

Sentencia T.S.J. Galicia 2797/2011, de 2 de junio

RESUMEN:

Responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad: La empresa ni realizó mediciones ni extendió control alguno a la sección de prestación de servicios del actor, siendo manifiesto que estaba en contacto constante con el amianto. Jurisprudencia relacionada con la materia.

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

BEATRIZ RAMA INSUA

MANUEL GARCÍA CARBALLO

RICARDO RON LATAS

A CORUÑA, dos de junio de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NO MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0004400 /2007 interpuesto por Eva María, Esther, Penélope, Felipe, Luis contra la

sentencia del JDO. DE LO SOCIAL n.º 002 de FERROL siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO RON LATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Que según consta en autos se presentó demanda por Eva María, Esther, Penélope, Felipe, Luis en reclamación de OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL siendo demandado IZAR, ASTILLEROS DEL ATLANTICO S.A.. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000034 /2006 sentencia con fecha veinte de Diciembre de dos mil seis por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

Segundo.-Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- El fallecido Sr. Felipe prestó servicios en la antigua Astano desde julio de 1967 a octubre de 1971, como ingeniero naval. Del 1972 a 1979 trabajo en Santander para Astilleros del Atlántico en oficina técnica con cargo directivo, ningún contacto tuvo con amianto en ella. SEGUNDO.- Durante su trabajo en Astano (1967-1971) realizaba su labor alrededor de un 85% del tiempo no en oficinas sino revisando montajes de cascos de barcos, donde se forraban escapes o elementos calientes con mantas de amianto, en camarotes y otras zonas habitables; también supervisaba instalaciones de tableros con ese material de amianto prensado para aislamientos técnicos y acústicos, forrando techos, suelos o paredes.

Pertenecía a la sección de "armamento" donde no solían existir mascarillas, en soldadura si existían.

El trabajo del Sr. Felipe era generalmente a bordo y solo planificaba al inicio o al final de su jornada.

La dirección empresarial exigía que como jefe de buque centrarse su lugar de trabajo a bordo.

En el fallecido y personal que trabajaba con amianto existía una creencia de que la incomodidad de trabajar con el polvo existente no era dañino.

Su exposición al amianto era generalmente por inhalación en los lugares que revisaban y solucionaba problemas más que de manipularlo directamente. TERCERO.- El Sr. Felipe no era fumador, tuvo dolor en hemitórax izquierdo en 2002, le detectan presencia de cuerpos de asbestos e hiperplasia mesotelial. En TAC de 2004 engrosamiento pleural sugestivo de mesotelioma. Fue intervenido en cirugía torácica el 8-10-02 y el 10-01-05. El 10-01-05 ya se considera mesotelioma pleural maligno difuso de tipo epitelial irresecable. El 20-01-06 se considera estadio IV, en progresión. Fallece el 30-01-2006 (folio 97 al 113). El INSS el 19-12-05 declaró como contingencia de su incapacidad P. Absoluta enfermedad profesional por el mesotelioma pleural. CUARTO.- En la empresa existía diversa normativa interna de instrucciones de carácter preventivo, funcionando un comité de seguridad e higiene en el trabajo, se realizaban algunos cursos y existían normas para la actuación de empresas auxiliares (Bloques 2 y 3 de la documental de IZAR). Después de salir el Sr. Felipe de la empresa existieron otras normas de prevención (bloques documentales siguientes).

Tercero.-Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Estimado parcialmente la demanda que había presentado D. Samuel, condenando a IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES S.A. en liquidación a que abone a la comunidad hereditaria de aquel en 50.000 euros, absolviendo a Astilleros del Atlántico S.A.

Cuarto.-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, y frente a dicha resolución interpone recurso, en primer lugar, la representación procesal de la parte actora, que construye su único motivo de suplicación al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracción por aplicación indebida del art. 1106 del Código Civil, por estimar, en esencia, que debió aplicar el juzgador de instancia el baremo (indemnizatorio) que consta en la resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Sobre la base de la relación fáctica de la resolución de instancia, el recurso no puede ser acogido. A este respecto, no está de más atender a la doctrina del Tribunal Supremo vertida a propósito de supuestos como el que aquí nos ocupa (en particular, en sus sentencias de 17 de julio de 2007 [recursos número 4367/2005 y 513/2006]), según la cual, cuando la quaestio litis consiste en determinar la indemnización procedente por daños y perjuicios cuando por la parte actora se insta su fijación analógica de acuerdo con los baremos establecidos reglamentariamente para los accidentes de circulación, la determinación de su concreto importe corresponde básicamente al órgano de instancia, pudiendo corregirse en trámite de recurso extraordinario cuando el juzgador de instancia resuelve de forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, o cuando sus conclusiones, por ser erróneas, se combatan oportuna, adecuada y eficazmente, así como las bases en que se apoya la cuantificación, ordinariamente a través de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba, o ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o en los casos de indebida aplicación de baremos o criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones, o si media error notorio o arbitrariedad, por existir una notoria desproporción en más o en menos, o cuando no se justifica adecuadamente su aplicación de las circunstancias del caso, o no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación.

Sin embargo, la examinada posibilidad (excepcional) de corregir la valoración de los daños llevada a cabo en la instancia, mediando notorio error, arbitrariedad, incoherencia con las bases de cuantificación o de falta de concreción de las mismas, no procede actuarla en el presente supuesto, ya que el contexto fáctico no permite indemnizar más daños que los tenidos en cuenta por el juzgador de instancia, sin que en el recurso se combatan oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación, y sin que, además, el recurrente haya aportado los necesarios elementos fácticos que nos permitan realizar un cálculo en virtud del cual pudiéramos aplicar (siempre con carácter meramente orientativo) el baremo señalado en el recurso.

En consecuencia, entendemos, a la vista de cómo ha sido articulado el recurso que nos ocupa, y prestando atención a los datos fácticos proporcionados por la sentencia de instancia (la parte recurrente

no ha intentado en este concreto trámite de suplicación incorporar al relato histórico de la sentencia de instancia cualquier dato que permita modificar esa decisión), que la indemnización de daños y perjuicios que fija el juzgador de instancia no resulta revisable por la Sala en suplicación, ya que no ha resuelto el pleito de forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, ni se combaten oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación en el recurso, ni existe error notorio o arbitrariedad, ni ha dejado de justificarse adecuadamente el criterio indemnizatorio.

Es más, según hemos dejado escrito en nuestra sentencia de 19 de noviembre de 2010 (rec. núm. 1109/2009), podemos igualmente concluir aquí que "en el caso concreto al no haber aplicado el juez de instancia el aludido Baremo no puede ser exigido ni su aplicación ni cuestionado el importe fijado precisamente en atención a un Baremo que no ha sido aplicado que en lo que pretende el recurrente... De este modo no puede aceptarse simplemente sustituir el criterio judicial por el propio e interesado de la parte quién además no aporta todos los elementos fácticos que nos permitieran realizar un cálculo en virtud del cual, además, pudiéramos deducir o descontar del importe resultante del Baremo las cantidades percibidas a cargo del sistema como viene siendo efectuado por la jurisdicción social en la conocida como técnica de acumulación relativa y en todo caso, insistimos, lo que no se puede pretender en sustituir la aplicación del criterio del juez de instancia que descarta acudir al Baremo por el criterio interesado de la parte de acudir al mismo. En definitiva que como la cantidad fijada por el juzgador de instancia no se detecta como errónea ni arbitraria, la misma no debe ni puede ser revisada".

Pero es que incluso el resultado sería el mismo si atendemos al criterio que sustentamos en nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 669/2007). En ella afirmamos que la indemnización procedente deberá ser adecuada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños (emergente, materiales, morales) y perjuicios (lucro cesante) que se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social, sin que, por exigencia de proporcionalidad entre daño y reparación, la restitución deba exceder del perjuicio sufrido, porque los afectados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena, de modo que además de las prestaciones públicas que procedan (en su caso, con exclusión del recargo por infracción de medidas de seguridad) también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios, cuya determinación de su concreto importe corresponde básicamente al órgano jurisdiccional de instancia como cuestión ligada a los hechos, pero que puede corregirse en trámite de recurso si se dan circunstancias singulares, tales como si el juzgador de instancia resuelve de forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, si media error notorio por existir una notoria desproporción en más o en menos, cuando no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación, con el fin de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad o voluntarismo censurables y ofrecer al justiciable una decisión razonada en términos de derecho controlable a través del sistema de recursos.

En todo caso, la valoración ha de efectuarse atendiendo a las circunstancias del lesionado, la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, si los ingresos procedentes del trabajo eran los únicos aportados al hogar familiar, las sumas ya percibidas o los criterios que pueden servir de referencia; respecto de estos últimos, la jurisprudencia indica que las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que dan publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal con base en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, no resultan de observación automática y literal ni de reproducción mimética sino analógicas u orientativas; además, la aplicación de tales "baremos" como base de la responsabilidad civil también vulnera el artículo 24 CE si no resulta motivada o es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente. Y en esta ocasión, la sentencia de instancia, tras ponderar las cantidades señaladas en casos con cierta analogía tanto por Juzgados de lo Social como por Tribunales Superiores de Justicia, así como el daño producido y el nivel del incumplimiento analizado, ha llegado a una conclusión indemnizatoria que compartimos.

Segundo.-En segundo lugar, la resolución de instancia es también recurrida en suplicación por la representación letrada de la empresa IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A., articulando un inicial motivo de suplicación, al amparo del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que interesa la modificación del HDP 1.º, con el fin de que quede redactado como sigue: "El fallecido Sr. Felipe prestó servicios, en la antigua ASTANO desde julio de 1967 a octubre de 1971, con los siguientes cometidos: jefe de montaje de equipo metálico, jefe de buque, jefe de oficina de producción del 2.º grupo de talleres (armamento). De 1972 a 1979 trabajó en Santander para Astilleros del Atlántico en las siguientes funciones: jefe de producción, responsable de la programación, construcción reparación de buques, así como del taller de fabricación de maquinaria y bombas hidráulicas. Director general de la sociedad.

Miembro del consejo de administración". La revisión se apoya en los certificados de los folios 93 y 94 de los autos. Se accede en parte a ello, en el sentido de incluir las funciones del actor durante los años indicados. No se accede, en cambio, a la supresión de la frase "ningún contacto tuvo con amianto en ella", ya que siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, que haya permitido la valoración judicial, resulta inadmisibles la llamada prueba negativa, es decir, la revisión fundada en la simple alegación de la carencia de pruebas referidas al hecho de que se trate; y del otro, porque la afirmación anterior no predetermina ni prejuzga el fallo, al tratarse de una resultancia fáctica fruto de la convicción del juzgador tras la práctica de la prueba, y es que, entender lo contrario llevaría a concluir que todo hecho probado que contenga una sentencia es predeterminante del fallo, lo que obviamente no es de recibo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico -que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión particularizada de por qué sienta sus afirmaciones- y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma, y sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo. En efecto, en esta ocasión el juzgador de instancia, analizando los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, plasmó en el relato histórico las consecuencias de la valoración por él efectuada de la meritada prueba, en uso de las facultades que, al efecto, le confiere la vigente normativa.

Tercero.-Con sede en el art. 191 c) LPL, la empresa recurrente formula su segundo motivo de suplicación, en el que denuncia infracción por aplicación indebida de los arts. 1101, 1902 del Código Civil e infracción por inaplicación del art. 1105 de esa misma norma, por estimar, en esencia, que no puede existir responsabilidad civil empresarial al no existir incumplimiento empresarial.

El motivo no prospera. Inmodificado el HDP 2.º (el trabajador prestó servicios durante cuatro años en lugares donde existía polvo de amianto), lo primero que debe indicarse es que el mesotelioma maligno que causó la muerte del trabajador es una neoplasia pleural relacionada con la exposición laboral a amianto. Y en segundo lugar debe indicarse que la normativa en materia de seguridad e higiene, cuando menos desde la publicación de la Orden de 31 de enero de 1940, aprobando el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el trabajo, viene exigiendo: 1.º) de manera genérica a los "patronos" la obligación de proporcionar a los "obreros" cualquier dispositivo o prenda que pueda proteger a éstos de los riesgos propios de su profesión (cfr. art. 86 de la Orden de 31 de enero de 1940); y 2.º) con relación a la exposición al amianto, la realización de reconocimientos médicos (Orden de 12 de enero de 1963, y antes de ella el Decreto 792/1961, de 13 de abril). Es decir, que ya se imponía al empresario una obligación de seguridad; y esta obligación es evidente que se incumplió en el presente supuesto, ya que en la zona de trabajo no existían mascarillas, y no consta que se sometiera al trabajador a reconocimientos médicos.

Se trata, pues, de un supuesto específico de responsabilidad derivada de un acto culposo del empresario, que incumplió los deberes legales de protección del trabajador. De la narración fáctica de la sentencia de instancia se desprende con suma claridad que el trabajador fallecido estuvo en contacto directo, inhalando, durante cuatro años con polvo de amianto, sin haber sido protegido frente a ello, y la patología que produjo su muerte tiene por causa directa la inhalación de polvo de amianto; es decir, que entre esos hechos y la patología que determinó la defunción hay una relación directa de causalidad. Es más, en la época en la que el fallecido estuvo en contacto con el polvo de amianto ya se conocía la nocividad de la aspiración de las partículas y la necesidad de protección frente a ello, tal y como viene declarando desde hace años este Tribunal: "la inhalación de asbestos, noción en la que puede interpretarse que legalmente viene a incluirse el polvo de amianto, ha venido siendo considerado como motivo de precaución y prevención, hasta tal punto que así resulta del Decreto de Enfermedades Profesionales de 19 de julio de 1949 y, en el Decreto de 13 de abril de 1961 se alude al amianto como causante de la asbestosis. A su vez, en el Real Decreto 1995/1978 se considera como causante del mesotelioma pleural a los polvos de amianto (asbesto). Por lo tanto, la empresa tenía conocimiento ya en el año 65, cuando inicia la prestación de servicios el causante, del riesgo del amianto, su toxicidad e incidencia dentro del sistema productivo, pero no extiende su celo y diligencia a las profesiones que estaba en contacto con el mismo, como ocurría en el Taller de Plomeros donde se cortaban las mantas de amianto desprendiendo polvo de amianto" (sentencia de 20 de julio de 2007 [rec. núm. 4700/2004]). La empresa, por lo tanto, tenía asumida una deuda de seguridad, nacida del contrato de trabajo, que no se cumplió en su plena dimensión, provocando finalmente el deceso del trabajador.

Como escribimos hace un momento, este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre supuestos similares al que aquí nos ocupa, indicando: 1.º) que "la empresa no adoptó medidas protectoras en relación con la exposición del trabajador al amianto sin que la redacción, en sentido negativo, del párrafo en el que se expresa que no se ha acreditado que se hubiesen tomado las medidas

adecuadas para prevenir la inhalación ni que se midiese la concentración de polvo de ambiente, implique la conculcación de lo dispuesto en aquel precepto pues, es nítido e inconcuso que, dados los términos en que se plantea la demanda, le correspondía a la empresa probar los hechos impositivos o que enervasen las pretensiones esgrimidas por el actor en el escrito rector del proceso, por lo que no ha de tener acogida la denuncia de infracción a que se contrae el motivo noveno del recurso interpuesto por Izar Construcciones Navales S.A., sin que tampoco hayan de tener éxito las denuncias de infracción contenidas en los motivos octavo, noveno, décimo y decimoprimeros, antes reseñados, pues, aún considerando que la homologación de mascarillas como elemento de protección se hubiese producido mediada la década de los 70, lo cierto es que la fundamentación jurídica de la sentencia, desarrollando lo establecido en el relato fáctico, se refiere, en esencia, a la ausencia de medidas adecuadas para prevenir la inhalación de una sustancia cuya peligrosidad no era desconocida sin que, por otra parte, se haya demostrado que el trabajador tuviese a su disposición otros elementos de protección análogos con independencia de su validación oficial, en tanto que, en lo referente al motivo noveno, por más que la normativa contenida en el Decreto de Enfermedades Profesionales de 1947 - y Reglamento de 1949 - constituye un antecedente del Decreto de 1961, contemplando entre las enfermedades allí contenidas la asbestosis derivada de actividades laborales en que se desprendiese polvo de naturaleza mineral que fuesen susceptibles de ocasionar dolencias a los trabajadores, no puede soslayarse que, como ya señala el Juzgador de instancia, el citado Decreto de 1961 determina las concentraciones máximas de asbestos, entre otros productos, permitidas, no constando que se efectuasen las pruebas correspondientes al periodo y lugar de desarrollo de la actividad laboral del trabajador fallecido en los que estuvo en riesgo directo de inhalación de amianto, en tanto que, en línea con lo resuelto con anterioridad por esta Sala, no es dado efectuar una interpretación reduccionista de lo dispuesto en el Anexo del Decreto 792/1961, de 13 de abril, en perjuicio del derecho a la salud del trabajador, siendo obligación de la empresa efectuar reconocimientos médicos periódicos, con arreglo a lo establecido en la Orden Ministerial de 1962 para puestos de trabajo relacionados en el citado Anexo del Decreto de 1961 y, específicamente, para la asbestosis en la Orden Ministerial de 1963, al referir, en esencia, que los reconocimientos periódicos serán realizados bajo las mismas normas y disposiciones dictadas para los trabajadores con riesgo silocótico o neumoconiósico fibrótico, siendo el ritmo de periodicidad de los reconocimientos cada seis meses, constando en autos que, si bien se le efectuaron reconocimientos periódicos al trabajador no lo fueron específicamente para la asbestosis pese a que se ha constatado que el actor desarrollaba su trabajo en lugares en que existía riesgo de inhalación de asbestos o lo que es igual, exposición del trabajador a una sustancia nociva para su salud, cuya peligrosidad no era, por aquel entonces, un arcano para la empresa, mientras que, cabe recordar, el Real Decreto 1995/1978, de 15 de mayo, establece como enfermedades profesionales "F) Enfermedades sistemáticas. 2. Carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbestos. Mesotelioma pleural y mesotelioma peritoneal debidos a la misma causa. Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbestos)", de manera que, aún en la consideración de que a partir del año 1982 no se utilizara el amianto en nuevas construcciones de navíos por parte de la mercantil recurrente, es claro que desde el Decreto de 30/11/61 se reguló el aspecto relativo a límites de partículas de amianto en el aire contenidas y por más que no se ha constatado la realización de mediciones o adopción de medidas al efecto, es inconcuso que, y así lo determinan diversas resoluciones de los Tribunales laborales por todas la sentencia de Aragón de 5/10/2003, la inhalación de asbestos y del polvo de amianto ha sido considerada como motivo de riesgo, desde el Decreto de Enfermedades Profesionales de 19 de julio de 1949 y ya en el Decreto de 13 de abril de 1961 se alude al amianto como causante de la asbestosis, lo que, a nuestro juicio, pone de relieve la obligación que pesaba sobre la empresa de adoptar precauciones en orden a preservar la salud de los trabajadores en atención a los riesgos derivados de la inhalación del polvo de amianto y, en ese contexto, cabe señalar que, siendo la causa de la muerte del causante de la parte actora, como señala el ordinal cuarto y reitera el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia "un mesotelioma maligno de células fusiliformes que infiltra pleura parietal y visceral de ambos hemitorax, diafragma, pericardio, pared de aorta torácica, hígado y pulmón derecho" después de que el TAC que le fue practicado en 29/8/2002 -pocos días antes del óbito- dejase patente la existencia de "patología neoplásica afectando difusamente a la pleura del hemitórax derecho, dado que existen antecedentes de exposición a asbestos y patología crónica en relación con el asbestos,...", es claro que, aún en la consideración de que no se contemplase específicamente tal dolencia en el listado a que se contrae la normativa antes citada, cabría encuadrarla en el mismo en tanto que, como estableció la sentencia del Tribunal Supremo... "si se admite que una simple irritación de las vías respiratorias superiores causada por la inhalación de sustancias no comprendidas en otros apartados (fundamentalmente en la letra a), plomo, mercurio, cadmio, manganeso, cromo, cloro, níquel berilio, talio, fósforo, arsénico, etc.) tenga la consideración de "profesional", con mayor razón lo será cuando esa dolencia -acreditada la realidad de su origen por inhalación prolongada de polvo de amianto- ha degenerado en un cáncer...", de manera que, puesta de relieve la relación del amianto con la patología

que determinó el fallecimiento del trabajador causante de los actores, cabe señalar a tenor de lo actuado, en orden a la cuestión relativa a si por la empresa se adoptaron o no las medidas de prevención eficaces a tenor de la diligencia que le era exigible, que no puede aseverarse que la mercantil aquí recurrente hubiese adoptado todas las tendentes a evitar el daño para el trabajador, pues de la normativa que, en el recurso, señala aquella como vulnerada en la sentencia "a quo", es dado colegir que la inhalación de asbestos, denominación en la que cabe incluir el polvo de amianto, fue, incluso históricamente, peligrosa y, por ello, tributaria de medidas de prevención, siendo de recordar, al efecto, el Decreto de 19/7/1947 y el Decreto de 13/4/1961 en el que ya se alude al amianto como causante de la asbestosis - sin soslayar que, posteriormente, del contenido del Real decreto 1995/1978 se desprende la relación causal entre el mesotelioma pleural y los asbestos - lo que había de constituir base suficiente para que las empresas relacionadas con la fabricación, uso o manejo de amianto adoptasen medidas tendentes a evitar el acaecimiento de situaciones como la contemplada en el presente supuesto, pues la obligación que pesaba sobre aquellas de velar por la integridad física de los trabajadores a su servicio relativos a las dolencias como la reseñada en el caso, es una realidad, cuando menos desde el Decreto de 1947, acrecentada por la normativa posterior a aquella y exigible en el período en que el trabajador fallecido prestó servicios en un área en la que estaba en contacto con amianto, esto es, desde el 16/10/1962 hasta el 15/10/1969, período en el que trabajó como vigilante contra incendios en el que, según señala el inalterado ordinal segundo de la sentencia impugnada, "tenía que ir a los puestos de trabajo donde pudiera haber peligro, en el barco, en gradas y a bordo y también iba a reparación y estaba al lado de trabajadores que ponían amianto y por la noche cuando estaban las bombillas encendidas se veía flotar el amianto,...", sin que los reconocimientos periódicos ordinarios y no específicos de asbestosis, efectuados por la empresa sean óbice para la consideración de que no adoptó las medidas de prevención que le eran exigibles, pues no se constata la adopción de medidas tendentes a la evaluación y control del medio en que se desarrollaba la actividad del actor, en concreto la concentración de polvo en el ambiente ni la puesta a disposición de éste de elementos y accesorios adecuados para llevar a cabo su trabajo en las mejores condiciones posibles, de manera que no cabe afirmar que la mercantil hubiese actuado con la diligencia que le era exigible y por el contrario, se ofrece concurrente un nexo de culpabilidad en su actuar que determina, además, que no sea de apreciar la vulneración del artículo 1105 del Código Civil, asimismo, invocada por la recurrente, pues, en atención a lo hasta ahora expuesto, no se constata una situación de caso fortuito o fuerza mayor que exonerase de responsabilidad a la mercantil demandada" (sentencia de 5 de marzo de 2010 [rec. núm. 3377/2006]); y 2.º) "Conforme a lo anterior, parece que el empleador ha omitido la diligencia que le era debida, en orden a las prestaciones del contrato de trabajo, y por tanto incurre en un elemento de culpa, por omisión de su deber prestacional, que le vincula a una concreta actividad de prevención de riesgos, y siendo que le era exigible conocer el peligro del amianto, debió articular medios, medidas y operativas que paliasen los efectos contaminantes, perjudiciales e insalubres en su actividad fabril con el suministro de medidas como mascarillas, extractores, o comprobación del riesgo, con reconocimientos específicos, y la total omisión de cualquier medida de cuidado, implica que se haya vulnerado ese umbral al que se refiere el art. 1104 del Código Civil, propio de las obligaciones contractuales y de quien recibe el trabajo por cuenta ajena, al ser un elemento traslativo prestacional específico del vínculo negocial nacido, y que determina, por la protección que se exige al empleador, una mínima diligencia, que le era exigible al demandado, ahora recurrente. En definitiva, entendemos, que ha existido responsabilidad de la empresa en su actuación, en orden al deber prestacional de vigilar el riesgo, siendo que el mismo era evidente que existía, era conocido y normativamente establecido, de manera que debieron aplicarse técnicas y medios que intentasen paliar el efecto dañino que el asbesto produjo en el fallecido. Desde esta perspectiva destacamos: Primero, la empresa ni realizó mediciones ni extendió control alguno a la sección de prestación de servicios del actor, siendo manifiesto que estaba en contacto constante con el amianto; segundo, no facilitó ni instaló protección alguna, manifestándose el riesgo por la existencia del amianto; tercero, su ámbito de obligación, inherente a la prestación correspondiente a su vínculo negocial implicaba medidas que no sólo quedan dentro del ámbito normativo, específicamente a través de las normativas nacidas en ese momento en relación al riesgo del amianto, sino al conocimiento de la asbestosis, y su relación profesional, sin que se acredite que, se intentase adecuar el posible riesgo a la situación del trabajador; y, en último lugar, no se trata de materia prima manipulable, sino de elemento en el sistema de producción, y al efecto, el amianto se demuestra que era un medio propio de lugares de reparación o construcción de buques, como así acontecía, y el riesgo, por su misma evolución, debía ser conocido, y la diligencia exigible llevaba consigo que su omisión, al ser evidente por otros factores (manipulación del amianto), que la empresa debió conocer la situación y adoptar medidas suficientes para intentar evitar su inhalación. Acreditado ello, por contra la empresa sólo evidencia su omisión de cualquier actividad incluida los reconocimientos médicos, por lo que procede confirmar la sentencia de instancia desestimando el recurso interpuesto" (sentencia de 20 de julio de 2007 [rec. núm. 4700/2004]).

Cuarto.-- Por todo lo que queda escrito procede, previa desestimación de ambos recursos, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada de D.^ª Eva María y otros y de la empresa IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. dos de los de Ferrol, con fecha veinte de diciembre del año dos mil seis, en proceso promovido por D.^ª Eva María, D.^ª Esther, D. Felipe y D. Luis, frente a las empresas ASTILLEROS DEL ATLÁNTICO, S.A. e IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES, S.A debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de darse el destino legal a los depósitos y consignaciones para recurrir efectuados por los recurrentes, debiendo la empresa recurrente, conforme al art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, abonar los honorarios de los letrados-impugnantes de su recurso por importe de trescientos euros (300 €).

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, n.º 1552 0000 80 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala n.º 1552 0000 35 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.