

Identificación de riesgos desde el Estudio de seguridad y salud

Comentario Auto recurso de casación Tribunal Supremo13647/2019

Departamento de Prevención y Desarrollo Cultura Salud

David Revilla Vidales

martes, 28 de enero de 2020



Introducción

El auto de casación comentado a continuación pone sobre la mesa la importancia de detectar los riesgos en su origen, mediante una correcta identificación y evaluación de los mismos, y en especial cuando hablamos de riesgos con consecuencias graves e inminentes para los trabajadores, como puede ser la exposición al amianto.

Con todo lo que conocemos ya sobre el amianto, y este año que celebramos los 25 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, resulta curioso que este tipo de elemento constructivo siga pasando desapercibido en determinadas ocasiones o cuando lo tenemos delante de nuestros ojos tengamos poca percepción del riesgo sobre las consecuencias que puede tener.

¿Por qué esta falta de percepción del riesgo? El motivo es análogo a lo que nos sucede con otro tipo de riesgos físicos, químicos y ergonómicos, que al no tener una consecuencia sobre la salud de la persona a corto plazo, esperamos a la aparición de la lesiones en forma de enfermedades profesionales para tomar medidas, en contra de evaluar y detectar los riesgos en su origen.

En el caso que nos ocupa, nos centramos en una obra de reforma de un edificio, en el que se sanciona a la empresa promotora con una sanción administrativa muy grave por exposición al amianto de los trabajadores de la empresa subcontratista. La empresa promotora recurre la sanción y pide unificación de doctrina con otra sentencia de características análogas pero que también existe incumplimiento.

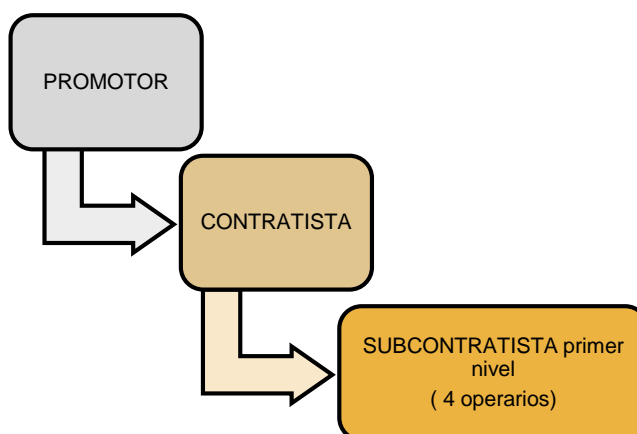
Lo interesante de la sentencia es que a la hora de tipificar las mismas son sanciones de tipo administrativo en ausencia de daño para los trabajadores pero en el que ha existido exposición del trabajador a un riesgo grave e inminente sin tomar las medidas preventivas adecuadas. En principio todo estaba en regla en cuanto a la documentación realizada o lo que coloquialmente llamamos "papeles", para proceder a la apertura de centro y comenzar y los trabajos pero de repente nos encontramos con un material constructivo como el amianto, **¿qué es lo que ha fallado para exponer a los trabajadores?**, los motivos los encontraremos a continuación.

Cronograma del auto

- Juzgado social de Vitoria. Sentencia mediante sanción administrativa al promotor de obra en fecha **18 de octubre de 2018**.
- Recurso interpuesto por el promotor en fecha **6 de marzo de 2019** desestimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- Recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia antes citada en fecha **24 de abril de 2019**.
- Trámite de inadmisión por el Tribunal Supremo Madrid, por falta de contradicción en fecha **17 de octubre de 2019**.

Hechos. Determinación causas de sanción

En junio de 2016, por parte de la empresa subcontratista de primer nivel se estaba llevando la reforma parcial de un edificio que incluía la realización de los trabajos de desmontajes (despiece de la caldera y las tuberías de calefacción y ventilación). En concreto, por parte de la empresa subcontratista se encontraban 4 trabajadores que permanecieron en la obra del **18 de mayo de 2016 al 2 de junio de 2018**.



El día **2 de junio de 2016** se efectuó visita de inspección a la obra por parte de la Inspectora de trabajo en compañía de un técnico de OSALAN, al objeto de comprobar la presencia de amianto en la obra y las condiciones de ejecución de los trabajos en materia preventiva, e inspeccionar la caldera y la zona de acopio en la planta 3. En esta zona del edificio, detectaron una junta de unos 40 cm de un conductor de la caldera que se había retirado y de la que se extrajo una muestra para analizar su posible contenido de amianto.

Los resultados analíticos correspondientes a la muestra extraída, remitidos al laboratorio del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para su análisis, concluyeron que la misma contenía amianto en su variedad de **crisotilo**.



¿Qué hubiera sucedido si la inspección no se hubiera personado en el centro o en fechas posteriores? Afortunadamente la inspección pudo detectar el riesgo, pero sobre la posible exposición previa a los trabajadores no tenemos información y a partir de la actuación las medidas son de tipo reactivo y entran en juego las posible sanciones.

¿Por qué no estaba prevista la exposición de estos trabajadores al amianto en la información trasladada por el promotor-contratista?

La causa de la no detección es que en la fase de redacción del estudio por parte del promotor no se realizó identificación de la existencia de amianto en la obra.

El estudio de seguridad y salud de la obra de reforma parcial del edificio se había redactado por encargo del promotor en **fecha 26 de enero de 2016**. El acta de aprobación del Plan de seguridad y salud del contratista, por parte del coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de las obras era de **fecha 23 de marzo de 2016**. La empresa subcontratista se había adherido al Plan de seguridad y salud de la obra en fecha **12 de mayo de 2016** habiéndose procedido a la entrega del Plan de seguridad y salud a la misma el **1 de mayo de 2016** siendo la fecha de comienzo de los trabajos el día **18 de mayo de 2016**.

Luego de “manera reactiva” como hemos comentado, con posterioridad a la visita de la Inspección de Trabajo y OSALAN (**de fecha 6 de junio de 2016**) por parte del promotor, se realizó un Anexo al estudio de Seguridad y Salud cuyo objeto es la aparición de elementos constructivos y de instalaciones a demoler con contenido en amianto y derivados.

Posteriormente con **fecha 6 de junio de 2016** se actualizó el Anexo al Plan de seguridad y Salud de la obra, siendo aprobado por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra en fecha **7 de junio de 2016**.

Por los hechos anteriores, el día **28 de febrero de 2017** la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, extendió a la promotora acta de infracción muy grave en grado mínimo de cuantía de 60.000 Euros, por considerar que la falta de identificación de los riesgos laborales derivados de la existencia de elementos constructivos y de instalaciones a demoler con contenido en amianto en el Estudio de seguridad y salud de la obra.

¿Cual es el motivo del incumplimiento y por qué se tipifica como muy grave?

Principalmente el **artículo 13.8 a) LISOS**- *por no adoptar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, y los artículos 5.2 a) y 5.5 RD 1627/1997* - *El estudio de seguridad y salud incluirá la identificación de los riesgos laborales que puedan ser evitados, indicando a tal efecto las medidas técnicas necesarias para ello; la relación de los riesgos laborales que no puedan eliminarse conforme a lo señalado anteriormente, especificando las medidas preventivas y protecciones técnicas tendentes a controlar y reducir dichos riesgos y valorando su eficacia, en especial cuando se propongan medidas alternativas. Además en el estudio, deben estar localizadas e identificadas las zonas en las que se presten trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible.*

Creo que a día de hoy, no cabe duda de que el amianto es una sustancia cancerígena peligrosa con consecuencias importantes para la seguridad y salud pero a pesar de ello, la promotora ejerciendo su derecho recurre la tipificación de la sanción para que tuviera encaje en el **artículo 12.24 de la LISOS**-*incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra*, pero de nuevo se reitera la sentencia por parte de la sala razonando que la actividad realizada se encuentra enmarcada dentro del **artículo 3.1 del Real Decreto 396/2006** *aplicable a las operaciones y actividades en las que los trabajadores estén expuestos o sean susceptibles de estar expuestos a fibras de amianto o de materiales que lo contengan, y especialmente en trabajos de demolición de construcciones donde exista amianto o materiales que lo contengan.*

Recurso de casación por unificación de doctrina

En un último intento, de nuevo ejerciendo su derecho, recurre el promotor **en casación unificadora**. Presenta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de **16 de diciembre de 2018** en la que se reduce de 40.986,00 euros a **800 euros** la sanción por falta administrativa de falta muy grave a la de leve.

¿Qué indicaba la sentencia de contraste? En **julio de 2012**, una comunidad de propietarios, contrató las tareas de rehabilitación de la fachada con la empresa demandada que, tras aceptar el encargo, elaboró un plan de seguridad de las obras de rehabilitación que debía realizar en el que no se preveía el manejo de materiales que pudieran contener amianto; a su vez, subcontrató diversos trabajos con otras empresas. Un trabajador autónomo comenzó a retirar la bajante de aguas pluviales de fibrocemento, para lo cual utilizó una radial para cortar las abrazaderas que unían la bajante a la fachada, y una vez que había cortado esas abrazaderas desmontó la bajante sacando la pieza superior de la pieza inferior en la que estaba encajada, y depositó las partes de la bajante desmontada al pie de la fachada. De nuevo se había generado una exposición a un riesgo grave e inminente para el trabajador expuesto.



¿Por qué no se había detectado el amianto en este caso? La sentencia de instancia tiene en cuenta que no se advirtió la presencia de amianto ni por el arquitecto director del proyecto, ni por el funcionariado municipal que había autorizado la obra, ni tampoco por la demandante, y ello porque la bajante estaba pintada de igual color que el resto de la fachada; la empresa apreció la existencia de amianto en otro punto de la fachada (un tejado de uralita) y adoptó la medida de no operar sobre tal elemento; y es cuando se procede a la retirada de tal tubería por el trabajador autónomo cuando hay constancia que tal tubería contiene amianto, y dicho operario, con la radial, no corta la tubería, sino las abrazaderas que unían la misma a la fachada, desencajando el elemento superior e inferior. Ello la lleva a considerar que la empresa no ha puesto en riesgo grave e inminente la seguridad y salud de los trabajadores.

En cuanto al fondo, entiende el Tribunal Superior que no cabe considerar que la empresa incumplió desde un principio la obligación prevista en el art. **10.2 RD 396/2006**- *antes del comienzo de obras de demolición o mantenimiento, los empresarios deberán adoptar –si es necesario, recabando información de los propietarios de los locales– todas las medidas adecuadas para identificar los materiales que puedan contener amianto. Si existe la menor duda sobre la presencia de amianto en un material o una construcción, deberán observarse las disposiciones de este real decreto que resulten de aplicación, ya que no se pudo percatar de la existencia de amianto hasta que se operó sobre la tubería indicada, pues su pintura impidió apreciar la presencia del mismo antes de empezar la obra. Pero al operarse sobre la tubería se detectó la existencia de amianto, pese a lo cual se siguió trabajando (cortando las abrazaderas y separando partes inferiores de superiores), y lo que debió hacerse entonces era una nueva evaluación de riesgos considerando la existencia de amianto en tal punto (**art. 5.2 RD 396/2006**)- *las evaluaciones se repetirán periódicamente. En cualquier caso, siempre que se produzca un cambio de procedimiento, de las características de la actividad o, en general, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que pueda hacer variar la exposición de los trabajadores, será preceptiva la inmediata evaluación de los puestos de trabajo afectados lo que conllevaría a realizar la evaluación de partículas en el aire y la adopción de las medidas preventivas que tal norma prevé, pero no se hizo, y se operó directamente sobre tal bajante sin equipo de protección individual.**

Por tanto, según el Tribunal existe incumplimiento empresarial, si bien, dado que todo se desarrolló en el mismo mes en que se produjo la actuación Inspectora y dada la forma en que se operó con la tubería, no cabe considerar que entonces se pusiese en situación de riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores, por lo que se considera que procede la falta leve del **art. 11.4 LISOS**- *las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores.*

¿Existe contradicción en las sentencias según el Tribunal?

No, al interpretar que existen relevantes diferencias en las **circunstancias concurrentes que influyen directamente en la calificación de la gravedad de la infracción.**

En la sentencia recurrida, la empresa fue subcontratada para la realización de trabajos de desmontajes (despiece de la caldera y tuberías de calefacción y ventilación) y los cuatro trabajadores que formaban el equipo habían procedido al despiece de las conducciones de calefacción y aire acondicionado, y sufrieron exposición al riesgo durante 17 días sin ser

informados de la exposición al amianto y sin que se adoptara ninguna medida preventiva.

Conclusiones

El auto motivo de este comentario destaca porque a pesar de que este año cumplimos 25 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, seguimos comprobando que mucha de la documentación generada del tipo: Estudio de seguridad y salud, Planes de seguridad y salud, Plan de Prevención y Evaluaciones de riesgos generales o específicas de obra, se realiza con un fin administrativo de evitar la sanción y facilitar la apertura de centro o inicio de la actividad dejando en un segundo plano una correcta identificación y evaluación de riesgo para establecer medidas preventivas. **¿Cómo es posible que muchos de estos documentos se realicen o revisen a distancia sin que exista visita al centro o lugar de trabajo?** Sospechemos o pongamos muchas atención a los documentos que identifican riesgos sin visitar el centro.



En los 2 casos observamos que hemos cumplido con la Ley de Subcontratación en la gestión de la documentación, pero no ha sido suficiente desde el punto de vista preventivo, se ha fallado en el punto más importante que es identificar riesgos en su origen, para establecer las medidas preventivas y trasladarlas a los trabajadores propios o que compartan nuestro centro. **¿Cómo puede un trabajador la exposición al riesgo grave e inminente si no se ha evaluado o detectado el mismo?** Si no conocemos los riesgos a los que nos exponemos difícilmente podemos percibir el riesgo y sus consecuencias.

Por último y no menos importante, si bien los jueces han entendido que la interpretación del grado de sanción difiere en uno y otro caso ha habido sanción administrativa en ausencia de daños. En este caso se ha detectado por parte de la actuación inspectoro pero, **¿tenemos que seguir esperando a que acuda la Inspección para verificar que todo se realiza correctamente?** Por desgracia, me temo que sí.

Bibliografía

- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.
- Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.