

G. Reusa

SUPLI 3396/2013 1/32

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

JSP

EXCM. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER
IL.LM. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL
IL.LM. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
IL.LM. SR. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA
IL.LM. SR. FCO. JAVIER SANZ MARCOS
IL.LM. SR. SEBASTIAN MORALO GALLEGO
IL.LM. SR. FELIPE SOLER FERRER
IL.LMA. SRA. SARA M^a POSE VIDAL
IL.LMA. SRA. M^a MAR GAN BUSTO
IL.LMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA
IL.LMA. SRA. ASCENSIÓN SOLÉ PUIG
IL.LM. SR. MIGUEL ANGEL SANCHEZ BURRIEL
IL.LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT
IL.LM. SR. JACOBO QUINTANS GARCÍA
IL.LM. SR. LUIS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
IL.LM. SR. AMADOR GARCÍA ROS
IL.LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ
IL.LMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA
IL.LMA. SRA. MARIA MACARENA MARTINEZ MIRANDA
IL.LMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ
IL.LMA. SRA. M^a PILAR MARTIN ABELLA
IL.LM. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH
IL.LM. SR. LUIS REVILLA PEREZ
IL.LM. SR. ENRIQUE JIMENEZ-ASENJO GOMEZ

Barcelona, 15 de novembre de 2013

La Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 7451/2013

En el recurs de suplicació interposat per URALITA,S.A. a la sentència del Jutjat Social 3 Barcelona de data 10 de desembre de 2012 dictada en el procediment

núm. 242/2012, en el qual s'ha recorregut contra la part INSTITUT NACIONAL DE LA SEURETAT SOCIAL (INSS), TRESORERIA GENERAL DE LA SEURETAT SOCIAL i MARIA JOSE, ha actuat com a ponent II-lma. Sra. Matilde Aragó Gassiot.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 23 de març de 2012 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre accident de treball, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 10 de desembre de 2012, que contenia la decisió següent: " Desestimo la demanda interposada per URALITA, S.A., contra INSTITUT NACIONAL DE LA SEURETAT SOCIAL, TRESORERIA GENERAL DE LA SEURETAT SOCIAL, MARIA JOSE, absolc als demandats de les peticions formulades a la demanda, i confirmo la resolució de l'INSS de data 14.11.11, per la qual s'imposa el recàrrec del 50 % en totes les prestacions derivades de la malaltia professional contreta pel Sr. José "

Segon. En aquesta sentència es declaran com a provats els fets següents:

Primer.- El Sr. José, vidua de la demandant Sra. MARIA JOSE, va prestar serveis per l'empresa Rocalla, S.A., al centre de treball de Castelldefels, des del 22.07.71 fins el 04.09.73, sent la seva categoria professional d'Operari de fàbrica.

Segon.- El mes de juliol de 2008 el Sr. Campaña va ser diagnosticat de Mesotelioma pleural maligne, i va morir en data 02.06.09. Per resolució de data 05.10.10 es va reconèixer que la contingència determinant de la pensió de viduitat reconeguda a la Sra. MARIA JOSE derivava de malaltia professional, fixant una base reguladora de 1.952,82 euros, percentatge del 52 %, i efectes de 08.03.10.

Tercer.- L'empresa Rocalla, S.A., que va ser absorvida per URALITA, S.A., (foli 1085) es dedicava a la fabricació de productes de fibrociment, i emprava diversos tipus d'amiant (crocidolita, crisolita i amesita), i en una inspecció realitzada l'any 1974 per l'Institut Territorial d'Higiene i Seguretat del Treball, es van detectar riscos d'asbestosi per inhalació de fibres d'amiant en diverses zones de la fàbrica, i riscos de sobrecàrrega pulmonar per inhalació de ciment i perlita; concretament en el mesclat dels amiants en quatre molins, en el tallat de planxes mitjançant serra de disc, en el tractament del ciment, de la perlita, de les superfícies Rocalite, tallat i acabat de peces d'amiant ciment. Es van detectar també riscos en altres àrees i zones relacionades amb estrès tèrmic, dermatitis, inhalació de formaldehids, estirè - monòmer.

L'any 1976 es fa una valoració de les condicions higièniques dels llocs de treball de l'empresa i arriba a la conclusió que hi ha probabilitat d'asbestosi en diferents llocs de treball per inexistència o insuficiència de sistemes de ventilació, per trencament

de sacs que contenen asbest, per operacions d'escombrar amb escombra en sec i roba de treball inapropiada, i pel que fa a proteccions personals no estaven homologades i només s'utilitzaven en la secció de molins i durant el buidat de la tremuja del molí.

L'any 1986 es torna a fer una nova valoració, i consta que des de l'any 1983 feia controls trimestrals de fibres d'amiant en els llocs de treball de molturació i cilindres, ja que són els únics potencialment exposats, segons l'empresa, a fibres d'amiant, sense que es disposin dades de les condicions ambientals, i com conclusió es diu que es considera que tots els treballadors situats en processos de fabricació de fibrociment, estan potencialment exposats a l'amiant.

L'any 1988 l'empresa ja tenia vestidors específics pels treballadors potencialment exposats a l'amiant, la roba de treball era adequada, i netejava el terra de les instal·lacions per aspiració. Ara bé, l'any 1990 es realitza una nova visita i es comprova que hi havia sacs trencats sense reparar, no hi havia senyalització en les zones on es manipula amiant, els treballadors fumaven a les zones on hi ha o es manipula amiant, neteja deficient en diferents llocs de les naus, saques buides que no estaven en recipients tancats, no hi havia doble taquilla, i la neteja d'instal·lacions i màquines sense protectors personals.

Quart.- L'empresa havia fet recomanacions l'any 1963 que tot el personal portés caretes buconasals.

Cinquè.- Segons la memòria del servei mèdic d'empresa de l'any 1962 es van fer revisions mèdiques específiques per riscos de silicosis, asbestosis i dermatosis, a 45 treballadors, sense que consti que se n'hagi fet cap altre fins l'any 1987.

Sisè.- El comitè de seguretat i higiene es reunia periòdicament i es tractaven els problemes detectats de seguretat en el treball, així com indicava les actuacions que en aquesta matèria haurien de ser dutes a terme per l'empresa, algunes de les quals es reflecteixen com solucionades i d'altres no consta que s'haguessin portat a terme. En l'acta de juliol de 1971 consta que s'ha construït un extractor a la màquina Rocalyte, i en el informe de l'Institut de Seguretat en el Treball de l'any 1974 consta que l'extractor no compleix amb les funcions ja que eren de menor diàmetre que els molins i les conduccions estan estrangulades pels colzes. En l'acta de gener de 1974 es fa constar que s'instal·lava un sistema de polvorització d'aigua en el disc de tall de planxes, i en el mateix informe es diu que hi ha risc de pols d'amiant. En l'acta de juny de 1976 consta que una persona demana que es miri de canviar la posició de l'extractor de la cambra de perlita perquè la pols va a parar al personal que passa per aquell lloc i atesa la potència o posició, fa aixecar la pols del terra. En l'acta de març de 1977 es deixa constància que la pasta de la màquina Bell que va a parar al carrer, quan es seca forma polsequeres d'amiant i ciment. En l'acte del mes de setembre de 1977 es deixa constància que el servei mèdic d'empresa va fer una inspecció en la trituradora de peces trencades d'amiant i ciment -Gruber- i la pols que es desprèn de la màquina és perillosa per a la salut. En l'acta de febrer de 1978 es deixa constància que hi ha un cas sospitós d'asbestosi, igualment en l'acta de setembre de 1978 es fa constar que hi havia vuit treballadors afectats d'asbestosi, i de la mateixa manera consta que una persona pregunta a una altra sobre el

problema que origina la mescla de la perlita i aquesta segona diu que això és un problema econòmic i que estava previst fabricar la perlita en una altra màquina.

Setè.- L'empresa estava inscrita en el Registre d'Empreses amb Risc per Amiant en data 25.10.85.

Vuitè.- URALITA, S.A., proposant un recàrrec del 50 % en totes les prestacions derivades de la malaltia professional del Sr. José Per resolució de l'INSS dictada en data 14.11.11 es va declarar la manca de mesures de seguretat i es va imposar a URALITA, S.A., un recàrrec del 50 % en totes les prestacions derivades de la malaltia professional. Va interposar l'empresa reclamació prèvia que ha estat desestimada per resolució de data 16.02.12.

Novè.- Per sentència del Jutjat Social núm. 32 de data 13.10.11 es va condemnar a l'empresa URALITA, S.A., com successora de Rocalla, S.A., a abonar a la demandant, juntament amb els seus fills, a una indemnització per la responsabilitat civil en la mort del Sr. C. Aquesta sentència va ser confirmada per la del TSJ de Catalunya de data 15.06.12.

Desè.- Segons la Inspecció de Treball, la vida laboral del Sr. José és la següent:

El Trabajador prestó servicios posteriormente en:

JUAN (CCC 086991496) El trabajador prestó servicios como empaquetador y la empresa prestaba servicios de logística. La empresa consta en situación de baja por no tener trabajadores desde 1980. El trabajador prestó servicios en la empresa entre 1973 y 1975.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LAMPARAS ELECTRICAS (CIF A08000754 y CCC 08000707112) sucedida por TECNIMAGEN, S.A. (CIF A58350513 y CCC 08040303623). Ésta última en situación de alta en la base de datos de la TGSS con un único trabajador en alta. TECNIMAGEN, S.A. se encuentra actualmente en situación de concurso y el administrador concursal, Mariano, ha informado a quien suscribe que la empresa no dispone ni del contrato del trabajador, ni del recibo de salarios ni de la evaluación de riesgos ni del certificado de aptitud del trabajador, desconoce también el puesto de trabajado ocupado.

Según informó la viuda del trabajador, José prestó seervicios como Oficial 1ª Reparador, técnico de televisores en la empresa, y así consta en certificado que aporta y expedido por el jefe de personal de TECNIMAGEN, S.A.. el 24/01/1994.

El trabajador inició la prestación de seervicios en 03/11/1976 (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LAMPARAS ELECTRICAS) hasta 10/04/1987, y prestó servicios en TECNIMAGEN, S.A. del 11/04/1987 al 21/01/1994, finalizando la prestación de servicios por ser afectado en un expediente de regulación de empleo.

La actividad era la de fabricación y reparación de aparatos de televisión.

RESTAURAN BAPALOES, S.L. (CCC 08133364821) El trabajador prestó servicios como camarero entre el 19/12/2005 y 28/12/2005, la empresa gestionaba un restaurante y se encuentra en situación de baja por crédito incobrable en la base de datos de la TGSS desde 03/09/2009.

Tercer. Contra aquesta sentència la part demandant va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la codemandada A. que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. El primer motiu del recurs de suplicació, es presenta per la via de l'apartat b) de l'article 193 de la Llei reguladora de la jurisdicció social, L. 36/2011, per la qual s'interessa la modificació dels fets provats en el sentit següent:

A) Per addicionar un nou fet provat, 11è, del següent tenor literal: *"Los datos recogidos en los informes realizados con anterioridad al año 1979, reflejan concentraciones que no superan los valores TLV máximos permitidos en la sección de molturación de torneado de tubos y en la operación de pulido de amianto seco con papel de vidrio"*. Fet que dedueix el recurs dels folis 412 a 450.

Abans d'entrar a l'examen del motiu cal posar de relleu, com ho ha fet aquesta Sala en multitud de sentències, que la naturalesa extraordinària del recurs de suplicació, a diferència d'un recurs ordinari, con el de l'apel·lació, es manifesta fonamentalment en la limitació de la impugnació de la resolució d'instància, en el sentit que aquesta només es pot impugnar per alguna de les causes establertes per la Llei processal que estableix els motius d'impugnació en l'article 193. L'apartat b) d'aquest article disposa, al igual que l'anterior llei de procediment, que es podran revisar els fets declarats provats a la vista de les proves documentals i pericials practicades. L'article 196-2 de la mateixa llei reguladora de la Jurisdicció Social, obliga al recurrent a expressar, amb suficient precisió i claredat, els motius en que s'empari, i en l'apartat 3, a identificar, el concret document o perícia en que es basa cada motiu de revisió dels fets provats que addueixi i a indicar la formulació alternativa que pretén. Així la jurisprudència ha indicat que el document en què es basa la pretensió modificadora ha de tenir: *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"*. (STS UD 16.11.1998).

Per tant, la referència genèrica a tres blocs documentals amb un total de 38 folis, no es pot considerar que reuneixi el requisit formal exigible, per la qual cosa no s'ha d'admetre la pretensió.

B) Per addicionar un nou fet provat, 12è, amb el següent tenor: *"En el año 1979 en la línea de tubos, había determinadas medidas de prevención, como extracciones localizada de polvo y equipos de protección individual respiratoria, lo que no impedía que existieran fibras de amianto en los puestos de trabajo de la línea de tubos, sin que la concentración de fibras superase el máximo establecido en la legislación vigente."* Fet que dedueix dels folis 441 a 450, i en concret, dels folis 62 a 79 de l'informe que consta.

A banda de la manca de concreció dels documents que al·lega, la modificació no s'acull doncs no resultaria transcendent, ja que que el causant de les prestacions va treballar a l'empresa en el període de 1971 a 1973, data en la que s'han valorat les infraccions de mesures de seguretat. Per tant la modificació, relativa a les mesures implantades l'any 1979, no tindria cap transcendència per resoldre. Es desestima el segon motiu de modificació.

C) Per addicionar un nou fet provat, 13è, del següent tenor literal:

"Constan mediciones ambientales en la empresa desde el año 1983 hasta el año 1993, cuya concentración de fibras nunca superó el máximo de concentración de fibras permitido. NO siendo los valores TLV los exigidos por la legislación de la época." Fet que dedueix dels folis 355 a 356.

La proposta ha de ser també rebutjada doncs, al igual que s'ha dit més amunt, les circumstàncies de concentració de fibres en l'empresa des de l'any 1983 al 1993, no serien transcendent en aquest litigi, atès que resulta del fet provat primer, com ja s'ha exposat abans, que el causant de les prestacions va treballar a l'empresa en el període de 1971 a 1973.

D) Per addicionar un nou fet provat, 14è, amb el següent tenor literal:

"Desde 1962 en el centro de trabajo había mascarillas y las máquinas se limpiaban con agua. En 1977 la empresa editó una primera publicación sobre el riesgo del trabajo con amianto y en 1978 la empresa creó la Comisión Nacional del Amianto, que tenía por objeto proponer soluciones para tratar de conseguir la erradicación de las enfermedades profesionales derivadas de la utilización del amianto". Fet que dedueix dels folis 222 al 463.

Com s'ha dit també més amunt, la referència genèrica a més de 200 pàgines de documents, sense detallar de quin d'ells es dedueix de manera clara i palesa el suposat error del jutgador, que obligaria a la Sala a dur a terme una nova anàlisi genèrica de la extensa prova documental practicada, no ha de donar lloc a la seva admissió, per manca de compliment del requisits formals del recurs de suplicació, enunciat en l'article 193 b) en relació al 196 -3 de la LRJS.

E) Per addicionar un nou fet provat, 15è, amb el següent tenor literal:

"No es hasta el año 1993 en que se crea la empresa URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS S.A. que es la empresa que se fusiona en 1995 con la sucesora de la empresa ROCALLA S.A., donde trabajó el Sr. D. José que es MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA S.A., siendo hasta entonces ROCALLA S.A. independiente de URALITA S.A. en la fabricación de productos, aunque hubiera comenzado con la adquisición progresiva de acciones de la misma." Fet que dedueix dels folis 854 al 857, informe de la ITSS, i 822 a 833, nota simple informativa del Registre Mercantil.

En aquest cas la proposta es remet a uns folis concrets i determinats, dels que pretén la part deduir un error del jutgador. I en aquest cas, complert el requisit formal,

i com que efectivament podria tenir transcendència, s'ha d'entrar a valorar la proposta modificadora.

S'adverteix però que de l'informe de referència - folis 854 a 857 - no és dedueix el que proposa el recurrent. S'ha de dir que en l'informe de la ITSS si que s'expressa – foli 856-darrera - coincidint amb la nota registral, que l'any 1993 es va constituir URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, però també afirma: “*en el año 1982 ROCALLA, S.A. presentó suspensión de pagos, ante la crisis de esta empresa los accionistas ofrecieron las acciones a URALITA, S.A. que las adquirió pasando a tener el control de esta sociedad.*” Per tant la conclusió de la independència de ROCALLA, S.A. de URALITA, S.A. fins a l'any 1993, no es dedueix dels folis que cita el recurs i ha de ser desestimada la proposta de revisió doncs preten la inclusió de una referència esbiaixada de la transmissió societària.

F) Per addicionar un nou fet provat, 15è, amb el següent tenor literal:

“En la empresa TECHIMAGEN, que con anterioridad se denominaba SOCIEDAD ESPAÑOLA DE LÁMPARAS ELÉCTRICAS, tal y como consta en el informe de la inspección del señor José , esta empresa es de la industria de los aparatos eléctricos y televisores, por lo que el trabajador en su periodo de prestación de servicios para la misma, estuvo en contacto con amianto”. Fet que dedueix dels folis 854 a 857.

En aquest cas no s'estima la addició ja que l'informe que cita diu exactament al contrari del que pretén el recurs, doncs arriba a la conclusió, incorporada a al sentència del jutjat social, que no s'ha pogut constatar la presència d'amiant en les empreses en les que l'actor va treballar amb posterioritat.

SEGON. Entrant en el examen de la censura jurídica formulada contra la sentència recorreguda, a l'empara de l'apartat c) de l'article 193 de la Llei reguladora de la jurisdicció social, la part recurrent diferencia cinc motius, que examinaran a continuació:

En el **primer motiu** s'al·lega la infracció, per falta d'aplicació, de l'article 217.3 de la LEC, en relació als articles 92.1, 94.1 i 97, de la LRJS, article 92.2 de la LRJS i article 24 CE, així com els articles 1218 i 1225 del Codi Civil.

Aquest motiu ha de ser rebutjat per elementals motius de formulació, ja que l'article 196-2 de la LRJS disposa que en l'escrit de interposició del recurs “*...se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos*”. La part recurrent es limita a citar els preceptes que entén infringits i a fer referència genèrica al contingut dels mateixos, sense raonar però la pertinència del motiu ni exposar de forma clara i concreta de quina manera la sentència ha pogut infringir els preceptes citats. Per altra banda, sobre la valoració de la prova, també s'ha de recordar que és competència del Jutge “a quo” la valoració de la prova, i que les facultats revisores d'aquesta Sala es limiten als supòsits d'examinar

els error concrets en la valoració de la prova documental o pericial, tal com s'ha recordat en els motius anteriors.

TERCER. En el **segon motiu de censura jurídica**, la part recurrent denuncia la errònia interpretació de l'article 123 de la Llei general de la Seguretat Social. Aquesta infracció la basa en tres arguments jurídics diferents:

- a) La manca de responsabilitat per no tractar-se de l'empresa infractora, ja que fins a l'any 1995 no va tenir lloc la successió entre URALITA S.A. i ROCALLA S.A..
- b) Que el percentatge s'hauria de graduar atenent al breu període de prestació de serveis del causant.
- c) Que la responsabilitat únicament es podria imposar si s'hagués acreditat que l'empresa no va facilitar els mitjans necessaris per a permetre que el treball fos realitzat en condicions de seguretat i higiene adequades.

Els tres motius han de ser examinats separatament. Pel que fa a la primera de les qüestions plantejades, **relativa a la falta de responsabilitat de l'empresa successora, la sentència valora, en primer lloc, que es tracta d'una al·legació nova no oposada en el tràmit de la reclamació administrativa.** No obstant entra en la valoració i declara que la successió empresarial de Uralita respecte de Rocalla, opera a tots els efectes i ha generat la obligació de la demandada, d'acord amb la doctrina que cita d'aquesta Sala Social, dictada en supòsits de recàrrec de les mateixes empreses i pels mateixos motius.

En aquest punt s'ha de recordar que l'article 72 de la LRJS disposa que: *"En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo..."*, si bé, s'ha de tenir també en compte que ja jurisprudència, amb cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, assenyala que la congruència entre la reclamació prèvia i la demanda no pot exigir-se de forma excessivament rígida fins al punt que arribi a suposar un obstacle per a la tutela judicial efectiva, sempre i quan no s'arribi a l'extrem de que la manca de congruència arribi a provocar indefensió a la contrapart. (STS de 2 de març de 2005 (RJ 2005, 3401), amb cita de la STC 15/1990 de 1 de febrer (RTC 1990.15).

L'escrit de impugnació del recurs, insisteix en la manca d'adequació de la demanda a la reclamació administrativa, tal com s'ha acreditat. No obstant, atenent a l'exposada flexibilitat i a què el fet de la successió consta en l'expedient administratiu, no tractant-se doncs d'un fet nou, sinó només una al·legació jurídica diferent, es considera, tal com ha valorat el magistrat del jutjat social, que es pot entrar a valorar la qüestió plantejada, sense causar indefensió a l'administració demandada ja que tenia coneixement del fet successori d'acord amb el què consta en l'Informe de la ITSS.

QUART. Entrant en la valoració de la responsabilitat de URALITA, S. A., com a successora de ROCALLA, S.A., partim de que consta en el fet provat tercer de la

sentència impugnada, que la mercantil ROCALLA, S.A. “va ser absorbida per URALITA, S.A”. El magistrat del jutjat social ha entès que la successora ha de assumir totes les responsabilitats en matèria de seguretat social, inclòs el recàrrec, recordant que aquesta obligació no és de caràcter contractual, sinó que es tracta d'una obligació legal, doncs la successió d'empreses, des del punt de vista mercantil, opera a tots els efectes i no només en relació a les concretes obligacions que preveu l'article 44 ET. Argumenta també la sentència que la responsabilitat de la successora ha estat establerta en nombroses sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem en supòsits de recàrrec de prestacions de treballadors de Rocalla, S.A. o Fibrocementos NT, S.A. , amb condemna a Uralita, S.A., mantenint el criteri de la citada doctrina.

L'article 123 de la LGSS, quan estableix el recàrrec en les prestacions econòmiques en cas d'accidents de treball i malalties professionals, indica literalment que: *“2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.- 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.*

El primer element que s'ha de plantejar doncs és respecte al moment en què es va “causar la malaltia”, que no coincideix amb el “fet causant de la prestació”, ni per tant del recàrrec, ja que és molt anterior. Però s'ha de dir que no el recurs no entra a valorar el tema, però si seria transcendent per valorar la transmissió de la responsabilitat quedant clarament objectivat que el “fet causant” va ser pel treball prestat a Rocalla, S.A., durant els anys que consten acreditats, obligació generada per la mencionada societat ara desapareguda, causada doncs abans de la transmissió, per molt que aparegui i es reconegui anys després.

Si bé és cert que la jurisprudència havia valorat anteriorment la naturalesa sancionadora del recàrrec, STS 02-10-2000, recurs: 2393/1999, que cita d'altres, la més recent jurisprudència entén que la naturalesa és de caràcter mixt (prestacional i sancionador) **tal com resulta de la sentència més recent que cita el recurrent del Tribunal Suprem de 18 de juliol de 2011, RCU 2502/2010**, en la que l'Alt Tribunal, recordant els canvis de doctrina respecte a la naturalesa jurídica del recàrrec, que qualifica com a mixt (...), es refereix a la no possibilitat de transmissió de la responsabilitat empresarial en el recàrrec de prestacions, indicant que:

“3.- Pese a todo, si bien -conforme a lo indicado- el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos -como el de autos- de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS , de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS (SSTs 14/02/01 -rcud 130/00 -; y 21/02/02 -rcud 2239/01 -), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (SSTs 08/04/93 -rcud 953/92 - ... 02/10/00 -rcud 2393/99 -; 14/02/01 - 130/00 -; 21/02/02 -rcud 2239/01 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07 -), la

exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquella -siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL - (SSTS 02/10/00 -rcud 2393/99 -; 21/02/02 -rcud 2239/2001 -; 16/05/07 -rcud 360/06 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07 -), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la mercantil recurrente y como en su día había sostenido con acierto la decisión de instancia. “

Afegeix la citada sentència, que “aunque -por ello- pudiera cuestionarse en autos la aplicación de la solidaridad que contempla el precepto de que tratamos, porque la prestación sobre cuyo recargo debatimos -fallecimiento por enfermedad profesional- fue reconocida con mucha posterioridad a la sucesión [ésta en Agosto/00 y aquella en Septiembre/06], de todas formas esta ardua cuestión - determinación del momento en que razonablemente ha de entenderse «causada» una prestación, tratándose de una enfermedad profesional tan insidiosa y de manifestaciones tan tardías como la asbestosis- no se suscita en el recurso, que para nada rebate la aplicación del art. 127.2 LGSS y se limita a invocar el art. 123.2 de la propia Ley, que proclama la responsabilidad «directa del empresario infractor», de la que deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, obstativo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora”.

S'ha plantejat en la Sala General si la al·legació que fa el recurs d'aquesta parcialment transcrita sentència del TS ha de donar lloc a absoldre a Uralita, S.A. del recàrrec de les prestacions, revocant la sentència de instància que recull la doctrina d'aquesta Sala i del TS, en supòsits anàlegs. En aquest punt valorem que:

A) És cert que en la majoria de les nombroses sentències dictades no es debatia la responsabilitat de Uralita SA com a successora de Rocalla, S.A., per no haver-se plantejat, en general i frontalment aquest motiu del recurs i haver-se acceptat pacíficament la responsabilitat com a successora.

S'ha de partir de què aquesta Sala Social ha seguit un criteri reiterat i constant -i es pot dir que uniforme- en el sentit de que l'empresa Uralita, S.A., successora de Rocalla, S.A., ha d'assumir el recàrrec en les prestacions de seguretat social generades en els supòsits de d'afectació pulmonar qualificada de malaltia professional, per provat contacte amb l'amiant. Amb el mateix criteri ha establert la indemnització per danys i perjudicis a favor del treballador o causahavents.

Així es poden citar les sentències de: 18/04/2007 (recurs 1057/2006), 22/12/2009 (recurs 8205/2008), 16/03/2010 (recurs 3731/2009), 24/11/2011 (recurs 1386/2010), 8-12-2012, recurs 6486-2011; de 8-11-2012, recurs 6756/2011 que cita les de 15-04-2011 i de 01-02-2012; 14-09-2012, recurs 8194/2011; 23-11-2012, recurs 1094/2012; 03-04-2013, recurs 3837/2013; 06-03-2013, recurs 2549/2013; 24-07-2013, recurs 3887-2012; 19-06-2013, recurs 6564/2013.

Ens referim a les del mateix Tribunal Suprem amb anterioritat i amb posterioritat a la

citada sentència (STS 18-05-2011, r 2621-2010; 16-01-2011, r. 4142-2010; 01-02-2012, re. 1655-2010; 18-04-2012, rec. 1651-2011) ha estat confirmant la responsabilitat de Uralita, S.A., en recàrrec per falta de mesures de seguretat, en casos de treballadors de Rocalla o Fibrocementos, S.A., en recursos contra les sentències d'aquesta Sala en un nombre destacat de supòsits, sense que amb posterioritat a la sentència que es cita hagi variat el criteri.

En les recents Interlocutòries del TS de 11-04-2013, RCU 2505/2012; 11-06-2013, RCU 288/2013; 11-06-2013, RCU 183/2013, al igual que altres anteriors sentències citades, es desestimen el recursos per manca de contingut cassacional, referint-se a les sentències de la mateixa Sala de 18-05-2011 i 16 de gener de 2012 (R 4142-2010), 8-07-2012, RCU 1653/2011, entre d'altres. En aquestes resolucions s'ha donant lloc a la fermesa de les sentències d'aquesta Sala, sense fer cap referència, ni "obiter dicta" a un canvi de doctrina generat per la referida sentència del TS de 18-07-2011. En els tres casos citats es tractava de recàrrecs imposats a Uralita, S.A. per la manca de mesures de control de la salut dels treballadors que havien treballat amb pols d'amiant a Rocalla, S.A., a resultes del la qual patien la malaltia professional.

Alí en l'ATS de 6-03-2013, recurs 2068-2012, s'exposa:

"El análisis de las sentencias comparadas muestra que no es posible apreciar la existencia de contradicción puesto que no son iguales los términos de los debates en ellas planteados. En la referencial la controversia se centra en si la responsabilidad por el recargo de prestaciones puede alcanzar a la empresa sucesora de aquella que incumplió las previsiones en materia de seguridad, rigiéndose la materia no por el artículo 44 del ET, sino por el artículo 127.2 de la LGSS (conforme al que la solidaridad sólo alcanzan a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no las posteriores que traía causa en incumplimientos anteriores). Por el contrario, en la recurrida tal cuestión no se suscita en el grado jurisdiccional de suplicación y en ningún momento es examinado por el pronunciamiento impugnado el problema de la sucesión en que se sustenta el fallo de la sentencia referencial."

També és el cas de l'ATS, de 03 de juliol de 2013, recurs 270-2013, també en cas del treballador de Rocalla (es diu "actualmente Uralita, S.A."), que s'indica:

"Y la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo recogido en el art. 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, podrán ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carezcan de contenido casacional, esto es, los que se interpusieran contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo (Auto de fecha 21 de mayo de 1992 (R. 2456/1991), y Sentencias de 3 de mayo de 2006 (R. 2401/2005), 30 de mayo de 2006 (R. 979/2005), 22 de noviembre de 2006 (R. 2792/2001), 29 de junio de 2007 (R. 1345/2006), 12 de julio de 2007 (R. 1714/2006), 3 de octubre de 2007 (R. 3386/2006), 15 de noviembre de 2007 (R. 1799/2006), 15 de enero de 2008 (R. 3964/2006), 21 de febrero de 2008 (R. 1555/2007), 28 de mayo de 2008 (R. 814/2007), 18 de julio de 2008 (R. 1192/2007), 27 de septiembre de 2011 (R.

4299/2010) y 5 de diciembre de 2011 (R. 486/2011).”

I en el ATS de 12-09-2013, recurs 1106-2013, també referit a un treballador de Rocalla, S.A., es rebutja expressant: ... *“También para el mismo centro de trabajo en el que prestaba servicios el actor, se hace referencia a esta doctrina en sentencia de 14-2-2012 Rec 2082/2011 . Las precedentes consideraciones no quedan desvirtuadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones, en el que insiste en que la doctrina indicada no resulta de aplicación al caso, argumento que exigiría una contraria valoración de la prueba, que, lógicamente, no tiene cabida en este momento procesal.”*

Amb posterioritat a la referida sentència que cita el recurrent, recordem la del TS de 18-07-2011, s'han dictat també nombroses sentències per aquesta Sala que valoren de manera concreta la responsabilitat de Uralita, S.A. respecte al recàrrec per manca de mesures de seguretat en el treball de Rocalla, S.A. Concretament: STSJ Catalunya de 8-12-2012, recurs 6486-2011; de 8-11-2012, recurs 6756/2011 que cita les de 15-04-2011 i de 01-02-2012; 14-09-2012, recurs 8194/2011; 23-11-2012, recurs 1094/2012; 03-04-2013, recurs 3837/2013; 06-03-2013, recurs 2549/2013; 24-07-2013, recurs 3887-2012; 19-06-2013, recurs 6564/2013, entre d'altres.

B) No obstant el que s'ha indicat, si partíssim taxativament de què per via de l'article 127 de la LGSS no seria responsable Uralita, S.A., aplicant la sentència del TS de 10-07-2011, la responsabilitat de URALITA, S.A. com a successora de ROCALLA, S.A., d'acord amb el que resulta provat en la sentència derivaria igualment dels preceptes següents:

- **L'article 233 de la LSA:** la fusió de societats per absorció produeix la extinció de la personalitat de la societat absorbida i que la absorbent adquireix el patrimoni d'aquella i es produeix la successió universal dels drets i obligacions de l'absorbida, de tal manera que la absorbent queda vinculada activa i passivament per les relacions contractuals que vinculaven a la societat absorbida amb tercers, tal i com establí l'article 233 del Reial Decret Legislatiu 1564/1989, de 22 de desembre, TRLSA, norma derogada actualment pel R.D. Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol que aprova el text refós de la Llei de societats de capital.

- **L'article 44 de l'E.T.** valorat en relació a l'article 1212 del Codi Civil, (*“La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros”*), ja que no és tracta de una successió merament laboral, Uralita és successora a tots els efectes de Rocalla, S.A., per tant, s'ha de fer càrrec de totes les obligacions passades i futures d'aquesta. En aquest marc, Uralita és la successora civil, i si va absorbir a Rocalla, assumeix les responsabilitats obligacionals generades per l'anterior. Fet que no seria controvertit si es tractés de la responsabilitat civil, per danys i perjudicis de l'article 1101 del Codi Civil, encara que la obligació es declarés amb posterioritat a la successió, ja que el dany provocat era anterior i la obligació imputable a l'empresa Rocalla, S.A.

- **Art. 7-2 i 6-4 del Codi Civil:** La necessària valoració de la identitat de l'empresari

infractor, que no coincideix amb la titularitat formal de l'empresa, i obliga a indagar el substracte real de la entitat de la que estem parlant i per tant si en el cas ha intervingut una única direcció empresarial responsable de la infracció, comuna a les societats intervinents. STS de 2-10-00, recurs 2393-99.

Per evitar el frau de llei i l'abús de dret, s'hauria de valorar doncs la gènesi i transformació de l'empresa de la que valorem la responsabilitat, sense ignorar que l'atribució de la responsabilitat que s'ha de fer a la direcció empresarial o empresa real infractora i no a unes meres sigles societàries, de la mateixa manera que en cas de grup empresarial infractor s'ha declarat la condemna a l'empresa matriu o a les societats interposades en frau de llei (STSJ Galicia 13-04-2012, recurs 211/2009). Així es valora en supòsits anàlegs de canvi de raó societària en les sentències de 24-11-2011, del TSJ Galicia, recurs 1386-2011 i STSJ CAT 11072/2011)

En aquest sentit, també es pot citar l'ATS 18-09-2012, recurs 65/2012, expressa: *"...La Sala, tras referirse al progresivo abandono de la tesis sobre la naturaleza sancionadora del recargo para atribuirle una naturaleza jurídica dual o mixta, equiparable a una indemnización con una finalidad disuasoria o punitiva, que no implica sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios, llega a la conclusión que no cabe imponer la responsabilidad solidaria de empresario cedente y cesionario que dispone el artículo 127.2 de la LGSS .- Las sentencias comparadas no son contradictorias pues resuelven supuestos donde se debaten cuestiones distintas, referidas a hechos así mismo diferentes. En la referencial la controversia se centra en si la responsabilidad por el recargo de prestaciones puede alcanzar a la empresa sucesora de aquella que incumplió las previsiones en materia de seguridad, rigiéndose la materia no por el artículo 44 del ET , sino por el artículo 127.2 de la LGSS (conforme al que la solidaridad sólo alcanzan a las prestaciones causadas antes de la sucesión , pero no las posteriores que traía causa en incumplimientos anteriores). Por el contrario, en la recurrida, lo que se plantea es, más que si estamos ante una transmisión empresarial, la determinación de la existencia de un empresario real complejo, constituido por el grupo de mercantiles creadas por las mismas personas físicas que las controlan y gerencian, de cuya situación deriva la responsabilidad solidaria; y la razón de decidir en este caso radica en la acreditada coincidencia de los socios fundadores y de los administradores, del domicilio social, del objeto social y de la mayoría de los trabajadores, que pasa de una a otra manteniéndoles las condiciones laborales y de antigüedad."*

L'afirmació del caràcter no transmissible de la responsabilitat de l'article 123 de la LGSS, no ha de comportar la manca de valoració de la realitat empresarial, com a substrat real, en relació a l'incompliment causant de la malaltia, ja que d'una altra manera – aplicat formal i cegament l'axioma – es podria donar lloc a una fàcil manera d'eludir responsabilitats per recàrrec per totes aquelles patronals infractores que haguessin generat malalties professionals que només s'evidencien al llarg del temps, com és el cas de l'asbestosi pulmonar, en el que s'observa que difícilment després dels anys perviu alguna de les societats que havien treballat amb amiant sense adequada prevenció. Aquesta conseqüència no és la prevista pel legislador,

ni s'extrau de l'estricta jurisprudència dictada fins ara respecte a les mercantils ROCALLA, S. A./ URALITA, S.A, en moltes sentències fermes, abans citades.

Tal com resulta d'altres sentències – escasses – que si han entrat en la valoració més detallada de la formació societària. Per exemple la sentència de 23-11-2012, recurs 1094-2012, en la que es diu en el fet provat quart que: *“CUARTO .- Por Acuerdo de 7 de Junio de 2.004, publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 9 de Junio de 2.004, URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S. A. absorbió a ROCALLA, S. A. - ROCALLA, S. A. se fundó en el año 1.928, se dedicó a la fabricación de productos de fibrocemento y trabajó con amianto.- En 1.982, ROCALLA, S. A. presentó suspensión de pagos y los accionistas ofrecieron las acciones a URALITA, S. A., que las adquirió pasando a tener el control de aquella Sociedad.- ROCALLA, S. A. siguió fabricando sus productos de forma independiente de URALITA, S. A.- En 1.994, cesó la fabricación en la planta que ROCALLA, S. A. tenía en Castelldefels y sólo mantuvo la actividad de comercialización.- El 21 de Julio de 1.993, se constituyó URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S. A., con el objeto social de fabricación, diseño, comercialización, importación, exportación, montaje e instalación de productos transformados o derivados del cemento, sistemas de construcción para toda clase de edificación de tuberías, elementos y aparatos aplicables a todo tipo de conducciones.- Las accionistas son: 998 acciones URALITA, S. A., 1 acción URA-RIEGO, S. A. y 1 acción URALITA INTERNACIONAL, S. A.- El 19 de Septiembre de 1.994, se constituyó MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S. A. por transformación de INDUSTRIA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS ORGÁNICOS, S. A.- El 5 de Enero de 1.995, ROCALLA, S. A. pasa a denominarse ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S. A.- El 14 de Febrero de 1.995, ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S. A. vende los activos de su división de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S. A.- El 19 de Diciembre de 2.003, URALITA, S. A. absorbió a ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S. A.- El 11 de Agosto de 2.004, URALITA PRODUCTOS Y SERVICIOS, S. A. pasó a denominarse FIBROCEMENTO NT, S. A. Se produjo también la fusión por absorción de MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S. A.; FIBROCEMENTO NT, S. L. y FIBROCEMENTOS DE LEVANTE, S. A., que se disolvieron y fueron absorbidas por FIBROCEMENTO NT, S. A.- Los accionistas de FIBROCEMENTO NT, S. A. son URALITA, S. A. (99 % de las acciones) y URALITA SISTEMAS DE TUBERÍAS, S. A. (0,01 % de las acciones).- La actividad de ROCALLA, S. A. correspondiente a las actividades de construcción, en particular en el centro de trabajo de Castelldefels, finalizó en el año 1.994.- Su sucesora ENERGÍA E INDUSTRIAS ARAGONESAS, S. A. vendió los activos correspondientes a la actividad de construcción a MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S. A.- MATERIALES Y PRODUCTOS ROCALLA, S. A. se subrogó en 1.994 en los contratos de trabajo de los empleados de ROCALLA, S. A. que no quedaron afectados por el cierre de la planta de fabricación.”*

Però la valoració del fet successori no pot ser abordat en aquesta sentència atenent a fets provats que no hi consten i per tant no seria aplicable la doctrina del frau de llei o abús de dret, tot i que tampoc sembla conforme a un criteri de seguretat jurídica prescindir dels antecedents notoris jutjats sobre el mateix fet de la transmissió.

C) Finalment, cal fer referència a les més recents sentències d'aquesta Sala que si que han examinat expressament la qüestió de la successió de la responsabilitat de Uralita, generada a favor de treballadors de Rocalla diagnosticats de malaltia professional derivada del contacte amb pols d'amiant, amb incompliment de mesures de seguretat.

- Sentència de 24 de juliol de 2013, recurs 3887/2012, que es refereix a la extensió de la responsabilitat de Uralita, S.A., a favor de un treballador de Rocalla, S.A., per recàrrec, no discutida, i admesa en les sentències de la Sala de 15-09-2011, 27-01-2011 i 19-12-2011, admetent el recurs de suplicació de la part actora, revocant la sentència i condemnant a la demandada per aplicació de l'article 44 de l'E.T.

- Sentència de 19 de Juny de 2013 (ROJ: STSJ CAT 5590/2013) Recurs 6564/2012, (si bé en supòsit de responsabilitat civil): *"Doncs bé, és obvi que en el present cas ens trobem davant el primer dels dits supòsits i, per tant, davant la simple successió general universal d' URALITA en el règim de responsabilitats de ROCALLA. Certament l'incompliment de les mesures preventives és imputable a aquesta segona; ara bé, el dany (per tant, el fet indemnitzable) ha aparegut a l'actualitat. D'aquí que en el present cas no resulti d'aplicació l'apartat tercer de l'article 44 TRLET, sinó el primer, això el règim de responsabilitat ordinari per mera successió, atès que en cas contrari ens trobaríem amb l'absurd que les obligacions contractuals sorgides amb posterioritat a la transmissió no serien imputables a la nova empresa, tot i la subrogació "in toto" com ocupador (STS 14.03.2005 -RJ 2005\3191-) I no enerva aquesta conclusió el fet que l'actor no hagi prestat serveis mai per URALITA, atès que és doctrina cassacional pacífica i antiga que la subrogació empresarial determina també la responsabilitat de la nova empresa en relació a les reclamacions de treballadors de l'anterior ocupadora (entre moltes d'altres, SSTS 30.06.1988 -RJ 1988\5497 -, 22.11.1998 - RJ 1988\8858- , 15.07.2003 (3) -RJ 2005\6359 y RJ 2003\6919 y RJ 2003\6108-, 04.10.2003 - RJ 2003\7378-, etc.) "*

- **En referència a un altre grup empresarial**, en la sentència d'aquesta Sala de 11-01-2012, recurs: 4188/2010, també es valora la successió en cas de grup empresarial i s'imposa la responsabilitat solidària en el recàrrec malgrat l'aparent successió (Cas de Roca Sanitarios i Baxi Fundición,etc). Sentència en que s'ha considerat que la responsabilitat de la nova raó social és per formar part del mateix grup d'empreses, que podria ser aplicable com a raonament també al cas jutjat. Doctrina per altra banda continguda en STS de 13-03-2002, recurs: 2381/2001.

D'acord amb la exposada doctrina, que cal reiterar, es rebutja també el motiu de infracció jurídica plantejat per l'empresa en relació a la responsabilitat de Uralita, S.A. com a successora de Rocalla, S.A., confirmant en aquest punt també la sentència del jutjat social que declara la responsabilitat per la via de la successió universal, de Uralita, S.A., respecte de Rocalla, S.A.

CINQUÈ. En el segon motiu d' infracció de l'article 123 de la Llei general de la Seguretat Social (segon motiu (b)) indica la part recurrent que s'ha aplicat

erròniament la graduació del percentatge del recàrrec, atès que el treballador va prestar serveis a l'empresa en un curt període de temps, des del 22/07/1971 al 4/09/1973. També al·lega que va estar en contacte amb l'amiant amb posterioritat, quan va prestar serveis per altres empreses - TECNIMAGEN des de 1976 a 1994.

Respecte a la graduació del recàrrec s'examinarà en el darrer motiu, ja que consta com a reiteració la pretensió subsidiària. I pel que fa a la responsabilitat de terceres empreses, no es pot admetre com a motiu d'infracció jurídica ja que no ha prosperat el motiu de revisió proposada i per tant és una al·legació que no té cap suport fàctic.

SISÈ. El tercer motiu (c) d'infracció de l'article 123 de la Llei general de la Seguretat Social, versa sobre la falta d'acreditació de les mesures de seguretat i higiene en el treball. En aquest punt al·lega que no concorre el requisit del nexce causal, ja que no existeix cap incompliment en el període de prestació de serveis del demandant.

No es pot acollir tampoc aquest motiu de infracció doncs la sentència del jutjat social aplica en aquest punt, partint de la valoració concreta dels fets declarats provats, la doctrina continguda en reiterades sentències del Tribunal Suprem, entre les quals es poden citar la de 30-6-2010 (Recurs 4123/2008, 16-01-2012 (Recurs: 4142/2010) que cita la de 18-5-2011 (Recurs 2621/2010), en la que s' exposen els raonaments següents:

1 - Respecte a la normativa aplicable:

"[...]normativa existente en materia de medidas de seguridad relacionadas con el riesgo de exposición al amianto, que conviene aquí recordar antes de analizar si hubo infracción en este caso de alguna de tales medidas. Esas normas son:

A) La Orden 31-enero-1940, que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 28-02-1940), en la que se contienen normas sobre el trabajo en ambientes pulvígenos. Desde dicha fecha ya se dictan normas sobre estado y ventilación de los locales de trabajo en ambientes pulvígenos, así como sobre la dotación de medios de protección individual a los trabajadores cuando no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de polvos u otras emanaciones nocivas para la salud. Estableciéndose, entre otros extremos, que "El aire de los locales de trabajo y anexos se mantendrá en un grado de pureza tal que no resulte nocivo a la salud personal [...]" (art. 12.III); que "No se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techos susceptibles de producir polvo, a cuyo objeto se sustituirán por la limpieza húmeda [...] o [...] por aspiración" (art. 19.II); que "Los locales de trabajo en que se desprendan polvos, gases o vapores fácilmente inflamables, incómodos o nocivos para la salud, deberán reunir óptimas condiciones de cubicación, iluminación, temperatura y grado de humedad, el suelo, paredes y techos, así como las instalaciones deberán ser de materiales no atacables por los mismos y susceptibles de ser sometidos a las limpiezas y lavados convenientes" (art. 45); que "Si fuere preciso, los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posibles, en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación convenientes" (art. 46.II); así como que en orden a la protección personal de los obreros lo

patronos están obligados a proporcionar, entre otros elementos, "máscaras o caretas respiratorias, cuando por la índole de la industria o trabajo no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de los gases, vapores, polvos u otras emanaciones nocivas para la salud" (art. 86).

B) La Orden 7-marzo-1941 por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional (BOE 18-03-1941), que afectaba a aquellas industrias en la que se desprendía polvo mineral o metálico "por la mayor existencia en su ambiente de polvo capaz de producir afecciones neumoconiósicas, cuando el trabajo no se efectúa al aire libre o se utiliza maquinaria", entre otras, a las "industrias en que se actúa sobre materias rocosas o minerales" y a las "industrias metalúrgicas en las que se desprende polvo metálico" (art. 3). Entre otras normas sobre las debidas condiciones respecto a ventilación o a los locales para cambios de ropa y armarios para los mismos fines (art. 4), destaca ya la exigencia de reconocimientos médicos específicos (cavidad naso-faríngea, aparato respiratorio a efectuar mediante Rayos X, aparato cardio-vascular, fijando el diagnóstico lo más exactamente posible de las lesiones cardio-pulmonares existentes), tanto al ingreso en el trabajo, con posteriores revisiones anuales y en los casos de cese en el trabajo por despido (art. 6).

C) El Decreto de 10-enero-1947 (creador del seguro de enfermedades profesionales -BOE 21-01-1947-), que deroga en parte la Orden 7-marzo-1941, y en cuyo cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis, al definir la "neumoconiosis (silicosis con o sin tuberculosis, antracosis, siderosis, asbestosis, etc.) y otras enfermedades respiratorias producidas por el polvo ..." relacionándola, entre otras, "con todas las industrias, minas y trabajos en que se desprenda polvo de naturaleza mineral - pétreo o metálico -, vegetal o animal, susceptible de causar enfermedad" (anexo en relación art. 2), evidenciándose el constatado riesgo de sufrir tal enfermedad profesional en dicho tipo de trabajos nocivos.

D) El Decreto de 26-julio-1957 (por el que se regulan los trabajos prohibidos a la mujer y a los menores -BOE 26-08-1957, derogado en cuanto al trabajo de las mujeres por Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), reitera el carácter nocivo de tales actividades, excluyendo a los referidos colectivos de trabajos que considera "nocivos" (conforme se explica en su Preámbulo), incluyendo entre las actividades prohibidas el "Asbesto, amianto (extracción, trabajo y molienda)", siendo el motivo de la prohibición el "polvo nocivo" y centrado en los "talleres donde se liberan polvos" (art. 2 en relación Grupo IV -trabajo de piedras y tierras-), así como el "Amianto (hilado y tejido)", siendo el motivo de la prohibición el "polvo nocivo" y centrado en los "talleres donde se desprenda liberación de polvos" (art. 2 en relación Grupo XI -industrias textiles).

E) El Decreto 792/1961 de 13 -abril (sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional -BOE 30-05-1961), en la que se incluye también como enfermedad profesional la "asbestosis" por "extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. Fabricación o reparación de tejidos de amianto

(trituración, cardado, hilado, tejido). Fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto o productos de fibrocemento" (art. 2 en relación con su Anexo de "Cuadro de enfermedades profesionales y lista de trabajos con riesgo de producirlas"); estableciéndose, dentro de las "normas de prevención de la enfermedad profesional" (arts. 17 a 23), la exigencia de "mediciones técnicas del grado de peligrosidad o insalubridad de las industrias observado" y el que "Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgos de enfermedad profesional están obligadas a practicar un reconocimiento médico de sus respectivos obreros, previamente a la admisión de los mismos y a realizar los reconocimientos periódicos que ordene el Ministerio, y que serán obligados y gratuitos para el trabajador ..." (art. 20.1), destacándose, por tanto, la obligación de reconocimientos médicos específicos.

F) El Decreto 2414/1961, de 30-noviembre (BOE 07-12-1961), por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estableciéndose una concentración máxima permitida en el ambiente interior de las explotaciones industriales, que tratándose de polvo industrial en suspensión cuando consiste en amianto era de 175 millones de partículas por metro cúbico de aire (Anexo II).

G) La Orden de 12-enero-1963 (BOE 13-03-1963), --dictada para dar cumplimiento al art. 17 del Decreto 792/1961 de 13 -abril y el art. 39 del Reglamento de 9-mayo-1962 --, donde se concretan normas sobre las "asbestosis" y para los reconocimientos médicos previos "al ingreso en labores con riesgo profesional asbestósico", así como la posterior obligación de reconocimientos médicos periódicos "cada seis meses" (plazo inferior al establecido para detectar otro tipo de enfermedades profesionales) en los que específicamente deben realizarse obligatoriamente, al igual que para los trabajadores con riesgo silicósico o neumoconiósico fibrótico, una exploración roentgenológica de tórax por alguno de los procedimientos que detalla (foto- radioscopia en películas de tamaño mínimo de 70x70, radiografía normal o radioscopia).

H) La Orden de 9-marzo-1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16 y 17- 03-1971), en la que se establece como obligación del empresario "adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa" (art. 7.2); que "En los locales susceptibles de producir polvo, la limpieza se efectuará por medios húmedos cuando no sea peligrosa, o mediante aspiración en seco cuando el proceso productivo lo permita" (art. 32.2); que "1. Los centros de trabajo donde se fabriquen, manipulen o empleen sustancias susceptibles de producir polvos ... que especialmente pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, estarán sujetos a las prescripciones que se establecen en este capítulo.- ... 3. La manipulación y almacenamiento de estas materias, si los Reglamentos de pertinente aplicación no prescriben lo contrario, se efectuará en locales o recintos aislados y por el menor número de trabajadores posible adoptando las debidas precauciones.- 4. La utilización de estas sustancias se realizará preferentemente en aparatos cerrados que impidas la salida al medio ambiente del elemento nocivo, y si esto no fuera posible, las emanaciones, nieblas,

vapores y gases que produzcan se captarán por medios de aspiración en su lugar de origen para evitar su difusión.- 5. Se instalará, además, un sistema de ventilación general, eficaz, natural o artificial, que renueve el aire de estos locales constantemente" (art. 133); y que "En los locales en que se produzcan sustancias pulvígenas perniciosas para los trabajadores, tales como polvo de sílice, partículas de cáñamo, esparto u otras materias textiles, y cualesquiera otras orgánicas o inertes, se captarán y eliminarán tales sustancias por el procedimiento más eficaz, y se dotará a los trabajadores expuestos a tal riesgo de máscaras respiratorias y protección de la cabeza, ojos o partes desnudas de la piel.- Las Ordenanzas, Reglamentos de Trabajo y Reglamentos de régimen interior desarrollarán, en cada caso, las prevenciones mínimas obligatorias sobre esta materia" (art. 136).

I) El Real Decreto 1995/1978 de 12 -mayo, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social (BOE 25-08-1978), se reconocen como derivadas de los trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto el carcinoma primitivo de bronquio o pulmón por asbesto y el mesotelioma pleural y mesotelioma debidos a la misma causa, y se contempla la "Asbestosis, asociada o no a la tuberculosis pulmonar o al cáncer de pulmón" en los "Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto) y especialmente: Trabajos de extracción, manipulación y tratamiento de minerales o rocas amiantíferas.- Fabricación de tejidos, cartones y papeles de amianto .- Tratamiento preparatorio de fibras de amianto (cardado, hilado, tramado, etc.).- Aplicación de amianto a pistola (chimeneas, fondos de automóviles y vagones).- Trabajos de aislamiento térmico en construcción naval y de edificios y su destrucción.- Fabricación de guarniciones para frenos y embragues, de productos de fibro-cemento, de equipos contra incendios, de filtros y cartón de amianto , de juntas de amianto y caucho.- Desmontaje y demolición de instalaciones que contengan amianto ".

J) La Orden de 21-julio-1982 (BOE 11-08-1982), sobre condiciones en que deben realizarse los trabajos en que se manipula amianto , --desarrollada por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 (BOE 18-10-1982)--, establece el nivel y valor límite de exposición en su art. 5 ("En los ambientes laborales en los que, como consecuencia del proceso productivo o trabajo a realizar, los operarios pueden estar expuestos a la inhalación de fibras de amianto , se establece, como Concentración Promedio Permisible (CPP) en los puestos de trabajo y para una exposición de ocho horas diarias y cuarenta horas semanales, el valor de dos fibras por centímetro cúbico... Se establece como concentración límite de exposición, que no puede ser superada en ningún momento, la de 10 fibras por centímetro cúbico"); establece medidas para el control ambiental de los puestos de trabajo en su art. 7 ("Las empresas efectuarán mediciones de la concentración ambiental de lo puestos de trabajo, realizando las tomas de muestras y el recuento de fibras por personal técnico competente ... "); reitera la exigencia de control médico de los trabajadores en su art. 8 ("Todos los trabajadores que manipulen amianto , en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control médico, mediante reconocimientos previos, periódicos y postocupacionales ... "); y, entre otras, sobre medidas de prevención técnicas relativas a ventilación, locales, protección personal, en su art. 9 .g) unas normas sobre ropa de trabajo y vestuario ("Los trabajadores potencialmente expuestos a fibras de amianto deberán utilizar ropa de trabajo apropiada que incluya la protección del cabello.- La ropa de trabajo,

que deberá lavarse con frecuencia, se mantendrá aislada de la ropa de calle y efectos personales, y no se permitirá a los trabajadores llevarla para su lavado a su domicilio particular").

K) En la citada Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30-septiembre-1982 se detallan en su apartado 7 las reglas sobre control médico de los trabajadores, disponiendo que "Todos los trabajadores que manipulen amianto, en cualquier tipo de actividad, deberán someterse a control médico preventivo, de acuerdo con los siguientes criterios: a) Reconocimientos previos ...; b) Reconocimientos periódicos: Los reconocimientos periódicos serán obligatorios para todos los trabajadores que estén en ambientes con posible riesgo de amianto.- La periodicidad será semestral, y como mínimo se harán las siguientes pruebas: Estudio radiológico: Según las indicaciones descritas para el reconocimiento previo, Exploración funcional respiratoria, comparándola siempre con las anteriores realizadas desde su ingreso en la Empresa, Estudios de cuerpos asbestósicos en esputos como índice de exposición, Exploraciones clínicas que el médico considere pertinente; c) Reconocimientos postocupacionales: Cuando un trabajador con antecedentes de exposición a fibras de amianto de diez años o más cese en la Empresa, bien por cambio de actividad o por jubilación, la Organización de los Servicios Médicos de Empresa velará para que a dichos trabajadores se les sigan realizando las revisiones periódicas anuales. El reconocimiento periódico de los obreros afectados de asbestosis deberá efectuarse con citología del esputo cada tres o cuatro meses, por su posible riesgo de cáncer bronquial.- En cualquiera de los reconocimientos citados, el hallazgo de alguno de los criterios diagnósticos que se exponen a continuación dará lugar a la remisión del paciente a un servicio especializado para un reconocimiento más minucioso ...".

L) En el Real Decreto 1351/1983 de 27-abril (BOE 27-05-1983) ya se prohíben determinados usos del amianto, estableciéndose, en su artículo único, que "Queda prohibido el uso del amianto en cualquiera de sus formas o preparaciones para el tratamiento filtrante o clarificador de sustancias alimentarias, materias primas o alimentos".

M) La Orden de 31-octubre-1984, por la que se aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo por amianto (BOE 07-11-1984) y se adapta la normativa hasta entonces existente a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19-septiembre-1983. En su Preámbulo se explica que "Los peligros que para la salud de los trabajadores se derivan de la presencia de fibras de amianto en el ambiente laboral se concretan y manifiestan en una patología profesional específica que en forma explícita recoge nuestro vigente cuadro de enfermedades profesionales, aprobado por Real Decreto 1995/1978, de 12 mayo, al incluirse en el mismo tanto la asbestosis (apartado C.1.b) como el carcinoma primitivo de bronquio y pulmón y el mesotelioma pleural o peritoneal por asbesto (apartado F2).- La constatación de la realidad, gravedad y progresivo aumento de esta patología, consecuencia directa de la amplia utilización industrial de las diferentes variedades del asbesto, aconsejó una regulación de las condiciones en que se realizan los trabajos con amianto, que se plasmó en la Orden de 21 julio 1982 y la Resolución de 30 septiembre del mismo año, normativa hoy vigente sobre la materia y que supuso un indiscutible y notable avance en cuanto se refiere a la acción preventiva frente al riesgo profesional por

amianto .- No obstante los continuos avances científicos y técnicos en este campo, las lagunas observadas en la actual normativa de 1982 y la conveniencia de adaptarla a la Directiva de la Comunidad Económica Europea de 19 septiembre 1983 aconsejan una actualización que se aborda en el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo por Amianto que ahora se aprueba". En su articulado, se regulan, entre otros, los siguientes aspectos: a) "La concentración promedio permisible (CPP) de fibras de amianto en cada puesto de trabajo se establece en 1 fibra por centímetro cúbico, salvo para la variedad crocidolita o amianto azul, cuya utilización queda prohibida" (art. 3.1); b) "Cuando las medidas de prevención colectiva, de carácter técnico u organizativo, resulten insuficientes para mantener la concentración de fibras de amianto dentro de los límites establecidos en el artículo 3 de este Reglamento se recurrirá con carácter sustitutorio o complementario al empleo de medios de protección personal de las vías respiratorias" (art. 7.1); c) "Las Empresas quedan obligadas a suministrar a los trabajadores los medios de protección personal necesarios, siendo aquellas responsables de su adecuada limpieza, mantenimiento y, en su caso, reposición, de tal modo que estos equipos individuales de protección se encuentren en todo momento aptos para su utilización y con plena garantía de sus prestaciones" (art. 7.4); d) "Queda rigurosamente prohibido a los trabajadores llevarse la ropa de trabajo a su domicilio para su lavado" (art. 8.8); e) "Reconocimientos periódicos. 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" (art. 13.4); y f) "Reconocimientos postocupacionales. Habida cuenta del largo período de latencia de las manifestaciones patológicas por amianto , todo trabajador con antecedentes de exposición al amianto que cese en la actividad con riesgo, ya sea por jubilación, cambio de Empresa o cualquier otra causa, seguirá sometido a control médico preventivo mediante reconocimientos periódicos realizados, con cargo a la Seguridad Social, en servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria" (art. 13.5).

N) En la Orden de 31-marzo-1986 (por la que se modifica art. 13, control médico preventivo de los trabajadores, del Reglamento de trabajos con riesgo por amianto de 31-10-1984) (BOE 22-04-1986), se refuerzan los reconocimientos previos y los post- ocupacionales, que deberán ser realizados estos últimos específica y periódicamente "con cargo a la Seguridad Social, en Servicios de Neumología que dispongan de medios adecuados de exploración funcional respiratoria u otros Servicios relacionados con la patología del amianto ".

O) La Orden de 7-enero-1987 (sobre Normas complementarias del Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto -BOE 15- 01-1987), reduce la concentración promedio permisible "Para las operaciones y actividades comprendidas en la presente norma en las que la presencia del amianto en el ambiente de trabajo se debiera a razones distintas de las de su empleo o utilización, se establece con carácter excepcional un valor de 0,25 fibras por centímetro cúbico como concentración promedio permisible para la variedad crocidolita y ello sin perjuicio del empleo de medios de protección personal, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto... " (art. 4).

P) El Convenio 162 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad (adoptado el 24-06-1986 y ratificado por España el 17-07-1990), en el que, entre otros extremos (relativos a principios generales, medidas de prevención y de protección, vigilancia del medio ambiente de trabajo y de la salud de los trabajadores, información y educación), se establece que "La legislación nacional deberá prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos.- La legislación nacional adoptada en aplicación del párrafo 1 del presente artículo deberá revisarse periódicamente a la luz de los progresos técnicos y del desarrollo de los conocimientos científicos" (art. 3); que "Los empleadores serán responsables de la observancia de las medidas prescritas" (art. 6); que deberá prohibirse la utilización de la crocidolita y de los productos que contengan esa fibra (art. 11.1) y la pulverización de todas las formas de asbesto (art. 12); o que "la autoridad competente deberá prescribir límites de exposición de los trabajadores al asbesto u otros criterios de exposición que permitan la evaluación del medio ambiente de trabajo" (art. 15.1); y, por ultimo en relación a este concreto periodo temporal.

Q) La Orden de 26-julio-1993 (por la que se modifican los arts. 2 , 3 y 13 de la Orden 31-10-1984 y el art. 2 Orden 07-01-1987 - BOE 05-07-1993 - y se traspone al Derecho interno el contenido de la Directiva del Consejo , 91/382/CEE de 25-06-1991), prohíbe expresamente la utilización de la crocidolita o amianto azul y dispone que "La concentración promedio permisible (CPP) de fibras de amianto en cada puesto de trabajo, salvo para la variedad crocidolita o amianto azul cuya utilización queda prohibida, se establece en los siguientes valores: Para el crisotilo: 0,60 fibras por centímetro cúbico.- Para las restantes variedades de amianto , puras o en mezcla, incluidas las mezclas que contengan crisotilo: 0,30 fibras por centímetro cúbico.- 3. Queda prohibida la utilización de cualquier variedad de amianto por medio de proyección, especialmente por atomización, así como toda actividad que implique la incorporación de materiales de aislamiento o de insonorización de baja densidad (inferior a 1 g/cm3) que contengan amianto [...]".

2 - Respete a la responsabilitat de les empreses:

"[...] ese conjunto normativo revelaba ya el conocimiento científico y la convicción legal, aunque no fueran muy desarrollados, de que la exposición al amianto tenía evidentes riesgos profesionales. Y aplicando entonces esa normativa al caso, no consta que en la actividad, en las dependencias en las que prestaba sus servicios el trabajador causante fallecido, se realizaran mediciones de concentración de amianto en el ambiente, de manera que no se respetaron por la empleadora las normas en cada momento vigente sobre evaluación, control y medición del ambiente en el trabajo y sobre concentraciones máximas permitidas de fibras de amianto en los ambientes de trabajo, a las que se ha hecho anteriormente referencia (en especial y sucesivamente, los citados Decreto 792/1961 , Decreto 2414/1961 y Orden 9-marzo-1971.

En concreto, no consta que en la referida empresa y actividad con amianto se adoptaran medidas de seguridad específicas frente a la exposición a tal sustancia

pues, a pesar de existir un riesgo cierto de enfermedad profesional -como se puso de manifiesto con el resultado que afectó al trabajador- no se evidenció que existieran sistemas generales de extracción de aire, equipos de protección individual, o especiales de limpieza de locales, como se exigía en la Orden 31-enero-1940, Orden 7-marzo-1941, Decreto 792/1961 y Orden 9-marzo-1971.

Por otra parte, la actuación de los servicios médicos consta que fue eficaz en materia preventiva [...] desde 1.977 a 1.988, pero no consta que los hubiera antes de aquél año [...] ni que los mismos fueran específicos para los riesgos de amianto, cuando resulta que, como mínimo, desde el año 1961 los reconocimientos médicos eran obligatorios para todas las empresas que debieran cubrir puestos de trabajo con riesgos de enfermedad profesional y específicamente la "asbestosis", tanto con carácter previo a su ingreso o de desempeño del puesto de trabajo de riesgo. (Decreto 792/1961 de 13-abril y Orden 12-enero-1963).

Y en definitiva, el Tribunal Supremo recuerda su propia doctrina [STS 30-6-2010 (Recurs 4123/2008)] y reitera que:

"[...] como consecuencia de la deuda de seguridad que como obligación básica tiene el empresario con el trabajador, para enervar su posible responsabilidad en relación con riesgos y resultados profesionales, el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible [...] el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario [...] por cuanto que resulta más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta [...]"

3 - Conclusió en el cas concret:

Per tant, l'aplicació de l'article 123 de la LGSS ha de posar-se en relació a la normativa exposada i amb la obligació de l'empresari d'acreditar el seu compliment, cosa que no ha fet, tal com es valora pel magistrat de instància i resulta dels fets provats tercer al vuitè, dels que es conclou que va incorre l'empresa els incompliments relatius a la falta de mitjans adequats de protecció individual, sistema de neteja adequat, etc. De manera que havent quedat acreditat que el causant de la prestació va contraure una malaltia professional pulmonar per haver treballat en ambients en els que inhalava fibres d'amiant, sense la protecció ja establerta adequada, declarada la malaltia professional, ha de valorar-se conforme a dret la sentència dictada, que per tant ha de ser confirmada també en aquest punt, ja que s'ha evidenciat una relació causa/efecte entre l'incompliment de la normativa citada i la malaltia professional del treballador.

SETÈ. En el següent motiu del recurs, per la mateixa via de l'article 193 c) de la Llei reguladora de la jurisdicció social, denuncia el recurrent la infracció per interpretació errònia de l'article 9.4 de la LOPJ, i de l'article 3.1.b) de la LRJS, entenent que aquesta jurisdicció és competent per pronunciar-se sobre la data d'efectes del recàrrec. I a partir d'aquí demana que es limitin els efectes a la data de reconeixement del recàrrec i no de la prestació de viduitat (02-06-2009).

Amb caràcter previ s'ha de dir que certament seria competent aquesta jurisdicció per valorar la data d'efectes del recàrrec en les prestacions, qüestió que no es planteja en la instància però és d'ordre públic processal, doncs és matèria inclosa en l'apartat b de l'article 2 b) de la LRJS, ja que és tracta d'una acció que té la causa en l'accident de treball, i de reclamació de prestacions de seguretat social, article 2 o). Així ho hem resolt en la recent sentència d'aquesta Sala de 19 de juny de 2013, recurs: 4815/20.

Però, s'observa que s'equivoca el recurs quan diu que la decisió de l'INSS ha estat la d'admetre una aplicació retroactiva del recàrrec, ja que tal com consta en el fet provat segon, la data d'efectes de la resolució del recàrrec és el dia 08-03-2010, i en el foli 859 de les actuacions consta la resolució administrativa en la que es fa referència a que la sol·licitud de la vídua es va presentar el dia 08-06-2010. Per tant, el recurs no té raó de ser en aquest motiu del recurs doncs reclama el que ja ha estat expressament acordat en la resolució administrativa que impugna.

VUITÈ. En darrer lloc, i també com a pretensió subsidiària, la recurrent sol·licita la reducció del recàrrec al 30%, en atenció al poc temps de serveis prestats per la companyia, així com altre elements que concorren en el cas, com l'absència de normativa específica, desconeixement del risc, inexistència de mesures preventives, escassa gravetat de la normativa infringida, etc.

En aquest punt no podem sinó recordar el que ha dit aquesta Sala en supòsits anàlegs, de malaltia professional derivada de contacte amb fibres d'amiant, sense que es tinguin motius per variar el criteri doctrinal. S'ha de recordar que l'article 123.1 de la LGSS estableix unes pautes per a determinar el grau del recàrrec, indicant que s'ha de tenir en compte la gravetat de la falta la major o menor possibilitat d'accident; la major o menor gravetat previsible de les conseqüències pel treballador i la major o menor dèficit de mesures per a impedir-lo. A falta d'altra referència s'ha tingut en compte per la doctrina els criteris de graduació de faltes que estableix l'article 39 del Reial Decret Legislatiu 5/2000 de 4 d'agost, LISOS, tenint en compte la perillositat de les activitats, gravetat del mal causat, nombre de treballadors afectats, actitud i conducta general de l'empresa en matèria de prevenció, etc. I tenint en compte la classificació de les faltes en tres graus, mínim, mitjà i màxim. Per aquesta Sala, en supòsits anàlegs s'ha valorat que el fet notori de l'incompliment de normes de seguretat i la constància de l'afectació de molts treballadors, així com en el cas concret la malaltia greu generada, que va provocar la mort de l'espòs de la demandant, el grau imposat per l'INSS (màxim 50%) no resulta excessiu.

Afegir que no es cita pel recurrent en quins supòsits s'ha imposat en similars circumstàncies un recàrrec inferior, mentre que consta a aquesta Sala que s'ha imposat el 50% també en altres sentències dictades tractant-se de la mateixa causa i malaltia professional, concretament, per citar-ne algunes de les més recents: 19-06-2013 (rec. 4815/12), 11/06/2013 (rec. 3336/12), 31/05/12, 8/11/12 o 18/12/12. Correspon per tant mantenir la doctrina exposada i confirmar la sentència també en aquest punt, cosa que comporta desestimar íntegrament el recurs de suplicació.

NOVÈ. Tal com disposa l'article 204 de la Llei reguladora de la jurisdicció social, 36/2011, quan la sala confirmi la sentència i el recurrent hagi consignat les quantitats a les quals es refereix aquesta Llei, la decisió ha de condemnar a la pèrdua de les consignacions, a les quals s'ha de donar la destinació que correspongui quan la sentència sigui ferma (...). 4. Si el recurrent ha constituït el dipòsit necessari per recórrer, la sentència confirmatòria n'ha de disposar la pèrdua, la qual cosa s'ha de dur a terme quan la sentència sigui ferma. Per altra banda, també d'acord amb l'article 235 de la mateixa norma processal, la sentència ha d'imposar les costes a la part vençuda en el recurs, quan no gaudeix del benefici de justícia gratuïta.

Vistos els preceptes i la doctrina legal citada,

DECISIÓ

Desestimem el recurs de suplicació interposat per la representació lletrada de URALITA, S.A. contra la sentència de 10 de desembre de 2012, dictada pel Jutjat Social número 3 dels de Barcelona, en les actuacions número 242/2012, seguides a instància de la recurrent, URALITA S.A., contra l' Institut Nacional de la Seguretat Social, la Tresoreria General de la Seguretat Social i MARIA JOSÉ

en matèria de recàrrec de prestacions per falta de mesures de seguretat, i, en conseqüència, confirmem la resolució judicial impugnada.

Es condemna a l'empresa recurrent al pagament de les costes causades a la part impugnant que es fixen en 400 euros, amb pèrdua del dipòsit, al qual es donarà la destinació legal.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoni atge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l'Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l'article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el Banc Espanyol de Crèdit -BANESTO-, en l'Oficina núm 2015 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació els números indicatius del recurs en aquest Tribunal.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l'art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, s'efectuarà en el compte que aquesta Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació els números indicatius del Recurs en aquest Tribunal, i havent d'acreditar que s'ha fet efectiva al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA SRA. VERA MARTINEZ,
al que se adhieren los Magistrados Sr. de Quintana, Sr. Quetcuti, Sra. Pose,
Sra. Braceras, Sr. Sánchez Burriel y Sr. Jiménez Asenjo.

Mediante este voto particular, amparado en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expreso, con todo respeto, mi disenso con los criterios que mantiene la precedente sentencia dictada conforme al parecer mayoritario de la Sala, en cuanto que con él se desestima el recurso de suplicación manteniendo el recargo de prestaciones impugnado. Lo que mantengo es que el recurso debió prosperar estimando el motivo de censura jurídica a través del cual la empresa recurrente denunciaba la indebida aplicación del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social por no ser la actora la empresa infractora, sino la sucesora de aquella, dejando sin efecto el recargo impuesto. La divergencia la fundo en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- La parte recurrente denuncia la infracción, por errónea interpretación, del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

Sostiene la parte recurrente, su falta de responsabilidad porque dicha empresa no fue la empresa supuestamente infractora, ya que hasta el año 1995 no tuvo lugar la

sucesión entre URALITA S.A. y ROCALLA S.A..

Coincido con la posición mayoritaria respecto a que pese a que no fue una alegación efectuada en la vía administrativa, ello no es óbice para que se plantee ante la jurisdicción, por cuanto se trataba de un hecho que constaba en el expediente administrativo y en modo alguno ha podido causar indefensión a la demandada. Además, la admisión de dicho motivo de impugnación responde a la exigencia de que el principio de congruencia no limite la función jurisdiccional y la facultad del juzgador de verificar que el recargo sea verdaderamente impuesto a la empresa infractora, tal y como prescribe el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

Consta en la sentencia recurrida que la mercantil ROCALLA S.A. se fusionó por absorción con URALITA S.A.. Entiende la sentencia recurrida que tratándose de un supuesto de sucesión de empresas, las obligaciones de la primera en materia de seguridad social se transmiten a la segunda, ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Este mismo criterio ha sido seguido por esta Sala durante años, así cabe citar las sentencias de 18/04/2007 (recurso 1057/2006), 22/12/2009 (recurso 8205/2008), 16/03/2010 (recurso 3731/2009) y 24/11/2011 (recurso 1386/2010). En esta última se argumentaba que *“La responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresa aparece prevista en el artículo 44 del ET, según el cual, el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por si misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente. Añadiendo que sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. La sujeción del sucesor, por tanto, en las obligaciones de seguridad social asumidas o imputables al empresario subrogado lo es sin límite alguno o sin exclusión de obligación alguna en atención a la naturaleza de la obligación en cuestión. Y partiendo de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, al mismo le es de aplicación el artículo 44.3 del Et, en relación con el apartado primero del mismo precepto”*.

No obstante, recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre el particular, en sentencia de 18 de Julio del 2011 (Recurso: 2502/2010), para matizar la responsabilidad de la empresa sucesora en los supuestos de recargo de prestaciones, limitándola a las prestaciones causadas antes de la sucesión. Así dice el Tribunal que *“Como cuestión previa ha de ponerse de manifiesto que la materia de que tratamos no se rige por el art. 44 Estatuto de los Trabajadores, sino por el art. 127.2 Ley General de la Seguridad Social (...) y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que «en los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior ... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión ». Con lo que resulta: a) que las prescripciones de ambos preceptos son independientes, aunque complementarias; b) que la responsabilidad prestacional se rige por el art. 127 LGSS y -conforme a tal precepto- la solidaridad*

únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores [SSTS 28/01/04 -rcud 58/03 -; 22/11/05 -rcud 4428/04 -; 13/11/06 -rcud 578/05 -; y 23/012/07 -rcud 2097/05] y c) que aunque -por ello- pudiera cuestionarse en autos la aplicación de la solidaridad que contempla el precepto de que tratamos, porque la prestación sobre cuyo recargo debatimos -fallecimiento por enfermedad profesional- fue reconocida con mucha posterioridad a la sucesión”.

El voto mayoritario considera que, a pesar de dicha sentencia, debe mantenerse el criterio de la Sala porque la enfermedad se causó durante el tiempo en que el trabajador prestó servicios para ROCALLA S.A. y, por tanto, con anterioridad a la sucesión, por mucho que haya sido diagnosticada con posterioridad. Además, alegan tres razones para mantener la responsabilidad de URALITA S.A., sintéticamente expresadas, porque, hasta la fecha, URALITA S.A. ha venido admitiendo su responsabilidad como sucesora de ROCALLA S.A.; porque su responsabilidad también deriva de la aplicación del artículo 233 LSA, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil; por último, porque ha sido el criterio de la Sala en las últimas sentencias que han examinado la cuestión relativa a la sucesión de la responsabilidad de URALITA, si bien algunas de las sentencias que cita, tal y como refiere la sentencia (en concreto, SSTSJ de Cataluña de 24 de julio de 2012, rec. 3887/2012 y de 19 de junio de 2013, rec. 6564/2012, así como la STS de 13 de marzo de 2002, rec. 2381/2001), recayeron en procedimientos en materia de responsabilidad civil.

SEGUNDO.- Discrepo de dicha argumentación por cuanto es evidente el cambio de criterio del Tribunal Supremo al afirmar que *“la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa”*. El Alto Tribunal llega a dicha conclusión tras hacer un exhaustivo repaso sobre los diversos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de *“naturaleza”* del recargo de prestaciones, recordando que si bien inicialmente se mantuvo su naturaleza sancionadora, posteriormente se ha abandonado la tesis sancionadora reconociendo la existencia de una serie de notas que lo alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora. Así –sigue diciendo la sentencia-, que la doctrina más reciente le reconoce una naturaleza dual o mixta, *“pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora [siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha], desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio”*. Ahora bien, razona la sentencia, *“a determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS (SSTS 14/02/01 -rcud 130/00 -; y 21/02/02 -rcud 2239/01 -), la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (SSTS 08/04/93 -rcud 953/92 - ... 02/10/00 -rcud 2393/99 -; 14/02/01 - 130/00 -; 21/02/02 -rcud 2239/01 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07-), la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla -siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL - (SSTS 02/10/00 -rcud 2393/99 -; 21/02/02 -rcud 2239/2001 -; 16/05/07 -rcud 360/06 -; y 03/12/08 -rcud 2909/07 -), llevan a la Sala a declarar*

que el recargo no se transmite vía sucesión de empresas, conclusión que comparto, pues de lo contrario el recargo no se impondría al empresario infractor, tal y como prescribe el artículo 123 Ley General de la Seguridad Social.

Ahora bien, esta doctrina, que vendría a ser -por así decirlo-, la regla general, no excluye la eventual aplicación de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil cuando concurren hechos que permitan apreciar la existencia de fraude de Ley y/o abuso de derecho, en cuyo caso, por imperativo legal, deberá aplicarse la norma que se trató de eludir. En otras palabras, el que se establezca la doctrina de que *"el recargo no es transmisible vía sucesión de empresas"*, no quita que pueda dejar de aplicarse en los supuestos en que se aprecie, y así quede acreditado, que ha existido sucesión de empresa que, en realidad no es tal, sino que existe un *"grupo de empresas patológico"*. Por tanto, se trataría de una excepción a la regla general.

Así también lo ha entendido el Tribunal Supremo cuando en el Auto de 18 de Septiembre del 2012 (Rec. 65/2012) apreciaba falta de contradicción entre la sentencia recurrida, STSJ de Castilla La Mancha, de fecha 18 de octubre de 2011, en la que *"La Sala mantiene la extensión de la responsabilidad de modo solidario, por el recargo de prestaciones del artículo 123.1 de la LGSS, no tanto por la existencia de una subrogación derivada de la sucesión empresarial, en los términos del artículo 44 del ET en relación con el artículo 127.2 de la LGSS, como por la existencia de un conglomerado empresarial constituido por ellas, conforme consta en el relato fáctico basado en una anterior intervención del orden contencioso-administrativo donde así ha quedado probado de modo firme. Y concluye que estamos más que ante una transmisión empresarial, ante la determinación de la existencia de un empresario real complejo, constituido por el grupo de mercantiles creadas por las personas físicas que las controlan y gerencian, de cuya situación jurídica dual deriva, en todo caso, la responsabilidad solidaria postulada"*, y la sentencia alegada como contradictoria, sentencia del Tribunal Supremo de 18-07-2011, argumentando que *"Las sentencias comparadas no son contradictorias pues resuelven supuestos donde se debaten cuestiones distintas, referidas a hechos así mismo diferentes. En la referencial la controversia se centra en si la responsabilidad por el recargo de prestaciones puede alcanzar a la empresa sucesora de aquella que incumplió las previsiones en materia de seguridad, rigiéndose la materia no por el artículo 44 del ET, sino por el artículo 127.2 de la LGSS (conforme al que la solidaridad sólo alcanzan a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no las posteriores que traía causa en incumplimientos anteriores). Por el contrario, en la recurrida, lo que se plantea es, más que sí estamos ante una transmisión empresarial, la determinación de la existencia de un empresario real complejo, constituido por el grupo de mercantiles creadas por las mismas personas físicas que las controlan y gerencian, de cuya situación deriva la responsabilidad solidaria; y la razón de decidir en este caso radica en la acreditada coincidencia de los socios fundadores y de los administradores, del domicilio social, del objeto social y de la mayoría de los trabajadores, que pasa de una a otra manteniéndoles las condiciones laborales y de antigüedad"*.

En el supuesto que nos ocupa, no constan elementos fácticos suficientes para sostener la existencia de un conglomerado empresarial que permita excluir la doctrina del Tribunal Supremo. Así, de la relación fáctica de la sentencia recurrida

únicamente se desprende que el actor trabajó para la empresa ROCALLA S.A. a principios de los años setenta y que se produjo la absorción por fusión de ROCALLA S.A. a URALITA S.A.. También, se afirma en la sentencia que contiene el voto mayoritario, con cita del Informe de la ITSS (folio 856) que *“en el año 1982 ROCALLA, S.A. presentó suspensión de pagos, ante la crisis de esta empresa los accionistas ofrecieron las acciones a URALITA, S.A. que las adquirió pasando a tener el control de esta sociedad en el año 1982”*, por tanto, con posterioridad a que el actor prestara servicios en la misma, lo que tampoco permite deducir la existencia de fraude.

TERCERO.- El hecho de que la Sala haya venido declarando la responsabilidad en materia de recargo de prestaciones de URALITA S.A. como sucesora de ROCALLA S.A., y que ésta no haya venido oponiéndose a dicha consideración, no es óbice para que ahora se pueda resolver en sentido contrario, ya que el cambio de criterio tiene su base en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 anteriormente referida y, precisamente, por tratarse de un posible cambio de criterio se convocó Sala General en la Sala.

Por último, añadir que la cuestión que ahora debatimos –entiendo-, que no ha sido planteada, en estos mismos términos, con anterioridad. Tampoco el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de volver a pronunciarse sobre el particular, con posterioridad a la sentencia de 18 de julio de 2011, ya que en los recursos de unificación de doctrina en los que se ha alegado dicha sentencia como contradictoria, no ha entrado a conocer sobre el fondo, en concreto, en el Auto de 18 de Septiembre del 2012 (Rec. 65/2012), al que ya me referí en el fundamento anterior, y en el Auto de 06 de Marzo del 2013 (Rec. 2068/2012), en el que confirma la sentencia de esta Sala de 19 de marzo de 2012 porque *“la materia ahora debatida, la improcedencia del pago del recargo de prestaciones por sucesión empresarial, es una cuestión nueva que no se alega al formalizarse el recurso de suplicación. En consecuencia, concurre otra causa de inadmisión cual es el planteamiento de una cuestión nueva, no suscitada en sede de suplicación”*.

En consonancia con lo anterior, diversas Salas de Tribunales Superiores de Justicia han cambiado su criterio, en concreto, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco [sentencias de 27 de noviembre, 16 de octubre, 26 de junio, 22 de mayo y 27 de marzo de 2012 (recursos 2723/2012, 2277/2012, 1502/2012, 1169/2012 y 579/2011) y de 23 de Julio del 2013 (Recurso: 1439/2013)], así como de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León (Valladolid), en sentencia de 06 de Febrero del 2013 (Recurso: 2319/2012).

Por todas las razones expuestas entiendo que el fallo debería haber sido estimatorio del recurso y, por consiguiente, de la demanda.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.