala General, R. 4123/08) 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, justifica el nuevo criterio en orden a la existencia o no de contradicción, al ponerse ahora el acento en el aspecto fáctico; a saber: 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.

Es, por lo tanto, a partir de esta reconsideración de la doctrina tradicional en donde debe justificarse el cambio de criterio respecto de aquellas distintas situaciones anteriores, en tanto que aquí, en las dos sentencias comparadas, la discrepancia radica fundamentalmente en que mientras la referencial considera que la empresa, en la época en que se produjeron los hechos, incumplió un previo deber de prevención existente, la de recurrida, por el contrario, parece partir de que ese deber u obligación previa no debía considerarse existente, de ahí que centre la razón de su decisión en la ausencia de prueba sobre la relación causal entre la enfermedad, y su fatal desenlace, y el dilatado contacto con el amianto.

Y como quiera, en fin, que el escrito de interposición, aunque manifiestamente mejorable en su contenido, cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver sobre el fondo de lo debatido.

Segundo.—1. El recurso, como también propone el dictamen del Ministerio Fiscal, debe ser favorablemente acogido porque, con independencia de que, como esta Sala tiene reiteradamente declarado en las resoluciones a las que enseguida aludiremos, no es posible negar la relación de causalidad física o material entre el trabajo relacionado con el polvo de amianto y la enfermedad profesional que aquejaba al causante y que determinó incluso el reconocimiento por el INSS de su incapacidad permanente absoluta por tal contingencia, igual que luego la pensión de viudedad de su cónyuge, lo que, en primer lugar, conviene determinar en este proceso es si de la normativa vigente durante el tiempo en el que prestó servicios para la empresa (entre el 9-12-1971 y el 31-5-1999: hecho probado 1.º) se podía desprender la exigencia de una actuación empresarial cuyo incumplimiento pudiera llevar a considerar el daño como hecho imputable al obligado por aquellas previsiones, conforme a la doctrina de la imputación adecuada y, en definitiva, si de todo ello es posible deducir la exigencia de la responsabilidad reclamada.

2. En relación con esta importante cuestión, relativa a determinar si en la época de prestación de servicios a la empresa existía o no una normativa que exigiera de la entidad demandada introducir medidas para controlar la salud de sus trabajadores frente a los riesgos del polvo de amianto con el que trabajaban, esta Sala, como anunciábamos, ya se ha pronunciado en sentido afirmativo, cual puede apreciarse, entre otras, en SSTs de 18 de mayo de 2011 (R. 2621/10) y 16 de enero de 2012

(R. 4142/10) en relación con reclamaciones sobre recargo de prestaciones, y en las más recientes de 24 de enero de 2012 (R 813/2011), 30 de enero de 2012 (R. 1607/11), 1 de febrero de 2012 (R. 1655/11), 14 de febrero de 2012 (R. 2082/11) y 18 de abril de 2012 (R. 1651/11) sobre reclamación de daños y perjuicios, y en ellas se ha expresado claramente el contenido de las normas entonces vigentes, demostrativas de la existencia de unas reglas específicas de prevención, como las contenidas en las siguientes disposiciones:

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 neumoconiósicas, 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 (silicosis 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 neumoconiósico 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 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).

Tercero.—1. Ante la real existencia de las disposiciones indicadas, la práctica totalidad en vigor cuando el trabajador prestaba servicios para la demandada, la empresa, para evitar que se le pudiera imputar responsabilidad, debió articular una prueba conducente a demostrar que había tomado medidas de seguridad específicas frente a la exposición al amianto, y nada de esto hizo pues, partiendo de la base indiscutida de que el causante estuvo sometido a tal exposición durante un prolongado espacio de tiempo, de la lectura completa de la propia sentencia impugnada se desprende que existían importantes deficiencias en el cumplimiento de la normativa ya entonces vigente; sin que conste que tomara medidas cuando se prestaron los servicios, pues, como igualmente se deduce de la sentencia en cuestión, y así lo hemos destacado en alguna de las resoluciones de la Sala antes referenciadas (TS 1-2-2012, R. 1655/11), no se han aportado a las actuaciones documentos que justifiquen la prevención antes de 1977, como los referidos a los sistemas de limpieza, protección personal, etc.

2. Como así mismo hemos concluido en el citado precedente, *" la existencia de una normativa que obligaba a la empresa a tomar medidas que, aun de carácter genérico en ocasiones, venían establecidas para evitar una contaminación que en aquellos momentos ya se conocía como posible, y el hecho de que la empresa no haya acreditado haberla cumplido conforme a las exigencias contenidas en tales normas, obliga a entender que la enfermedad contraída por el demandante deriva de aquel incumplimiento empresarial y por lo mismo que las consecuencias nocivas le son imputables a título de culpa a quien incumplió tal normativa, en aplicación de las previsiones contenidas en el art. 1101 del Código Civil por cuanto, conforme a la doctrina recogida en nuestra sentencia de 30 de junio de 2010 (rcud.- 4123/2008) antes citada, fundada en las reglas que rigen la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales - art. 1091 CC -, la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil , en doctrina que, aun no aplicable al presente caso, ha hecho suya el legislador al incluirla en el art. 96.2 de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Laboral - Ley 36/2011, de 10 de octubre - al establecer que "en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad" (STS 1-2-2012, R. 1655/11).*

3. La conclusión a la que nos conduce todo lo hasta aquí expuesto, al igual que en los mencionados y recientes precedentes, no es otra que la de entender que la empresa demandada sí que debe ser considerada responsable civil por los daños derivados de la enfermedad profesional que aquejaba al trabajador, y que, como vimos, determinó que se le declarara en incapacidad permanente absoluta por tal contingencia, la misma que condujo a la pensión de viudedad de su esposa. Es probable que en el óbito también incidieran otras cuestiones, como el tabaquismo que parecía padecer igualmente el causante, pero lo determinante para concluir estimando en lo sustancial la pretensión es que, como con acierto decía la sentencia referencial, si el amianto no llegó a ser la causa definitiva del óbito, es indudable que al menos agravó las dolencias e incidió en el fatal desenlace, como, también sin duda alguna, originó la incapacidad permanente absoluta del trabajador que motivó su demanda inicial por daños y que, ahora (y esta cuestión de la sucesión procesal de la viuda e hija, y sus consecuencias, no nos ofrece dudas en línea con la doctrina de la Sala 1.ª de este Tribunal sobre la legitimación activa de los herederos para el ejercicio de acciones que correspondían inicialmente al causante: STS1.ª 5/11/2012, R. 2124/2009], y no ha merecido la menor atención en el escrito de impugnación de la empresa), ha de beneficiar a las recurrentes.

Cuarto.—Por lo que respecta a la cuantificación del daño, cuestión que tampoco ha merecido comentario alguno en el escrito de impugnación empresarial, la doctrina de la Sala viene sosteniendo que, en principio, es algo que corresponde al juzgador de instancia y que sólo debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (R. 40/09) afirma: "*conforme a nuestra doctrina (STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/97) y 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/05) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable*"

Sin embargo, llegados a este punto, a la vista de que el causante, cuando falleció, tenía menos de 65 años y que, conforme al baremo de la Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros (BOE 13-2-2007) que, al igual que el causante en la demanda inicial, expresamente invocaban las beneficiarias en el recurso de suplicación, la indemnización básica por muerte a favor del cónyuge estaba establecida en 99.222,70 € y en 8.268,56 € a favor de la hija mayor de 25 años, incluidos en ambos casos los daños morales, sin que esta Sala aprecie otras circunstancias que pudieran incrementar tales sumas, a ellas debe elevarse la condena en aras de los principios de celeridad y economía procesal, resolviendo así en plenitud el debate de suplicación. La condena no debe afectar a la aseguradora Musini, pues, conforme relata el incuestionado hecho probado 6.º, la póliza suscrita en su día con ella por la Empresa Nacional Bazan excluía cualquier tipo de enfermedad profesional. La responsabilidad de la condena tampoco debe alcanzar a la codemandada Navantia SA porque, según se deduce igualmente del incombustible relato fáctico, y así lo reconoce de modo pacífico -ni en suplicación ni ahora se discute tal cuestión- el Juez de instancia en la parte final de los fundamentos

jurídicos de su sentencia ("... se impone la íntegra desestimación de la demanda, también en cuanto a la mercantil no empleadora Navantia S.A."), dicha entidad nunca tuvo la condición de empleadora del causante ni consta acreditado que fuera sucesora de Izar. Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Claudia y D.^a Isidora, en calidad de sucesoras procesales hereditarias de DON Secundino (fallecido). contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 757/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Ferrol, en autos seguidos contra IZAR, CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A. EN LIQUIDACION; NAVANTIA, S.A., y MUSINI (hoy MAPFRE EMPRESAS, S.A.). Casamos y anulamos la sentencia impugnada y, resolviendo el debate de suplicación, condenamos a la empresa IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES SA, EN LIQUIDACIÓN, a que abone, en concepto de daños y perjuicios, NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS EUROS CON SETENTA CENTIMOS (99.222,70) a DOÑA Claudia y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CENTIMOS (8.268,56) a DOÑA Isidora, manteniendo el pronunciamiento absolutorio respecto al resto de las entidades demandadas. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia, 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.