

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, Sentencia 774/2014 de 13 de Octubre de 2014, recurso 29/2014

Ponente: María Aurora de la Cueva Aleu

La patología de la trabajadora se contrajo en una pizzería y se recoge en Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, con el código 4H0225. Conocida como asma bronquial o asma del panadero, tiene su etiología en la aspiración prolongada de sustancias de alto peso molecular como el polvo de harina.

Al inicio de su quinto año de trabajo (de ocho y medio) se le diagnosticó "Asma extrínseca por pólenes, ácaros, animales y harinas", sin que conste si en posibles revisiones médicas posteriores se la declaró "apta" o "no apta" para su trabajo. Tampoco consta que se la considerara personal sensible ni que se adoptara medida preventiva alguna.

Consta en la sentencia de instancia que "En su Plan de Prevención no se contemplaba la harina como factor de riesgo, dada la escasa cantidad de la misma que utilizaba, puesto que en los años anteriores a 2009 la masa que utilizaba venía congelada, utilizando una mínima cantidad para añadirla a dicha masa." Esa mínima cantidad consistía en espolvorear harina encima de la masa de pizza, una vez descongelada y antes de añadirle los ingredientes.

La primera medición se realizó después del accidente, y recogió una concentración 400 veces inferior al valor límite establecido por el INSHT en su publicación "Límites de Exposición Profesional para Agentes Químicos en España", edición de 2006. El mismo límite de 4 mg/m³ se mantiene en los límites establecidos para 2014.

El Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos establece que el empresario deberá determinar, en primer lugar, si existen agentes químicos peligrosos en el lugar de trabajo y si así fuera se deberán evaluar los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores. Existirían, aunque fuera en poca cantidad, pero no se evaluaron ni se tomaron medidas protectoras.

La sentencia concluye lo siguiente:

*"es posible presumir, ..., que, ..., la conducta omisiva de la empresa supuso un **incremento del riesgo de daño** para ... la salud de la trabajadora, **augmentando las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso**, como aquí ha ocurrido, **lo que permite establecer la relación causal entre el incumplimiento ya referido y la enfermedad profesional declarada** por exposición continua al polvo de harina, ante probabilidad que **de haberse cumplido las prescripciones de prevención exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse** en todo o en parte..."*

En consecuencia, se condena a la empresa al pago del 30% del recargo de prestaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D^a Tatiana, ampliando la demanda contra FREMAP, en materia de seguridad social, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2013, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como **HECHOS PROBADOS**, se declaraban los siguientes:

"PRIMERO.- D^a Tatiana, nacida el XXXXX /1963, con DNI n^o NUMXXXX y afiliada a la Seguridad Social con el n^o NUMXXXX, prestó servicios para GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, dedicada a la actividad de Restauración, desde el 18/10/2000, con categoría profesional de Subencargado/Subgerente, en el establecimiento sito en la Avda. de la Albufera, n^o 113 de Madrid, dedicado a la elaboración, venta al público y reparto de pizzas.

Dicha trabajadora causó baja el 27/03/2009 con diagnóstico de "Alergias a harinas", y tras ser dada de alta fue declarada en situación de **Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual** de Encargada en Pizzería, **derivada de la contingencia de Enfermedad Profesional**, por Resolución de la D. P. de Madrid del INSS de fecha 02/10/2009, con derecho a percibir una prestación equivalente al 55% de su base reguladora de 1.489,82 euros mensuales, con efectos desde el 02/10/2009, con cargo a la Mutua FREMA.

El cuadro clínico residual que se tuvo en cuenta a tal efecto, fue el siguiente: "Rinitis y Asma Profesional por inhalación de harinas y enzimas".

SEGUNDO.- El 16/03/2010 se levantó Acta de Infracción n^o NUMXXX por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, en la que se apreciaba una supuesta **INFRACCIÓN GRAVE** cometida por la empresa demandante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.1. b) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LA LEY 2611/2000), aprobada por RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, en **GRADO MÍNIMO** teniendo en cuenta el art. 39 punto 3 y 6 del RDL 5/2000, por vulneración de los artículos 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y artículos 4.2 (d) y 19.1 del R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 16 de la Ley 31/1995, y los artículos 3, 4 y 5 del R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de los Servicios de Prevención, y artículo 3 del R.D. 374/2001, de 6 de abril.

En la citada acta se hizo constar, entre otras cosas:

"HECHOS COMPROBADOS

a) Descripción y diagnóstico de la enfermedad profesional.

La trabajadora Tatiana inició un proceso de IT por enfermedad profesional diagnosticada por la Mútua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales Fremap, en fecha 27.03.09, en el que se describía la enfermedad como "asma predominantemente alérgica".

La patología está calificada como enfermedad profesional en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (B.O.E. de 19.12), código 4H0225.

En el cuadro clínico residual del Dictamen-Propuesta del Equipo de Evaluación de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 31.08.10 se describen las siguientes patologías: "rinitis y asma profesional por inhalación de harinas y enzimas".

b) Tareas realizadas por la trabajadora afectada.

La empleada afectada ingresó en la empresa en fecha 18.10.2000 y ha prestado servicios desde el principio en el centro visitado. Inicialmente desarrollaba su trabajo como responsable de turno y posteriormente ha desempeñado las tareas de Subgerente responsabilizándose del buen funcionamiento de la instalación, lo que hacía compatible con otras de funciones.

De acuerdo con el testimonio aportado en el día de la visita, todos los operadores del centro, a excepción de los repartidores, preparan pizzas utilizando harina de trigo o maíz.

La masa utilizada puede ser de dos tipos, elaborada y congelada. Una vez que se encuentra en condiciones de temperatura adecuada se traslada a la mesa de preparación. Sobre ella se espolvorea harina, se amasa y se añaden los ingredientes. Posteriormente se introduce en el horno de calentamiento. Los trabajadores utilizan como equipos de protección individual guantes, mascarillas y gafas.

c) Medidas de seguridad adoptadas por la empresa en el centro de trabajo visitado.

La compañía dispone de Servicio de Prevención Propio quién asume las especialidades técnicas de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada. La especialidad de Medicina en el Trabajo está concertada con la Sociedad de Prevención Fremap.

Tiene elaborado el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y las medidas de planificación de la actividad preventiva del centro visitado.

En la evaluación del puesto de trabajo de Subgerente, correturnos y personal de preparación de alimentos se identifican únicamente los riesgos higiénicos por exposición a los agentes siguientes: dióxido de carbono, temperatura, humedad, velocidad del aire e iluminación. **No se hace ninguna referencia al riesgo derivado del polvo de harina en suspensión.**

En la planificación de las medidas preventivas se propone la adopción de las acciones pertinentes con el fin de adecuar las condiciones de las instalaciones a las prescripciones contenidas en el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (B.O.E. del 23).

d) Análisis de las causas que han provocado la enfermedad profesional.

La enfermedad profesional conocida como asma bronquial o asma del panadero e identificada como tal en el Real Decreto 1299/1996, de 10 de noviembre, ya citado, código 4H0225, tiene su etiología en la aspiración prolongada de sustancias de alto peso molecular (sustancias de origen vegetal, animal, microorganismos y sustancias enzimáticas de origen vegetal, animal y/o de microorganismos) como el polvo de harina en suspensión presente en las actividades relacionadas con la industria alimentaria, panadería e industria de la cerveza.

En el centro en que desarrollaba su actividad laboral la trabajadora afectada, se manipulan constantemente harinas de trigo y maíz en la preparación de las pizzas, provocando la dispersión de polvo de harina en el lugar de trabajo y la consiguiente aspiración y penetración del contaminante a través de las vías respiratorias.

Aunque según los estudios científicos el periodo de exposición a partir del cual el afectado comienza a presentar los síntomas, se estima entre 10 y 15 años, existen casos extremos en los que aparecen en periodos muchos cortos de tiempo.

La trabajadora comenzó la prestación de servicios en el centro visitado el 18.10.2000 y la fecha de baja médica con diagnóstico de la enfermedad es de 27.03.09, es decir, el tiempo de exposición ha sido de casi nueve años.

El artículo 3 del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos (B.O.E. de 01.05) establece que el empresario deberá determinar, en primer lugar, si existen agentes químicos peligrosos en el lugar de trabajo y si así fuera se deberán evaluar los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores originados por dichos agentes de conformidad con lo determinado en el artículo 16 de la LPRL y la sección primera del capítulo II del RSP.

Cuando los resultados de la evaluación revelen un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, serán de aplicación las medidas específicas de prevención, protección y vigilancia de la salud establecidas en los artículos 5, 6 y 7.

No obstante dichas medidas no serán de aplicación en aquellos supuestos en que los resultados de la evaluación pongan de manifiesto que la cantidad de un agente químico peligroso presente en el lugar de trabajo hace que solo exista un riesgo leve para la salud en cuyo caso será suficiente para reducir dicho riesgo la ampliación de los principios de prevención establecidos en el artículo 4.

La adopción de las medidas contenidas en los artículos 5 y 6, citados serán obligatorias cuando se superen los valores límites ambientales establecidos en el Anexo I del Real Decreto, en una normativa específica o en ausencia de los anteriores en la tabla de valores límites ambientales publicadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en Trabajo en el Documento sobre límites de exposición profesional para agentes químicos en España.

Es decir, toda empresa en cumplimiento de las obligaciones contenidas en este reglamento está obligada a determinar si existen agentes químicos peligrosos en el lugar de trabajo. Una vez conocida su presencia tiene que proceder a su evaluación y en función de los resultados de la misma adoptar las medidas de prevención y protección a las que se refieren los artículos 4, 5, 6 y 7.

A partir del momento en que se tiene conocimiento de la utilización de un agente químico en un puesto de trabajo y en cumplimiento de sus obligaciones en materia preventiva, se está obligado a efectuar las mediciones pertinentes para determinar los niveles de exposición y adoptar las medidas de prevención y protección adecuadas en función de la naturaleza del riesgo y los niveles de concentración.

Desde el día 1 de enero del año 2006 el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo estableció en el documento sobre Límites de Exposición Profesional para Agentes Químicos en España el valor límite ambiental de exposición diaria a polvo de harina en suspensión, fracción inhalable, en 4 miligramos de por metro cúbico.

Los límites de Exposición Profesional son valores de referencia para la evaluación y control de los riesgos inherentes a la exposición a agentes químicos presentes en los puestos de trabajo para proteger la salud de los empleados y su descendencia.

Como refería más arriba la empresa GRUPO ZENA PIZZA S. COM. POR ACCIONES no incluyó el agente como causante de riesgo higiénico en ninguna de las evaluaciones de riesgos laborales ordinarias del centro de trabajo visitado (la última de 15.09.09).

La primera evaluación higiénica efectuada para detectar los niveles de polvo de harina en suspensión en el centro de trabajo se realiza por el SOCIEDAD DE PREVENCIÓN PREMAP en fecha 20.11.09.

En sus conclusiones finales establece que de la medición ambiental se desprende que la concentración de polvo de harina el día el día en que se tomaron las muestras podría encontrarse en muy bajas concentraciones, **bastante por debajo del límite de cuantificación del método de análisis utilizado (0,01 mg).**

Como medidas preventivas se recomienda la formación periódica de los trabajadores sobre los riesgos a exposición a contaminantes químicos en los lugares de trabajo y la implantación de las medidas preventivas.

TERCERO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid solicitó a la D.P. del INSS la incoación de expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad a favor de la referida trabajadora, y que se condenara a la empresa responsable al abono de un recargo del 30% de todas las prestaciones económicas que fueran satisfechas a aquel como consecuencia del AT.

CUARTO.- La Subdirección Provincial de Incapacidad Permanente -Sección de Recargo por Falta de Medidas-, inició expediente nº NUMXXX sobre declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, dando traslado a las partes interesadas para que en un plazo de 10 días hábiles pudieran realizar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que a sus intereses conviniera, habiéndose presentado escrito de alegaciones por la demandante dentro del mencionado plazo.

QUINTO.- El 12/05/11 se dictó Resolución por la D.P. de Madrid del INSS, en la que se apreció la existencia de causa-efecto entre la omisión de medidas de seguridad por la empresa, con infracción de los preceptos mencionados en los hechos de la misma, y la enfermedad profesional padecida por la trabajadora, resolviendo:

"1° DECLARAR la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en la enfermedad profesional diagnosticada a D° Tatiana en fecha 27/03/2009.

2° DECLARAR, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional, sean incrementadas en un 30% con cargo a la/s empresa/s responsable/s GRUPO ZENA PIZZA, S. COM. POR ACCIONES con C.C.C: n° 28/113701269 que deberá/n constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste necesario para proceder al pago de dicho incremento, durante el tiempo en que aquellas prestaciones permanezcan vigentes, calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la fecha en que éstas se hayan declarado causadas.

3° DECLARAR, la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a la mencionada empresa respecto de las prestaciones que, derivadas de la enfermedad profesional citada, se pudieran reconocer en el futuro, las cuales serán objeto de notificación individualizada, en la que se mantendrán de forma implícita los fundamentos de hecho y de derecho de la presente resolución."

SEXTO.- Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa por la demandante el 22/06/10, no constando su resolución expresa.

SÉPTIMO.- La trabajadora, con antecedente de alergia a gramíneas, había causado baja por IT el 27/03/2009, después de haber venido trabajando durante unos 10 años como Encargada en la empresa demandante, como consecuencia de un cuadro de tos y broncoespasmo que comenzó en los meses anteriores, que mejoraba en los periodos de descanso y vacaciones para agravarse al reemprender la actividad laboral, por lo que se solicitó valoración al Instituto Nacional de Seguridad E Higiene en el trabajo, habiéndosele diagnosticado, tras las pruebas correspondientes "Rinitis y asma profesional por inhalación de harinas y enzimas", recomendándosele evitar el contacto y la permanencia en ambiente donde existiera o se manipulara todo tipo de harinas y mejorantes.

OCTAVO.- La empresa demandante cuenta con unas 120 Pizzerías y Restaurantes, y tiene contratado un Servicio de Prevención Ajeno.

En su Plan de Prevención no se contemplaba la harina como factor de riesgo, dada la escasa cantidad de la misma que utilizaba, puesto que en los años anteriores a 2009 la masa que utilizaba venía congelada, utilizando una mínima cantidad para añadirla a dicha masa.

Con posterioridad al expediente de recargo, concretamente en octubre de 2010, se realizaron mediciones de agentes químicos por la Sociedad de Prevención FREMAP, habiéndose considerado que no existía riesgo derivado de la utilización de harinas, ya que de la medición ambiental se desprendía que la concentración de polvo de harina podría encontrarse a muy bajas concentraciones, por debajo del límite de cuantificación del método de análisis utilizado (0,01 mg).

Sin embargo, en el Informe emitido en dicha ocasión, concretamente el 11/10/2010,, se hizo constar: "No obstante no debemos olvidar que inicialmente la respuesta de las personas a un compuesto sensibilizante puede ser pequeña o no existir, sin embargo después de que un individuo se ha sensibilizado, la exposición siguiente puede producir respuestas intensas a muy bajas concentraciones".

En la actualidad el proceso de elaboración de pizzas es mas artesanal, **habiéndose pasado de utilizar un saco de 5 Kg. en un mes, a utilizar un saco de 5 Kg. en una semana**, por lo que se han realizado estudios nuevos, en los que se ha llegado a la misma conclusión de inexistencia de riesgo.

La trabajadora fue diagnosticada el 14/05/2008, en el Centro Sanitario Numancia, de "Asma extrínseca por pólenes, ácaros, animales y harinas", habiéndosele LEC 1/2000, de 7 de enero y en el art. 53.2 del RD Legislativo 5/2000, de desaconsejado durante su proceso de incapacitación el contacto directo y la permanencia en ambientes donde se manipulen o exista polvo de harinas y enzimas".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por FREMAP, y desestimando la demanda interpuesta por GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, contra el INSS, la TGSS, D^a Tatiana, y FREMAP, debo confirmar y confirmo la Resolución de la D.P. del INSS de fecha 12/05/11, ratificando íntegramente el contenido de la misma".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES confirmando la resolución de la DIRECCION PROVINCIAL DEL INSS de fecha 12/05/2011. Frente a dicho pronunciamiento se alza la representación procesal de la demandante formulando tres motivos de recurso destinados a la revisión de los hechos declarados probados y a la censura jurídica. El recurso no ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos se destinan con correcto amparo procesal a la revisión del relato fáctico de la sentencia.

A estos efectos debe indicarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior en el primer lugar solicita la revisión del hecho probado séptimo, para el que propone la correspondiente redacción alternativa; trata de sustituir " *la trabajadora, con antecedentes de alergia a las gramíneas, había causado baja por IT en 27/03/2009,(...)*" por "*La trabajadora, con antecedentes de polinosis (fiebre del heno), asma extrínseca por pólenes, ácaros, animales y harinas, había causado baja por IT en 27/03/2009,(...)*", apoyándose a tal fin en la documental obrante a los folios 938 a 940.

Se accede al desprenderse de la documental que cita.

En segundo lugar solicita la modificación del ordinal octavo de la relación fáctica a fin de que la fecha de diagnóstico de " *Asma extrínseca por pólenes, ácaros, animales y harinas*" sea la de 15/11/2004 en lugar de la que consta de 14/05/2008, se apoya en el documento obrante al folio 940 de autos .

Se acoge al desprenderse que el diagnóstico que recoge el hecho probado de la sentencia ya constaba el 15/11/2004 .

TERCERO.- Con objeto de censurar jurídicamente la sentencia, denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 123 de la LGSS y sentencia del TSJ del País Vasco Sala de lo Social núm. 2372/2003 de 14 de octubre que como es sabido no constituye jurisprudencia de conformidad con lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil.

Entiende en esencia que no existe nexo causal entre el incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales que se establecieron en el acta de infracción y la enfermedad profesional de D^a Tatiana, al faltar toda prueba que acredite que la empresa superaba los mínimos legales permitidos de riesgo ambiental como consecuencia de los agentes que provocan la alergia de la trabajadora.

CUARTO.- La cuestión objeto de controversia consiste en determinar si puede o no entenderse que la enfermedad profesional se ha originado por la falta de condiciones de trabajo adecuadas derivadas del incumplimiento empresarial en orden a la adopción de las medidas exigibles de prevención de riesgos laborales, para lo que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 386 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC),

conforme al cual "A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Deben destacarse a fin de solventar la cuestión planteada, los siguientes hechos esenciales a juicio de la Sala:

La actora fue diagnosticada el 15/11/2004 de " *Asma extrínseca por pólenes, ácaros, animales y harinas*", comenzando a trabajar para la parte actora el 18 de octubre de 2000 (hecho probado octavo tras revisión).

2. Compatibilizaba las tareas de subgerente con la preparación de pizzas, utilizando harina de trigo o maíz; en la elaboración de las masas de pizza se espolvoreaba harina provocando la dispersión de polvo de harina en el lugar de trabajo.

3. La demandante dispone de servicio de prevención propio, habiendo elaborado un plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos y medidas de planificación preventiva; en la evaluación del puesto de Subgerente, corre turnos y personal de preparación de pizza, no se efectúa ninguna referencia a riesgo derivado del polvo de harina en suspensión (hecho probado octavo).

4. La trabajadora causo baja el 27 de marzo de 2009 con diagnostico "alergia a las harinas"; por resolución del INSS de fecha 2/10/2009 fue declarada afecta de una IPT para su profesión de encargada en Pizzería derivada de contingencia profesional; habiendo estado expuesta al polvo de harina durante unos 10 años (hecho probado séptimo tras revisión).

5. La sociedad de Prevención FREMAP efectúa el 20.11.2009 la primera evaluación higiénica para detectar los niveles de polvo de harina en suspensión en el centro de trabajo; se concluyó que la concentración del polvo de harina se encontraba en muy baja concentración, por debajo de límite de cuantificación del método de análisis utilizado (0,01mg) (hecho probado segundo -acta de infracción folio 44 de autos-).

6. El servicio de Prevención de FREMAP emite informe el 11/10/2010 " *aunque inicialmente la respuesta de las personas a un compuesto sensibilizante puede ser pequeña o no existir, sin embargo después de que un individuo se ha sensibilizado, la exposición siguiente puede producir respuestas intensas a muy bajas concentraciones...*" (folio 73 de autos).

QUINTO.- La norma legal impone al empresario la obligación de evaluar los riesgos existentes que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo, equipos de trabajo y las sustancias y preparados químicos que se utilicen, con el fin de adoptar, a través de las medidas de planificación preventiva, las medidas adecuadas de prevención y protección y a vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo y de practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores para cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, así como realizar después, reconocimientos periódicos que para cada enfermedad se establezcan en las normas que al efecto se dicten; de lo que se deriva la consiguiente prohibición de contratación respecto de aquellos trabajadores que no hayan superado el referido reconocimiento, así como permitir la continuación en el puesto de trabajo respecto de los que se hubiese detectado algún tipo de ineptitud en los reconocimientos periódicos.

La normativa básica al respecto se contiene en los artículos 196 y 197 de la LGSS, en la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales en sus artículos 14, 16 y 22 y el Reglamento de Prevención sobre funciones en materia de vigilancia de la Salud - RD 39/1997, de 17 de enero, en sus artículos 3 a 5 y 37.3.

La normativa específica en torno a los riesgos relacionados con agentes químicos -RD 374/2001, de 6 de abril-, establece las pautas de realización de los exámenes médicos en este tipo de supuestos, señalando que tal vigilancia únicamente se considerará adecuada en caso de cumplirse una serie de condiciones mínimas, tales como que la exposición del trabajador/a al agente químico peligroso pueda relacionarse con una determinada enfermedad o efecto adverso para la salud, que exista la posibilidad de que esa enfermedad o efecto adverso se produzca en las condiciones de trabajo concretas en las que el trabajador desarrolle su actividad y que existan técnicas de investigación válidas para detectar síntomas de dicha enfermedad o efecto adverso cuya utilización entrañe escaso riesgo para el trabajador (artículos 3 a 6).

En torno al incumplimiento de las normas referidas establece el art. 123.1 LGSS que *"Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador"*.

SEXTO.- Teniendo en cuenta lo expuesto y utilizándose en la realización de la actividad laboral un agente químico en suspensión como la "harina" la demandante estaba obligada a realizar las mediciones oportunas en relación a los niveles de exposición al polvo de harina, adoptando las medidas de prevención y protección adecuadas aun a pesar de que la concentración del referido polvo en suspensión fuera baja o muy baja (en la medición efectuada en 2009 por la Sociedad de prevención FREMAP la concentración de polvo de harina se encontraba por debajo del límite de cuantificación del método de análisis utilizado (0,01mg)), pues tal y como pone de relieve la Magistrada de instancia valorando el informe emitido por el servicio de Prevención de FREMAP de 11/10/2010 *"aunque inicialmente la respuesta de las personas a un compuesto sensibilizante puede ser pequeña o no existir, sin embargo después de que un individuo se ha sensibilizado, la exposición siguiente puede producir respuestas intensas a muy bajas concentraciones "* por lo que el efecto adverso derivado del polvo de harina en la elaboración de pizzas, existía aunque la concentración del polvo en suspensión fuese mínimo, debiendo haberse contemplado en el plan de prevención de la empresa demandante, adoptándose las medidas preventivas correspondientes; por lo que es posible presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial, que, en supuestos como el ahora enjuiciado, la conducta omisiva de la empresa supuso un incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de la trabajadora, aumentando las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que permite establecer la relación causal entre el incumplimiento ya referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al polvo de harina, ante probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de prevención exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte; así lo ha entendido entre otras

la STS de mayo de 2011, Recurso: 2621/2010, con cita entre otras de la de 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008), " *la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable]*".

SEPTIMO.- Por todo lo expuesto, procede, desestimar el recurso de suplicación interpuesto confirmando la sentencia de instancia, al no haberse infringido los preceptos denunciados.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de GRUPO ZENA PIZZA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, contra la Sentencia de fecha 31 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid, en autos 1092/2011 sobre seguridad social, siendo parte recurrida D^a Tatiana, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución. Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por correo certificado con acuse de recibo que se unirá a los autos, conforme establece el art. 56 LRJS, incluyendo en el sobre remitido copia de la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala y expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de suplicación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0029-14 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente:

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **ORDENANTE**, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.

3. En el campo **BENEFICIARIO**, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo " **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento.

MUY IMPORTANTE: Estos 16 dígitos correspondientes al Procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios.

Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habría de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.