

**SENTENCIA «VEREDICTO EJEMPLAR NÚM. 4/2017»
MÓDULO IV «RIESGO PATRONAL»**

Luis Fernando de Castro Mejuto
Magistrado Especialista de la Sala de lo Social del TSJ Galicia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados como probados lo son con apoyo en la prueba practicada en el acto del juicio; y en exclusiva, de la documental aportada, valorada conforme al artículo 97.2 LJS, aunque pueden considerarse no controvertidos, dado que la discusión es meramente jurídica.

SEGUNDO.- 1.- Antes de entrar a considerar el fondo del asunto, es preciso pronunciarse sobre las tres excepciones planteadas por la parte demandada: incompetencia de jurisdicción, litisconsorcio pasivo necesario y prescripción de la acción ejercitada. La respuesta es diversa en cada caso.

2.- Comenzando por la posible incompetencia de jurisdicción, nos encontramos ante la acción de un litigante que pretende el resarcimiento de daños y perjuicios causados por la actividad industrial de la empresa ASTANO, de la que fue víctima –razona- al lavar la ropa de su marido en casa (norma impuesta por la empresa); sin desconocer la relación que pueda existir entre ese comportamiento y el mesotelioma que la aqueja ahora, lo cierto es que esta jurisdicción resulta incompetente para tratar dicha pretensión, dado que ninguna relación laboral une a la demandante y a la empresa y la base de conexión de la jurisdicción social es –precisamente- aquélla (artículos 1 LJS y 9.5 LOPJ); de hecho, la STS 03/12/15 –Recurso de Casación núm. 558/2014-, que cita la parte actora para fundar su reclamación en nombre propio, es de la Sala de lo Civil – como también son del mismo orden el resto de sentencias citadas- y advierte claramente de la incompetencia del orden jurisdiccional social, de forma que confirma la necesidad de acudir a la civil: «Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclama (SSTS de 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2008, entre otras), es preciso tener en cuenta ahora que la doctrina referida la ha matizado recientemente la STS de 11 de septiembre de 2009, RC N° 1997/2002, la cual se pronuncia acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta. Según resulta de esta sentencia, las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la de 15 de enero de 2008 *no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil* para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción, en casos como el de autos, contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de cinco años desde que se

interpuso la demanda, se declare inadmisibile en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas”. Añadiendo “esta Sala ha señalado que si bien pueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo, la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño. La finalidad de la indemnización es la de reparar el daño causado y no la de enriquecer el perjudicado, de modo que para evitar un posible enriquecimiento injusto en la determinación de la indemnización, se debe concretar cuál es el daño producido y el importe por el que se indemniza”. A ello añade lo siguiente: “*aunque la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 señala que para que sea competencia la jurisdicción civil el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, declara competente esta jurisdicción al haber sido demandados terceros que no tenían relación laboral con la víctima del accidente*. Pues bien, en el caso tratado no todos los demandante son trabajadores de las empresas demandadas sino personas vinculadas a ellos y que reclaman por daño moral o aquellos que demandan por haberse visto perjudicados por la exposición indirecta al polvo de amianto. Procede por todo ello desestimar este motivo del recurso para evitar el peregrinaje de jurisdicción y no vulnerar así la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que provocaría un nuevo retraso”». Es, por ello, que ausente una relación laboral entre la Sra. Santos y ASTANO su pretensión resarcitoria debe ejercitarse ante la jurisdicción civil y no ante la social, procediendo –sin entrar en el fondo de esa cuestión- declarase incompetente. Sin que sirvan de argumento ni la referencia que se hace por el artículo 2 LJS a los causahabientes ni al conocimiento expansivo del Juzgado de lo Mercantil, dado que la primera se refiere a acciones que fuesen titularidad del trabajador y que no pudo ejercitar, mas no en un caso como el presente en el que la viuda ejerce una acción no como heredera de su esposo, sino como perjudicada por su óbito; y la segunda integran pretensiones atribuidas a la misma jurisdicción.

3.- La segunda excepción es la del litisconsorcio pasivo necesario, que debe rechazarse, porque la entidad aseguradora ABA carece de legitimación pasiva desde el momento en el que en su póliza de RC ha excluido el riesgo derivado del asbesto o amianto. Acerca de la cuestión (legitimación *ad causam*), se puede recordar que la legitimación es la relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que de estimarse ésta se produce un beneficio o eliminación de un perjuicio, no necesariamente patrimonial (SSTC 65/1994, de 28/Febrero; 105/1995, de 03/Julio; 122/1998, de 15/Junio; 171/02, de 30/Septiembre; 203/2002, de 28/Octubre; y 164/2003, de 29/Septiembre); de forma tal que «la doctrina científica entiende por legitimación pasiva la cualidad específica de un sujeto, derivada de hallarse, dentro de una relación jurídica determinada, en una posición de ser obligado o deudor. Así se diferencian los conceptos de legitimación –derecho/deber de figurar como parte en un proceso– de la responsabilidad, de modo que el legitimado para ser parte demandada en un proceso, no necesariamente ha de ser condenado en el mismo» (STS 19/11/07 –rcud 1669/06–). Es más, «la legitimación *ad causam* o legitimación en sentido estricto se ha definido como “una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una *litis* especial y concreta por obra de una relación en que las partes se encuentran respecto a la cosa objeto del litigio” [STS –Sala 1ª- 20/12/89 Ar. 8851, con cita de la sentencia de la misma Sala 18/05/62 Ar. 2250]» o, en otras palabras, esa *legitimatío ad causam* se localiza en la noción de interés profesional o económico, que es concepto diferente y más amplio que el interés directo (STC 164/2003, de

29/Septiembre); por ello, «la legitimación se configura como la cualidad de un sujeto consistente en encontrarse dentro de la relación jurídica material deducida en el juicio en la situación activa o pasiva que justifica la asunción de la correspondiente posición procesal» (SSTS 14/10/92 –rco 2500/91 y Sala General–; y 15/11/05 –rcud 4772/04–). Como se aprecia perfectamente –a la vista del marco fáctico–, la entidad ABA carece de legitimación, pues ninguna relación tiene con lo discutido desde el momento en que ninguna responsabilidad puede alcanzarle

4.- Y, finalmente, habría que pronunciarse sobre la excepción de prescripción, que –se adelanta– no puede acogerse. De entrada, «[...] la prescripción extintiva, al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada con criterio estricto, de modo que ha de admitirse la interrupción del plazo prescriptivo en todos aquellos casos en los que medien actos del interesado que evidencian la voluntad de conservar el derecho» (SSTS 02/12/02 Ar. 2003\1937, con cita de la STS 11/04/88 Ar. 2946; 27/06/08 –rco 107/06–); y –además– el plazo de prescripción es el de un año, previsto en el artículo 59.2 ET, siquiera estemos en el ámbito de la SS (ATS 18/03/03 Ar. 4504. Y SSTS 22/03/02 Ar. 5995; 06/05/99 Ar. 4708; 12/02/99 Ar. 1797; y 10/12/98 Ar. 10501). Ese plazo de un año para la reclamación de prestaciones económicas empieza a computarse a partir del día en que los salarios debieron percibirse o se recibieron en cuantía inferior a la debida (SSTS 25/05/92 Ar. 3598; 26/07/94 Ar. 7065; y 29/09/94 Ar. 7261) o, podría añadirse, en general, desde que pudo ejercitarse la acción (artículo 1.969 del Código Civil). Es decir, el «dies a quo» para reclamar responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo [o de una enfermedad profesional, como es el caso] se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, sin que necesariamente equivalga al momento en que acaece el accidente [se contrae la enfermedad o fallece el actor] o al del alta médica, «que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse», sino que «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico» (SSTS 10/12/98 –Sala General– Ar. 10501; 12/02/99 Ar. 1797; 20/04/04 –rcud 1954/03–; y 04/07/06 –rcud 834/05–). Cosa distinta ocurrirá en el caso de que el trabajador no haya solicitado o no haya sido declarado en situación de incapacidad permanente en cuyo caso, a los efectos de apreciar la prescripción, habrá que acudir a las fechas de los informes médicos donde de forma definitiva se fijen los daños como aconteció en las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25/02/13 R. 1040/10 y 10/10/08 R. 3532/05. Es más, «por su larga evolución insidiosa, la asbestosis pulmonar es causante de daños físicos diferidos, de donde el *dies a quo* se determina, no en atención al hecho causal de la asbestosis pulmonar, sino en atención a cuando se tenga –o se debería haber tenido– conocimiento pleno de los daños físicos derivados de la asbestosis pulmonar –una aplicación de esta doctrina se encuentra en la STS, Sala 1ª, de 14.9.2001, sentencia referida a la silicosis de varios trabajadores manifestada entre 15 y 20 años después del cese de los trabajos–» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13/03/15 R. 4304/13). En definitiva, tal conocimiento –pleno y cabal– en ocasiones solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar

Sin embargo, ese criterio resulta aquí inaplicable, porque la cuestión habrá de resolverse conforme a la postura expresada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21/06/11 –Recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 3214/2010–, que afirma –tras repetir la doctrina sobre el cómputo del plazo de prescripción, al fijarlo en el momento en que se haya tenido un conocimiento cabal y completo del daño– que «[...] los herederos [...] reclaman una indemnización de daños y perjuicios por el fallecimiento del mismo debido a enfermedad profesional, en concreto carcinoma de pulmón, estadio IV, habiendo realizado trabajos con amianto y reconocido la dirección provincial del INSS el carácter de enfermedad profesional de los padecimientos que desembocaron en el fallecimiento del trabajador. Si se reclaman daños y perjuicios derivados del fallecimiento [...] es incuestionable que la acción de reclamación de los mismos no pudo ejercitarse hasta que se produjo el citado fallecimiento, debiendo fijarse el “dies a quo” del cómputo del plazo de un año para el ejercicio de la acción, a tenor del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, en el día en que la acción pudo ejercitarse, es decir, en el día de su fallecimiento [...] No empece tal conclusión el hecho de que el trabajador hubiera podido reclamar la pertinente indemnización por los daños y perjuicios causados por la enfermedad profesional que supusieron que la Dirección Provincial del INSS le declarara en situación de incapacidad permanente absoluta, supuesto en el que el plazo de prescripción hubiera comenzado a correr [*entonces*], pero la inacción del trabajador afectado no supone merma alguna del derecho de sus herederos a reclamar indemnización de daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su causante».

Como en este asunto nos encontramos ante la reclamación de los daños que le han supuesto el fallecimiento de su cónyuge a la Sra. Santos, el cómputo del año se produce a partir de su óbito (10/03/16), que no habría transcurrido en el momento en que en que se ha presentado la papeleta de conciliación –desconocida, pero anterior a la fecha de este juicio (02/03/17)-; otra cosa hubiese sido si fuese el Sr. Fernández quien hubiese reclamado, porque –en ese caso– sí habría prescrito la acción, dado que el reconocimiento de su prestación (IPA derivada de EP) tuvo lugar por resolución del INSS de fecha 08/04/10 y habría transcurrido con creces el plazo. Se desestima, por lo tanto, la prescripción.

TERCERO.- 1.- Por lo que se refiere a la responsabilidad, se debe recordar que, tal como se ha fijado en otras ocasiones –así, en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 13/10/16 R. 1495/16, 27/01/15 R. 828/13, 03/07/14 R. 2703/12, 29/05/14 R. 129/12, 21/01/14 R. 4951/12, 11/07/13 R. 963/11, etc.–, la más autorizada doctrina caracteriza la *responsabilidad civil* diciendo que *implica que una persona ha vulnerado un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto y por lo mismo queda obligada a resarcirle el daño producido*. Esta responsabilidad civil tradicionalmente se clasifica en contractual y extracontractual (*aquiliana*); la primera supone una transgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato (responsabilidad exigible conforme a los artículos 1.101 y siguientes CC); la responsabilidad *aquiliana*, por el contrario, da idea de la producción de un daño a un tercero al margen de una previa relación jurídica y por mera transgresión del genérico deber *neminem laedere*, es decir, de la obligación de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás (responsabilidad actuable por los artículos 1.902 y 1.903 CC).

Más exactamente y para la responsabilidad civil de origen contractual, el artículo 1.101 CC dispone que: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Por su parte, en la regulación positiva de la culpa extracontractual, el artículo 1902 CC preceptúa que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» y el artículo 1.903 fija una responsabilidad por hechos ajenos para, entre otros, el empresario por los actos de sus empleados.

2.- Pues bien, al menos en apariencia no es apreciable diferencia sustancial –a efectos de exigencia legal de culpabilidad– entre ambas responsabilidades. Pero esa común exigencia de culpabilidad ha resultado ser tan sólo legal en cierta doctrina y jurisprudencia, porque la culpa extracontractual se ha venido objetivando –concretamente a partir de la STS 10/07/43 Ar. 856– y se ha alcanzado un sistema en el que se aceptan soluciones cuasi-objetivas demandadas por el incremento de actividades peligrosas en la técnica de nuestros días. Con arreglo a este planteamiento se entiende que quien crea la situación de riesgo y de ella se beneficia, igualmente ha de aceptar la contrapartida de responder –indemnizando– por los daños que traigan causa en tal actividad que comporte riesgo; es lo que integra la llamada doctrina de la responsabilidad por riesgo, la que –se argumenta– no puede decirse incurra en una primitiva responsabilidad por el exclusivo resultado, habida cuenta de que en ella se halla presente una voluntariedad referida al hecho productor del daño (así, STS –Sala I-08/11/90 Ar. 8534).

Y se llega a la *responsabilidad por riesgo*, en primer término, a través del cauce de invertir la carga probatoria y de presumir culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de tiempo o lugar, o cuando consta debidamente acreditada la culpa de la víctima (entre otras, SSTS –Sala I- 16/10/89 Ar. 6923, 24/09/91 Ar. 6061, 11/02/92 Ar. 1209; y 25/02/92 Ar. 1554); y en segundo término, se consigue esa misma finalidad objetivista, entendiendo exigible una diligencia más alta que la administrativamente reglada y por considerar que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas no han ofrecido un resultado positivo, revelando la insuficiencia del

cuidado prestado (STS –Sala I- 11/02/92 Ar. 1209); en definitiva, *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas). Muy contrariamente, la culpa contractual se desenvuelve – al menos en sus planteamientos más clásicos– en el estricto ámbito de lo subjetivo (la culpa o negligencia que define el artículo 1.104 CC), siquiera se pretenda objetivar el grado de diligencia debido con la referencia al «buen padre de familia» (mismo artículo 1104 CC, ya citado); concepto éste, el de «buen padre de familia», que es identificable con el de «hombre común».

3.- De todas formas, como se recordaba en las SSTSJG citadas, la doctrina jurisprudencial dictada en unificación de doctrina –STS 30/09/97 Ar. 6853– insiste en que tanto en la regulación del artículo 1.101 como la del artículo 1.902 del Código Civil *constituye presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad indemnizatoria el que se constate, aparte del daño, una conducta calificable con una cierta culpa o negligencia empresarial en nexo causal con aquel daño*, poniendo expresamente de relieve la necesidad de poner límites a las responsabilidades empresariales, «pues venir a duplicar por la vía de la responsabilidad contractual o aquiliana [...] más que ser una mejoría social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas...». Realmente, se viene a afirmar que no en todo accidente de trabajo o enfermedad profesional [o vulneración de normas necesarias de descanso, salud o seguridad –añadiremos-] necesariamente ha de existir responsabilidad empresarial, que deben aplicarse las normas protectoras de la Seguridad Social y que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual.

Así, pues, no se ha producido una absoluta eliminación del elemento culposo (STS –Sala I- 03/12/98 Ar. 9703), por cuanto su existencia es un «principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia, siendo la causa de los daños ajena a su actuar y no previsible» (STS –Sala I- 13/12/90 Ar. 10002), por lo que se impone la necesidad de que se acrediten acciones u omisiones culposas a añadir a la responsabilidad ya reconocida –en su caso– por infracciones de medidas de seguridad, toda vez que la existencia de las mismas no comporta, necesariamente, culpa civil (STS 27/04/92 Ar. 3414). De tal manera que «para viabilizar el resarcimiento pretendido, es necesaria la simultaneidad de determinados requisitos, que pueden resumirse así: 1.- La existencia real de una situación generadora de daños y perjuicios. 2.- Su cabal acreditamiento en el proceso que se inicie instando su resarcimiento. 3.- Un probado incumplimiento de la contraparte, determinante de aquella situación. 4.- La relación causal y directa entre este incumplimiento y aquel daño» (STS 20/02/86 Ar. 962). O lo que es igual –en palabras de la STS 03/10/95 Ar. 7097–, «se exige de forma inexcusable la concurrencia de una conducta empresarial, de un ilícito o incumplimiento laboral, relacionado directamente, por tanto, con el haz de derechos y obligaciones que derivan del contrato de trabajo que une a las partes [...], la producción de un daño y, finalmente, el enlace causal entre éste y el actuar empresarial contraventor de una obligación [...]; relación que jurisprudencialmente se construye bajo el principio de la “causa adecuada”, por la que se impone la exigencia de valorar, en cada caso concreto, si el antecedente se presenta como causa necesaria del efecto lesivo producido, de tal manera que “el cómo y el por

qué” se produjo éste “constituyen elementos definitorios del contenido de aquella relación causal”».

CUARTO.- 1.- En concreto, tratándose de culpa atribuible a infracción de medidas de seguridad, hemos de destacar algunos pronunciamientos de la Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual, recordados en precedentes ocasiones (para todas, STSJ Galicia 09/02/07 R. 1666/04). En concreto, esa doctrina del Tribunal Supremo ha expresado –nos limitamos a doctrina muy genérica– que (a) para ser prudente, el empresario está obligado a conocer las reglas de seguridad y a aplicarlas, asumiéndose el criterio de que quien ejerce una industria o comercio se presume iuris et de iure que conoce las reglas de seguridad (STS –Sala I- 26/01/90); (b) el deber de cuidado alcanza a las reglas contenidas en los reglamentos y a las que no están en ellos (STS –Sala II- 07/12/89), pues tanto «puede encarnar tanto en una norma socio-cultural, como de común experiencia, en la norma profesional o simplemente en *lex artis* que rige la actividad desplegada por el agente» (STS –Sala II- 06/04/88); (c) asimismo se ha indicado que en el ámbito de esta culpa no cabe aplicar el principio de presunción de inocencia consagrado por el artículo 24.2 CE, únicamente referible a las normas represivas, punitivas o sancionadoras, entre las que no se halla el artículo 1902 CC (STS 07/01/92 Ar. 149); y (d) también se sostiene que la facultad moderadora de la responsabilidad –inciso segundo del artículo 1.103 CC– no sólo es aplicable cuando se da concurrencia de culpas de la víctima y del agente, sino también cuando sea procedente en atención a la entidad de la conducta culposa (STS 07/11/00 Ar. 9911).

2.- Sin embargo, la oscilante doctrina jurisprudencial ha cambiado nuevamente, pues se ha dado un giro sobre la necesidad de culpa, al atenuar notablemente su grado y la prueba de su concurrencia (SSTS 30/06/10 –rcud 4123/08-; 18/05/11 –rcud 2621/10-; 16/01/12 –rcud 4142/10-; y 30/01/12 –rcud 1607/11-). Así se recuerda que «sometida de nuevo la cuestión a enjuiciamiento, la Sala llega a la diversa conclusión de que la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual; y que tan sólo merece la consideración extracontractual, cuando el contrato ha sido únicamente el antecedente causal del daño, cuyo obligación de evitarlo excede de la estricta órbita contractual, hasta el punto de que los perjuicios causados serían igualmente indemnizables sin la existencia del contrato. Y aún en los hipotéticos supuestos de yuxtaposición de responsabilidades, parece preferible aplicar la teoría -más tradicional, en la jurisprudencia- de la “absorción”, por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural [en general, por aplicación del art. 1258 CC; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad] y el resarcimiento de los daños ha de encontrar ineluctable cobijo en la normativa contractual». De tal forma que el punto de partida no puede ser otro que recordar que el ET genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [artículo 4.2 .d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene» [artículo 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8 /Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (STS 08/10/01 –rcud 4403/00-). «Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del

empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del artículo 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que “en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener - para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia».

QUINTO.- 1.- Sobre este aspecto [culpa y prueba], la jurisprudencia hace una serie de afirmaciones que matizan la doctrina hasta este momento mantenida, con cuatro puntualizaciones determinantes:

(a) *No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno*, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador –al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (artículo 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (artículo 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral» de los trabajadores (artículo 14.1 LPRL).

(b) *La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias* (SSTS 30/06/10 –rcud 4123/08-; y 16/01/12 –rcud 4142/10-). Añadiendo que «sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación –analógica- del art. 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]. Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [“... deberá garantizar la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad”] y 15.4 LPRL [“La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente

no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención. Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL)».

(c) *El empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario* [argumentando los artículos 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente. Y,

(d) *No procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado*, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto «desmotivador» en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones [de sanción cuantitativamente mayor]. Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la STJCE 2007/141 [14 /Junio], al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el artículo 5.1 [«el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo»], que tal precepto no era conculcado por el artículo 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que «El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable».

SEXTO.- Pues bien, en el caso de autos, concurren los tres elementos expresados, puesto que concurre el daño, muerte del Sr. Fernández, la conducta negligente de la empresa, porque trabaja para ASTANO desde 1970 y, además, a partir de 1980 se prohíbe el uso del amianto en obra nueva, pero sigue desferrándose y en contacto con el presente en los buques en los que actuaba como Mecánico –al menos, en el ambiente-; y, finalmente, existe una relación causa-efecto entre el asbesto y las placas pleurales que presenta, sobre todo, tras la declaración de que las prestaciones de SS (IP y viudedad) derivadan de enfermedad profesional. Por lo que sí puede establecerse la vinculación entre el polvo de asbesto y el EPOC causado por placas pleurales calcificadas. Según resulta del relato fáctico, las medidas de seguridad adoptadas por la demandada se revelaron como claramente insuficientes, si se tiene en cuenta la naturaleza del trabajo y la exposición al polvo de amianto a que el trabajador estuvo sometido; al menos directamente desde 1970 hasta 1980, al prestar sus servicios como

Mecánico en una empresa dedicada a desmantelar buques, y desde esa fecha habría una contaminación ambiental y directa, pues seguía presente en las reparaciones de buques antiguos; lo que excluye, por un lado, la aplicación del caso fortuito (artículo 1.105 CC) y entraña, por otro, una conducta culposa o negligente de la empresa condenada. Y es que la necesidad de cumplimiento de la deuda de seguridad dentro del contrato de trabajo, con independencia de las normas aplicables, venía asumida por el conocimiento que se tenía del amianto, como material utilizado en contacto directo dentro del ámbito productivo, con eventual toxicidad y peligro, de modo que las demandadas venían obligadas a adoptar las medidas de prevención necesarias y adecuadas para evitar el riesgo asumido. A este respecto, debe recordarse que ya el Decreto de 10/01/47 (Seguro de enfermedades profesionales), reconoció la «asbestosis» como enfermedad producida por el trabajo, de evolución lenta y progresiva, que causaba incapacidad laboral; y el Decreto 13/04/61 (enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional), reiteró esa calificación médico laboral de la asbestosis, incluyéndola entre las enfermedades sistémicas. La normativa citada fue continuada posteriormente por otra de igual sentido (Ordenes 09/05/62, 21/01/63, 21/07/82, 31/10/84, Decreto 1995/78 de 12/Mayo, Real Decreto 1299/2006 de 10/Enero), que racionalmente imponía entender que la utilización dentro de la actividad productiva de materiales que contuviesen amianto, suponía una actividad sometida a riesgo y, por tanto, de obligada prevención por parte de la empresa, como así hizo la codemandada mediante reconocimientos médicos a partir de 1975, pero sin la adecuada vigilancia para evitar el contacto del trabajador demandante con las partículas del polvo en cuestión. Esa inadecuada prestación de la deuda de seguridad, evidencia una falta de cumplimiento por parte de las demandadas a las normas que forman parte esencial del contenido del contrato de trabajo, cuya observancia viene establecida actualmente por los artículos 40.2 CE, 4.2 d) y 19.1 ET, 14 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, así como una actuación negligente o culposa por su parte, generadora de la obligación de indemnizar (artículo 1101 CC).

SÉPTIMO.- 1.- En cuanto a la cuantía de la indemnización, «ante determinadas secuelas o daños, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa –ex art. 4.1 CC–, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la DA Octava de la Ley 30/1995 [8/Noviembre] en la LRCSCVM [Decreto 632/1968, de 21/Marzo], cuyos módulos [cuantitativamente actualizados por Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones] pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados [en concreto, para la responsabilidad derivada de accidente de trabajo, así se han manifestado las SSTS 02/02/98 –rcud 124/97–; 17/02/99 –rcud 2085/98–; 02/10/00 –rcud 2393/99–; y 07/02/03 –rcud 1663/02–]» (SSTS 17/07/07 –rcud 513/06–; 20/09/07 –rcud 3326/06–; y 20/10/08 –rcud 672/07-) –y ahora la Ley 35/2015, ya que el óbito fue en 2016-. Es cierto que la aplicación del baremo de tráfico no es obligatoria y que puede resultar ajena a un accidente de trabajo, pero hasta que se apruebe el anunciado baremo específico sí servirá para adjudicar objetividad y permitir la fiscalización de las indemnizaciones concedidas. No obstante, la aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética

2.- La cuantificación de la indemnización por el fallecimiento del Sr. Fernández podría fijarse sobre la base de los elementos fácticos acreditados: el fallecido no tenía

65 años cuando falleció, llevaba casado 40 años, no deja descendientes, pero sí viuda de 58 años y tenía unos ingresos de alrededor de 30.000€; lo que suponen, por una parte y en relación a la Tabla 1.A: 90.000€ + 25.000€ (hasta 15 años de matrimonio en menor de 67 años + 25 años adicionales); y, por otra parte y en relación a la Tabla 1.C: 400€ fijos, 1.800€ por sepelio; y 88.855€ de perjuicio patrimonial básico; lo que supone un total de 206.055€.

La cuestión es si esta cantidad, que derivaría de una causa exclusiva de fallecimiento debida al polvo de asbesto, puede moderarse en atención a la condición del Sr. Fernández como fumador durante muchos años en 20 cigarrillos/día, al menos, hasta el 2000. Se ha planteado, que al no poder fijarse cuál es la responsabilidad de uno y otro factor (amianto – tabaco) debería establecerse una minoración del 50%; no considero, salvo mejor criterio, que esto sea lo adecuado, pero su presencia tampoco puede obviarse y debe tener un reflejo en la ponderación de la indemnización, que, visto el consumo diario y la temprana edad del fallecido, entiendo que puede establecerse en un 25%, habida cuenta que el consumo del tabaco puede integrarse como una concausa que ha de ser valorada conforme al prudente arbitrio judicial; y, por ello, la cantidad final a abonar a la Sra. Santos –actora- será de 154.541,25€.

No se pueden compensar las cantidades percibidas por indemnización derivada de fallecimiento por enfermedad profesional (6 mensualidades) ni la pensión de viudedad que percibe la Sra. Santos, porque si tradicionalmente se afirmaba debía detrarse de la indemnización el importe correspondiente a la capitalización de las prestaciones de Seguridad Social (SSTS 09/02/05 –rcud 5398/03–; y 24/07/06 –rcud 776/05–), en casos como el presente no podría hacerse, pues se actuaría –indebidamente– con dos parámetros absolutamente heterogéneos [el tarifado para determinar el monto íntegro de la indemnización; y el actuarial ordinario para calcular las deducciones], llegándose a una conclusión muy poco satisfactoria para el trabajador accidentado [de hecho, con tal anómalo cálculo el accidentado difícilmente alcanzaría a percibir indemnización adicional alguna]; aparte de que con tal proceder se restaría de un concepto [indemnización por daño corporal y moral] el importe de otro de diferente naturaleza y plena compatibilidad [indemnización por lucro cesante]. Porque –ello es claro– si las prestaciones de Seguridad Social son renta sustitutoria del salario, únicamente mantienen homogeneidad conceptual con una posible valoración de los estrictos daños laborales, en términos justificativos de que aquéllas se descuenten de estos últimos» (SSTS 17/07/07 –rcud 513/06–; 03/10/07 –rcud 2451/06–; y 20/10/08 –rcud 672/07-).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

(1) Que estimando en parte la demanda interpuesta por Doña MARIBEL SANTOS contra la empresa ASTILLEROS DEL NORTE, SA (ASTANO), la condeno a que le abone la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN EUROS Y VEINTICINCO CÉNTIMOS (154.541,25€), por el fallecimiento de su marido, Don Bernardo Fernández. Y,

(2) Que se acoge la excepción de falta de jurisdicción del orden social y se desestima la demanda en materia de reclamación de daños y perjuicios personales causados a Doña MARIBEL SANTOS, remitiéndose su conocimiento al orden civil.