

En la ciudad de [Santander](#), a [08 de junio del 2015](#).

Don [Pablo Rueda Díaz de Rábago](#), Magistrado-Juez del [JUZGADO DE LO SOCIAL N° 3](#) de [Santander](#) tras haber visto los presentes autos de [Seguridad Social](#), nº [0000100/2015](#), de [Recargo prestaciones por accidente](#), entre partes, de una como demandante, y de otra como demandado [INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL](#) e...

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

## **SENTENCIA 000252/2015**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora formuló demanda el día 12-02-2015 que correspondió a este Juzgado por turno de reparto, en la que tras alegar los hechos y fundamentos legales en que apoya su pretensión, termina suplicando se admita a trámite, y en su día, previa celebración del juicio correspondiente se dicte sentencia de conformidad con el suplico de la demanda, designa letrado para su defensa en juicio y demás incidencias.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda fue acordada la celebración del juicio correspondiente al que, previa la citación legal, han comparecido las partes el día 4 de junio de 2015 señalado al efecto, haciéndolo la actora asistida por el letrado Sr. [ROMÁN ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIÁIN](#) compareciendo por la parte demandada, INSS y TGSS el letrado Sr. [JOSÉ LUIS LÓPEZ-TARAZONA ARENAS](#) e, S.A. el letrado Sr. [ÁLVARO DAVID RODRÍGUEZ PENTIL](#).

Abierto el acto, la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda solicitando la estimación de la misma previo recibimiento del juicio a prueba. En periodo de prueba se unió a los autos la documental aportada.

En conclusiones las partes se ratifican en sus pretensiones, dándose por terminado el acto, quedando en este estado los autos a la vista para dictar sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** El esposo de la actora trabajó para las siguientes empresas :

: desde el 27 de agosto de 1971 hasta el 1 de enero de 1973  
.: desde el 2 de enero de 1973 hasta el 30 de agosto de 1977  
.: desde el 4 de septiembre de 1977 hasta el 1 de diciembre de 1982  
.: desde el 29 de julio de 1983 hasta el 24 de diciembre de 1983  
: desde el 12 de marzo de 1984 hasta el 30 de abril de 1984  
: desde el 14 de mayo de 1984  
.: desde el 13 de mayo de 1986 hasta el 21 de mayo de 1986  
.: desde el 17 de diciembre de 1986 hasta el 9 de enero de 1987  
.: desde el 27 de enero de 1988 hasta el 22 de agosto de 1988  
.: desde el 23 de marzo de 1988 hasta el 23 de agosto de 1989

**SEGUNDO.-** El 11-4-14 se dictó sentencia por el juzgado de lo Social nº 6 de Santander que reconoció al esposo de la actora una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional.

( el contenido de esta sentencia, firme, se tendrá por reproducido de modo íntegro ).

**TERCERO.-** El esposo de la demandante, en el periodo en que prestó sus servicios profesionales para la empresa, estuvo en contacto directo con el amianto. Parte de su trabajo consistía en proyectar fibras de amianto, que actuaba como aislante del fuego de los elementos en que se proyectaba.

Los sacos de amianto se abrían por los trabajadores, se echaban en la torva y con la manguera se proyectaban sobre las vigas. En estas operaciones el polvo del amianto se expandía por el aire.

El actor realizó esta actividad en Zaragoza, en las obras del Banco Hispano y en el Hospital 12 de octubre, u en otras obras de Bilbao, Castellón y Madrid, en el aparcamiento del Carmen.

Para paliar los efectos del amianto, la empresa les recomendaba beber leche.

**CUARTO.-** Las empresas e S.A figuran en el Listado de empresas que han comercializado amianto según el estudio de publicidad, en el año 1977, en el caso de la primera empresa, y en los años 1978, 1979 y 1980, en el caso de la segunda.

**QUINTO.-** El esposo de la actora padeció un mesotelioma pleural estadio T2 ( afectación de parénquima pulmonar ).

El citado señor falleció por esta causa el 24-7-14.

**SEXTO.-** En setiembre de 1994, la fábrica de sufrió un incendio que causó gran destrozo mobiliario e inmobiliario.

**SÉPTIMO.-** Se ha tramitado expediente administrativo con resolución del INSS de 21-11-14 que decidió no imponer a la empresa demandada recargo alguno por falta de medidas de seguridad.

Contra la mentada resolución se interpuso reclamación previa por la demandante el 22-12-14, que fue desestimada el 13-1-15.

( el contenido del expediente tramitado se tendrá por reproducido de modo íntegro ).

**OCTAVO.-** Por escritura pública de 14-10-05, se produjo una fusión por absorción de S.A. ( el contenido de esta escritura se tendrá por reproducido ) por parte de la demandada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** No son verdaderamente discutidos los hechos que se han declarado probados.

La parte actora solicita el recargo del 50 % porque entiende que la empresa demandada omitió flagrantes medidas de seguridad al permitir que el esposo de la actora contrajera la enfermedad pulmonar que en julio de 2014 terminó con su vida al estar en contacto con el amianto durante varios años ( durante su vinculación con la demandada ).

La empresa demandada defiende, por un lado, que no puede tener responsabilidad alguna ya que el fallecido nunca trabajó para ella y el hecho de que la demandada absorbiera por fusión a la presunta empresa responsable no le haría cómplice de esta responsabilidad por no resultar de aplicación el art. 44 del E.T.

El INSS sostiene que por las peculiaridades del caso ( incendio de las instalaciones de ) no es posible imputar responsabilidad alguna a la demandada.

**SEGUNDO.-** Lo primero que ha de ser destacado es que existe una sentencia del juzgado de lo Social nº 6 de 11-4-14 ( firme ) que tiene indudable repercusión en este supuesto.

Y ello porque provoca efectos de cosa juzgada en sentido material, es decir, debe entenderse acreditado que el esposo de la actora trabajó para las empresas citadas en esta sentencia y sobre todo que mientras lo hizo para estuvo en contacto directo con el amianto.

La magistrada concede la absoluta derivada de enfermedad profesional.

Por tanto, debe tenerse por probado que el esposo de la actora estuvo en contacto con el amianto durante su vinculación con y que como consecuencia de ello desarrolló la enfermedad mesotelioma pleural que provocó su fallecimiento.

Partiendo de ello, ha de analizarse, en primer lugar, si la demandada podría devenir responsable por los presuntos hechos inadecuados en relación a faltas de medidas de seguridad cometidos por la empresa, que fue absorbida por fusión por aquella.

La demandada defiende que el art. 44 ( sucesión de empresas ) no puede afectar a la posible responsabilidad por recargo. Esto es, que la fusión por absorción no acarrea responsabilidad por hechos protagonizados por la absorbida en relación con falta de medidas de seguridad.

Esta polémica ha sido recientemente resuelta por el T. Supremo en sentencia del 23-3-15 en estos términos :

“En la determinación de la norma aplicable a la cuestión objeto de debate, hemos de partir de las siguientes consideraciones previas: La primera de ellas es que el art. 44.3 ET salva -en la materia del régimen jurídico que corresponde a la sucesión de empresa- la regulación específica de «la legislación de Seguridad Social», lo que comporta una remisión a este ámbito normativo e impone en el mismo la necesidad de una respuesta, expresamente regulada por el legislador u obtenible por analogía. La segunda, atiende a la circunstancia de que el art. 123.2 LGSS no contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones, puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico *ad hoc* y destinado a «cubrirla, compensarla o transmitirla». Y la tercera, es que muy contrariamente el tema de la sucesión empresarial tiene respuesta concreta en el art. 127.2 LGSS, al señalar que «[e]n los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las *prestaciones causadas* antes de dicha sucesión».

Sentado ello, hemos de afirmar que es innegable que este último precepto -art. 127.2- se refiere específicamente a las «prestaciones» y no al «recargo de prestaciones», pero de todas formas la ausencia de precepto específico que regule la suerte correspondiente al recargo en los supuestos de transmisión de empresas, comporta una laguna legal -en el ámbito de la Seguridad Social-: a) que por fuerza ha de colmarse y razonablemente ha de hacerse -de ser factible- con la normativa específica de este campo jurídico y no con preceptos propios de otros ámbitos, cuales el mercantil o laboral; y b) que el principio de primacía del Derecho Comunitario -lo veremos luego con más detalle- obliga a interpretar el Derecho nacional atendiendo al significado «que mejor se ajuste» a la finalidad de la Directiva que trate la materia [así, aparte de las que posteriormente citaremos, la STJCE 04/Julio/06, Asunto Adeneler], lo que determina la necesaria aplicación de la Ley nacional, pero interpretada a la luz de la norma comunitaria, y ello nos lleva a excluir una interpretación extensiva o analógica de la intransmisibilidad *inter vivos* que establece el referido art. 123.2 [opuesta a esa doctrina comunitaria], para alcanzar también a los supuestos de sucesión empresarial, y más bien atendamos a una aplicación -igualmente analógica o extensiva- del art. 127.2 LGSS, en tanto que esta solución se nos presenta ajustada al principio *pro communitate* [después referiremos la STJUE 05/Marzo/2015, de decisiva importancia sobre la materia de que tratamos] y en todo caso la más adecuada para tutelar los intereses en juego.

Señalemos, en apoyo de esta solución, que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2<sup>a</sup>- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1<sup>a</sup>) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13-rcud 1023/12-); d).-

Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS/74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones, e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTS 27/03/07 -639/06-; 14/04/07 -rcud 756/06-; y 26/09/07 -rcud 2573/06-]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcud 4100/04-; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12-; 19/07/13-rcud 2730/12-, y 12/11/13-rcud 3117/12-).

Es más, a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS, al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad «las prestaciones económicas ... se aumentarán» en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión.

**3.- El significado del art. 127.2 LGSS.-** El precepto dispone que «[e]n los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».

La cuestión decisiva que la norma plantea es qué ha de entenderse por la expresión «causadas» que el precepto utiliza. Pues bien, nuestra conclusión es que la misma no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las prestaciones [recargo] «reconocidas» [impuesto] con anterioridad a la subrogación, sino al material de «generadas», habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que -concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial.

**CUARTO.- 1.- Novedoso criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.-** En el ínterin entre las dos deliberaciones realizadas por la Sala - primero en sección de cinco y luego en Pleno, al objeto de rectificar la doctrina- se dicta la STJUE de 05/Marzo/2015 [Asunto C-343/13], resolviendo procedimiento prejudicial en torno a la Directiva 78/855 CEE, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE, pero que mantiene idéntica literalidad en los preceptos que el Tribunal de Justicia interpreta [arts. 3.1; 13; y 19]. Decisión del Tribunal Europeo que no hace sino corroborar el acierto de

nuestro cambio de doctrina, rompiendo con el precedente que representa la sentencia de contraste.

**2.- La cuestión prejudicial que se plantea.-** El Tribunal do Trabalho de Leiria [Portugal] somete a la consideración del TJUE la posible transmisión -a la sociedad absorbente- de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, siendo así que tal infracción había sido apreciada en 15/Febrero por la ACT [Autoridade para as Condições de Trabalho], las correspondientes actas se levantaron en 7/Marzo, la fusión por absorción se registró el 31/Marzo y la multa se impuso el 24/Septiembre. Y lo que hace el TJUE es interpretar el alcance del art. 19.1.a) de la Directiva 78/855 [«1. La fusión produce *ipso iure* y simultáneamente los siguientes efectos: aj la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente»].

Y lo hace -interpretar la Directiva- partiendo, en lo que aquí interesa, de tres afirmaciones: a) que la Directiva 78/855 no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo» [ap. 26]; y b) que «el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar» [ap. 27]; y c) que «... la institución de la fusión, tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción» [ap. 30].

**3.- Los razonamientos.-** Sobre la base anterior, el TJUE hace una serie de consideraciones que por fuerza habrían de llevar a la conclusión que hemos adelantado, de subrogación en la responsabilidad por incumplimientos previos a la fusión:

a).- Que «si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría» [ap. 27];

b).- Que «esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855» [ap. 28];

c) - Que esta conclusión no perjudica los intereses de los accionistas de la sociedad absorbente, puesto que los mismos «pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener... una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad» [ap. 34].

**QUINTO- 1- La primacía de la jurisprudencia comunitaria.-** Destaquemos -como en precedentes ocasiones- que no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la CE -anterior art. 177-, la doctrina

establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece (así lo hemos declarado en las SSTS 17/12/97 -rec. 4130/96-; ... 20/10/04 -rcud 4424/03-; 27/10/04 -rcud 899/02-; y 09/04/13 -rcud 1435/12-).

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al afirmar que tal principio -la primacía del Derecho de la Unión Europea- «forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento ... y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel ..., habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93» (STC 145/2012, de 2/Julio, FJ 5).

Sin olvidar que: a) las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no resuelve litigio alguno sino que como «tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata» [SSTJCE 08/11/90, Asunto Gmurzynska-Bscher; ... 15/06/06, Asunto Acereda Herrera; y 06/07/06, Asunto Salus] (SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08-; y 04/02/10 -rcud 2288/09-); y b) la referida primacía incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva» [SSTJCE 13/11/90, Asunto Marleasing; ... 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y 25/07/08, Asunto Janecek] [SSTS 27/09/11 -rcud 4146/10-; y 24/06/09 -rcud 1542/08-).

## **2.- Incidencia de la Directiva 78/855 en la presente litis**

Forzosamente esa doctrina comunitaria habría de incidir de forma decisiva en la cuestión que aquí se plantea, en términos que comportan dos precisiones:

a) - Si bien con anterioridad a la referida STJUE de 05/Marzo/2015 era sostenible que la Directiva 78/855 no alcanzaba a una materia como la posible transmisibilidad del recargo, por cuanto que la indefinición -en la propia Directiva- del «activo» y «pasivo» permitían excluir de tales conceptos las obligaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social, que por aplicación del principio de especialidad entendimos -y seguimos entendiendo-han de regirse por la normativa propia de la Seguridad Social [arts. 123 y 127 LGSS] y nos ha llevado a excluir la legislación mercantil, lo cierto es que desde el momento en que el TJUE elabora un concepto uniforme de tales términos para todos los Estados miembros de la UE y otorga al mismo una amplitud que incluso abarca las responsabilidades derivadas de infracciones laborales, por fuerza esa doctrina no puede desconocerse ni siquiera aplicando el referido principio de especialidad, e impone también que en la presente materia hayan de tener en cuenta -ya veremos cómo- las Directivas 78/855 y 2011/35/UE [en el caso sería la primera de ellas, por obvias razones temporales].

b).- En todo caso no parece estar de más recordar con el Tribunal de Luxemburgo [así, entre otras muchas, las SSTJCE 26/Febrero/86, asunto *Marshall*; 14/Julio/994, asunto *Faccini Dori*; y 07/Marzo/96, Asunto *El Corte Inglés*]:

- Que las Directivas Comunitarias son de aplicación subsidiaria, en defecto de norma nacional que la trasponga o ya regule la materia en forma ajustada a la norma de la UE, pero aún en tal supuesto -aplicación subsidiaria- las Directivas únicamente tienen eficacia aplicativa en las relaciones verticales [poderes públicos/particulares]- y en sentido unilateral [particular frente poderes públicos y no a la inversa], como trasfondo sancionador al Estado incumplidor.

- Que se excluye la eficacia directa horizontal en el contexto de las relaciones horizontales [*inter privatos*], de forma que «una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto tal frente a dicha persona»; sin perjuicio de que el defecto de transposición de norma comunitaria se traduzca en la posibilidad de que el particular perjudicado acuda a la vía de la responsabilidad civil.

- Que la indefensión a los particulares se conjura anteponiendo al discurso de la eficacia directa el de la eficacia interpretativa, con la que a la postre se llega a una eficacia horizontal «indirecta».

-

De acuerdo con este criterio del T. Supremo debe concluirse que la demandada estaría legitimada pasivamente para responder por una posible falta de medidas en relación al recargo que pide la parte actora.

**TERCERO.-** La segunda cuestión esencial consiste en resolver si la empresa demandada incumplió medidas de seguridad que justificarían la imposición de un recargo.

Estima quien redacta que la carga de probar que la demandada omitió medidas de seguridad correspondería, en principio, a la parte trabajadora, a la parte que pretende la imposición de un recargo. Sucede que concurren dos circunstancias que aconsejarían trasladar esta carga a la empresa :

Por un lado, resulta incuestionable que el fallecido trabajó en dependencias de la demandada en contacto directo con el amianto y que, por ello, adquirió la enfermedad que finalizó con su vida.

Por otro lado, en setiembre del 94 un feroz incendio devastó la fábrica de la demandada, lo que habría impedido conservar la documentación que pudiera acreditar la falta de medidas de seguridad.

Esto supone que la parte actora se encuentra con una dificultad manifiesta a la hora de demostrar que la empresa omitió medidas de seguridad. No obstante lo cual, este magistrado considera que la demandada omitió este tipo de medidas por las siguientes consideraciones :

Básicamente porque en los años setenta ya se conocía ( o debía conocer ) que el trabajo en contacto directo con el amianto podría provocar lesiones de tipo de pulmonar ( en uno u otro sentido ).



Verdaderamente, la que pudiera erigirse en la polémica más compleja de este asunto ya ha sido resuelta por el T. Supremo en sentencia del 5-3-2013, cuyas reflexiones se exponen a continuación:

“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. 12.111); 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. 19.11); 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. 46.11); 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 (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 silicósico 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 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 1ª de este Tribunal sobre la legitimación activa de los herederos para el ejercicio de acciones que correspondían inicialmente al causante: STS 1ª 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."

Pues bien, se estima directamente aplicable la sentencia del T. Supremo porque analiza un supuesto muy parecido al presente, sobre todo al coincidir los años setenta en los dos casos.

Por otro lado, no es descabellado afirmar que si la empresa hubiera tomado alguna medida de seguridad (mascarillas, epis, máquinas que paliaran los efectos del amianto, etc....) o si los reconocimientos hubieran sido profusos y completos (a nivel pulmonar, por ejemplo), la lesión pulmonar del trabajador pudiera no haberse desarrollado o su manifestación no hubiera sido tan virulenta. Lo cierto e indubitado es que el trabajador prestó servicios seis años para la demandada en contacto con el amianto y que no se adoptaron las medidas de seguridad correspondientes, cuando ya se conocía –o debía conocer- que el contacto con este material podría provocar los efectos perniciosos que desafortunadamente acaecieron.

No conviene olvidar que la magistrada de social 6 recoge como hecho probado la siguiente frase: "Para paliar los efectos del amianto, la empresa les recomendaba beber leche". No parece ser la medida de seguridad más idónea dadas las circunstancias expresadas.

En su consecuencia deberá aplicarse un recargo por falta de medidas de seguridad que este magistrado a tenor de las circunstancias temporales y materiales expuestas, se estima razonable imponer un recargo a la demandada del 40%.

**CUARTO.-** No puede, ni debe resolverse este expediente sin dar respuesta al recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra la providencia que inadmitió la prueba de videoconferencia a practicar en relación con dos testigos de la parte demandante.

No cabe sino confirmar aquella providencia :

Se insiste en que la distancia entre Madrid y Santander, en pleno siglo XXI, es más que accesible y cercana. El señalamiento de esta vista data de unos pocos meses y si tan importantes eran los testigos la parte interesada debió proceder a contratar el oportuno traslado en avión, que apenas cuesta unos 30 – 50 euros por persona ( varios vuelos diarios ). Madrid está tan cerca de Santander en nuestros días, como Torrelavega o Castro Urdiales hace 20 años.

De otro lado, no consta una especial debilidad física de los testigos como para poder trasladarse en avión. Uno de ellos tiene 70 años, no 90, y aunque sufrió un infarto en febrero de 2014, esto no le debe impedir ( no consta ) desplazarse en avión.

Por último, el plenario ha revelado y confirmado, como ya sospechara este magistrado, que la testifical no tenía especial relevancia. Esto es, no se inadmitió la testifical, se rechazó el medio mecánico que se pretendía utilizar porque no ofrece garantías físicas de intermediación, siendo siempre preferible la visión y prueba directa que la mediata e indirecta, como es obvio. Es más, es bastante posible que la testifical no se hubiera admitido a tenor de los hechos objeto de polémica, esencialmente jurídicos.

El recurso de reposición se rechaza.

**CUARTO.-** Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación, conforme con el art. 191 de la LRJS.

### **FALLO**

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña contra el INSS, TGSS e S.A., revoco la resolución del INSS de 21-11-2014 e impongo a la empresa demandada un recargo del 40 % por falta de medidas de seguridad en aquellas prestaciones de S. Social correspondientes al señor o sus herederos.

A su vez, se desestima el recurso de reposición interpuesto por la parte actora frente a la providencia de 21-5-2015.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a su notificación, por comparecencia o por escrito de las partes, su abogado o representante, designando el letrado que deberá interponerlo, siendo posible el anuncio por la mera manifestación de aquellos al ser notificados. La Entidad Gestora deberá aportar certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante toda la tramitación.

Firmado, Don PABLO RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 3.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el Ilmo. Sr. [Magistrado](#) que la suscribe, el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye el original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación de la misma y se notifica a cada una de las

partes conforme a lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes de la LRJS. Doy fe.