



Roj: STSJ GAL 7688/2017 - ECLI:ES:TSJGAL:2017:7688

Id Cendoj: **15030340012017105608**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2017**

Nº de Recurso: **1700/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **EMILIO FERNANDEZ DE MATA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15078 44 4 2014 0002107

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001700 /2017

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000722 /2014

Sobre: ACCIDENTE

JUZGADO DE LO SOIAL TRES DE SANTIAGO COMPOSTELA

RECURRENTE/S D/ña MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

ABOGADO/A: ANA FONTAO PARADELA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL , CRISTINA ESTEVEZ PAZOS , MARIA NIEVES EIRIZ MATA

PROCURADOR: , , XULIO ANDRES BARREIRO FERNANDEZ

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMA. SRA. D^a ROSA MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVERO SANTOS

En A CORUÑA, a diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,



EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPLICACION 0001700/2017, formalizado por LA LETRADA DOÑA ANA FONTAO PARADELA, en nombre y representación de LA MUTUA GALLEGА DE ACCIDENTES DE TRABAJO, contra la sentencia dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000722/2014, seguidos a instancia de DON Baldomero representado por LA LETRADA DOÑA CRISTINA ESTÉVEZ PAZOS frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representado por EL LETRADO LETRADO DON ANGEL GONZÁLEZ QUINTAS, MUTUA GALLEGА DE ACCIDENTES DE TRABAJO, y LA EMPRESA JUAN RAMONA CABALLERO, representada por LA LETRADA DOÑA MARÍA NIEVES EIRIZ MATA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: DON Baldomero presentó demanda contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA GALLEGА y LA EMPRESA JUAN CARMONA CABALLERO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha doce de septiembre de dos mil dieciséis .

SEGUNDO : En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO: El actor, D. Baldomero , nació el NUM000 de 1961 y está afiliado al régimen general de la seguridad social, siendo su última ocupación la de barrenista/perforador. (Acreditado por el expediente administrativo aportado por el INSS). SEGUNDO.- Por resolución del INSS con fecha de salida 22 de julio de 2014 dicho organismo acuerda denegar con fecha 21 de julio de 2014 la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. Dicha resolución se emite sobre la base del dictamen propuesta del EVI de fecha 21 de julio de 2014 que recoge como cuadro clínico residual "silicosis simple con función pulmonar normal, no enfermedad intercurrente. Síndrome postrombótico de MMII" y como limitaciones "referido disnea elevados esfuerzos. Edema crónico de MMII, bien compensado con uso de media elástica comprensión" y propone dicho organismo la no calificación del trabajador como incapacitado permanente al no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. (Acreditado por el expediente administrativo aportado por el INSS). TERCERO.- El actor fue diagnosticado de silicosis en el año 2004. El 27 de marzo de 2008 el servicio de prevención de la empresa demandada recomienda que el actor sea citado para estudio y valoración de enfermedad profesional y apartado de la exposición a ambiente pulvígeno. El demandante fue examinado en el instituto nacional de silicosis, emitiéndose informe el 27 de mayo de 2008, en que se le diagnostica de neumoconiosis simple, sin objetivar alteración funcional respiratoria concurrente, ni patología cardiológica y se recomienda evitar mantenerse en ambiente donde exista riesgo de inhalación de polvo con sílice y efectuar reconocimientos anuales con el fin de evaluar posible evolución de su patología. (Acreditado por los documentos a los folios 17 y 73 de las actuaciones). CUARTO.- El demandante prestó servicios para la empresa demandada desde el 7 de diciembre de 1987 hasta el 4 de enero de 2013 en que la empresa extinguió su relación laboral por causas objetivas (Acreditado por el documento al folio 69 de las actuaciones). QUINTO.- En el año 2005 y 2008 se trató un expediente de incapacidad permanente por silicosis, en los informes de valoración médica de dichos expedientes se indicó, en el del año 2005 que el actor debía evitar la exposición al polvo y en el del año 2008 por la médica inspectora se indicó el cambio de puesto de trabajo (Acreditado por los documentos a los folios 103 a 114 de las actuaciones). En dichos expedientes se consideró la contingencia como enfermedad profesional. (Acreditado por el expediente administrativo). SEXTO.- Desde 1987 a 2013 el demandante estuvo destinado en puestos en que realizó funciones de perforista, barrenista y ayudante de los anteriores (Acreditado por la documentación aportada por la demandada, informe al folio 173 de las actuaciones y hecho no discutido) SÉPTIMO.- En las mediciones de la concentración de polvo con contenido en sílice realizadas por el servicio de prevención en los años 2009, 2010 y 2012 se obtuvieron los resultados que constan en la prueba documental de la parte demandada y que se dan por reproducidos (Acreditado por la prueba documental de la empresa demandada). OCTAVO.- Desde al menos el año 2009 la función de perforista en la empresa demandada se



realizaba en una máquina perforadora que dispone de cabina cerrada dotada de sistema de climatización, con un sistema de captación de polvo. El puesto de perforista implica el manejo de dicha máquina para preparar los barrenos necesarios para la realización de voladuras. La máquina se maneja desde el interior de la cabina. Si el perforista no dispone de ayuda de un peón, cada cierto período de tiempo, se baja de la máquina para marcar y tapar los barrenos realizados. La empresa desde al menos el año 2006 al 2010 entregó al actor los EPIS que consta en la documentación aportada por la empresa, entre los que se encuentran mascarillas antipolvo. (Acreditado por la prueba documental de la empresa). NOVENO: En julio de 2014 el actor presentaba las dolencias que se recogen en el dictamen del EVI y además obesidad, hidrocele derecho y discopatía degenerativa C6 C7 (Acreditado por la documentación médica en autos, dictamen del EVI e informe del médico de atención primaria de junio de 2014). DÉCIMO: En el año 2014 la función ventilatoria pulmonar del demandante presentaba un ligero empeoramiento respecto a la que tenía en el año 2008. En el año 2016 apenas ha evolucionado desde el año 2014. (Acreditado por el informe forense y la declaración del perito en la vista). UNDÉCIMO: El demandante presentó reclamación administrativa previa contra la resolución del INSS que deniega la incapacidad permanente con el contenido que consta en los folios 117 y siguientes que se dan por reproducidos, reclamación que fue desestimada por resolución con fecha de salida 28 de agosto de 2014. El 20 de agosto de 2014 presentó reclamación administrativa previa ante la Mutua Gallega, que fue también rechazada por acuerdo con fecha de salida 29 de agosto de 2014 que se da por reproducido (Acreditado por los documentos acompañados a la demanda). El informe de valoración médica del expediente administrativo tramitado en el año 2014 hace constar en el apartado relativo al "régimen" "enfermedad profesión" y en el dictamen del EVI se hace constar como contingencia "enfermedad común". No consta que se haya dado intervención a la Mutua Gallega ni a la empresa demandada en el expediente administrativo del año 2014, ni que se les haya notificado la resolución denegando la incapacidad permanente (Acreditado por el expediente administrativo y hecho no discutido). DÉCIMO SEGUNDO: El actor estuvo incurso en procesos de incapacidad temporal por enfermedad profesional (silicosis) desde el 1 de junio de 2004 al 10 de mayo de 2005 y desde el 18 de abril de 2008 al 6 de junio de 2008. (Acreditado por la documentación acompañada a la demanda y el expediente aportado por la Mutua).

TERCERO : En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo estimar y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada y en consecuencia declaro al actor afecto a una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, condenado a las demandadas a estar y pasar por esta declaración, y al INSS y a la Mutua al abono de la correspondiente prestación, correspondiéndole al INSS el abono del 80% de la misma y a la Mutua Gallega del 20% restante.

CUARTO : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por LA MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO (Nº 201) formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO : Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO TRES DE SANTIAGO DE COMPOSTELA de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha DIEZ DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día QUINCE DE ABRIL DE DOS MIL LDIECISIETE para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y al Inss y a la Mutua al abono de la correspondiente prestación, correspondiéndole al Inss el abono del 80% de la misma y un 20% a cargo de la Mutua demandada.

Frente a este pronunciamiento se alza la representación de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, interponiendo recurso de suplicación e interesando que se revoque la sentencia dictada y se dicte otra por la que se declare la absolución de la Mutua Gallega de la responsabilidad en el pago de la prestación señalada, ordenando la devolución de los depósitos efectuados para recurrir.

SEGUNDO. - Para ello, en el primero de los motivos del recurso y con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , pretende la recurrente la modificación del relato fáctico de la sentencia y concretamente de los hechos probados tercero, noveno y décimo.

En el tercero peticiona que se añada al tenor del mismo: "En dicho informe del Instituto Nacional de Silicosis se establece que dado que la radiología simple de tórax actual es similar a la del año 2004, no se estimó necesario



solicitar nuevo TAC para descartar posibles masas conglomeradas", con base en el documento obrante al folio 17 de autos.

El noveno postula que tenga la siguiente redacción: "En julio de 2014 el actor presentaba las dolencias que se recogen en el dictamen del EVI, siendo las mismas silicosis simple con función pulmonar normal, no enfermedad intercurrente, síndrome postrombótico de MII, estableciendo como conclusiones que la situación es similar a la recogida en IMS previos 2005 y 2008.

En el informe de 6 de junio de 2014 del médico de atención primaria se recogen las siguientes dolencias: obesidad, hidrocele derecho, discopatía degenerativa C6 y C7, trombosis venosa profunda en miembro inferior izquierdo en 2 ocasiones, silicosis pulmonar, disnea habitual de moderados esfuerzos (MRC1) sin cambios seguimiento por Servicio Neumología. PFR completas: espirometría, volúmenes pulmonares y difusión normales", con base en los documentos obrantes a los folios 26 y 27 de autos.

Finalmente, el décimo postula que quede así: "El paciente no tiene hipertensión arterial, y su silicosis pulmonar apenas ha evolucionado desde el año 2014 ya que sigue siendo una silicosis pulmonar simple estable sin agudizaciones, de acuerdo con el informe del Servicio de Neumología del Hospital Clínico del 7-6-16", con base en que existen informes médicos contradictorios de fechas 11 de septiembre de 2014 y 1 de septiembre de 2014 y en el informe médico obrante a los folios 759 a 582 de autos.

El recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 (RTC 199318) , 294/1993 (RTC 1993294) y 93/1997 (RTC 199793) - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12/06/75 , para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LECiv , así como el art. 97.2 LPL (en la actualidad art. 97 LRJS). Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjecturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no accredita palmaríamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03/03/00 R. 499/00 , 14/04/00 R. 1077/00 , 15/04/00 R. 1015/97 entre otras)
- c) que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; tampoco es hábil a estos efectos el acta del juicio por no constituir «documento» en el sentido del art. 193.b LRJS alusivo a la prueba documental señalada en el art. 196.2 lrjs , y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél.
- d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada- vinculantemente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia.



- e) que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- f) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- g) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Con base en esta doctrina, no procede acceder a lo postulado, respecto al hecho probado tercero, ya que, si bien se extrae del documento señalado, sin necesidad de interpretación o argumentación alguna, resulta irrelevante para la resolución de la litis, ya que del propuesto tenor no se extrae, como pretende la recurrente, que exista o no evolución de la enfermedad, sino tan sólo que el facultativo, por la razón que expone, no considera oportuno solicitar un TAC.

Tampoco puede prosperar la solicitud de adición al hecho probado noveno pues, por un lado, la descripción de las dolencias que contiene el dictamen del EVI se deben tener por incluidas, por remisión expresa que se realiza en el hecho probado a dicho dictamen y, por otro, por cuanto el informe médico de atención primaria, de fecha 6 de junio de 2014, no consta en ninguno de los documentos invocados, no siendo función de la Sala su búsqueda dentro de los más de 500 folios que componen los autos.

Finalmente, no puede atenderse a la modificación del hecho probado décimo, por cuanto no se señalan los documentos en los que constan los informes médicos que se dicen contradictorios, no siendo función de la Sala, como ya se ha indicado, su búsqueda dentro de los más de 500 folios que componen los autos. Además, aun cuando existiera la denunciada contradicción entre los informes médicos que señala la parte recurrente, la jueza a quo, en uso de las facultades que le otorga el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha preferido a uno y descartado otro, por ofrecerle aquél mayor fiabilidad, sin que ello implique, en modo alguno, que haya sufrido error en la valoración de la prueba.

TERCERO. - Seguidamente, en el segundo motivo del recurso y con amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la parte que se ha producido la infracción del artículo 68 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la disposición final octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre y los artículos 126.1 , 200 y 201 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, argumentando, en síntesis, que la Mutua Fremap ni es responsable del abono del 20% la prestación, correspondiéndole al Inss el pago del 100% de la misma, por cuanto desde 2008 no existe agravación de la dolencia.

Señala la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2015, con cita de las dictadas por la misma Sala de 12 de febrero de 2014, 15 de enero de 2013, 18 de febrero de 2013, 12 de marzo de 2013 , 19 , 25 y 26 de marzo de 2013 , 10 de julio de 2013 , 25 de noviembre de 2013 , 4 y 6 de marzo de 2014 y 18 de noviembre de 2014 , que "... tras redacción dada por la DF Octava de la Ley 51/2007 (26/Diciembre (RCL 2007, 2354 y RCL 2008, 701)): a) el art. 68.3LGSS dispone que «en la colaboración en la gestión de las contingencias de ... enfermedades profesionales ... las operaciones que lleven a cabo las Mutuas se reducirán a repartir entre sus asociados ... el coste de las prestaciones por causa de ... enfermedad profesional»; y b) el art. 201.1 LGSS establece que «las Mutuas ... constituirán en la TGSS ... el valor actual del capital coste de las pensiones que, con arreglo a esta Ley, se causen por incapacidad permanente o muerte debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional».

Con la nueva redacción está claro que a partir de la vigencia de la norma -01/01/08- la colaboración en la gestión que corresponde a las Mutuas se extiende las contingencias profesionales, de cuyas prestaciones son responsables. Pero la cuestión que en las presentes actuaciones se suscita es si esa responsabilidad también lo es exigible respecto de declaraciones de IP por EP declaradas con posterioridad a aquella fecha, pero cuya génesis se corresponde con períodos en los que el aseguramiento de la contingencia de IP por EP correspondía en exclusiva al INSS".

El paso siguiente que se produce en esa doctrina unificada para resolver la cuestión así enunciada, es abordarlo desde la perspectiva que proporciona la propia doctrina de la Sala elaborada a propósito de la determinación de la entidad aseguradora responsable en los supuestos de accidente de trabajo y que resulta también aplicable en los casos de enfermedad profesional. Se trata de la doctrina que se inicia con la STS 01/02/00 (RJ 2000, 1069) (recurso 200/99), dictada por el Pleno de la Sala, y que ha sido reproducida después en muchas otras STS, como la de 19/01/09 (RJ 2009, 658) recurso 1172/08 y 14/04/10 (RJ 2010, 2485) -recurso 1813/09 - también del Pleno de la Sala. Se mantiene en aquella inicial decisión -y en las muchas que la reiteran- que la responsabilidad corresponde a quien asegurase la contingencia en la fecha del accidente, porque la cobertura



se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, el cual puede manifestarse con posterioridad al siniestro.

Para llevar a cabo esa aplicación a los supuestos de enfermedad profesional la doctrina unificada distingue también, teniendo en cuenta la posible evolución larvada o latente de determinadas enfermedades, entre el riesgo asegurado --únicamente existente mientras se realiza una actividad con riesgo-- y su actualización que se lleva a cabo en el momento de la declaración de incapacidad.

Partiendo entonces de esos presupuestos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2.013 ha de ser la base para resolver, desde sus precisiones que aquí se traen literalmente: "1º) La reforma establecida por la disposición final 8^a Ley 51/2007 en los arts. 68 , 87 , 200 y 201 de la LGSS en orden a la posible asunción por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional solo entró en vigor el 1 de enero de 2008, por lo que no puede determinar la responsabilidad de una Mutua respecto a un periodo como el comprendido entre 1975 a 1993, en el que necesariamente hubo de contraerse la enfermedad profesional, pero ello no porque ... en el momento del hecho causante hayan transcurrido varios años desde la extinción del contrato de trabajo, sino porque en ese periodo de exposición al riesgo la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 19 de la Orden de 9 de mayo de 1962), integrado en el INSS (disposición final 1 ^a y disposición transitoria 1^a del Real Decreto-Ley 36/1978), limitándose las Mutuas a la colaboración en las prestaciones de incapacidad temporal y periodo de observación por estas contingencias de conformidad con el art. 68.3. b) de la LGSS . 2º) La resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad de 27 de mayo de 2009, dictada por un órgano que carece de potestad reglamentaria y sin habilitación ninguna por parte de la Ley 51/2007, no tiene rango suficiente para regular la atribución de responsabilidades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, ni para establecer la retroactividad de las disposiciones de la mencionada Ley. De acuerdo con esta doctrina, es irrelevante que el hecho causante de la prestación -la muerte- se haya producido en 2010, porque lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía -de 1975 a 1993- la cobertura de ese riesgo lo asumió en exclusiva para la incapacidad permanente el Fondo Compensador, sin que se haya producido en ese periodo un problema de concurrencia de entidades encargadas de la cobertura que haya que resolver".

Así pues, no ofreciendo duda alguna que el riesgo de enfermedad profesional existía en los periodos en que prestó servicios el actor para empresas del sector de granitos, como barrenista perforador, estos periodos se encuentran tanto dentro del tiempo en el que la cobertura debía realizarla el Instituto Nacional de la Seguridad Social -antes del 1 de enero de 2008-, como dentro el tiempo en el que la cobertura tiene que realizarla la Mutua Recurrente - a partir de 1 de enero de 2008-, pues así consta en el relato fáctico de la sentencia, señalándose en literalmente en el inalterado hecho probado sexto que "desde 1987 hasta 2013 el demandante estuvo destinado en puestos en que realizó funciones de perforista, barrenista y ayudante de los anteriores...", por lo que la exposición al polvo de sílice se ha producido en todo momento y si alguna duda existiera al respecto, por cuanto en el hecho probado octavo se señala que desde al menos el año 2009 la función de perforista en la empresa se realizaba en una máquina perforadora que dispone de cabina cerrada dotada de sistema de climatización, con un sistema de captación de polvo, realizándose el trabajo de perforista desde el interior, también se señala en dicho hecho probado que si el perforista no dispone de ayuda de un peón, cada cierto tiempo debe bajarse de la máquina para marcar y tapar los barrenos realizados, lo que implica, lo mismo que al subirse y bajarse de la máquina y realizar trabajos de barrenista, el actor esté sometido a exposición de polvo de sílice, aún cuando porte mascarillas anti polvo que le son suministradas por la empresa.

En consecuencia y con independencia de que la exposición al polvo de sílice sea menor, en el tiempo, desde 2009 y de que la silicosis simple en su día diagnosticada no haya empeorado hasta tener que calificarse como silicosis de grado II, lo cierto y verdad es que, tanto en el periodo en el que el aseguramiento correspondía en exclusiva al Inss, como en el posterior a 1 de enero de 2008, en el que dicho aseguramiento ha correspondido a la Mutua, el trabajador ha estado en situación de riesgo por exposición a polvo de sílice, habiendo contraído, como consecuencia de dicha exposición, una silicosis grado I y siendo imposible encontrar en la empresa un puesto de trabajo exento de dicho riesgo, que posibilitara la recolocación del trabajador, el mismo ha sido declarado afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad profesional, con las correspondientes consecuencias legales, entre las que se encuentra el pago de la correspondiente pensión, sin que dicha calificación haya sido recurrida, por lo que las entidades aseguradoras deben hacer frente al pago de la prestación de forma proporcional a los periodos en los que han asegurado el riesgo, que es a lo que la jueza a quo las ha condenado, procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.



CUARTO .- De acuerdo con lo establecido en el artículo 204.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social procede ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir, una vez que sea firme esta sentencia, al haber sido desestimado el recurso.

De conformidad con lo que viene establecido en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede acordar la expresa imposición de condena en las Costas del recurso a la parte recurrente, que no goza del beneficio de justicia gratuita, por haberse desestimado su recurso.

Por todo ello y vistos los preceptos legales de general y especial aplicación;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la LETRADA DÑA. ANA FONTAO PARADELA, en la representación que tiene acreditada de la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Santiago de Compostela , en autos seguidos a instancia de DON Baldomero frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la EMPRESA JUAN CARMONA CABALLERO y la RECURRENTE, sobre INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

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

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