



Roj: **STSJ CL 134/2016 - ECLI: ES:TSJCL:2016:134**

Id Cendoj: **47186340012016100044**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **13/01/2016**

Nº de Recurso: **1975/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00012/2016

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 49275 44 4 2015 0000121

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001975 /2015

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000059 /2015

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

RECURRENTE/S D/ña GRANDUERO S.L.

ABOGADO/A: TOMAS CUADRADO PALMA

PROCURADOR: PAULA MARGARITA MAZARIEGOS LUELMO

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSS Y TGSS INSS Y TGSS, Nazario , Rodrigo , ADMINISTRADOR DE GRANDUERO S.L.

ABOGADO/A: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL, ALBA CONDE GARCIA , Mª ANGELES GARCIA LERA

PROCURADOR: , GLORIA MARIA CALDERON DUQUE ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

Recursos nº 1975 /2015

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada

En Valladolid a trece de enero de dos mil dieciseis.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1975 de 2.015, interpuesto por GRANDUERO S.L contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 1 de ZAMORA (Autos:59/15) de fecha doce de junio del 2015, en demanda promovida por Nazario contra INSS, TGSS, GRANDUERO S.L, Rodrigo, sobre RECARGO DE ACCIDENTE, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha seis de febrero del 2015, se presentó en el Juzgado de lo Social de ZAMORA Número 1, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:

"**PRIMERO**. - El trabajador Nazario, con DNI nº NUM000 y nº de afiliación a la Seguridad Social

49/00234870/71, ha prestado servicios laborales para la empresa GRANDUERO S.L., de la que es administrador único el demandado Rodrigo, dedicada a la actividad de extracción de granito, desde 1/2/2000 hasta el 24/4/2009, con categoría de barrenista, y en situación de alta en el momento de los hechos.

SEGUNDO.- Mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS de 4/4/2014, el referido trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil, y estimándose parcialmente la reclamación previa formulada por el trabajador contra dicha resolución, le fue reconocido el derecho al percibo de prestación del 55% sobre una base reguladora de 1.321,62 euros, con fecha de efectos 27/8/2013. Dicha resolución fue impugnada judicialmente, dando lugar a los autos nº 343/2014 seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Zamora, en los que fue parte la empresa hoy demandada, en cuyos hechos probados se establecía que en fecha 26/2/2013 el trabajador fue diagnosticado de neumoconiosis, confirmando el grado de incapacidad reconocido por el INSS, y estimando la demanda formulada por FREMAP, en cuanto mutua con la que la empresa GRANDUERO, SL tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales, en atención a ser el periodo de cobertura del riesgo de solo un año previamente a la modificación operada por Ley 5/2007, de 1 de enero de 2008; sentencia que devino firme.

TERCERO.- El trabajador instó expediente de recargo de prestaciones contra la empresa GRANDUERO, SL, por la incapacidad permanente que le fuera reconocida, en el curso del cual fue solicitado por el INSS informe a la Inspección de Trabajo, que fue emitido en fecha 23 de junio de 2013, cuyo tenor obra en autos y se da expresa e íntegramente por reproducido, y en el que se concluye que no se han adoptado

por la empresa GRANDUERO, SL las medidas preventivas dirigidas a impedir que se sobrepasara el valor límite ambiental de exposición al polvo de sílice, ni se han realizado las evaluaciones conforme al punto 4.2.9 de la ITC 2.0.02, siendo la prueba de sobreexposición al polvo de sílice del trabajador Nazario su propia enfermedad profesional, considerando la existencia de falta de medidas de seguridad, entendiéndose infringidos los puntos 4.2.6, 4.2.9, 4.3.1, 4.3.2 y concordantes de la ORDEN ITC/2585/2007, de 30 de agosto, por la que se aprueba la instrucción técnica complementaria 2.0.02 "Protección de los trabajadores contra el polvo, en relación con la silicosis, en las industrias extractivas", del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera. Artículos 74, 75, 76, 80, 81 y 82 del Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de normas básicas de seguridad minera. Artículos 3, 4 y 5 del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. Artículos 14.2 y 16.2.b de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

CUARTO.- Emitido dictamen propuesta del EVI de fecha 26/8/2014, en el sentido de la existencia de relación de causalidad entre las lesiones sufridas por el trabajador por enfermedad profesional, y la infracción de la normativa sobre Seguridad Social y Salud laborales, con un recargo del 30%, en fecha 22/10/2014 se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS, previo traslado a los interesados para alegaciones, declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en la enfermedad profesional sufrida por el trabajador Nazario en fecha 27/8/2013, y la procedencia de que las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del mismo fueran incrementadas en un 30% a cargo de la empresa GRANDUERO S.L. Contra la anterior resolución los actores agotaron la vía



administrativa previa.

QUINTO.- La empresa GRANDUERO, SL se ha dedicado a la actividad de extracción de granito en tres canteras sitas respectivamente en las localidades de Monieras (Salamanca), y en Zamora en Fornillos de Fermoselle y Pasariegos, esta última en la que laboraba el actor. La empresa tenía concertada la prevención de riesgos laborales con el servicio externo FREMAP, en cuya evaluación de riesgos se contemplaba como tal la exposición al polvo de sílice. Según consta en el informe de Inspección de Trabajo, previo análisis de la documentación entregada por la empresa, en las evaluaciones de exposición a polvo respirable según ITC 2.0.02, en muestreo de barrenista, en el practicado en fecha 24/7/2008 en la cantera de Pasariegos, se superaba en 9,71 veces del valor límite ambiental, utilizándose mascarillas modelo FFP2.

SEXTO. - Constan reconocimientos médicos practicados al trabajador por el servicio de prevención FREMAP para GRANDUERO, SL, con el resultado "apto", en fechas 15/12/2003, 19/1/2006, 30/4/2007 y 15/4/2008. Consta asimismo suscrito por el trabajador informe sobre los riesgos de su puesto de trabajo en fecha diciembre/2003, y controles de entrega de EPIs de fechas 14/1/2004, 4/6/2008 y 14/1/2009, figurando en el primero de ellos la entrega de mascarilla modelo FFP2D.

SÉPTIMO. - Por parte de FREMAP se realizaban informes periódicos de polvo respirable; en los realizados en la cantera de Pasariegos, y siendo el trabajador muestreado Nazario , constan los siguientes valores:

Medición de 16/7/2002: concentración de la fracción de polvo respirable inferior al 25% (1,6%) con respecto al valor límite establecido. Medición de 24/7/2003: concentración superior al 25% e inferior al 50% (48,8%) con respecto al valor límite.

Medición de 9/8/2004: concentración inferior al 25% respecto al valor límite establecido.

Medición de 29/7/2005: concentración inferior al 25% respecto al valor límite establecido.

Medición de 12/7/2006: concentración inferior al 25% respecto al valor límite establecido.

En los referidos informes se establecen como medidas preventivas el formar a los trabajadores sobre los riesgos a la exposición al polvo mineral insoluble, la información a aquéllos sobre el riesgo de exposición a polvo mineral insoluble y la utilización de mascarillas FFP2, y cuando se utilizara el martillo neumático manual, que éste dispusiera de vía húmeda para la perforación."

TERCERO .- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por GRANDUERO S.L fue impugnado por Nazario . Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar hay que decir que carece manifiestamente de todo fundamento jurídico la primera alegación del escrito de impugnación del recurso que pide la inadmisión del mismo, puesto que la sentencia es susceptible de recurso y los requisitos procesales para su tramitación constan cumplidos, por lo que el recurso debe ser admitido a trámite y examinado en su contenido, de cara a su estimación o desestimación.

Los cuatro primeros motivos de recurso se amparan en la letra b del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y tienen por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

El primero pretende añadir que el trabajador accidentado había prestado servicios anteriormente para otras empresas del mismo sector y con la misma categoría profesional anteriormente, en concreto entre el 5 de mayo y 23 de diciembre de 2009 y entre 17 de mayo y 17 de septiembre de 2010 para Construcciones Sayaguesas, entre el 23 de septiembre de 2010 y el 18 de febrero de 2011 para Invernegocios Asociados 2009 y entre el 11 de agosto y el 9 de noviembre de 2011 para Jorge Padín Domínguez. El documento en el que se apoya la modificación es la vida laboral del trabajador (folio 321 de los autos) y del documento de recurso de suplicación presentado por el INSS contra otra sentencia y que en los presentes autos se aportó como prueba documental (folios 428 a 430).

Al respecto hay que decir que la vida laboral acredita los periodos de alta que se indican para dichas empresas. Lo más relevante es lo sucedido en el recurso de suplicación 1373/2015, resuelto por sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2015 , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Zamora en los autos 343/2014, en pleito seguido entre las mismas partes, a la cual debemos atenernos y en la que se dice expresamente lo siguiente:

"Defienden la recurrente INSS que la responsabilidad de las prestaciones por la Incapacidad Permanente Total reconocida al trabajador corresponde a la Mutua o, subsidiariamente, ha de hacerse un reparto entre ellas y la



Mutua. Concretamente, alegan que tras el 1 de enero de 2008 el trabajador prestó servicios para la empresa "Granduero" desde el 1 de febrero de 2000 hasta el 24 de abril de 2009, como refleja el hecho probado primero; es decir, la Mutua tuvo la cobertura más allá del año 2008. Además, el trabajador trabajó para la empresa INVERNEGOCIOS ASOCIADOS 2009 desde el 23 de septiembre de 2010 al 18 de febrero de 2011 -hecho probado primero- que se dedicaba a la extracción de piedra, según vida laboral incorporada al expediente; es decir, estaba sometido a riesgo pulvígeno. El trabajador también prestó servicios para la empresa JORGE PADIN DOMÍNGUEZ desde el 11 de agosto de 2011 a 9 de septiembre de 2011, -hecho probado primero- que se dedicaba a la extracción de piedra según vida laboral como ocurre en el apartado anterior ". De todas estas alegaciones concluyen las recurrentes que no es aplicable la jurisprudencia del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia recurrida, dado que existe prestación de servicios para empresas con riesgo pulvígeno tras el 1 de enero de 2008 , fecha en que la mutua cubría dicho riesgo.

A dichas alegaciones se opone FREMAP, diciendo que ahora la entidad gestora está alegando cuestiones que no tuvo en cuenta al dictar la resolución objeto de impugnación, como es la actividad desarrollada en otras empresas por el demandante, y, por otro lado, omitiendo que la declaración de Incapacidad Permanente Total que se ha reconocido al trabajador lo fue por valoración conjunta de una hernia discal de carácter común exclusivamente, pretendiendo que ahora la Mutua asuma en su totalidad dicha responsabilidad o, subsidiariamente, se aplique un reparto que no concreta. Refiere que el hecho causante de la silicosis padecida por el trabajador tiene su origen en el período de su actividad laboral desempeñado en la empresa Granduero, S.L., en el período de 1 de febrero de 2000 hasta el 24 de abril de 2009. Concluye la Mutua que de la patología incapacitante de carácter común no puede hacérsele responsable. En cuanto a la patología profesional, mantiene que no puede alcanzarle la responsabilidad dado el escaso tiempo de aseguramiento (un año, de la totalidad de nueve).

El recurso del INSS va a ser estimado parcialmente, estimando su pretensión subsidiaria. Tal estimación parcial se basa en que la estimación íntegra del recurso de las referidas Entidades Gestoras no podía admitirse sobre la base únicamente de que el actor haya estado sometido a riesgo pulvígeno después del 1 de enero de 2008. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que las recurrentes no han pretendido modificar los hechos considerados probados por el Juzgador de instancia, tales como que el actor haya desempeñado trabajos sometido a riesgo pulvígeno, las empresas o las fechas que el Magistrado de Instancia expresa en su sentencia, no pudiendo ahora valorar la Sala ciertas afirmaciones realizadas en el recurso sin el reflejo de las mismas en el relato fáctico, tales como que la empresa INVERNEGOCIOS ASOCIADOS 2009 para la que el trabajador prestó servicios desde el 23 de septiembre de 2010 al 18 de febrero de 2011 se dedicaba a la extracción de piedra ni que en dicha empresa el actor estuviera sometido a riesgo pulvígeno. Lo mismo cabe decir respecto a la empresa JORGE PADIN DOMÍNGUEZ, en la que el actor prestó servicios laborales desde el 11 de agosto de 2011 al 9 de septiembre de 2011. Por tanto, la Sala ha partido de que, tal como se recoge en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, el actor estuvo sometido a riesgo pulvígeno nueve años de los cuales casi ocho eran antes del 1 de enero de 2008 (1 de febrero de 2000 a 1 de enero de 2008), período en el que la responsabilidad en las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad profesional recaía sobre el INSS y la TGSS y que, por tanto, el riesgo pulvígeno al que estuvo sometido el actor durante el tiempo en que la cobertura del riesgo era de la Mutua se extiende únicamente al período 1 de agosto de 2008 a 24 de abril de 2009. En un caso como este la Sala considera que lo acertado es realizar un prorrateo en la responsabilidad de cada una de las partes conforme al tiempo en el que cada una de ellas tuvo la cobertura de la contingencia profesional. Es cierto que esta Sala resolvió en sentencia de 27 de junio de 2014 (recurso 599/2014) un caso similar en el sentido defendido por la FREMAP, si bien de la lectura de la misma se observa que los términos en los que se planteó la cuestión no coincide estrictamente, lo que permite abordar el procedimiento que ahora nos ocupa dando la solución que la Sala considera más acertada y justa que es el prorrateo de la responsabilidad de cada demandada por el tiempo de cobertura del riesgo.

Por otro lado, el hecho de que la Incapacidad Permanente Total le haya sido reconocida por dolencias derivadas de etiología común y otras de origen profesional, esto es, por valoración conjunta, no es óbice para proceder a dicho prorrateo, dado que la dolencia de origen profesional ha sido el determinante para tal reconocimiento, dado que la Incapacidad Permanente Total ha sido declarada derivada de enfermedad profesional.

En definitiva, dado que existe un período de riesgo pulvígeno posterior al 1 de enero de 2008, procede estimar parcialmente el recurso del INSS y la TGSS, con revocación de la sentencia de instancia en el sentido de declarar que la responsabilidad del abono de las prestaciones por enfermedad profesional que se le ha reconocido al trabajador debe repartirse prorrateadamente al tiempo de cobertura de la contingencia entre la Mutua FREMAP y el INSS y TGSS. Como ya se ha dicho, el tiempo acreditado de riesgo pulvígeno es de nueve años , de los cuales casi ocho eran anteriores al 1 de enero de 2008 (1 de febrero de 2000 al 1 de enero de 2008)".



De lo anterior se deduce que, además del periodo de riesgo pulvígeno trabajado para Granduero, resultan otros dos con riesgo pulvígeno prestado para Invernogocios y para D. Pedro . No puede decirse lo mismo de Construcciones Sayaguesas, puesto que el hecho de que el trabajo prestado para esa empresa implicase o no riesgo pulvígeno no resulta de ninguno de los documentos citados, ni de la vida laboral, donde tal extremo no consta, ni de lo resuelto por esta Sala en su otra sentencia citada.

En cuanto a las pretensiones del INSS en su recurso sobre imputación de responsabilidad en orden a la incapacidad permanente total, la misma se refiere a la responsabilidad asegurada dentro del sistema de Seguridad Social y no cabe confundirla con la responsabilidad por incumplimiento de que aquí se trata. En la medida en que el riesgo estaba asegurado legalmente, el acaecimiento de la contingencia de enfermedad profesional determina que la responsabilidad en orden a la prestación corresponde a quien tenía asegurado el mismo, lo que nada tiene que ver con la responsabilidad por incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales que corresponde al empresario. Tal cuestión, en todo caso, es de orden jurídico y habría de abordarse en los correspondientes motivos de recurso. Pero ocurre que esta modificación fáctica, finalmente, no guarda relación alguna con ningún motivo ulterior de recurso sobre el fondo jurídico del litigio, de manera que la modificación pretendida resulta finalmente irrelevante para resolver el recurso puesto que no es susceptible de alterar su resultado. Finalmente debe recordarse que la responsabilidad en orden al recargo de prestaciones es solidaria y no excluye eventuales acciones de regreso entre el responsable declarado y otros posibles corresponsables del accidente o enfermedad de cara al reparto de la misma.

SEGUNDO.- Continuando con los motivos de revisión fáctica se quiere decir que el reconocimiento de la incapacidad permanente total deriva de dos patologías y una de ellas no tiene origen profesional, lo que es correcto y ha de incorporarse a los hechos probados a efectos dialécticos, pero deber rechazarse como motivo de recurso, puesto que sobre el fondo ya ha resuelto esta Sala en la sentencia antes citada: "el hecho de que la Incapacidad Permanente Total le haya sido reconocida por dolencias derivadas de etiología común y otras de origen profesional, esto es, por valoración conjunta, no es óbice para proceder a dicho prorrateo, dado que la dolencia de origen profesional ha sido el determinante para tal reconocimiento, dado que la Incapacidad Permanente Total ha sido declarada derivada de enfermedad profesional". Por otra parte, igual que ocurría con el motivo anterior, esta modificación fáctica no guarda relación alguna con ningún motivo ulterior de recurso sobre el fondo jurídico del litigio, de manera que la modificación pretendida resulta finalmente irrelevante para resolver el recurso puesto que no es susceptible de alterar su resultado.

El tercer motivo de revisión fáctica quiere dejarse constancia de que en la evaluación de riesgos realizada por el servicio de prevención ajeno de Fremap se llevó a cabo una medición del polvo respirable el 22 de julio de 2008 en la cantera de Pasariegos, en la que trabajaba el actor, resultando una exposición por debajo del 50% de los dos VLA-ED considerados. Así resulta de los documentos invocados y obrantes en autos, por lo que la existencia de tal evaluación puede ser incorporada a los hechos probados. Ahora bien, lo que no puede admitirse es la supresión como hecho probado de las conclusiones del informe de la Inspección de Trabajo que ha sido valorado por el juzgador de instancia, que es lo que realmente se pretende. Del documento de evaluación de Fremap no resulta automáticamente que el contenido del informe de la Inspección que se ha dado por acreditado sea incorrecto y ello pretende afirmarse a partir de un razonamiento especulativo, que no cabe como vía para revisión de hechos probados en un recurso de suplicación. La valoración de la prueba es competencia exclusiva, en el proceso social, del juez que preside la vista de la única instancia y esa valoración solamente puede modificarse por vía del recurso extraordinario de suplicación cuando se demuestre errónea en base a prueba documental o pericial obrante en autos. Ese error no se deduce del documento invocado, puesto que para ello habría que afirmar que el inspector actuante se refiere, precisamente, a dicha medición del servicio de prevención de Fremap y que la habría transcrito o interpretado de manera errónea, lo que no es sino una especulación de la parte.

De la misma manera en el cuarto motivo quieren añadirse, junto a los resultados de las mediciones anuales de polvo respirable en la cantera de Pasariegos desde 2002 a 2006, la anteriormente señalada de 2008, lo que debe ser admitido, cuando menos a efectos dialécticos, pero debe rechazarse lo que se pretende en relación con la no necesidad de adopción de otras medidas que el uso de mascarillas, puesto que, independientemente de lo que afirme el técnico del servicio de prevención ajeno al respecto en su informe, se trata de una valoración jurídica que habrá de hacerse al analizar los motivos de fondo del recurso. En definitiva y como se verá, el planteamiento del recurrente parte de una errónea concepción del valor jurídico de los llamados valores límites ambientales.

TERCERO.- El quinto motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 4.1.a , 12 y 18 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 17 de la Ley de Minas , así como un alegado principio de "lealtad institucional" sin referente normativo ni jurisprudencial alguno. Se alega aquí que la Inspección de Trabajo no era competente para emitir informe alguno sobre el



cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en la explotación minera en cuestión y por ello debió abstenerse de hacerlo.

El motivo ha de rechazarse, en primer lugar, porque no es discutible la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social para la imposición del recargo y la consiguiente del orden jurisdiccional social para su revisión judicial, de manera que el citado informe constituye meramente una prueba valorada por el órgano judicial. Si se pretendiera alegar la ilegalidad de esa prueba debería haberse hecho expresamente y si se tratar de denunciar que el órgano judicial de instancia ha tomado en consideración una prueba que fue oportunamente denunciada como ilegal, ello debería haber conducido a alegar un motivo de la letra a del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, de cara a la anulación de dicha sentencia para que fuese dictada otra en la que la valoración fáctica excluyese la prueba supuestamente ilegal. Cabe recordar que la ilicitud de las pruebas y el modo de proceder en tal supuesto se regula en el artículo 90.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y en este caso ni la prueba aparece vinculada a vulneración alguna de derechos fundamentales, ni se ha seguido el procedimiento prescrito para denunciar la ilicitud de la misma.

Por otra parte y en relación con el fondo de la cuestión sobre la falta de competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la enfermedad profesional en cuestión de cara al recargo de prestaciones, hemos de reproducir lo que esta Sala dijo en sentencia de 16 de enero de 2008 (suplicación 2157/2007), cuyas conclusiones no resultan alteradas por la normativa posterior, ni en concreto por la entrada en vigor de la Ley 23/2015 (cuyo artículo 19.2 viene a reproducir lo que ya establecía la Ley 42/1997 al respecto), que por otra parte no es aplicable al caso *ratione temporis*:

"El artículo 117.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, atribuye al Ministerio de Industria, en la forma que reglamentariamente se establezca, la inspección y vigilancia de todos los trabajos de exploración, investigación, explotación y aprovechamiento de recursos regulados por la propia Ley de Minas, así como de los establecimientos de beneficio y de los productos obtenidos, pero ello lo hace sin perjuicio de las competencias que a otros Organismos de la Administración confiera la legislación vigente. Por lo que se refiere a las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a prevención de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, así como a la exacta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, la atribución competencial al Ministerio de Industria se circunscribe "a las explotaciones mineras de cualquier orden y a cuantos trabajos regulados por esta Ley exijan la aplicación de técnica minera". Tales previsiones se reiteran en los mismos términos en el artículo 143.1 del Reglamento de desarrollo de aquella Ley (Real Decreto 2857/1978). A su vez el artículo 4.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dispone que los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas continuarán rigiéndose por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las materias no afectadas por la misma. En todo caso hay que tener en cuenta que la atribución competencial ha de referirse, en virtud de la correspondiente previsión del Estatuto de Autonomía, a la autoridad de industria de la Comunidad Autónoma, que ha recibido el traspaso de los servicios.

Por tanto la competencia administrativa de inspección y vigilancia en materia de prevención de riesgos laborales está atribuida a la autoridad autonómica de industria y no a la autoridad laboral a través de la Inspección de Trabajo cuando se refiera a "explotaciones mineras de cualquier orden" o a trabajos que estén regulados por la Ley de Minas y cuyo desarrollo exija la aplicación de "técnica minera"...

Pero es que además, incluso dentro del ámbito competencial de la Autoridad de Industria, el artículo 117.1 de la Ley de Minas hace referencia al necesario respeto a "las competencias que a otros Organismos de la Administración confiera la legislación vigente". Cuando se trata de ejercer las competencias administrativas relativas al recargo de prestaciones previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social no nos encontramos ante una actividad administrativa de inspección y vigilancia en materia de prevención de riesgos laborales, sino ante una actuación administrativa en materia de Seguridad Social, aún cuando entre la prevención de los accidentes de trabajo y su reparación exista necesariamente una estrecha conexión, puesta de manifiesto ya desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Tal conexión no implica que las materias de Seguridad Social y de Prevención de Riesgos Laborales puedan incluirse en un mismo título competencial, debiendo reseñarse que lo relativo al recargo de prestaciones es materia de Seguridad Social, atribuida en cuanto a su resolución a la Entidad Gestora y no a la Autoridad Laboral. En esta materia la Inspección de Trabajo y Seguridad Social opera como Inspección de Seguridad Social y no como Inspección de Trabajo, puesto que no ejerce competencia de ejecución de la legislación laboral, sino de ejecución de la legislación de Seguridad Social.

La conclusión es que, cuando se trata de accidentes de trabajo en la minería, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano competente para ejercer las funciones de inicio del expediente y de informe previstas en el Real Decreto 1300/1995, en el Real Decreto 2609/1982 y en la Orden de 23 de noviembre de



1982 (artículos 7.a y 12 , especialmente). Tal normativa no contempla actuación de la Autoridad de Industria, sino siempre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incluso cuando se trate de trabajos en relación a los cuales las competencias de inspección en materia de prevención de riesgos laborales (que no de Seguridad Social, que es la materia que, como hemos dicho, aquí nos ocupa) se encuentren atribuidas a la Autoridad de Industria. Se producirá en tales supuestos una escisión entre dos actuaciones administrativas, la una referida a los procedimientos inspectores y sancionadores en materia de prevención de accidentes, atribuida a la Autoridad de Industria, y la otra referida a los procedimientos en materia de Seguridad Social, atribuida a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y a la Inspección de Seguridad Social, función que cumple en todo caso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 5.2.d de la Ley General de la Seguridad Social).

En este sentido hay que recordar que el artículo 168 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera aprobado por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, en su redacción vigente, nos dice que "de acuerdo con la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 y las Leyes Orgánicas que regulan los Estatutos de Autonomía, incumbe al Ministerio de Industria y Energía o al Órgano Autonómico correspondiente, en aquellas Comunidades en que se haya transferido la competencia en materia de minas, las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a previsión de accidentes y enfermedades profesionales, al análisis de las causas del accidente y a plantear las conclusiones pertinentes, el cumplimiento del presente Reglamento, así como la estricta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo en las explotaciones mineras de cualquier orden y en cuantos trabajos regulados por la citada Ley que exijan la aplicación de la técnica minera", pero añade que "en los supuestos en los que, como consecuencia de las actuaciones administrativas derivadas de la puesta en práctica de este Reglamento, la Autoridad competente tuviese conocimiento de hechos que pudieran producir efectos en el ámbito normativo laboral y de Seguridad Social, dará traslado de las actuaciones practicadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". Esto es, cuando se trata de efectos laborales o de Seguridad Social (incluido por tanto el recargo de prestaciones), lo que se prevé expresamente es en todo caso la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, posibilitando que la misma proponga la iniciación del expediente y que emita informe en el mismo, con independencia de sus competencias en el ámbito estrictamente sancionador administrativo.

Por lo demás es claro que la excepción a la competencia de la Inspección de Trabajo en relación con la prevención de riesgos laborales en las minas afecta únicamente a las medidas derivadas de la actuación inspectora (artículo 7 de la Ley 42/1997), puesto que de esa actuación no pueden derivarse medidas sancionadoras en relación con eventuales incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, aunque sí medidas sancionadoras o de cualquier otro tipo en relación con otro tipo de materias, como es, en el caso que aquí nos ocupa, la de Seguridad Social. Para el ejercicio de este otro tipo de comprobaciones y la adopción de las correspondientes medidas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mantiene su completo acervo de facultades previstas en el artículo 5 de la Ley 42/1997 , ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que obviamente puede efectuar visitas a dichos centros de trabajo a tal fin.

Esto supone que, ante la comunicación a la Inspección de Trabajo, a través de la Autoridad Laboral, de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidos en el interior de las explotaciones mineras, según lo dispuesto en las Ordenes Ministeriales de 16 de diciembre de 1987 y 19 de noviembre de 2002 y en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, la Inspección puede practicar la consiguiente información en la Empresa sobre la forma en que ha ocurrido el accidente, causas del mismo y circunstancias que en él concurran, e incluso en determinados casos debe preceptivamente hacerlo así (artículo 6 de la Orden de 16 de diciembre de 1987), si bien ello únicamente será a efectos de determinar la eventual procedencia de imponer un recargo de prestaciones de Seguridad Social o de la ejecución de competencias distintas a la sanción de los eventuales incumplimientos preventivos, por tratarse estas últimas de funciones ajenas a su ámbito competencial.

Es cierto que dicha práctica de información sobre el accidente, por razones de coordinación con la Autoridad de Industria, puede en su caso limitarse, como prevé el artículo 168 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera aprobado por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, a recibir la información de la Autoridad de Industria sobre el mismo, deduciendo la Inspección de Trabajo a partir de dicha información sobre hechos las conclusiones jurídicas que procedan en relación a lo que son sus competencias propias, como es la propuesta de inicio del procedimiento de imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social. Sin embargo nada impide que la Inspección de Trabajo, de cara al ejercicio de esas competencias propias, use las facultades que le atribuye el artículo 5 de la Ley 42/1997 , incluida la relativa a la visita a los centros de trabajo y lugares en los que se produjo el accidente. De ello no resulta ilegalidad alguna, la cual solamente aparecería si como consecuencia de tales investigaciones se viniese a extender acta de infracción como medida resultante de la actuación inspectora (artículo 5 de la Ley 42/1997), puesto que la competencia sancionadora dentro del ámbito del Reglamento de Seguridad Minera corresponde a la Autoridad de Industria y no a la Autoridad Laboral. Pero tal falta de competencia y la correspondiente ilegalidad del acta de infracción no se extiende



a las actuaciones de propuesta e informe en el expediente de recargo de prestaciones de Seguridad Social, como se ha dicho, puesto que en ese caso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sí actúa dentro de su ámbito competencial propio.

En el supuesto presente no se ha producido por ello ninguna vulneración normativa cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha actuado emitiendo informe en el expediente. Incluso sería posible que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hubiese instado su iniciación, si bien en el presente caso, según resulta de los hechos probados, ha sido el propio trabajador accidentado quien lo ha hecho. Tampoco se produce exceso competencial por haberse girado visita de inspección al lugar del accidente para practicar información sobre el mismo".

A lo que cabe añadir que la referencia del artículo 7.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se refiere única y exclusivamente a las competencias mencionadas en el número 1 del mismo artículo, donde no se hace referencia alguna a la materia de recargos de prestaciones o, en general, a la aplicación de las normas de Seguridad Social, sino única y exclusivamente a la imposición de sanciones administrativas, que quedan bajo la competencia de la inspección minera. Las infracciones administrativas sancionables por la autoridad minera en materia de prevención de riesgos laborales eran las que se regulaban en la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, después incorporadas al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Las funciones administrativas de inspección y sanción correspondientes a tales infracciones están legalmente atribuidas a las autoridades mineras y no a las autoridades laborales cuando se trate de minas y canteras. Pero tales funciones no incluyen las relativas al artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, para cuyo reconocimiento, como decimos, la competencia sigue residenciada en el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de un procedimiento, regulado en el Real Decreto 1300/1995, cuyo artículo 4.1.a atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la facultad para proponer su iniciación. A efectos del desarrollo de sus competencias propias en materia laboral y de Seguridad Social, como es la relativa a los recargos de prestaciones, la Inspección de Trabajo tiene las facultades y atribuciones reguladas en la Ley 42/1997 (posteriormente sustituida por la Ley 23/2015), entre las cuales se encuentra la de visita a los centros de trabajo y la de práctica de pruebas en los mismos, sin que estén excluidos por norma alguna las minas y canteras.

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal se denuncia la vulneración del artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social, por entender que en este caso no ha quedado acreditada vulneración alguna de la normativa de prevención de riesgos laborales que pueda justificar la imposición del recargo de prestaciones. Se fundamenta dicha aseveración en el hecho de que las mediciones anuales de la atmósfera de trabajo realizadas por la empresa arrojaron resultados por debajo del valor límite de exposición profesional, en su modalidad de valor límite ambiental de exposición diaria (VLA-ED).

Al respecto debe decirse:

1) El conjunto normativo aplicable no está formado únicamente por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera y la Orden ITC/2585/2007, de 30 de agosto, por la que se aprueba la Instrucción técnica complementaria 2.0.02 «Protección de los trabajadores contra el polvo, en relación con la silicosis, en las industrias extractivas», del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera. Tras el Reglamento de Seguridad Minera se han dictado otras normas del mismo o superior rango, como son esencialmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, el Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras o el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. Todas ellas tienen rango normativo superior a la Orden ITC/2585/2007, de 30 de agosto.

2) El Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, no contiene referencia alguna a valores límites de exposición. Ese reglamento es la incorporación al Derecho español de la Directiva 92/104/CEE, del Consejo, de 3 de diciembre, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores en las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas, cuyo contenido tiene la primacía de aplicación propia del Derecho Comunitario. Dicho conjunto normativo impone a la empresa la obligación de evitar la formación de atmósferas nocivas para la salud (artículo 4), a cuyos efectos obliga a tomar medidas para evaluar la presencia de sustancias nocivas en la atmósfera y para medir la concentración de dichas sustancias (punto 4.1º.A de la parte A del anexo). Si existe una atmósfera nociva (y no cabe duda de que las mediciones realizadas anualmente por la empresa y que constan en hechos probados acreditan la existencia de una atmósfera con una concentración detectable



de polvo en suspensión), entonces el Real Decreto (punto 4.3º de la parte A del anexo) obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias para suprimirlas en origen o extraerlas en origen o eliminarlas o, cuando resulte imposible la adopción de las medidas anteriores, diluir las acumulaciones de dichas sustancias, de forma que no exista riesgo para los trabajadores. El sistema debe ser capaz de dispersar dichas atmósferas nocivas de manera que no haya riesgo para los trabajadores.

3) Por tanto la obligación del empresario no se limita a evitar que la concentración de un determinado contaminante en la atmósfera no exceda de un determinado valor límite, sino a evitar la exposición al mismo (suprimirlas en origen o extraerlas en origen o eliminarlas) y solamente cuando tal supresión de la exposición no sea posible técnicamente (al respecto se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 17 de diciembre de 1998 en el asunto C-2/97, Società italiana petroli SpA contra Borsana Srl), a diluir las acumulaciones de dichas sustancias de forma que no exista riesgo para los trabajadores.

4) Los valores límites de exposición tienen como referencia normativa el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (que incorpora la Directiva 98/24/CE. Pero estos valores límites no son, como erróneamente suele interpretarse, los elementos determinantes de la legalidad o ilegalidad de una situación dada, sino un mero instrumento técnico a tomar en consideración conjuntamente con otros para la evaluación de los riesgos para los trabajadores (artículo 3.1 del Real Decreto 374/2001). El artículo 3.4 del Real Decreto 374/2001 determina que la superación de los valores límites obliga en todo caso a adoptar un conjunto de medidas preventivas, pero esto no puede interpretarse a la inversa, esto es, aunque no se superen esos valores límites también es obligatorio para el empresario adoptar medidas preventivas del riesgo, puesto que claramente el artículo 3.3 nos dice que la adopción de medidas preventivas es obligatoria "cuando los resultados de la evaluación revelen un riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores". En cuanto al valor límite ambiental para la sílice ha de aplicarse el contenido en la ITC 2.0.02, puesto que tiene superior rango a los documentos del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, siendo por ello el VLA-ED de la concentración de la sílice libre contenida en la fracción respirable de polvo de 0,1 mg/m³ (0,05 mg/m³ si se tratase de cristobalita o tridimita, que no es el caso) y el VLA-ED de la concentración de la fracción respirable de polvo de 3 mg/m³. Cabe destacar cómo en la redacción de los hechos probados propuesta en base a las mediciones del servicio de prevención ajeno entre los años 2001 y 2006 se proporciona el valor medido de la concentración de la fracción respirable de polvo (relevante para la neumoconiosis), pero no la concentración de la sílice libre contenida en la fracción respirable, que es lo más relevante para la silicosis, dato que solamente aparece en la medición de 2008 y no consta medido en los informes de años anteriores. Aunque puede considerarse muy probable, en base a la concentración de polvo hallada en la fracción respirable entre 2001 y 2006, que la concentración de sílice libre estaría igualmente por debajo del valor límite, ello no consta así en los informes técnicos, ni aparece que se analizaran las muestras para determinarlo, ni se justifica expresamente la causa por la que no se hizo.

5) No puede sostenerse que el valor límite ambiental (ni el de exposición diaria ni el de exposición de corta duración) constituya una frontera técnica entre situaciones con y sin riesgo para la salud. Expresamente el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el documento sobre valores límite ambientales que aprueba anualmente, advierte siempre que se trata de meros valores indicativos y dice expresamente:

"OBJETIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. Los Límites de Exposición Profesional son valores de referencia para la evaluación y control de los riesgos inherentes a la exposición, principalmente por inhalación, a los agentes químicos presentes en los puestos de trabajo y, por lo tanto, para proteger la salud de los trabajadores. *No constituyen una barrera definida de separación entre situaciones seguras y peligrosas*".

Esto significa que una situación por debajo del valor límite no puede considerarse sin más precisiones, como pretende la empresa recurrente, una situación segura. Por el contrario la evidencia en este caso es la contraria, puesto que tenemos una exposición demostrada durante años al agente mórbido y el desarrollo por el trabajador de una enfermedad profesional. Por consiguiente, incluso si nos situásemos por debajo del valor límite de exposición diaria, como pretende la empresa (aunque no es este el hecho probado del que parte la sentencia de instancia), ello no significa que la empresa no estuviera obligada a adoptar medidas preventivas, puesto que el riesgo seguía existiendo. Así lo establecen los artículos 4 y 5 del Real Decreto 374/2001 , debiendo además subrayarse de entre el contenido de estas normas, lo que dice el artículo 5.4:

"El empresario garantizará la eliminación o reducción al mínimo del riesgo que entrañe un agente químico peligroso para la salud y seguridad de los trabajadores durante el trabajo. Para ello, el empresario deberá, preferentemente, evitar el uso de dicho agente sustituyéndolo por otro o por un proceso químico que, con arreglo a sus condiciones de uso, no sea peligroso o lo sea en menor grado. Cuando la naturaleza de la actividad no permita la eliminación del riesgo por sustitución, el empresario garantizará la reducción al mínimo de dicho



riesgo aplicando medidas de prevención y protección que sean coherentes con la evaluación de los riesgos. Dichas medidas incluirán, por orden de prioridad:

- a) La concepción y la utilización de procedimientos de trabajo, controles técnicos, equipos y materiales que permitan, aislando al agente en la medida de lo posible, evitar o reducir al mínimo cualquier escape o difusión al ambiente o cualquier contacto directo con el trabajador que pueda suponer un peligro para la salud y seguridad de éste.
- b) Medidas de ventilación u otras medidas de protección colectiva, aplicadas preferentemente en el origen del riesgo, y medidas adecuadas de organización del trabajo.
- c) Medidas de protección individual, acordes con lo dispuesto en la normativa sobre utilización de equipos de protección individual, cuando las medidas anteriores sean insuficientes y la exposición o contacto con el agente no pueda evitarse por otros medios".

Por consiguiente resulta que la obligación del empresario no es reducir el agente mórbido en la atmósfera de trabajo por debajo del VLA, sino al mínimo posible (y ello siempre y cuando no sea técnicamente posible suprimir la exposición). Lo esencial para ello, salvo que científicamente pudiera haberse descartado la existencia de riesgo para la salud, lo que es contradicho por los hechos, es reducir la exposición mediante medidas organizativas y técnicas de naturaleza colectiva, siendo la protección individual subsidiaria de las anteriores.

6) Debe añadirse que los equipos de protección individual son subsidiarios de las medidas de protección colectiva u organizativas. Como dice el artículo 4 del Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, "los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que no hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo".

7) Finalmente cabe señalar, en el orden procesal, que el mandato actual de la Ley de la Jurisdicción Social en su artículo 96.2 es meridianamente claro: "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad". Corresponde por ello al empresario que alegue el cumplimiento de la normativa de prevención acreditar cuáles fueron las medidas adoptadas para prevenir la materialización del riesgo.

Por consiguiente en este caso no puede admitirse el planteamiento de la empresa recurrente, que es claramente inadecuado en su lógica y fundamentación a lo que establece la normativa. No puede admitirse que la empresa cumpla con sus obligaciones preventivas en lo relativo al riesgo de silicosis solamente porque de las mediciones no resulte la superación del valor límite ambiental, aunque además entregue unos EPIs (mascarillas). Para que esto se pudiera estimar suficiente sería preciso acreditar, o bien que la exposición era nula o ínfima, de manera que no presentaba riesgo mórbido (lo que con toda obviedad contradicen los hechos), o bien que técnicamente no era posible disminuir la concentración ambiental por debajo del valor resultante de las mediciones y que tampoco era posible adoptar medidas de organización o protección colectiva para evitar o reducir la exposición del trabajador, en lugar de limitarse a la entrega de un equipo de protección individual. Y la carga de la prueba de todo ello corresponde a la empresa.

Por tanto, incluso si admitiésemos los hechos alegados por la empresa, en lugar de los aceptados por la sentencia de instancia a partir del informe de la Inspección de Trabajo, no estaríamos, como se pretende, ante una situación de cumplimiento de la normativa preventiva. Es cierto que no toda situación de incumplimiento preventivo tiene la misma gravedad, pero en este caso el recargo ha sido impuesto en el mínimo legal del 30%.

QUINTO.- Finalmente se instrumenta un séptimo motivo de recurso, donde se denuncia la vulneración de los artículos 5.2 y 5.3 de la Orden ITC/2585/2007, de 30 de agosto, por la que se aprueba la Instrucción técnica complementaria 2.0.02 «Protección de los trabajadores contra el polvo, en relación con la silicosis, en las industrias extractivas», del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera. Se discute aquí si el contenido de los reconocimientos médicos realizados al trabajador fue suficiente, por no haberse incluido en los mismos radiografías de tórax. La obligación empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores, regulada en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se desarrolla en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997), en el cual, entre otras cosas, se dice:

"La vigilancia de la salud estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador. El Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas competentes, y de acuerdo con lo establecido en la Ley General



de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, establecerán la periodicidad y contenidos específicos de cada caso. Los exámenes de salud incluirán, en todo caso, una historia clínico-laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas. Deberá constar igualmente, en caso de disponerse de ello, una descripción de los anteriores puestos de trabajo, riesgos presentes en los mismos, y tiempo de permanencia para cada uno de ellos".

Para el caso de la silicosis y otras neumoconiosis, el protocolo se aprobó por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en diciembre de 2001, siendo por ello aplicable durante la mayor parte del periodo de servicios del trabajador para la empresa recurrente. En dicho protocolo, jurídicamente vinculante conforme a la normativa citada, se dice que "la radiografía de tórax es el método diagnóstico para detectar neumoconiosis y que las radiografías de tórax, en proyecciones P-A y lateral, se deben realizar siguiendo la normativa de la ILO (International Labour Office) de 1980, con una técnica y una metodología adecuada. Una vez realizada la radiografía, debe ser leída por un lector entrenado, comparándola con las placas patrón de la mencionada Oficina". Esa radiografía es prescrita en el protocolo tanto para la evaluación de salud inicial como para los reconocimientos periódicos, siendo la periodicidad la establecida igualmente en el protocolo según la actividad, que para el caso de minería a cielo abierto y canteras que explotan sustancias con porcentajes de sílice libre inferiores al 15% (caliza y dolomía, mármol, yeso, magnesita, margas, etc.) exige un reconocimiento radiológico cada 3 años y para el caso de minería a cielo abierto y canteras que explotan sustancias con porcentajes de sílice libre superiores al 15% (sílice, cuarcita y arenisca, pizarra, granito, mineral de uranio, etc.) exige un reconocimiento radiológico anual desde el inicio de la actividad.

Esa normativa se ha incumplido en el caso que nos ocupa, puesto que no consta probada la realización de radiografías, correspondiendo a la empresa la carga de la prueba, sin que conste en hechos probados y sin que se haya instrumentado motivo alguno para revisar los hechos en este aspecto, lo que esta Sala no puede hacer de oficio en base a la documentación obrante en autos.

Aunque se adopte como punto de partida la inexistencia de tales radiografías, dice la empresa recurrente que ello sería exclusiva responsabilidad del servicio de prevención contratado para ello. Pero esto no es así, puesto que, en primer lugar, el servicio de prevención, propio o ajeno, no es sino un medio para que la empresa cumpla una obligación propia y por ello, independientemente de las responsabilidades que frente a la empresa que le contrató tenga dicho servicio, la empresa mantiene frente a los acreedores de seguridad la responsabilidad por la actuación del mismo, como expresamente señala el artículo 14.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en aplicación del artículo 5.2 de la Directiva 89/391/CEE): "El recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona". Por otra parte, aunque es cierto que el resultado de los reconocimientos médicos constituye un dato protegido que el servicio médico no debe proporcionar a la empresa (puesto que debe limitarse a informar sobre las necesidades preventivas resultantes), ello no puede confundirse con aquello de lo que aquí estamos tratando, que no es de los resultados de los reconocimientos, sino del contenido que van a tener los reconocimientos médicos contratados por el empresario. Lógicamente dicho contenido debe especificarse en la contratación con el servicio de prevención ajeno, puesto que éste queda obligado a desarrollar las actividades preventivas contratadas y no otras distintas, que siempre quedan bajo la responsabilidad del propio empresario. Y dicho contenido ha de determinarse en función de los resultados de la evaluación de riesgos laborales y por referencia a los protocolos aplicables. Siendo claro que en este caso existía riesgo de silicosis y de neumoconiosis y existiendo protocolo que especificaba los exámenes médicos obligatorios, es responsabilidad del empresario que el contenido de lo contratado con el servicio de prevención ajeno cumpla con los mínimos que le son requeridos por la normativa.

El recurso por ello es desestimado.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 229 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 230 de la misma Ley, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.



Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Tomás Cuadrado Palma en nombre y representación de Granduero S.L. contra la sentencia de 12 de junio de 2015 del Juzgado de lo Social número uno de Zamora , en los autos número 59/2015. Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 1975 15 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.