



TRABAJO FIN DE MÁSTER

La responsabilidad empresarial derivada del fallecimiento de un trabajador expuesto al amianto

Máster Universitario en Abogacía

Curso 2016/2017

Dictamen jurídico elaborado por **D^a. SAMANTA ROMANOS TIRADO**, con objeto de abordar las siguientes cuestiones prácticas:

- 1) Importancia de la declaración de enfermedad común o profesional para determinar la responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto.**
- 2) Existencia de responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto, teniendo en cuenta las medidas preventivas adoptadas o no adoptadas al respecto por la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido.**
- 3) Procedencia o no de recargo de prestaciones tras la posible declaración de existencia de responsabilidad empresarial.**

Apellidos, Nombre: Romanos Tirado, Samanta

Curso y Grupo: 2º Curso – Grupo 21

Tutor Académico: Prof. Dra. D^a. Sara Alcázar Ortiz

Fecha de Presentación: 15 de diciembre de 2016

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
ABREVIATURAS.....	4
DICTAMEN.....	5
I. ANTECEDENTES.....	7
II. CONSULTAS.....	14
III. DICTAMEN.....	15
1) Importancia de la declaración de enfermedad común o profesional para determinar la responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto al amianto.....	15
2) Existencia de responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto al amianto teniendo en cuenta las medidas preventivas adoptadas o no adoptadas al respecto por la empresa.....	24
3) Procedencia de recargo de prestaciones tras la declaración de existencia de responsabilidad empresarial.....	45
IV. CONCLUSIONES.....	50
ANEXOS.....	54
I. JURISPRUDENCIA APLICADA.....	55
II. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....	57

ABREVIATURAS

CPP = concentración promedio permisible.

IARC = *International Agency for Research on Cancer*.

INSHT = Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

INSS = Instituto Nacional de la Seguridad Social.

ITSS = Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social.

LGSS = Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LPRL = Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

RERA = Reglamento de Empresas con Riesgo de Amianto.

RD = Real Decreto.

STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

SSTS = Sentencias del Tribunal Supremo.

TRLGSS = Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

TSJ = Tribunal Superior de Justicia.

DICTAMEN

DICTAMEN que, a petición de la Universidad de Zaragoza, emite D^a. SAMANTA ROMANOS TIRADO, alumna de Segundo Curso del Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Zaragoza sobre «*La responsabilidad empresarial derivada del fallecimiento de un trabajador expuesto al amianto*», con fecha 15 de diciembre de 2016.

En primer lugar, y antes de comenzar el desarrollo del Dictamen, hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho que nos ocupa, y sobre el que se pretende elaborar el presente Dictamen, es un supuesto de hecho ya resuelto en su mayoría.

El supuesto de hecho que nos acontece consta de tres procedimientos: el primero, en materia de aclaración de contingencia por la enfermedad padecida por el trabajador fallecido; el segundo, en materia de responsabilidad empresarial por el fallecimiento de dicho trabajador de acuerdo con lo resuelto en el primer procedimiento; y, el tercero, en materia de recargo de prestaciones derivado de la responsabilidad empresarial declarada en el segundo procedimiento.

Los dos primeros procedimientos ya han concluido en la actualidad, contando, incluso, con sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sin embargo, el tercer procedimiento, en materia de recargo de prestaciones, todavía continúa abierto, a la espera de que la controversia sea resuelta por los Juzgados de Zaragoza y, en su caso, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

A pesar de tratarse de un supuesto de hecho prácticamente resuelto, cobra cierta importancia la elaboración de un Dictamen sobre el mismo, dada la repercusión social que siempre ha tenido los temas relativos al fallecimiento de trabajadores expuestos a las fibras de amianto y, sobre todo, dada la vinculación personal que me une a este asunto concreto.

I. ANTECEDENTES

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por la viuda del trabajador fallecido, se deducen los siguientes antecedentes:

PRIMERO.- En fecha 8 de febrero de 1982 el trabajador empezó a prestar servicios en la empresa dedicada a la fabricación de automóviles, con la categoría profesional de mecánico del automóvil y en el puesto de trabajo de final de línea de producción o acabado.

El trabajador prestaba servicios en un nave comúnmente llamada “garaje” en la que se efectuaban las reparaciones de los vehículos acabados, si era posible, o en otro caso, se sustituía la pieza defectuosa. Además, éste, junto con otros compañeros, acudía a la nave colindante denominada “chasis” en días en los que la carga de trabajo era menor en “garaje” y mayor en “chasis”, manteniéndose esta situación durante dos o tres años, durante el periodo 1983-1986.

La función principal del trabajador consistía en efectuar el lijado de zapatas (las cuales estaban fabricadas con amianto), para su posterior montaje, siendo eliminado el polvo generado tras la operación mediante soplado por aire comprimido hasta abril de 1986.

SEGUNDO.- En fecha 29 de agosto de 2011, el trabajador inició un periodo de Incapacidad Temporal por contingencia común, con el diagnóstico de «*derrame pleural*», siendo ingresado en el servicio de Neumología del Hospital Royo Villanova en fecha 2 de septiembre de 2011.

En fecha 15 de septiembre de 2011, el trabajador fue dado de alta en el servicio de Neumología del Hospital Royo Villanova, con diagnóstico principal de «*derrame pleural izquierdo maligno por mesotelioma*» siendo remitido al servicio de Oncología del mismohospital.

Intervenido quirúrgicamente el 5 de diciembre de 2011 de pleuroneumonectomía izquierda, al segundo día de postoperatorio presentó episodios de fibrilación auricular. El día 12 de diciembre de 2011, el trabajador sufrió una parada cardiorrespiratoria súbita que le originó la muerte, siendo la causa del fallecimiento *«mesotelioma pleural T2N0M0, estadio II»*.

TERCERO.- En fecha 25 de octubre de 2011, el trabajador inició un Expediente de aclaración de contingencia sobre el proceso de Incapacidad Temporal iniciado el 29 de agosto de 2011, habida cuenta de que el diagnóstico de *«derrame pleural por mesotelioma»* está reconocido como enfermedad profesional en el RD 1299/2006, de 16 de diciembre, donde se aprueba el cuadro médico de enfermedades profesionales en el grupo 6, número 3, Mesotelioma de Pleura, siendo de aplicación por imperativo legal el artículo 116 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *«en adelante, LGSS»* (actual artículo 157 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *«en adelante, TRLGSS»*).

Por Resolución del INSS de fecha 2 de mayo de 2012, se declaró el carácter común de la Incapacidad Temporal padecida por el trabajador. Contra la misma, la viuda del trabajador fallecido interpuso reclamación previa en fecha 6 de junio de 2012, la cual fue íntegramente desestimada mediante Resolución de 6 de julio de 2012 de la Dirección Provincial del INSS de Zaragoza.

Resuelta la vía administrativa, en fecha 27 de agosto de 2012, la viuda del trabajador fallecido interpuso demanda en materia de Seguridad Social por la que interesaba el cambio de contingencia como enfermedad profesional. Presentada demanda de determinación de contingencia, ésta fue resuelta por Sentencia del Juzgado de lo Social Número 4 de Zaragoza de fecha 29 de julio de 2013, mediante la cual se declaró que el periodo de Incapacidad Temporal iniciado por el trabajador en fecha 29 de agosto de 2011 y a causa del que falleció el día 12 de diciembre de 2011, era, efectivamente, derivado de contingencia profesional (enfermedad profesional) y no de contingencia común como había declarado en todo momento el INSS. El fallo de esta

Sentencia fue confirmado íntegramente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 19 de febrero de 2014.

CUARTO.- En fecha 12 de diciembre de 2012 se interpuso por parte de la viuda del trabajador, demanda de procedimiento ordinario en materia de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador como consecuencia de enfermedad profesional ocasionada por el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y medidas de seguridad para la salud e higiene en el trabajo por parte de la empresa para la cual había estado prestando servicios el trabajador fallecido.

Esta demanda fue parcialmente estimada, en cuanto a la cuantía de la indemnización procedente, por Sentencia del Juzgado de lo Social Número 5 de Zaragoza de 10 de junio de 2015, cuyo fallo fue íntegramente confirmado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 9 de diciembre de 2015 (la parte demandante solicitaba una cuantía en concepto de indemnización de daños y perjuicios equivalente a 462.571,35 euros más los intereses legales que se devengasen desde la interposición de la demanda, siendo concedida por ambos Tribunales la cantidad total de 99.911,38 euros más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento del trabajador como consecuencia de la responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y del incumplimiento de medidas de seguridad para la salud e higiene en el trabajo por parte de la empresa para la que había estado prestando servicios el trabajador fallecido).

QUINTO.- Con fecha 29 de diciembre de 2014 tuvo entrada en la Dirección Provincial del INSS de Zaragoza, escrito de iniciación de actuaciones procedente de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza en el que se afirmó que el trabajador sufrió una enfermedad profesional con fecha de baja médica de 29 de agosto de 2011, la cual ocasionó su posterior fallecimiento el día 12 de diciembre de 2011.

Recibido el anterior escrito de iniciación de actuaciones, mediante Resolución del INSS de fecha 31 de mayo de 2016, se acordó declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, siendo procedente, por ende, un recargo de prestaciones de Seguridad Social derivado de la enfermedad profesional que ocasionó la muerte del trabajador, equivalente al 30 por ciento y con cargo exclusivo a la empresa responsable. Asimismo, se declaró la procedencia de la aplicación del mismo incremento, y también con cargo a dicha empresa, respecto a las prestaciones que, derivadas de la enfermedad profesional anteriormente mencionada, se pudieran reconocer en el futuro.

En fecha 14 de noviembre de 2016, se interpuso por parte de la viuda del trabajador, demanda contra la Resolución del INSS de fecha 31 de mayo de 2016, al considerar que el recargo de prestaciones que debería acordarse es el equivalente al 40 por ciento dadas las circunstancias concurrentes en el caso, y no del 30 por ciento como acordó el INSS.

En la actualidad, este proceso todavía continúa en litigio, estando a la espera de que se resuelva la controversia en materia de recargo de prestaciones por los Juzgados de Zaragoza y, en su caso, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

La documentación de partida para la elaboración del presente Dictamen es la que se relaciona a continuación:

1. Reclamación previa de fecha 6 de junio de 2012, interpuesta por parte de la viuda del trabajador, contra la Resolución del INSS de fecha 4 de mayo de 2012 recaída en el Expediente de aclaración de contingencias iniciado por el trabajador fallecido, y por la que se declaró el carácter común de la enfermedad padecida por el trabajador fallecido.

2. Demanda en materia de Seguridad Social interpuesta por la viuda del trabajador fallecido en fecha 27 de agosto de 2012, por la cual se pretendía el reconocimiento como enfermedad profesional de la Incapacidad Temporal iniciada por el trabajador fallecido en fecha 29 de agosto de 2011.

3. Sentencia del Juzgado de lo Social Número 4 de Zaragoza de fecha 29 de julio de 2013 por la que se estima el carácter profesional de la enfermedad padecida por el trabajador fallecido.

4. Demanda de procedimiento ordinario en materia de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento de un trabajador como consecuencia de enfermedad profesional ocasionada por el incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales y de las medidas de seguridad para la salud e higiene en el trabajo, interpuesta por parte de la viuda del trabajador fallecido en fecha 12 de diciembre de 2012.

5. Documentación obrante en los archivos de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza que sirvió de apoyo a la defensa de la viuda del trabajador fallecido para acreditar el incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales y de las medidas de seguridad para la salud e higiene en el trabajo.

5.1. Requerimiento de la Inspección de Trabajo formulado con fecha 10 de febrero de 1986 mediante diligencia extendida en el Libro de visitas de la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido.

5.2. Escrito de fecha 25 de marzo de 1986 enviado a la empresa en la que prestaba servicios el trabajador fallecido, dándole traslado del Informe realizado por el Gabinete Técnico Provincial de Seguridad e Higiene de Zaragoza referido a la nave de “chasis” y, en especial, al riesgo de amianto en la misma, y en naves colindantes.

5.3. Informe técnico emitido con fecha 25 de junio de 1985 por el entonces Gabinete Técnico Provincial de Seguridad e Higiene de Zaragoza, perteneciente al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, sobre las condiciones higiénico-ambientales existentes en la nave de “chasis”, que contempla, entre otros, los niveles de contaminación por fibras de amianto provocados en las operaciones de lijado y remachado de forros de zapata.

5.4. Denuncia de fecha 12 de noviembre de 2007, presentada en la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza por los delegados de prevención de la plantilla de trabajadores que formaban parte de la empresa para la que había estado prestando servicios el trabajador fallecido, y escrito de ampliación de la misma denuncia presentado con fecha 27 de diciembre de 2007.

5.5. Escrito de contestación a la denuncia anterior, firmado en fecha 23 de mayo de 2008 por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social al que se asignó la investigación de los hechos denunciados por los delegados de prevención de la plantilla de trabajadores que formaban parte de la empresa para la que había estado prestando servicios el trabajador fallecido.

5.6. Memorándum de uso interno de fecha 25 de enero de 1985 del Director del Servicio Médico de la empresa dirigido a la Dirección de la factoría, aconsejando, entre otras acciones, *«que deberá realizarse la limpieza del área por medio de aspiración, nunca por soplado»*.

5.7. Acta de la reunión sobre amianto celebrada en la empresa el día 13 de enero de 1986 con participación del Gabinete Técnico Provincial de Seguridad e Higiene en el Trabajo, trabajadores y empresa.

6. Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de fecha 19 de febrero de 2014, dictada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Número 4 de Zaragoza de 29 de julio de 2013, por la que se confirma el fallo de la Sentencia de Instancia, esto es, el carácter profesional de la enfermedad padecida.

7. Sentencia del Juzgado de lo Social Número 5 de Zaragoza de fecha 10 de junio de 2015, por la que se estima la existencia de responsabilidad empresarial, así como la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador a causa del incumplimiento en materia de prevención de riesgos y de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa demandada.

8. Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, de fecha 9 de diciembre de 2015 por la que se desestiman los recursos de suplicación interpuestos tanto por la empresa para la que había estado prestando servicios el trabajador fallecido como por la viuda del trabajador fallecido contra la Sentencia de 10 de junio de 2015 del Juzgado de lo Social Número 5 de Zaragoza, confirmándose el fallo de la misma.

9. Resolución del INSS de fecha 31 de mayo de 2016, por la que se declara la procedencia del recargo de prestaciones en un porcentaje equivalente al 30 por ciento, con cargo exclusivo a la empresa para la que había estado prestando servicios el trabajador fallecido.

10. Reclamación previa de fecha 8 de julio de 2016 contra la Resolución del INSS de 31 de mayo de 2016 en materia de recargo de prestaciones, solicitando que se acuerde un recargo de prestaciones equivalente al 40 por ciento.

En vista de los antecedentes relatados, a la alumna que suscribe se solicita Dictamen que versa sobre las siguientes

II. CONSULTAS

PRIMERA.- Importancia de la declaración de enfermedad común o profesional para determinar la responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto.

SEGUNDA.- Existencia de responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto, teniendo en cuenta las medidas preventivas adoptadas o no adoptadas al respecto por la empresa para la que prestó servicios el trabajador fallecido.

TERCERA.- Procedencia o no de recargo de prestaciones tras la posible declaración de existencia de responsabilidad empresarial.

Aceptando el requerimiento formulado, la alumna que suscribe emite el siguiente

III. DICTAMEN

1. IMPORTANCIA DE LA DECLARACIÓN DE ENFERMEDAD COMÚN O PROFESIONAL PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL FALLECIMIENTO DE UN TRABAJADOR EXPUESTO DE MANERA PROLONGADA A FIBRAS DE AMIANTO

1.1 CONCEPTO DE LA ENFERMEDAD PADECIDA («MESOTELIOMA PLEURAL») Y SU CONEXIÓN CON LA EXPOSICIÓN AL AMIANTO

El caso que se nos presenta trae su causa en el fallecimiento de un trabajador que durante sus años activos estuvo potencialmente expuesto a las fibras de una sustancia denominada amianto, la cual puede encontrarse en la fabricación de fibrocemento (76,74 por ciento); en aislamientos y calorificaciones (3,89 por ciento); empaquetaduras, cartón y papel (5,09 por ciento); filtros, recambios, elementos de fricción (3,30 por ciento); y otros materiales sin especificar (10,98 por ciento). En nuestro supuesto de hecho, el trabajador fallecido estuvo potencialmente expuesto a esta sustancia porque su principal función, en la empresa para la que prestaba servicios, consistía en lijar las zapatas de los frenos de los automóviles que la citada empresa fabricaba, las cuales estaban hechas de fibras de amianto.

Los riesgos que supone la exposición prolongada a las fibras de amianto son mundialmente conocidas desde principios del siglo XX, siendo a mediados de este siglo cuando empezaron a aparecer las primeras normativas reguladoras de la seguridad en el trabajo para quienes se encuentran, en el ejercicio de su profesión, en contacto continuo con las fibras de amianto. En este sentido, destacó en aquel momento la Orden de 31 de enero de 1940, por la que se aprobaba el Reglamento de Seguridad e Higiene en el

Trabajo (derogada posteriormente por la vigente Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

En concreto, entre las principales dolencias que pueden causar la exposición prolongada a las fibras de amianto encontramos: mesotelioma, asbestosis, cáncer de pulmón y patologías pleurales no malignas entre las que destacan las placas pleurales, el engrosamiento pleural, el derrame pleural benigno y la atelectasia redonda o síndrome de Blesovski. Todas ellas, recogidas como enfermedades profesionales en el Grupo 6 del Anexo 1 del vigente RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

En el caso que nos ocupa, el trabajador prestó servicios desde el año 1983 hasta su fallecimiento en el año 2011 como mecánico del automóvil en el puesto de trabajo de final de línea de producción o acabado, ocupándose principalmente del lijado de las zapatas, las cuales, hasta abril de 1986, estaban hechas de amianto.

El 15 de septiembre de 2011, el trabajador es diagnosticado con *«derrame pleural izquierdo maligno por mesotelioma»*, siendo, en particular, el Informe médico el siguiente: *«Se trataba de un paciente de 57 años de edad, con antecedentes de no RAM, contacto con amianto (frenos del automóvil) en relación a su profesión de mecánico, mostrándose en el TAC torácico “Placas pleurales apicales derechas calcificadas relacionadas con amianto” [...]*». Además, en el mismo Informe y, dentro del apartado de “EVOLUCIÓN”, se determina que *«[...] con fecha del 7/09/2011 se realiza pleuroscopia con talcaje y el diagnóstico anatomopatológico de las tres muestras es el siguiente: A. Pulmón pleura parietal con mesotelioma pleural maligno que infiltra parénquima pulmonar. B. Pleura parietal infiltración de mesotelioma pleural maligno. C. Pleura siafragmática infiltración de mesotelioma pleural maligno»*.

A este respecto, y en términos médicos, la enfermedad de *«mesotelioma»* se define como una forma de cáncer, estadísticamente no muy frecuente pero de gran agresividad, que se desarrolla a partir de células transformadas pertenecientes al

mesotelio, un tejido protector que reviste los pulmones y la cavidad torácica (pleura), el abdomen (peritoneo) o el corazón (pericardio).

La enfermedad de mesotelioma es una dolencia con una alta tasa de mortalidad, que, se relaciona exclusivamente con la exposición al amianto, tanto en el lugar de trabajo como, en ocasiones, por el contacto con fibras desprendidas de la ropa de trabajo en el hogar o incluso mediante exposición ambiental. Asimismo, la *International Agency for Research on Cancer, «en adelante, IARC»* estableció, en 1976, que todos los tipos de fibras de amianto pueden provocar mesotelioma y carcinoma de pulmón, negando la posibilidad de definir niveles seguros de exposición.

Finalmente, hay que tener en cuenta un dato importante respecto a las enfermedades que se pueden contraer por una exposición prolongada a las fibras de amianto. El dato consiste en que los periodos de latencia de las afecciones producidas por el amianto son extremadamente prolongados, lo que puede contribuir a su escaso reconocimiento; tanto es así que, en el supuesto del mesotelioma pleural, su periodo normal de latencia o incubación oscila entre 20 y 40 años, o incluso 50 años. De hecho, en el supuesto que nos ocupa, el fallecimiento del trabajador se produjo a los 25 años del final de la exposición al amianto.

En definitiva, y de acuerdo con todo lo anteriormente descrito, se considera que la enfermedad padecida por el trabajador fallecido, «*mesotelioma de pleura*», es una enfermedad directamente relacionada con una exposición prolongada a fibras de amianto; siendo ésta la causa principal del fallecimiento del trabajador.

1.2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA EXPOSICIÓN AL AMIANTO EN EL TRABAJO Y EL CARÁCTER PROFESIONAL O COMÚN DE LA ENFERMEDAD CAUSANTE DEL FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR

Como ha quedado expuesto en el punto anterior, la enfermedad causante del fallecimiento del trabajador en el caso que estamos analizando («*mesotelioma de pleura*») se contrajo como consecuencia de la exposición prolongada a las fibras de amianto; fibras de amianto a las que se puede estar expuesto no solo en el trabajo, sino también en el hogar familiar por el contacto con las mismas que se desprenden de la ropa del trabajo. Es por ello que, habida cuenta de que la enfermedad de «*mesotelioma de pleura*» tiene relación directa con la exposición a las fibras de amianto y, a su vez, con el ámbito del trabajo, la lógica nos llevaría a concluir que se trata de una enfermedad profesional y, efectivamente, así es.

La regulación actual de las enfermedades profesionales se contiene en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. En el Anexo 1 de esta norma, aparece recogido un cuadro de enfermedades profesionales clasificadas en seis grupos donde podemos encontrar, en el apartado C del grupo 4, las enfermedades profesionales causadas por inhalación de polvos de amianto y, entre ellas, la asbestosis. De igual modo, dentro del grupo 6 del mismo Real Decreto, encontramos las enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos y, entre ellas, el amianto en su apartado A, capaz de producir las siguientes afecciones: neoplasia maligna de bronquio y pulmón; mesotelioma; mesotelioma de pleura; mesotelioma de peritoneo y mesotelioma de otras localizaciones. Todo esto, puede observarse claramente en el siguiente extracto del cuadro de enfermedades profesionales recogido en el Anexo 1 del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro:

		09	3D0109	Trabajos de fermentación del vinagre.
4				Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados
	A			Polvo de sílice libre:
		01		Silicosis
				Trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice libre, y especialmente:
		01	4A0101	Trabajos en minas, túneles, canteras, galerías, obras públicas.

		01	4B0101	Trabajos que impliquen exposición a polvo de carbón.
	C			Polvos de amianto (asbesto):
		01		Asbestosis
				Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), y especialmente:
		01	4C0101	Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.
		02	4C0102	Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto.
		03	4C0103	Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).
		04	4C0104	Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).
		05	4C0105	Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios y su destrucción.
		06	4C0106	Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibrocemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto, de juntas de amianto y caucho.
		07	4C0107	Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto.
		08	4C0108	Carga, descarga o transporte de mercancías que pudieran contener fibras de amianto.
		02		Afecciones fibrosantes de la pleura y pericardio que cursan con restricción respiratoria o cardíaca provocadas por amianto.
				Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), y especialmente:
		01	4C0201	Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.
		02	4C0202	Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto.
		03	4C0203	Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).
		04	4C0204	Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).
		05	4C0205	Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios y su destrucción.
		06	4C0206	Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibrocemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto, de juntas de amianto y caucho.
		07	4C0207	Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto.
		08	4C0208	Carga, descarga o transporte de mercancías que pudieran contener fibras de amianto.
	D			Otros polvos de minerales (talco, caolín, tierra de batán, bentonita, sepiolita, mica, otros silicatos naturales):
		01		Talcosis

		14	5D0114	Carníceros.
6				Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos
	A			Amianto

		02		Mesotelioma
		01	6A0201	Industrias en las que se utiliza amianto (por ejemplo, minas de rocas amiantíferas, industria de producción de amianto, trabajos de aislamientos, trabajos de construcción, construcción naval, trabajos en garajes, etc.). Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), y especialmente:
		02	6A0202	Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.
		03	6A0203	Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto.
		04	6A0204	Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).
		05	6A0205	Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).
		06	6A0206	Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios.
		07	6A0207	Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibrocemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto, de juntas de amianto y caucho.
		08	6A0208	Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto.
		09	6A0209	Limpieza, mantenimiento y reparación de acumuladores de calor u otras máquinas que tengan componentes de amianto.
		10	6A0210	Trabajos de reparación de vehículos automóviles.
		11	6A0211	Aserrado de fibrocemento.
		12	6A0212	Trabajos que impliquen la eliminación de materiales con amianto
		03		Mesotelioma de pleura
		01	6A0301	Industrias en las que se utiliza amianto (por ejemplo, minas de rocas amiantíferas, industria de producción de amianto, trabajos de aislamientos, trabajos de construcción, construcción naval, trabajos en garajes, etc.).
				Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto), y especialmente:
		02	6A0302	Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.
		03	6A0303	Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto.
		04	6A0304	Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).
		05	6A0305	Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).
		06	6A0306	Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios.
		07	6A0307	Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibrocemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto, de juntas de amianto y caucho.
		08	6A0308	Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto.
		09	6A0309	Limpieza, mantenimiento y reparación de acumuladores de calor u otras máquinas que tengan componentes de amianto.
		10	6A0310	Trabajos de reparación de vehículos automóviles.
		11	6A0311	Aserrado de fibrocemento.
		12	6A0312	Trabajos que impliquen la eliminación de materiales con amianto
		04		Mesotelioma de peritoneo

Por tanto, y teniendo en cuenta el diagnóstico indubitado de «*Mesotelioma Pleural Maligno*» de nuestro supuesto concreto, el citado diagnóstico constituye una enfermedad directamente relacionada con la exposición al amianto en el ámbito laboral y, por ello, reconocida como enfermedad profesional por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, donde se aprueba el cuadro médico de enfermedades profesionales, en el grupo 6, número 3, «*Mesotelioma de Pleura*», siendo de aplicación por imperativo legal lo dispuesto en el art. 116 de la LGSS (actual artículo 157 TRLGSS).

A estos efectos, dispone el artículo 116 de la LGSS (con la misma redacción que el actual artículo 157 TRLGSS) que «*se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*». En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (Rec. Núm. 2990/2004, RJ 2006/2092), respecto al artículo 116 LGSS (actual artículo 157 TRLGSS) considera, en otras palabras, que «*la prueba de la conexión entre el trabajo y la enfermedad, o que el trabajo haya sido el causante de la enfermedad, no se exige en ningún caso si el trabajador sufre una de las enfermedades profesionales listadas en el RD 1299/2006*».

En el mismo sentido se pronunció la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, en su Sentencia de 21 de abril de 2003 (Sentencia Número 455/2003; AS 2003/825), al afirmar que «*hay determinadas enfermedades que vienen atribuidas a concretas actividades laborales que han sido objeto de un listado previo: el que figura en el RD 1995/1978, de 12 de mayo (derogado por el vigente RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro). El concepto, pues, que de la enfermedad profesional da el artículo 116 de la Ley de Seguridad Social no desvincula a ésta del accidente de trabajo, simplemente da una presunción a favor de su existencia cuando la enfermedad está catalogada y se contrae en una de las actividades previstas como causantes del riesgo*».

También se pronunció acerca del concepto de enfermedad profesional el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 4 de diciembre de 2012 (Sentencia Número 8205/2012; JUR 2013/43545), al determinar que *«este reconocimiento exige la concurrencia de los tres requisitos marcados legalmente: 1) que la enfermedad sea contraída a consecuencia del trabajo prestado por cuenta ajena [.....], la concausalidad entre el trabajo y la lesión o enfermedad producida es aquí mucho más rígida que en la definición de accidentes de trabajo, al no poder producirse la enfermedad profesional con ocasión del trabajo, sino siempre por consecuencia del trabajo realizado; 2) que proceda de la acción de elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional. Es decir, es necesario que la enfermedad profesional se haya producido precisamente por los elementos, sustancias, agentes físicos o agentes animales que detalla el cuadro del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre [...]; 3) que sea consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones reglamentarias de aplicación y desarrollo de la ley [...]»*.

En consecuencia, todo esto implica que para que una enfermedad sea catalogada como profesional, no es suficiente con que haya sido adquirida a consecuencia del trabajo, sino que, además, tiene que haber sido contraída en alguna de las actividades listadas; destacando, al efecto, que si la enfermedad se reconoce en la lista de enfermedades profesionales reglamentaria concurre la presunción *iuris et de iure* de que la lesión es profesional. No obstante, es importante saber que en el caso de que la enfermedad profesional no esté prevista de forma expresa en la lista, se ha de demostrar claramente la relación causa-efecto entre el trabajo y la enfermedad profesional.

Por tanto, en el supuesto de hecho analizado, y en contra de la postura que mantuvo el INSS en todo momento, se considera que la enfermedad que causó la muerte al trabajador (*«mesotelioma pleural»*) es una enfermedad de carácter profesional. No solo puede concluirse tal carácter por todo lo hasta aquí dictaminado, sino que en nuestro supuesto de hecho la meritada enfermedad también fue declarada de carácter profesional por el TSJ de Aragón en su Sentencia de 19 de febrero de 2014.

1.3. IMPORTANCIA DE LA DECLARACIÓN DEL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA ENFERMEDAD CAUSANTE DEL FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR

A este respecto, el Tribunal Supremo determinó, en su Sentencia de 14 de febrero de 2006 (Rec. Núm. 2990/2004; RJ 2006/2092) que *«la consecuencia principal de la calificación radica más bien en la “prueba del nexo causal lesión-trabajo” para la calificación de laboralidad; en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 LGSS (actual artículo 157 TRLGSS) tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas [...]. La presunción legal del citado precepto es, en suma, una presunción sobre el régimen de la prueba, es decir una presunción iuris tantum que admite en principio prueba en contrario [...]»*; concluyendo que, sin embargo, la prueba del nexo causal lesión-trabajo no se exige, en ningún caso, al trabajador en las enfermedades profesionales listadas.

Y siguiendo esta línea se pronunció, en el supuesto de hecho analizado, el Juzgado de lo Social Número 4 de Zaragoza en su Sentencia de 29 de julio de 2013, en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto establece que *«[...] corresponde a la empresa la carga de la prueba de que el mesotelioma que padeció el trabajador no fue contraído a causa de su actividad en la empresa [...]»*.

La declaración de que la enfermedad causante de la muerte del trabajador sea de carácter profesional o común, tiene su importancia en dos vertientes: por un lado, las prestaciones de Seguridad Social que en su caso pudieran corresponder siempre son de cuantía superior en los casos en que se trate de accidente de trabajo o enfermedad profesional, frente a las cuantías correspondientes a las contingencias comunes; y, por otro lado, en el caso de que se tratase de una enfermedad de origen profesional, la responsabilidad de la misma podría corresponder exclusivamente a la empresa y/o a la Mutua que cubra los riesgos derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que tengan su origen en la actividad laboral, eximiendo de toda responsabilidad al INSS quien, en el caso de que se declare que la enfermedad es de origen común, es el responsable de cubrir todos los gastos derivados de la misma.

En consecuencia, y en aras a poder ejercitar una acción conducente a declarar responsable a la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido de su deceso, se entiende absolutamente importante la declaración previa del carácter profesional o común de la enfermedad causante del fallecimiento del trabajador, dado que si se declarase el carácter común de la enfermedad, no podría entrarse a valorar la responsabilidad o no de la empresa ya que nada tendría que ver. Sin embargo, la historia cambia cuando se declara el carácter profesional de la enfermedad, como es el caso, pues la empresa tiene cierta responsabilidad en la misma, pero el Juzgado será, en todo caso, quien determine el alcance de dicha responsabilidad.

2. EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL FALLECIMIENTO DE UN TRABAJADOR EXPUESTO DE MANERA PROLONGADA A FIBRAS DE AMIANTO, TENIENDO EN CUENTA LAS MEDIDAS PREVENTIVAS ADOPTADAS O NO ADOPTADAS AL RESPECTO POR LA EMPRESA PARA LA QUE PRESTÓ SERVICIOS EL TRABAJADOR FALLECIDO

2.1. MEDIDAS PREVENTIVAS QUE DEBEN ADOPTARSE EN UN CENTRO DE TRABAJO DONDE LOS TRABAJADORES ESTÁN EXPUESTOS A LA PRESENCIA DE AMIANTO

En primer lugar, para poder determinar las medidas que deben adoptarse en un centro de trabajo cuyos trabajadores están potencialmente expuestos a los riesgos del amianto es necesario determinar el nivel de fibras de amianto presentes en el citado centro de trabajo y, de esta manera, poder comprobar si, efectivamente, dichos centros de trabajo cumplen con la norma más primordial, esto es, que los niveles de fibras de amianto se encuentren lo más bajo posible.

En un primer momento, el ya derogado Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto (aprobado por la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984), indicó en su artículo 4.3 que *«las determinaciones de las concentraciones de fibras de amianto en el ambiente de los locales y puestos de trabajo, efectuadas por las Empresas y por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se ajustarán a un método técnicamente fiable que permita la comparación de resultados y su seguimiento continuado en el tiempo»*. En la actualidad, este Reglamento ha sido derogado por el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto; sin embargo, el método de determinación de fibras de amianto en aire sigue siendo el mismo: el recomendado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (aunque la propia norma admite cualquier otro método que dé resultados equivalentes), de conformidad con lo dispuesto en el Anexo I del vigente Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

El método de determinación de fibras de amianto en aire es un método aceptado y recomendado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo que consiste en recoger la muestra haciendo pasar una cantidad conocida de aire a través de un filtro de membrana, mediante una bomba de muestreo alimentada con batería. Posteriormente, el filtro se transforma de membrana opaca en transparente, ópticamente homogéneo. A continuación, se miden y cuentan las fibras utilizando un microscopio con contraste de fases. El resultado se expresa en fibras por centímetro cúbico de aire, calculándose a partir del número de fibras contenidas en el filtro y el volumen de aire muestreado.

En nuestro supuesto de hecho, se llevaron a cabo muestreos consecutivos de igual o diferente duración que comprendieron el lapso de tiempo comprendido entre las 10:30 y las 13:30 horas, considerado suficientemente representativo de la jornada laboral completa de los trabajadores, y dando como resultado que la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido no contenía niveles de fibras de amianto superiores a los límites establecidos legalmente. Sin embargo, la empresa incumplía la obligación de mantener dichos niveles lo más bajo que fuera posible. En este sentido, el Anexo número 2 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (actualmente derogado por Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera), se refiere a las concentraciones máximas permitidas en el ambiente interior de las explotaciones industriales fijando, por primera vez en la legislación española, como límite máximo del polvo de amianto en suspensión el de 150 millones de partículas por metro cúbico de aire, sin perjuicio de que pudiera ser reducido por legislaciones especiales.

Existe muy diversa normativa en relación con los riesgos derivados de la exposición prolongada a las fibras de amianto, pero la citada normativa tiene su origen, como suele ser habitual, en la normativa de la Unión Europea. De esta forma, podemos destacar, entre otras, las siguientes:

- La Directiva 89/391/CEE del Consejo, por la que se establecen unos requisitos mínimos para la protección de los trabajadores, la cual es

transpuesta a nuestra legislación por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, «*en adelante, LPRL*».

- La Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo, que es transpuesta por el todavía vigente RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.
- La Directiva 83/477/CEE del Consejo, de 19 de septiembre, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, modificada entre otras por la Directiva 91/382/CEE del Consejo, que fue transpuesta a nuestro derecho interno mediante el RD 396/2006, de 31 marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.
- La Directiva 2009/148/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, en la que se sistematiza todas las disposiciones precedentes y se fija como valor límite de exposición al amianto 0,1 fibras por centímetro cúbico como media ponderada para un periodo de 8 horas. Esta Directiva, a diferencia de todas las anteriores, no ha sido transpuesta al derecho español, porque se considera que su contenido no implica modificación alguna sobre la normativa existente.

Asimismo, es preciso tener en cuenta, dentro de nuestro Derecho interno, la ya derogada Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, cuyo Título II, referente a las Condiciones generales de los centros de trabajo y a los mecanismos y medidas de protección, dedicó su capítulo XII a los trabajos con riesgos especiales, identificados con aquellos que se efectuasen en centros de trabajo donde se fabricaran, manipularan o emplearan sustancias susceptibles

de producir polvos o emanaciones tóxicas, los cuales se realizarían en locales o recintos aislados y por el menor número de trabajadores posible, impidiendo la salida al medio ambiente del elemento nocivo. En el caso de que esto no fuera posible, se captarían por medio de aspiración en su lugar de producción para evitar su difusión, además de contar con un sistema general de renovación del aire. No obstante, y en cualquier caso, los trabajadores deberían estar convenientemente formados e informados sobre los riesgos y las medidas preventivas y las mercancías “ostensiblemente” rotuladas. Esta Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo fue reemplazada, posteriormente, por la actual LPRL, la cual todavía permanece en vigor en la actualidad.

En concreto, sobre la normativa específica relacionada con la exposición al amianto, destaca la Orden de 21 de julio de 1982 (todavía vigente), sobre las condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula el amianto, la cual establece lo siguiente:

- Se prohíbe la utilización de amianto en forma de aerosol, debiendo evitarse siempre que sea posible, el uso de la crocidolita, o reducir al mínimo imprescindible las cantidades a utilizar.
- Se fijan las concentraciones máximas permisibles en 2 fibras por centímetro cúbico para una exposición de 8 horas diarias y 40 horas semanales, y de forma proporcional para jornadas distintas. Como concentración límite de exposición, que no puede ser superado en ningún momento, se establece la de 10 fibras por centímetro cúbico, que podrán ser objeto de revisión tanto con carácter general como particular, en relación con determinados tipos de amianto o actividades.
- Establece el control ambiental de los puestos de trabajo, las medidas de prevención técnicas, la protección personal de los trabajadores y el control médico de los mismos, el cual debe seguir un procedimiento específico y ha de ser de carácter previo, periódico y postocupacional. Al respecto, existe un protocolo de vigilancia sanitaria específica frente a los riesgos derivados de la exposición al amianto, que fue aprobado originariamente en el año 2003 por el Ministerio de Sanidad y Consumo, aunque sucesivamente se han ido

aprobando otros protocolos de vigilancia sanitaria específica sobre el amianto, por el mismo Ministerio, siendo el último de 2013.

Más adelante, el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto, aprobado por Orden de 31 de octubre de 1984 (ya derogado por el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto), estableció en su artículo 3.1 que *«la concentración promedio permisible («en adelante, CPP») de fibras de amianto en cada puesto de trabajo se establece en 1 fibra por centímetro cúbico, salvo para la variedad de crocidolita o amianto azul, cuya utilización queda prohibida»*. La regulación actual, sin embargo, dispone que *«Los empresarios deberán asegurarse de que ningún trabajador está expuesto a una concentración de amianto en el aire superior al valor límite ambiental de exposición diaria (VLA-ED) de 0,1 fibras por centímetro cúbico medidas como una media ponderada en el tiempo para un período de ocho horas»* (artículo 4.1 del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto)

Centrándonos en nuestro supuesto de hecho, hay que señalar que, cuando la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido inició su actividad, no existía en el ordenamiento español una norma preventiva específica referida a los trabajos con riesgo de amianto, por lo que la normativa que resultaba aplicable en orden a la prevención de tales riesgos era la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, cuyo artículo 133, referido a las normas generales, establecía que: *«1. Los centros de trabajo donde se fabriquen, manipulen o empleen sustancias susceptibles de producir polvos, emanaciones, olores, gases o nieblas corrosivas o tóxicas, o radiaciones, que especialmente pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, estarán sujetos a las prescripciones que se establecen en este capítulo. 2. Siempre que el proceso de fabricación lo permita, se emplearán las sustancias menos nocivas. 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 impidan 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 medio de aspiración en su lugar de origen para evitar su difusión».

El artículo 136 de la citada norma, por su parte, se refería a las sustancias pulvígenas cuando determinaba 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».* Mientras que el artículo 138 del mismo cuerpo legal hacía hincapié en sustancias irritantes, tóxicas o infecciosas, al disponer, en su apartado 3, que *«3. La limpieza de todo local en que se empleen productos irritantes o tóxicos se ajustará a las siguientes normas mínimas: a) será diaria y completa, alcanzando tanto a sus superficies estructurales como a sus bancos, mesas y equipos de trabajo; b) se realizará fuera de las horas de trabajo si es posible; c) se efectuará por sistema de aspiración o, en su defecto, en húmedo».*

En la actualidad, gran parte de las disposiciones de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, ha sido derogada. De este modo, se derogó las siguientes disposiciones de dicha norma:

- Lo indicado de los artículos 138 y 139, por Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos.
- El capítulo VI del Título II, por Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.

- Los capítulos VIII a XII, por Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.
- El capítulo XIII del título II, por Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.
- Los capítulos I a V y VII del Título II, por Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.
- Los Títulos I y III, por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de Riesgos Laborales.

Por otro lado, la Orden de 21 de julio de 1982, sobre las condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula el amianto, reguló las condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula el amianto, justificándose la publicación de dicha norma, según su preámbulo, *«[...] en la existencia de peligros ciertos para la salud de los trabajadores que manipulan las distintas variedades de amianto y las materias que las contienen, que se concretan en una patología laboralespecífica que los modernos métodos de diagnóstico ponen de manifiesto en todo su alcance y gravedad, por lo que se impone la necesidad de regular sin demora las condiciones en que se realizan los trabajos en los que se utiliza el amianto con el fin de eliminar o reducir en todo lo posible el riesgo profesional inherente a estas actividades [...]»*.

Asimismo, el artículo 9 de esta norma, establecía que para conseguir que las concentraciones de fibras de amianto en ambientes de trabajo no excedan del límite fijado se adoptarán las siguientes medidas preventivas específicas: *«a) Ventilación: siempre que sea posible, en los procesos y operaciones en que se manipule amianto se utilizarán métodos húmedos determinados aditivos y otros procedimientos que minimicen la producción de fibras. En los casos en que no pueda evitarse la producción de partículas se instalarán sistemas de ventilación localizada; [...] c) Locales: los*

edificios que se construyan para ubicar nuevos procesos en los que se utilice amianto durante períodos de más de ocho horas por semana deberán tener sus superficies internas lisas e impermeables y dispondrán de un sistema de aspiración y filtrado de aire preferentemente centralizado; d) Limpieza de locales y maquinaria: la limpieza de los locales de trabajo y de la maquinaria utilizada para el procesamiento del amianto deberá efectuarse por aspiración o por otro método que evite la dispersión de fibras en el área de trabajo, quedando prohibida la limpieza por métodos que dispersan el polvo. El suelo de las áreas de trabajo en las que se acumulen residuos de amianto se limpiarán con la debida frecuencia».

En desarrollo de la Orden de 21 de julio de 1982 se publicó la Resolución de 30 de septiembre de 1982, de la Dirección General de Trabajo, por la que se aprueban las normas para la aplicación y desarrollo de la Orden sobre las condiciones en que deben realizarse los trabajos en los que se manipula el amianto, la cual establece que *«la presente normativa será de aplicación en las operaciones y actividades industriales siguientes: 5. Preparación y reparación de las zapatas de frenos de automóviles. 13. Todas aquellas actividades y operaciones, no comprendidas en los apartados anteriores, en las que se manipulan el amianto o materiales que lo contengan con riesgo de producir partículas o fibras en el ambiente de trabajo».*

A su vez, el apartado 8 de la citada Resolución de 30 de septiembre de 1982 referente a las medidas de prevención técnica, en aras a desarrollar el artículo 9 de la Orden de 21 de julio de 1982, dispone que *«para conseguir que las concentraciones de fibras de amianto en los ambientes de trabajo no excedan de los límites anteriormente fijados, se adoptarán las siguientes medidas preventivas específicas: 8.1. Generales: siempre que sea posible se sustituirá el uso y manipulación del amianto por otros productos menos perjudiciales para la salud. En los procesos y operaciones en que se manipula amianto se utilizarán, cuando ello sea posible, métodos húmedos, determinados aditivos u otros procedimientos que minimicen la emisión de fibras. En todos aquellos procesos en los que se manipule el amianto se procederá a su confinamiento, si aquéllos lo permitieran, manteniendo como superficies abiertas las necesarias para que el sistema de ventilación funcione correctamente. 8.2. Ventilación: en los casos en que no pueda evitarse la producción de partículas se instalarán sistemas de ventilación localizada para su captación [...]. 8.4. Limpieza de*

los locales trabajo y de la maquinaria: la limpieza de los locales de trabajo y de la maquinaria utilizados para el procesamiento de amianto deberá efectuarse, siempre que sea posible por aspiración o por otro método que evite la dispersión de fibras en el área de trabajo. Queda terminantemente prohibida la limpieza por métodos que dispersen el polvo (escobas, aire comprimido). En los casos en que los procedimientos de limpieza que no levanten polvo sean impracticables, el personal que realice la limpieza, así como cualquier otra persona que estuviese presente en la zona, deberán utilizar los equipos de protección personal indicados en el apartado 8.6. 8.6. Protección personal: las protecciones personales se utilizarán necesariamente en los siguientes casos: b) cuando se efectúen operaciones de limpieza de residuos de amianto o productos que lo contengan utilizando procedimientos que puedan levantar partículas».

Por otra parte, mediante la Orden de 31 de octubre de 1984 (ya derogada por el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto se aprobó el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto), cuya finalidad era actualizar y mejorar la normativa existente, destacando como importante novedad el nuevo enfoque que se da a las medidas técnicas de prevención, puesto que el objetivo de las mismas ya no es conseguir que las concentraciones de fibras de amianto en ambientes de trabajo no excedan del límite fijado, sino que, como establece el apartado 2 de su artículo 5, *«la concentración ambiental de fibras de amianto se mantendrá tan baja como sea factible y siempre por debajo de los límites establecidos, según los casos, en el artículo 3, adoptándose a tal fin las siguientes medidas: 1. la cantidad de amianto a utilizar se limitará al mínimo imprescindible; 2. los procesos industriales serán tales que eviten o reduzcan en todo lo posible la generación, emisión y transmisión de fibras de amianto al ambiente de trabajo; 3. las fibras de amianto producidas se eliminarán preferentemente en las proximidades del foco emisor, mediante su captación por sistemas de extracción».*

Como se ha podido observar, todas las medidas de seguridad y prevención que el ordenamiento jurídico español recogía a través de las diferentes normativas expuestas, buscaban un único fin, minimizar al máximo los riesgos derivados de la exposición prolongada a las fibras de amianto para poder proteger, de esta manera, la salud de los

trabajadores que se encuentran en contacto directo con estas fibras por razón de su actividad.

2.2. MEDIDAS ADOPTADAS Y NO ADOPTADAS EN LA EMPRESA Y LOS EFECTOS EN LOS NIVELES DE PRESENCIA DE AMIANTO Y DE ÉSTOS EN LOS TRABAJADORES POTENCIALMENTE EXPUESTOS Y, EN CONCRETO, EN EL TRABAJADOR FALLECIDO

La utilización de amianto en la empresa donde prestaba servicios el trabajador fallecido, se produjo desde el año 1982 hasta agosto de 1986, cuando se inició el montaje de un nuevo automóvil que no tenía amianto en las zapatas de sus frenos. Durante todo ese tiempo, la limpieza de las fibras de amianto que se dispersaban por el lijado de las zapatas se realizaba, no siguiendo la normativa en vigor de aquel entonces, sino mediante soplado de aire, una práctica totalmente prohibida por el ordenamiento español; no siendo hasta abril de 1986 cuando en la citada empresa se prohibió el sistema de limpieza por soplado de aire atendiendo al requerimiento efectuado, por segunda vez, por la Inspección de Trabajo. Por tanto, y a pesar de que la limpieza por soplado de aire estaba totalmente prohibida por la normativa reguladora de esta materia, dicho sistema se siguió aplicando, desde que se produjo el nuevo requerimiento por parte de Inspección de Trabajo, durante los últimos veinte días de febrero y todo el mes de marzo de 1986, hasta su completa prohibición en abril de 1986.

No solo fue la Inspección de Trabajo quien, en reiteradas ocasiones, requirió a la empresa donde prestaba servicios el trabajador fallecido, para que adoptara las medidas de seguridad e higiene normativamente previstas, sino que ya en un comunicado interno de fecha 25 de enero de 1985 del Director del Servicio Médico de la empresa, se aconsejaba adoptar entre otras acciones «[...] la limpieza del área por medio de aspiración, nunca por soplado».

Tras varias reuniones con trabajadores, delegados de sindicatos y servicios internos de la empresa, ésta se comprometió a adoptar, en un determinado período de tiempo, las siguientes medidas: «1) La empresa va a proceder a inscribirse en el

Reglamento de Empresas con Riesgo de Amianto; 2) Se mantiene como objetivo definitivo la eliminación del amianto de la composición de las zapatas de freno, [...]; 3) Los reconocimientos médicos periódicos que se vienen realizando, van a ser incrementados para este grupo de trabajadores, con pruebas específicas destinadas a controlar la posible repercusión que las fibras de amianto puedan tener sobre su organismo; 4) Con periodicidad, en principio anual, la empresa realizará las determinaciones ambientales precisas para conocer los niveles de presencia de fibras de amianto a que se ven sometidos estos trabajadores; 5) Se va a estudiar la posibilidad de realizar la limpieza de las máquinas y de la zona de trabajo en general, haciendo uso de aspiradores industriales y sistemas en húmedo, a fin de eliminar los actuales sistemas de soplado».

Se trataba de medidas preventivas que resultaban exigibles legalmente y que, por tanto, debían ser imperativamente adoptadas por la empresa, donde prestaba servicios el trabajador fallecido, para la protección de sus trabajadores, no siendo necesaria ningún tipo de reunión ni acuerdo a adoptar, ya que dicha empresa tenía la obligación legal de adoptarlas. Esto sucedía, al menos con las medidas de prevención técnica, para evitar la generación y dispersión de fibras de amianto en el ambiente, habida cuenta de que, la adopción de las mismas no estaba condicionada, en ninguna de las normas anteriormente expuestas, a la superación de una determinada concentración ambiental de fibras, a diferencia de otras medidas de carácter no técnico que pudieran estar vinculadas al concepto de «trabajador expuesto», como eran la inscripción en el Reglamento de Empresas con Riesgo de Amianto («en adelante, RERA»), la periodicidad de evaluaciones ambientales, la delimitación y señalización de las áreas de trabajo y el uso de ropa y de trabajo apropiada y de medios de protección personal.

En definitiva, necesariamente hay que concluir que la empresa, durante todo el periodo de tiempo que manipuló amianto, debió haber adoptado las medidas técnicas de prevención expuestas en el punto anterior para evitar que se superaran los límites de exposición fijados y para mantener la concentración de fibras tan baja como fuese posible, siempre por debajo de los límites establecidos.

Principalmente, la empresa debió acordar la realización de los trabajos en recintos aislados, la instalación de sistemas de captación y extracción de las fibras de amianto en el foco emisor, y la utilización de métodos de limpieza por aspiración o en húmedo que evitasen la dispersión de fibras. Y ello, sin tener en cuenta el hecho de que las dos mediciones ambientales de fibras de amianto de las que se tiene constancia (las realizadas por la Mutua que cubría los riesgos de la empresa en ese momento, en abril de 1984 y por el Gabinete Técnico Provincial del INSHT en febrero de 1985) dieran unos valores inferiores al valor límite de exposición fijado por la Orden de 21 de julio de 1982 primero y, seguidamente, por la Orden de 31 de octubre de 1984 y que, consiguientemente, no se pudiera calificar a los trabajadores que realizaban las referidas operaciones y/o que trabajaban en la nave de “chasis” como trabajadores potencialmente expuestos conforme al artículo 2.4. de la Orden de 31 de octubre de 1984 (actualmente no se recoge la definición de los trabajadores potencialmente expuestos en el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto). Esto es así, dado que la diferencia de resultados en las dos mediciones antes citadas no eximía a la empresa de adoptar las medidas técnicas de prevención previstas en dicha norma, puesto que, también conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de esa misma norma (actual artículo 5 del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto), la adopción de medidas técnicas de prevención no se vinculaba a la superación de los límites de exposición sino que, por el contrario, se debían adoptar para evitar que se superaran dichos límites manteniendo la concentración ambiental de fibras de amianto tan baja como fuera posible.

En conclusión, durante el periodo comprendido entre el año 1982, fecha de inicio de la producción del modelo de automóvil en el cual trabajaba el trabajador fallecido, y el 31 de agosto de 1986, fecha en la que dejó de utilizarse amianto en las zapatas de freno en los nuevos automóviles que, la empresa incumplió las siguientes obligaciones preventivas:

- Hasta el 10 de abril de 1984 (fecha de la medición realizada por la Mutua que cubría los riesgos de la empresa) no se realizó ninguna medición inicial

de la concentración ambiental de fibras de amianto en los puestos de trabajo, a pesar de que dicha medición resultaba preceptiva desde el 1 de febrero de 1983 (fecha de entrada en vigor de la Orden de 21 de julio de 1982), de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Orden de 21 de julio de 1982 y la norma 6 de la Resolución de 30 de septiembre de 1982.

- Hasta abril de 1986, la limpieza de los puestos de trabajo en el departamento donde prestaba servicios el trabajador se realizaba mediante soplado con aire comprimido a pesar de que tal método de limpieza estaba expresamente prohibido, primero por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, aprobada por la Orden de 9 de marzo de 1971 (artículo 138), así como por la Orden de 21 de julio de 1982 (artículo 9. d) y la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 18 de octubre de 1982 (Norma 8.4), y, posteriormente, por la Orden de 31 de octubre de 1984 (artículo 10).
- Entre 1982 y agosto de 1986, en los puestos donde se generaba polvo de amianto durante el lijado y remachado de forros de zapata, no se instalaron sistemas de ventilación-extracción localizada para la captación de las fibras de amianto en el punto o foco de emisión, con el fin de evitar su difusión o dispersión en el ambiente de trabajo.

Es cierto que en abril de 1986 la empresa prohibió la limpieza por soplado con aire comprimido, pero también lo es que no consta que se instalaran medidas técnicas de prevención para mantener la concentración ambiental de fibras de amianto tan baja como fuese posible (eliminación de las fibras producidas en las proximidades del foco emisor mediante su captación por sistemas de extracción), durante el periodo que medió entre abril de 1986 (prohibición de limpieza por soplado) y agosto de 1986 (fecha en que se dejó de utilizar amianto en las zapatas y pastillas de freno del modelo de automóvil que en ese momento se estaba produciendo); ya que la realización de las operaciones referidas seguían produciendo fibras de amianto, por más que el polvo producido ya no se limpiara por soplado sino por otro método distinto que no favoreciera su dispersión en el ambiente.

Por lo tanto, y tal como ha quedado expuesto, la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido no adoptó casi ninguna de las medidas de prevención normativamente exigidas, y las que adoptó, no lo hizo de la forma legalmente prevista, incumpliendo de igual modo las obligaciones legales que le eran exigibles para con sus trabajadores y, especialmente, los que estaban potencialmente expuestos a las fibras de amianto, como era el caso del trabajador fallecido.

2.3. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, es evidente el incumplimiento de la empresa al no adoptar las medidas de seguridad y prevención impuestas por el ordenamiento jurídico en esta materia; por lo que también ha quedado acreditada la responsabilidad empresarial de la misma respecto al resultado dañoso acontecido. Y ello porque, en cuanto a lo que respecta a la responsabilidad empresarial, existen algunos supuestos específicos que revisten responsabilidades cualificadas, entre las que pueden señalarse las siguientes:

- Las que se derivan del incumplimiento de obligaciones o no realización de actividades preventivas en supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de las que se puede derivar un incremento de las prestaciones económicas entre el 30 y el 50 por 100, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 LGSS (actual artículo 164 TRLGSS).
- La no realización de los exámenes de la salud de los trabajadores en puestos en los que exista riesgo de enfermedad profesional de conformidad con el artículo 22 LPRL, en las que se establece la responsabilidad directa del empresario en el pago de todas las prestaciones..

En esta misma línea, el artículo 96.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establece 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. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira».

Al respecto cabe añadir que por parte de los delegados de prevención del Comité de Seguridad y Salud de la empresa, se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de incumplimiento de la normativa laboral en prevención de riesgos laborales contra la propia empresa con base en los siguientes hechos:

- Entre 1982 y 1986, se manipulaba amianto en la nave de “garaje” donde prestaba servicios el trabajador fallecido sin que en la misma hubiera ningún tipo de separación entre secciones y puestos de trabajo. Además, al lado de esta sección se encontraba el botiquín o enfermería, lugar al que accedían trabajadores de otras naves.
- La limpieza del puesto de trabajo siempre se realizó mediante soplado de aire, de forma que se esparcían las partículas y fibras por la nave de “garaje”, siendo evidente la ausencia de medidas preventivas colectivas al respecto.
- Era evidente la ausencia de medidas preventivas individuales, no disponiendo los trabajadores, sobre todo los que estaban potencialmente expuestos, ni siquiera de mascarillas.
- En todo momento existió una constante falta de información acerca del seguimiento que debía hacerse a trabajadores que estaban expuestos a las fibras de amianto.
- Los trabajadores desconocían totalmente la existencia de un Protocolo de Vigilancia de la Salud específico sobre amianto.
- No se realizó en ningún momento el reconocimiento médico anual de espirometría o radiografía pulmonar o de tórax, por lo que se produjo un incumplimiento del deber de vigilancia de la salud de los trabajadores.

- Se incumplió la obligación, por parte de la empresa donde prestaba servicios el trabajador, de inscribirse en el RERA, dado que de acuerdo con el artículo 1.4 de la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984 (actual artículo 17 del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto), *«todas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento deberán inscribirse en el Registro de Empresas con Riesgo de Amianto».*

Asimismo, el artículo 13 de la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984 (actual artículo 16 del Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto) sobre el control médico preventivo de los trabajadores, dispone en su apartado 1 que *«todos los trabajadores que en cualquiera de las actividades enumeradas en el apartado 1.3 del artículo 1 se encuentren en puestos de trabajo en cuyo ambiente exista amianto, deberán someterse a control médico preventivo».* Además, en su apartado 4 hace referencia a los reconocimientos médicos periódicos cuando establece que *«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».*

En consecuencia, es clara la falta de adopción de medidas preventivas por parte de la empresa, no pudiendo quedar exonerada, en ningún caso, de la responsabilidad que ello implica. Si bien el lijado y remachado de forros de zapata era la operación que generaba mayor riesgo de producción de fibras de amianto en el ambiente de trabajo, ese riesgo resultaba luego agravado por el sistema que se empleaba para limpiar las máquinas y zona de trabajo en general, dado que la limpieza por soplado con aire comprimido (operación legalmente prohibida) favorecía la difusión o dispersión de fibras en el aire al remover y levantar las fibras que pudieran estar depositadas y hacerlas pasar de nuevo al ambiente, donde quedarían nuevamente en suspensión durante un periodo indeterminado de tiempo hasta depositarse otra vez sobre las máquinas y/o la zona de trabajo y, posteriormente, volver a levantarse de nuevo cuando

se repitiera la operación incrementando con ello la concentración de fibras suspendidas en el aire respirado por los trabajadores.

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.

Por tanto, es evidente y clara nuestra valoración al respecto, no pudiendo eximirse de forma alguna de la responsabilidad que le corresponde a la empresa, donde prestaba servicios el trabajador fallecido, por las circunstancias en las que se produjo el deceso del trabajador en el caso analizado, siendo la misma responsable directa de dicho fallecimiento.

2.4. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y LA RESPUESTA DE LA EMPRESA ANTE ESTA DECLARACIÓN

Dada la responsabilidad de la empresa en el fallecimiento del trabajador, por parte de la familia del mismo se reclamó una cuantía indemnizatoria equivalente a 462.571,35 euros más los intereses legales que se devengasen desde la interposición de la demanda, en concepto de daños y perjuicios, a favor de la viuda del trabajador fallecido, derivada de la enfermedad profesional padecida por su esposo y por la que falleció el 12 de diciembre de 2011 a causa de un «*mesotelioma pleural maligno*» producido por haber estado en contacto con fibras de amianto durante su actividad laboral, sin que por parte de la empresa donde prestaba servicios el trabajador fallecido se adoptaran las medidas de prevención pertinentes, ni las medidas de higiene y salud en el trabajo, siendo conocedora de su total obligación de llevarlas a cabo, y obviando no solo los protocolos de vigilancia legalmente establecidos para trabajadores con riesgo de

amianto, sino también, y de forma intencionada, negando la existencia del citado amianto, a pesar de estar reconocido incluso por la Inspección de Trabajo.

La empresa demandada, desde que el trabajador fallecido comenzó a prestar servicios en la misma, ya conocía los riesgos del amianto y la normativa que ya existía en cuanto a prevención y, sin embargo, no hizo nada para remediarlo ni para paliarlo. Esta empresa no llevó a cabo ninguna de las obligaciones legales que se estipulaban llegando incluso a negar la existencia de amianto en sus instalaciones aun cuando el propio Ministerio de Trabajo lo había comprobado.

Por ello, queda claro que, habida cuenta de que ninguna exposición es segura, cualquier trabajador con riesgo debe ser objeto de medidas preventivas y médicas. En este sentido, el artículo 7.2 de la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprobaba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ya establecía la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la plena eficacia de la debida prevención respecto a los riesgos que pudieran afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa. En consecuencia, y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta este momento, se considera que la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido incumplió, incluso de forma consciente, prácticamente todas cuantas medidas de prevención les era exigible adoptar por la normativa legal de ese momento.

Y así fue entendido también en el supuesto de hecho analizado, ya que por Sentencia de fecha 10 de junio de 2015 del Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza se determinó que *«de la prueba practicada y, teniendo en cuenta la normativa aplicable en ese momento, se desprende que la empresa no adoptó las medidas necesarias para mantener la concentración de fibras tan baja como fuese posible, lo que hubiera eliminado o al menos disminuido el riesgo del contacto con el amianto, como podía ser la instalación de sistemas de ventilación-extracción localizada para la captación de las fibras de amianto en el punto o foco de emisión, evitando su difusión o dispersión, o la utilización de métodos de limpieza por aspiración o en húmedo. Así ha quedado acreditado que la limpieza se realizaba por soplado con aire comprimido y ello favorecía la difusión o dispersión de fibras en el aire»*. Concluye esta Sentencia que *«acreditado que el trabajador no fue protegido adecuadamente en su trabajo del*

peligro del contacto con el amianto y acreditado el origen profesional de la enfermedad que le causó la muerte, el nexo causal entre el incumplimiento empresarial y el resultado dañoso es claro, quedando la empresa sujeta al deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador».

Ante el fallo de la Sentencia de instancia, la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido formuló recurso de suplicación manteniendo su postura de que no existía responsabilidad empresarial. Asimismo, la viuda del trabajador fallecido, presentó recurso de suplicación por su disconformidad con la cuantía señalada por el Juzgado de lo Social en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad empresarial en el fallecimiento de su esposo, dado que ella solicitaba una cuantía indemnizatoria equivalente a 462.571,35 euros más los intereses legales que se devengasen desde la interposición de la demanda, pero el Juzgado sólo le concedió una cuantía indemnizatoria equivalente a 99.911,38 euros más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

Al respecto, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón respondió a sendos recursos de suplicación en su Sentencia de 9 de diciembre de 2015, desestimando ambos recursos de suplicación y confirmando la sentencia de instancia recurrida. La Sala de lo Social del TSJ de Aragón afirmó, en dicha Sentencia que *«La consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 24 de enero de 2012 (Rec. Núm. 813/2011; RJ 2012/3355), 30 de enero de 2012 (Rec. Núm. 1607/2011; RJ 2012/3633), 1 de febrero de 2012 (Rec. Núm. 1655/2011; RJ 2012/3748), 14 de febrero de 2012 (Rec. Núm. 2082/2011; RJ 2012/8520), 18 de abril de 2012 (Rec. Núm. 1651/2011; RJ 2012/5721), 25 de abril de 2012 (Rec. Núm. 436/2011; RJ 2012/8526), 18 de julio de 2012 (Rec. Núm. 1653/2011; RJ 2012/9972), 30 de octubre de 2012 (Rec. Núm. 3942/2011; RJ 2012/10721), 10 de diciembre de 2012 (Rec. Núm. 226/2012; RJ 2012/11273), 5 de marzo de 2013 (Rec. Núm. 1478/2012; RJ 2013/6064), 9 de junio de 2014 (Rec. Núm. 871/2012; RJ 2014/3203), etc.), sentada para casos análogos al presente, relacionados con el fallecimiento de trabajadores por asbestosis. [...] Se afronta en estos precedentes el tema de si durante el periodo temporal de aparición y desarrollo de la enfermedad profesional (a partir de la segunda mitad del siglo pasado) existía o no una normativa que exigiera de la entidad empleadora introducir medidas para controlar la salud de sus trabajadores frente a los riesgos del polvo de amianto con el que trabajaban, de*

forma que se pudiera ya desprender la exigencia de una actuación empresarial cuyo incumplimiento llevara 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 que se le achaca en este tipo de procesos. La comentada doctrina, tras examinar detenidamente la normativa de prevención sobre trabajos con asbesto o amianto desde 1940, concluye en sentido afirmativo que “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, [...] la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad solo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, más 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».

Asimismo, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón insiste en que «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 (STS de 5 de junio de 2013, antes citada)».

En definitiva, no solo nosotros consideramos que la responsabilidad de la empresa demandada en el fallecimiento del trabajador es directa e inexcusable, sino que el propio Juzgado de lo Social de Zaragoza que conoció del caso y, posteriormente, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón que conoció de los recursos de suplicación interpuestos por ambas partes (viuda y empresa), afirmaron la existencia y el gran alcance de la responsabilidad empresarial, tanto, que *«de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte (STS de 5 de junio de 2013)»*

3. PROCEDENCIA O NO DE RECARGO DE PRESTACIONES TRAS LA POSIBLE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

3.1. PROCEDENCIA O NO DE RECARGO DE PRESTACIONES ANTE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Un elemento especialmente significativo es la previsión establecida en el artículo 123 de la LGSS (actual artículo 164 TRLGSS), por la cual se establece el recargo en las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con un incremento en su cuantía del 30 al 50 por ciento, siempre y cuando la lesión se derive de la falta de dispositivos de precaución reglamentarios o por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o inadecuación subjetiva del trabajador.

De este modo, y de acuerdo con lo previsto en el entonces artículo 123 LGSS (actual artículo 164 TRLGSS), se entiende que procede el recargo de prestaciones cuando, la responsabilidad empresarial se deriva de lo siguiente:

- Del incumplimiento de obligaciones o no realización de actividades preventivas en supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de las que se puede derivar un incremento de las prestaciones económicas entre el 30 y el 50 por ciento.
- De la no realización de los exámenes de la salud de los trabajadores que prestan servicios en puestos en los que existe riesgo de enfermedad profesional, en las que se establece la responsabilidad directa del empresario en el pago de todas las prestaciones.
- De la producción de accidentes de trabajo en el supuesto de que se haya desatendido la orden de paralización de la actividad ante un supuesto de riesgo grave e inminente.

Tanto la normativa como la jurisprudencia consideran que este tipo de responsabilidades, en particular, las derivadas del recargo de las prestaciones, es independiente y compatible con las de los restantes órdenes. Únicamente, la jurisprudencia social (SSTS de 24 de enero de 2012 [Rec. Núm. 813/2011; RJ 2012/3355], 30 de enero de 2012 [Rec. Núm. 1607/2011; RJ 2012/3633], 1 de febrero de 2012 [Rec. Núm. 1655/2011; RJ 2012/3748], 14 de febrero de 2012 [Rec. Núm. 2082/2011; RJ 2012/8520], 18 de abril de 2012 [Rec. Núm.1651/2011; RJ 2012/5721], 25 de abril de 2012 [Rec. Núm. 436/2011; RJ 2012/8526], 18 de julio de 2012 [Rec. Núm. 1653/2011; RJ 2012/9972], 30 de octubre de 2012 [Rec. Núm. 3942/2011; RJ 2012/10721], 10 de diciembre de 2012 [Rec. Núm. 226/2012; RJ 2012/11273], 5 de marzo de 2013 [Rec. Núm. 1478/2012; RJ 2013/6064], 9 de junio de 2014 [Rec. Núm. 871/2012; RJ 2014/3203], etc.) ha matizado dicha compatibilidad, limitando la cuantía de la indemnización al límite de la plena compensación. Idéntica compatibilidad con las responsabilidades exigibles en los restantes órdenes jurisdiccionales se produce en relación con los otros dos supuestos señalados: la no realización de reconocimientos médicos por parte de aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales y las derivadas del incumplimiento de la orden de paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente para el trabajador.

En concreto, es el artículo 123LGSS (actual artículo 164 TRLGSS) el que se encarga de regular el recargo de prestaciones, disponiendo que la responsabilidad regulada en el citado precepto es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

No obstante, para que el recargo pueda ser impuesto a la empresa se debe acreditar no solo la existencia de una infracción por la empresa, sino que como consecuencia de una actuación suya se ha producido o agravado el resultado dañosoacaecido.

A este respecto, existe reiterada doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de enero de 2012 [Rec. Núm. 813/2011; RJ 2012/3355]; de 18 mayo 2011 [Rec. Núm. 2621/2010; RJ 2011/4985]; de 16 de enero 2012 [Rec. Núm. 4142/2010; RJ 2012/2024]; de 15 de octubre de 2014 [Rec. Núm. 3164/2013; RJ 2015/1015]; etc.), al señalar que: *«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,[...], 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, [...], 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 [...] en el sentido de que 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, [...] lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto [...]».

Sentado lo anterior, cabe concluir, en consecuencia, que en el presente caso, se ha constatado el incumplimiento y el resultado producido, por lo que cabe considerar que la adopción de las medidas preventivas exigibles hubiese eliminado o al menos disminuido considerablemente el riesgo evitando o, al menos, disminuido notablemente los efectos del suceso acontecido. Y, siendo este el fin último del artículo 123 LGSS (actual artículo 164 TRLGSS) al regular el recargo de prestaciones, es evidente que la imposición del recargo ha quedado suficientemente justificada.

3.2. RECARGO DE PRESTACIONES CONCEDIDO EN ESTE CASO Y SU CONFORMIDAD O NO

La enfermedad sufrida por el trabajador fallecido dio lugar a un subsidio de Incapacidad Temporal para el que la ITSS propuso un recargo del 40 por ciento en virtud de lo establecido en el actual artículo 164 TRLGSS (antiguo artículo 123 LGSS), por entender que el accidente ocurrió como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad. El Inspector de Trabajo actuante justificó el porcentaje propuesto (40 por ciento) al considerar que «*se trata de una actividad de especial peligrosidad y potencialmente susceptible de producir resultados particularmente graves en la salud*

de los trabajadores, por lo que se exige el máximo rigor de las empresas en la aplicación de la normativa prevista y, en consecuencia, cabe considerar como acorde con la gravedad de la infracción la solicitud de un porcentaje del 40 por ciento».

Sin embargo, el INSS, en su Resolución de 31 de mayo de 2016, determina que *«de las actuaciones practicadas se deduce la relación causa-efecto existente entre la omisión de las medidas de seguridad y la enfermedad acaecida, por lo que resulta exigible la responsabilidad a la que alude el artículo 123 LGSS(actual artículo 164 TRLGSS), siendo tal responsabilidad imputable a la empresa de la que el trabajador dependía, sin que sea posible su aseguramiento y nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se hubiese realizado para cubrirla, compensarla o transmitirla. En la determinación del porcentaje de incremento de las prestaciones, que el artículo 164.1 LGSS(antiguo y derogado artículo 123 LGSS) establece entre un 30 por ciento y un 50 por ciento (atendiendo a la gravedad de la falta), se ha ponderado la realidad de las circunstancias acreditadas en el expediente, según informes y alegaciones recibidas, por lo que se resuelve:1. Declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad sufrida en fecha 29 de agosto de 2011 por el trabajador fallecido.2. Declarar, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional citada, sean incrementadas en el 30 por ciento con cargo exclusivo a la empresa responsable. 3.Declarar la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a esa empresa respecto a las prestaciones que, derivadas de la enfermedad anteriormente citada, se pudieran reconocer en el futuro [...]».*

Manifestadas las dos posturas, se entiende mucho más razonable la aplicación de un incremento del 40 por ciento de recargo en lugar del 30 por ciento reconocido por el INSS,atendiendo a que podría entenderse que el incumplimiento de las medidas preventivas por parte de la empresa ha sido desconsiderado porque, en primer lugar, la peligrosidad del amianto y los riesgos que conlleva una exposición prolongada al mismo ya era conocida mucho antes de que la empresa iniciara su actividad aquí en Zaragoza; y, en segundo lugar, porque existe normativa que regula las medidas de seguridad y de prevención frente a los riesgos del contacto con las fibras de amianto desde principios del siglo XX, siendo totalmente incumplida por la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido.

Por tanto, se considera que el incumplimiento de las medidas de seguridad ha sido desconsiderado, y no fortuito o un hecho aislado, lo que supone un agravamiento de la falta cometida y, sobre todo, teniendo en cuenta la gravedad del resultado lesivo producido como es el resultado de muerte. Y, por todo ello, se entiende que el recargo del 30 por ciento acordado por el INSS es indudablemente insuficiente, siendo más acorde, de acuerdo a las circunstancias concurrentes al caso que nos ocupa, la aplicación del incremento del 40 por ciento como propone la ITSS o, incluso, se podría llegar al máximo (50 por ciento), si atendemos a la gravedad de las circunstancias; aunque bajo nuestro punto de vista, valoramos el 40 por ciento como un recargo suficiente en el supuesto de hecho analizado.

En base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen y sobre los extremos objeto de Consulta, la alumna que suscribe formula las siguientes

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como ya se había expuesto, y como ha quedado demostrado a lo largo de todo el Dictamen, el supuesto de hecho analizado es un supuesto de hecho prácticamente resuelto por los Tribunales, del que únicamente queda pendiente de resolver la procedencia o no de recargo de prestaciones y el incremento exacto que corresponde.

No obstante, que las circunstancias del caso sean las que son, eso no desvirtúa en lo más mínimo el valor del Dictamen, dado que la valoración y nuestro punto de vista jurídico se da a conocer antes de revelar la decisión final de los Tribunales.

Si bien es cierto que ambas posturas son muy similares, el supuesto de hecho analizado, dada la documentación de partida y las circunstancias en las que concurre, no deja lugar a dudas para resolver como se ha resuelto tanto por los Tribunales como bajo nuestro punto de vista.

SEGUNDA.- Respecto a la primera consulta realizada, esto es, «*la importancia de la declaración de enfermedad común o profesional para determinar la responsabilidad empresarial de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto*» cabe concluir que, de acuerdo con lo ya expuesto anteriormente, el mero hecho de que la enfermedad padecida por el trabajador, y que causó su fallecimiento días más tarde («*mesotelioma pleural*») esté recogida en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, conlleva la existencia de una presunción *iuris et de iure* que no puede desvirtuarse; siendo asimismo reconocida como tal por reiterada jurisprudencia (ya expuesta en el desarrollo del Dictamen).

En definitiva, y respondiendo a la consulta planteada, la declaración del carácter profesional de la enfermedad padecida por el trabajador fallecido tiene mucha importancia porque tal declaración conlleva dos consecuencias fundamentales: en primer lugar, y no menos importante, la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social que en su caso correspondiera a la viuda del trabajador fallecido son ligeramente superiores al declararse el carácter profesional de la enfermedad que si, por el contrario, se hubiera declarado la enfermedad de carácter común; y, en segundo lugar, conlleva la posible existencia de responsabilidad empresarial en los daños producidos, lo que supondrá, en el caso de que se declarase que sí ha existido responsabilidad empresarial, el derecho, en este caso a favor de la viuda del trabajador fallecido, a que se reconozca el percibo de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, además de que se reconozca un posible recargo de las prestaciones de Seguridad Social que correspondiera percibir a la viuda del trabajador fallecido equivalente a un incremento que oscile entre un 30 por ciento y un 50 por ciento. A todo esto cabe añadir que, al declararse el carácter profesional de la enfermedad que causó el fallecimiento del trabajador, resultan responsables de abonar las prestaciones de Seguridad Social, que en su caso correspondan a la viuda del trabajador fallecido, la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido en el momento en que se contrajo la enfermedad, así como la Mutua que se encargase de cubrir los riesgos de los trabajadores ese mismo momento.

TERCERA.-Una vez concluido que la enfermedad que causó el fallecimiento del trabajador tiene carácter profesional, hay que dar respuesta a la segunda consulta planteada, esto es, *«la existencia de responsabilidad empresarial en el fallecimiento de un trabajador expuesto de manera prolongada a fibras de amianto, teniendo en cuenta las medidas preventivas adoptadas o no adoptadas al respecto por la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido»*.

Como ya ha quedado demostrado en el desarrollo del Dictamen, la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido incumplió prácticamente toda la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo, no solo en el momento en que se contrajo la enfermedad profesional que causó el fallecimiento del trabajador, sino

también durante todo el tiempo que el trabajador fallecido estuvo prestando servicios para la empresa (desde el año 1982 hasta el año 2011 en el cual falleció).

Se ha podido constatar que la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido incumplió la normativa existente en materia de seguridad e higiene en el trabajo durante toda la vida laboral del trabajador fallecido, dado que la citada empresa, como se ha expuesto en a lo largo de todo el Dictamen, no adoptó las medidas legalmente previstas para la protección de los trabajadores que se encuentran, a razón de su actividad profesional, en contacto con las fibras de amianto; y esto, a pesar de sucesivos requerimientos de la propia Inspección de Trabajo y de diversas denuncias efectuadas por los propios trabajadores ante la dirección de la empresa y ante la Inspección de Trabajo.

Esto hace concluir, bajo nuestro punto de vista, la existencia de responsabilidad por parte de la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido, en el supuesto de hecho analizado; ya que, de haberse adoptado las medidas de protección exigidas legalmente respecto a sus trabajadores, se hubiera podido evitar o, al menos, disminuir considerablemente los riesgos de una exposición prolongada a las fibras de amianto y, en nuestro supuesto de hecho concreto, hubiera sido posible evitar el fallecimiento del trabajador.

CUARTA.-Finalmente, queda por dar respuesta a una consulta de las tres inicialmente planteadas, esto es, *«la procedencia o no de recargo de prestaciones tras la posible declaración de existencia de responsabilidad empresarial»*.

Por lo que respecta a la procedencia del recargo de prestaciones recogido en el artículo 123 LGSS (actual artículo 164 TRLGSS), bajo nuestro punto de vista se considera que, dada la gravedad de las circunstancias concurrentes al caso concreto analizado, habiendo quedado acreditada la omisión de medidas de seguridad y prevención por parte de la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido, y la magnitud del resultado dañoso producido como consecuencia de dicha omisión (resultado de muerte), queda suficientemente justificada la procedencia del

recargo de las prestaciones de Seguridad Social que en su caso correspondan, de conformidad con lo establecido en el artículo 123 LGSS (actual artículo 164 TRLGSS).

La imposición de un incremento en las prestaciones de Seguridad Social será de utilidad no sólo para sancionar la conducta de la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido al incumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad e higiene en el trabajo, sino también para evitar un nuevo incumplimiento por parte de la citada empresa y para servir de ejemplo a muchas otras empresas que todavía a día de hoy continúan incumpliendo la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad e higiene en el trabajo poniendo en grave riesgo a sus trabajadores.

El porcentaje exacto que correspondería aplicar como recargo de prestaciones todavía continúa siendo objeto de litigio en la actualidad. Sin embargo, y a nuestro entender, se considera que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes al supuesto de hecho analizado, el resultado de muerte acontecido y toda la línea argumental expuesta en el desarrollo del Dictamen, debería reconocerse un porcentaje, como mínimo, equivalente al 40 por ciento como recargo en las prestaciones de Seguridad Social que, en su caso, puedan corresponder a la viuda del trabajador como beneficiaria del mismo.

Este es mi Dictamen jurídico que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Zaragoza, a 15 de diciembre de 2016.

ANEXOS

JURISPRUDENCIA APLICADA

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- 1) Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2012 (Sent. Núm. 8205/2012; JUR 2013/43545).
- 2) Sentencia del TSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de abril de 2003 (Sent. Núm. 455/2003; AS 2003/825).

TRIBUNAL SUPREMO

- 1) STS de 15 de octubre de 2014, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 3164/2013; RJ 2015/1015).
- 2) STS de 9 de junio de 2014, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 871/2012; RJ 2014/3203).
- 3) STS de 5 de marzo de 2013, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 1478/2012; RJ 2013/6064).
- 4) STS de 10 de diciembre de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 1651/2011; RJ 2012/5721).
- 5) STS de 30 de octubre de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 3942/2011; RJ 2012/10721).
- 6) STS de 18 de julio de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 1653/2011; RJ 2012/9972).

- 7) STS de 25 de abril de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 436/2011; RJ 2012/8526).
- 8) STS de 18 de abril de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 1651/2011; RJ 2012/5721).
- 9) STS de 14 de febrero de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera,(Rec. Núm. 2082/2011; RJ 2012/8520).
- 10) STS de 1 de febrero de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera,(Rec. Núm. 1655/2011; RJ 2012/3748).
- 11) STS de 30 de enero de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera,(Rec. Núm. 1607/2011; RJ 2012/3633).
- 12) STS de 24 de enero de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera,(Rec. Núm. 813/2011; RJ 2012/3355).
- 13) STS de 16 de enero de 2012, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 4142/2010; RJ 2012/2024).
- 14) STS de 18 de mayo de 2011, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 2621/2010; RJ 2011/4985).
- 15) STS de 14 de febrero de 2006, Sala de lo Social, Sección Primera, (Rec. Núm. 2990/2004; RJ 2006/2092).

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

1. ARAGÓN BOMBÍN, R. *Evolución jurídica derivada de la presencia de amianto en los centros de trabajo: Guía*, Secretaría de Salud Laboral, UGT-CEC, Madrid, 2013.
2. AZAGRA MALO, A. *Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación*. Fundación MAPFRE, Madrid, 2011.
3. GARCÍA GÓMEZ, M. “La vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos al amianto: ejemplo de colaboración entre el sistema de prevención de riesgos laborales y el sistema nacional de salud”. *Revista Especial de Salud Pública*, Enero-febrero, 2006.
4. MENÉNDEZ-NAVARRO, A. “La literatura médica española sobre los riesgos del amianto durante el franquismo”. *Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, Enero-junio, 2012.
5. MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del trabajo*. 37ª edic., Tecnos, Madrid, 2016.
6. VVAA. *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
7. VVAA. *Protocolos de vigilancia sanitaria específica. Amianto*, Grupo de Trabajo de Salud Laboral de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, Salud Laboral, Madrid, 1999.