

**TSJ de Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-9-2014, nº 2271/2014, rec. 680/2014**

Pte: García Álvarez, María Begoña

El trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal por enfermedad profesional. Entre otras cosas, se discute si la incapacidad permanente posterior a una IT es de origen laboral, como dictaminó el Juzgado de Instancia.

A destacar que el SPA le declaró "Apto con limitaciones" (no APTO) y después declaró que "no puede trabajar expuesto a harina". Sin que la empresa tomara otra medida que facilitarle una (1) mascarilla FFP 2S.

Concluye el TSJ de Andalucía que, siendo la empresa "responsable por falta de medidas de seguridad e higiene en el proceso causado por la enfermedad profesional del trabajador en fecha 7-02-11, **tal responsabilidad se extenderá a todas las prestaciones de Seguridad social derivadas de dicho proceso**, habida cuenta que es la existencia misma de esa enfermedad profesional, agravada por la omisión de medidas por parte del empresario, lo que ha determinado tanto la Incapacidad temporal como la Incapacidad permanente total".

Destacamos que esta sentencia también tiene interés porque indica y resume tres aspectos relevantes que aparecen en muchas otras:

- Los requisitos que se deben cumplir para que proceda la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. (pág. 3)
- Cuando procede el recargo de prestaciones. (pág. 9)
- Los tres requisitos exigidos por la Jurisprudencia que determinan la existencia de responsabilidad empresarial en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (pág. 10)

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Según consta en autos, se presentó demanda por la mercantil ROMERO HIJO S.L contra D. Pedro Francisco, el INSS y la TGSS sobre Seguridad Social se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 11 de marzo de 2.013 por el Juzgado de referencia, con estimación parcial de la demanda.

**SEGUNDO.**- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

**PRIMERO.-** El trabajador tiene de categoría Jefe de Cocina pero trabaja en ambiente que puede ser con harina de pescado frito, dependiendo de temporada veraniega como alta y menos en otoño o invierno. Se manipula harina por otro personal, y por él mismo si hay gran demanda de fritos o cuando está él solo en turno de trabajo.

Su lugar de trabajo está en Cervecería y no en una freiduría inmediata de la misma empresa. En tal cervecería también se hacen fritos, aunque sea en mucha menor medida.

**SEGUNDO.**- De agosto de 2010 a enero de 2011 el trabajador manipuló harina de pescado y no se cambió de puesto de trabajo.

La empresa tiene actividad en Naves Industriales y en el cocedero, lugares donde el contacto con harina es inexistente o mínimo.

**TERCERO.**- El trabajador tenía antecedentes de asma bronquial. El 14/08/08 se le entrega mascarilla autofiltrante con válvula para polvo, nieblas humos (FFP 2S), pues el 01/01/08 el servicio de Alergología había diagnosticado reacción tras exposición profesional a harina de trigo. El Servicio de Prevención le indica el uso de: "(...) mascarilla inmediata, en cuanto aparezcan síntomas".

**CUARTO.**- El 05/07/10 le declaran "Apto con limitaciones" (no APTO). El 04/08/10, el Servicio de Prevención declara que no puede trabajar expuesto a harina; esto ocurre en plena temporada alta de verano, con muchos más fritos en la cocina de la cervecería donde trabajaba.

El Manual General de Prevención sólo se le entrega el 07/12/10 y en él no hay mención alguna a polvo de harina; es solo un libro general de trabajo en Bares cocinas y restaurantes, dedicado especialmente a cortes, uso de aparatos, quemaduras, cámaras frigoríficas y nada de polvo ni humos tampoco.

**QUINTO.**- 1.- El 28/08/10 hay reunión del trabajador con otras dos personas no directivos de la empresa, especializadas en Prevención de Riesgos, donde se trata el tema de la situación del trabajador y como organizar el trabajo. No consta medida específica que se tomase y, menos aún, que la dirección de la empresa vigilase el contenido y efectos de tal reunión. No hay verdadero cambio de turnos ni que se le aleje de ese lugar de trabajo, al menos en el horario donde pueda haber clientela que solicite fritos con harina.

2.- De agosto a enero al trabajador sí se le decía que la empresa tenía intención de reubicarle en otro lugar de trabajo. Esto no ocurrió finalmente.

3.- De 2008 a 2010 no constan bajas médicas, crisis asmáticas ni situaciones concretas de dificultad de trabajar de las que el trabajador o la empresa pudiesen deducir que existían un daño. No hay información, queja o denuncia del trabajador a la empresa en este periodo de tiempo.

**SEXTO.**- El 14/01/11 hay baja médica hasta 18/01/11. Se califica inicialmente por el SAS como de origen común por bronquitos. El 19 y 29 de enero no era jornada de trabajo para el trabajador; el 21 de enero sí trabaja y este mismo día ya no puede acabar su jornada de trabajo. La baja formal es del 07/02/11.

**SÉPTIMO.**- La empresa ya abonó el capital coste de la I. temporal (3.024,17 euros) y de la posterior I. permanente (73.454.62 euros).

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Pedro Francisco y por la mercantil ROMERO HIJO S.L., que fueron impugnados respectivamente por ambas partes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda de la empresa ROMER-HIJO S.L., confirmando el recargo del 30% en la prestación de la Incapacidad

temporal (3024,17 euros) pero denegando dicho recargo en la prestación de Incapacidad permanente, se alzan en suplicación tanto la empresa demandante, ROMER HIJO S.L. como el trabajador demandado, D. Pedro Francisco.

Ambas recurrentes postulan en primer término, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, la revisión de los hechos declarados probados, y posteriormente, el examen del derecho aplicado; debiendo por coherencia sentar previamente la versión fáctica, con estudio de ambos recursos, para proceder a posteriori, a la aplicación del derecho.

Así, la empresa demandante postula la revisión del hecho probado sexto (aunque por error lo identifica como primero), así como la inclusión de dos nuevos hechos probados. Y el trabajador demandado interesa en su recurso la revisión de los hechos probados primero, tercero y quinto.

En cuanto al hecho probado sexto postula la empresa demandante la siguiente redacción, que ampara en los documentos 16,17 y 18 de su ramo de prueba.

"El 14/01/11 hay baja médica hasta el 17/01/11. Se calificó por el SAS como de origen común por bronquitis. El 19 y 20 de enero no era jornada de trabajo para el trabajador; el 21 de enero sí que trabaja completando su jornada de trabajo, sin que conste incidencia alguna ni asistencia sanitaria, los días 22,23 y 24 acudió con normalidad a su puesto de trabajo, tomándose vacaciones el 25/01/11, que enlazaría con un nuevo proceso de IT, esta vez diagnosticado como enfermedad profesional, con fecha de inicio el 07/02/11, que se mantendría hasta el siguiente 25/03/11 en que pasó a incapacidad permanente".

Pues bien, a este respecto, debemos recordar que **la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia**, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas en la instancia, **exige los siguientes requisitos**:

- a) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b) Que el error sea evidente.
- c) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto.
- d) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo.
- e) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.
- f) Que no pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso.

Por tanto, a través de este recurso no puede pretenderse que el Tribunal Superior entre a efectuar una nueva valoración de la globalidad y conjunto de la prueba practicada, sino que la

revisión de los hechos probados debe efectuarse mediante nuevo o nuevos documentos idóneos que patenten fehacientemente el error de hecho cometido y que por tanto no sea necesario acudir a operaciones deductivas o razonamientos lógicos para descalificar los hechos probados sentados por el juzgador. Igualmente, se viene señalando que el juicio valorativo sobre la globalidad y conjunto de la prueba practicada corresponde en exclusiva al Tribunal «a quo» puesto que así le viene atribuido por Ley, por lo que también le corresponde ponderar la eventual insuficiencia de los medios de prueba practicados.

En el presente supuesto, lo único acreditado de los documentos invocados son las fechas de inicio y finalización de las bajas, y en cuanto al hecho de si el día 21 de enero el actor pudo o no terminar su jornada, en modo alguno cabe deducirlo de los citados documentos, habiéndose extraído por el juzgador de la valoración conjunta de los restantes medios de prueba (declaración de parte y testifical) que no son medios idóneos para la revisión postulada.

Por otra parte, se postula la adición de un nuevo hecho probado, con la redacción que en el recurso se incluye, invocando al efecto los documentos 5 a 8 de su ramo de prueba, pretendiendo incluir en la redacción interesada los resultados extractados de unos determinados informes médicos que cita, lo que no resulta admisible, por cuanto el relato fáctico no ha de incluir los diagnósticos o conclusiones de los Informes médicos, sino la valoración de los mismos que efectúa el juzgador de instancia y que en el presente supuesto se expone en los ordinales tercero, cuarto y quinto.

Y finalmente postula la inclusión de otro hecho probado con la redacción que propone, invocando al efecto el doc. 15 del ramo de prueba, consistente en un Informe de evaluación de exposición a agentes químicos de la empresa demandada de fecha 30-01-12, lo que no puede ser admitido, habida cuenta que el recargo que aquí se analiza se impuso a la empresa demandante y hoy recurrente, en Resolución de 28-09-11, y obviamente no sería lógico aceptar un informe de medición realizado en fecha posterior a dicho recargo.

**SEGUNDO.**- El trabajador demandado postula igualmente la revisión de los hechos probados primero, tercero y quinto.

En cuanto al hecho probado primero propone la siguiente redacción:

*"El trabajador tiene la categoría Jefe de Cocina pero trabaja en ambiente de manejo diario y/o exposición a harina de pescado frito, siendo en temporada veraniega más alta y menos en otoño e invierno. Se manipula harina por otro personal, y por él mismo si hay gran demanda de fritos o cuando está él solo en turno de trabajo.*

*Su lugar de trabajo está ubicado en Cervecería y no en freiduría, si bien en la misma a diario habitualmente también se hacen fritos.*

*Dentro de las tareas de su puesto de trabajo están la preparación de comidas, fundamentalmente pescado, pescado frito, ensaladas...con un tiempo de dedicación de 2/3 de su jornada de trabajo".*

Y ampara tal revisión en el folio 37 (acta de Infracción de la Inspección de trabajo) así como en el doc. 14 de la parte actora, consistente en la Nota de Prevención de riesgos laborales e Investigación de enfermedad profesional del puesto de trabajo del trabajador, realizado por FREMAP.

Procede su revisión, al deducirse del documento invocado, realizado por la Mutua Fremap, sin necesidad de acudir a interpretaciones o conjeturas; remitiéndose al mismo, el Acta de la Inspección, que como tal y en sí misma no es documento idóneo a efectos de viabilizar la revisión de hechos probados.

El hecho probado tercero, cuya revisión se postula, con invocación de los documentos 5 aportado por la empresa demandante, y documentos 2,3 y 4 de la parte demandada, para el que se propone la siguiente redacción:

*"El trabajador tenía antecedentes de asma bronquial. tras presentar el trabajador una clínica de broncoespasmo, con reacción de tipo anafiláctico y edema faríngeo que le genera ingreso en el hospital, según consta en Informe de 1-08-2008 del Dr. Iván, se le realiza estudio clínico con tst cutáneos positivos a gramíneas (entre ellos el trigo). El 14/08/2008 se le entrega mascarilla autofiltrante con válvula para polvo, nieblas humos (FFP 2S), pues el 01/01/08 el servicios de Alergología había diagnosticado reacción tras exposición profesional a harina de trigo. El Servicio de Prevención le indica el uso de: "(...) mascarilla inmediata, en cuanto aparezcan síntomas.*

*Según consta en informe de 30-09-2009,de la Dra. Rocío "confirmamos la existencia de hipersensibilidad a trigo con alimento por lo que aconsejamos evitar la manipulación y/o la ingesta del mismo (harina de trigo) y de todos aquellos alimentos que puedan tenerlo en su composición (el paciente ya comunica reacción de edema de glotis tras la ingesta de croquetas elaboradas con harina de trigo) hasta vigilar su evolución clínica.*

*De dichos diagnósticos era conocedora la empresa demandante".*

Reiterando lo señalado anteriormente, no procede tampoco acceder a la revisión, que pretende únicamente introducir en el relato fáctico la conclusión extractada de unos Informes médicos, sustituyendo con ello la imparcial valoración conjunta de toda la prueba, realizada por el juzgador, y que ha expresado no solo en ese hecho probado tercero, sino en el cuarto y quinto.

Y finalmente se interesa por el trabajador demandado, la revisión del párrafo tercero y la adición de un cuarto párrafo en el hecho probado quinto, para el que propone, en cuanto a tales revisiones, la siguiente redacción:

*"De 2008 a 2010 no constan bajas médicas, crisis asmáticas ni situaciones concretas de dificultad para trabajar, pero sí informes médicos que evidencian la presencia de enfermedad de hipersensibilidad al trigo y las recomendaciones de que se continuara con la evitación a la exposición a este alimento así como su ingesta.*

*4.- Desde agosto de 2008 hasta agosto de 2010, la empresa no justifica la realización de las correspondientes evaluaciones de riesgos ni los resultados de mediciones ambientales de concentraciones de polvo en el puesto de trabajo que acrediten la observancia de medidas de seguridad" E invoca, en apoyo de tal revisión los documentos anteriormente ya invocados (doc. 5 de la empresa), y documentos 2, 3, y 4 de su ramo de prueba.*

Procede admitir la revisión del párrafo tercero que se postula, por cuanto resulta, al menos del Informe emitido el 30-09- 09, aportado como doc. 2. Folio 91, y no impugnado de contrario, que en esa fecha existía evidencia de la presencia de enfermedad de hipersensibilidad al trigo y recomendaciones de evitar la exposición al mismo así como su ingesta, en contra de lo que indica el punto 3 del hecho probado quinto, que estima probado que de 2008 a 2010 no consta que existieran situaciones concretas de dificultad de trabajar de las que el trabajador o la

empresa pudiesen deducir que existía un daño; y que no había información, queja o denuncia del trabajador a la empresa en este período de tiempo.

No procediendo sin embargo, la adición del punto 4 interesado por el recurrente, que amén de tratarse de un hecho negativo, de difícil acceso al relato fáctico, tampoco se deduce de los documentos invocados.

**TERCERO.-** Ya en sede de censura jurídica, articula la empresa demandante su recurso, al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, alegando la infracción del art. 24.1 del R.D. 928/1988 de 14 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad social, y art. 42.5° del R.D.Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social, señalando que al haber sido impugnada el acta de infracción que da origen al presente procedimiento, procedía la suspensión del mismo, hasta que la misma no deviniera firme. Y alega además, la infracción del art. 123 de la LGSS, en relación con el art. 25.1 de la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos laborales y la jurisprudencia que las ha interpretado, así como del art. 1105 del código Civil.

Y el trabajador demandado alega infracción de lo dispuesto en el art. 123 de la LGSS, artículos 14, 4.2, y 25 de la ley de Prevención de riesgos laborales, Ley 31/1995, art. 40.2 de la C. y art. 96.2 LRJS y art. 217 LEC, así como la jurisprudencia que los interpreta, contenida entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero, 1 de febrero, 14 de febrero, 18 de julio, 30 de octubre, y 10 de diciembre de 2012.

Centrado así el debate jurídico, en primer término hemos de indicar que no es este el lugar adecuado para invocar la infracción de normas procesales, sino sustantivas, por lo que no es posible admitir como infracción de normas sustantivas los preceptos de la LEC y de la LRJS que invoca el trabajador recurrido; preceptos que por otra parte se limitan a establecer reglas sobre la carga de la prueba, que los recurrentes no entienden infringidas en la sentencia de instancia.

Por otra parte, en cuanto a la primera infracción alegada por la empresa demandante, art. 24.1 del R.D. 928/1988 de 14 de mayo y art. 42.5° del R.D.Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, aduciendo la falta de firmeza del acta de infracción, que dio origen al presente procedimiento, debemos señalar que aun cuando existe una conexión jurídica indudable entre la infracción administrativa y el derecho del trabajador al recargo de prestaciones, lo cierto es que el legislador expresamente no condiciona la exigencia del recargo a la previa imposición de la sanción administrativa. Antes al contrario, consagra la independencia entre ambos ( art. 123.3 LGSS ). Así se reconoce en el art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que si hay acta de infracción o resolución administrativa se acompañará al informe propuesta de la Inspección de Trabajo que inicia el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad empresarial por el recargo, pero el informe propuesta puede formularse sin que se haya practicado previamente acta de infracción, justificándose razonadamente tal circunstancia. Y tampoco se prevé la paralización del expediente administrativo para el reconocimiento del recargo hasta que se resuelva el procedimiento dirigido a sancionar el incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (Cfr. SSTSJ de Castilla y León de 4 de julio de 2000 (Rec. núm. 1291/2000), de Cataluña de 22 de enero de 2004 (Rec. núm. 130/2002), de la Comunidad de Madrid de 29 de noviembre de 2004 (Rec. núm. 3822/2004), 18 de abril de 2005 (Rec. núm. 324/2005) y 30 de mayo de 2005 (Rec. núm. 502/2005), de Cataluña de 19 de abril de 2006 (Rec. núm. 6744/2004),

de Extremadura de 2 de junio de 2006 (Rec. núm. 226/2006) y de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007 (Rec. núm. 475/2006)).

En efecto, el art. 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se limita a disponer que los hechos probados de la sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo vincularán al orden social en lo que se refiere al recargo, sin regular causa de suspensión alguna del procedimiento laboral, de forma directa ni indirecta. Son cosas absolutamente distintas el que la sentencia firme, ya dictada, vincule al Juez Laboral con la paralización de actuaciones hasta que aquélla se dicte. De haberlo querido así el legislador sin duda habría introducido en el precepto examinado una causa de suspensión automática en tanto se resolviera el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto. La suspensión del procedimiento de recargo por seguirse un procedimiento sancionador paralelo tampoco tiene base con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio EDL 1995/15091, y en la Orden de 18 de enero de 1996, a diferencia de lo que ocurre, según se sigue del párrafo segundo del art. 16.2 de esta última Orden. Es más, aunque este precepto establece que "cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los mismos hechos, se suspenderá el expediente en este solo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento", la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene dicho que dicha paralización "carece de un mandato legal que lo sustente, pues no puede entenderse por tal el otro precepto legal, el artículo 3.2 del RDLeg 5/2000, " y que "siendo ello así no hay razón alguna para la suspensión de un expediente referido a la determinación de la cuantía de la prestación que, en definitiva, haya de percibir la víctima del accidente" ( SSTS de 17 de mayo de 2004 (Recud núm. 3259/2003), de 8 de octubre de 2004 (Recud. núm. 4552/2003) y de 25 de octubre de 2005 (Recud. núm. 3552/2004)). No existe, por consiguiente, razón alguna para suspender el expediente administrativo para la imposición de recargo por falta de medidas de seguridad hasta la firmeza del acta de infracción o de la sentencia del orden Contencioso-Administrativo que se pronuncia sobre la existencia de infracción de medidas de seguridad en el accidente sufrido por el trabajador.

Dicho lo anterior, la empresa recurrente alega que ha seguido un escrupuloso cumplimiento en cuanto a sus responsabilidades en materia de Seguridad e Higiene, ya que en todo momento siguió las instrucciones de los servicios médicos y del servicio de prevención ajeno; en concreto, respecto del trabajador aquí demandado señala que tras una reacción alérgica en la que se le prescribió por los servicios médicos de FREMAP la utilización de mascarilla, la empresa le entregó la misma, con indicación de la obligatoriedad de su uso; y tras la evaluación satisfactoria de aquel, no recibió ninguna nueva indicación ni advertencia al respecto, no siendo hasta agosto de 2010 cuando FREMAP comunicó que el trabajador era Apto con limitaciones para el desarrollo de su puesto de trabajo, por su limitación a la exposición a harinas, si bien no se indicaba ninguna medida preventiva concreta. Entiende, en definitiva, que no existe nexo causal entre la enfermedad del trabajador y la conducta del empresario ya que no consta que la patología que presenta aquel, con independencia de la contingencia que se le atribuya, se haya agravado o acentuado por conducta u omisión alguna del empresario. Entiende que no consta en el supuesto enjuiciado que haya existido accidente alguno, y que la enfermedad del trabajador es de origen común; y niega infracción por parte del empresario de norma concreta alguna, que pudiera justificar la imposición del recargo, sosteniendo por otra parte la aplicación del art. 1105 del código Civil.

En total disconformidad con lo alegado por la empresa, el trabajador recurrido entiende que el empresario tiene un deber de protección respecto de sus trabajadores, incondicionado y prácticamente ilimitado. Señala que el principal determinante del riesgo de desarrollar asma

laboral es el nivel de exposición al agente causal que lo provoca y que la reducción de las concentraciones ambientales reduce el número de trabajadores que llegan a sensibilizarse y a desarrollar asma laboral. Entiende que en el presente supuesto la empresa contravino tanto lo prevenido en el art. 123 LGSS como el art. 25 de la ley de Prevención de riesgos laborales, ya que el trabajador fue empleado ocupando un puesto de trabajo que por sus características personales y estado biológico lo colocaba en situación de peligro o riesgo para su salud; y siendo conocedora la empresa al menos desde 2008 en que se produjo la primera crisis de sensibilización a la harina, actuó incumpliendo la normativa de prevención de riesgos laborales, no observando medidas generales ni particulares de seguridad ni las de adecuación personal del trabajo. Lo único que hizo fue entregarle la mascarilla en agosto de 2008, sin que con posterioridad a tal fecha haya adoptado medidas para aislar al trabajador del riesgo, pese a existir informes médicos donde claramente se hacía constar la hipersensibilidad al trigo por el hoy actor, y se recomendaba evitar manipulación y/o ingesta del mismo y de todos aquellos alimentos que pudieran tenerlo en su composición. Pese a que en un Informe posterior de 16-07-10 en el que se sigue recomendando evitar la exposición a dicho alimento, lo cierto es que el trabajador se veía obligado a trabajar a diario con harina, y como consecuencia de ello la enfermedad profesional de asma que el trabajador padecía, determinó el cuadro clínico residual que conllevó, en septiembre de 2011, el reconocimiento a aquel de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Entiende el trabajador recurrido que la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación del riesgo para su salud. Y señala que corresponde al deudor de seguridad, que es el empresario, probar la adopción de medidas necesarias para prevenir o evitar dicho riesgo.

**CUARTO.**- Al hilo de la censura jurídica que denuncian ambas partes, debemos recordar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 123 de la LGSS

*"1.Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentará, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, 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.*

*2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla".*

El contenido de dicho precepto pone de manifiesto que **el aumento del importe de las prestaciones de la Seguridad social, derivadas de contingencias profesionales, procederá por tanto cuando la lesión se produzca por algunas de las circunstancias o causas que allí se especifican; ya sea la ausencia, inutilización o malas condiciones de los dispositivos de precaución reglamentarios en los instrumentos que se utilicen o en las instalaciones en donde se produce el siniestro; o bien la falta de observación de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o la falta de observación de las elementales medidas de salubridad, o falta de adecuación personal a cada trabajo.**

A este respecto, el art. 14 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales establece que *"los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el*



trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales....".

Dicho precepto en su apartado 2 señala "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes.

Finalmente, el artículo 4.2 d) del ET garantiza a los trabajadores el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene. Y el art. 25.1 de la ley de Prevención de riesgos laborales establece:

*"1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.*

*Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo."*

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE ( 1989, 854), así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

Se viene exigiendo por la Jurisprudencia como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo o enfermedad profesional los siguientes:

a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas

de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999,

b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador,

y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado ( STS 6 de mayo de 1998.

Así las cosas, resulta incuestionado que el trabajador en el supuesto aquí enjuiciado, con antecedentes de asma bronquial, tuvo en agosto de 2008 una reacción de tipo alérgico, y el Servicio de alergología le diagnosticó reacción tras exposición profesional a harina de trigo y se determinó el uso de mascarilla autofiltrante; y pese a constar entre 2008 y 2010, Informes médicos que evidenciaban la presencia de hipersensibilidad al trigo y las recomendaciones de que se evitara la exposición a dicho alimento así como su ingesta, y pese a declararse al trabajador, en julio de 2010 "apto con limitaciones", por el Servicio de Prevención, declarando que éste no podía trabajar expuesto a harina, lo cierto es que la empresa no adoptó medida específica alguna para evitar los posibles riesgos. La única medida fue la entrega de la mascarilla en agosto de 2010. Y el trabajador continuó con el desempeño de sus funciones habituales de Jefe de cocina, expuesto diariamente a harinas, con un tiempo de dedicación a la preparación de comidas, de 2/3 de su jornada, manipulando harina de pescado, sin que la empresa procediera a cambiarle de puesto de trabajo, hasta que causó baja médica en febrero de 2011 por Enfermedad profesional.

Resulta claro, que fue esa exposición la que desencadenó la enfermedad profesional y terminó con la declaración de Incapacidad permanente total del trabajador, como se desprende del relato fáctico de la sentencia, apoyado en los Informes médicos, reconocidos por ambas partes (Informe de 8-08-10), y en el Acta de la Inspección de trabajo.

Pues bien, acreditada entonces la existencia de esa enfermedad profesional, identificada y clasificada en el Acta de Infracción como asma predominantemente alérgica (Grupo 4: enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados..) como desencadenante de la incapacidad temporal y posteriormente de la Incapacidad permanente total, y dada la ausencia de medidas de seguridad por parte de la empresa, **entiende la sentencia de instancia que la Incapacidad temporal sí es consecuencia directa del incumplimiento de medidas de prevención desde agosto de 2010, porque hay una clara situación de riesgo sin medida concreta ni inmediato cambio de puesto. Pero entiende que la declaración de una Incapacidad permanente exige unos componentes previos de asma no agravados por ese incumplimiento de seis meses.** No podemos compartir tal criterio por cuanto con los datos antes expuestos, lo cierto es que el trabajador en agosto de 2008 sufrió una reacción alérgica, y fue examinado por los servicios de prevención, y se evidenció una hipersensibilidad al trigo y se recomendó evitar la exposición al mismo, amén de recomendarle el uso de una mascarilla. En septiembre de 2009 se confirma dicha hipersensibilidad, y en julio de 2010 se sigue recomendando evitar esa exposición y se declara apto con limitaciones, y declarando que no puede trabajar expuesto a harina. Pese a todo, la empresa no adopta medida alguna, para evitar ese riesgo; no consta que se realizaran mediciones para determinar la concentración de polvo de harina en suspensión, y lo más gravoso es que pese a mantenerse una reunión el 28-08-10 con el trabajador para tratar el tema de la organización del trabajo no se adopta medida específica alguna, no se le cambia el turno ni se toman medidas tendentes a alejar al trabajador de ese lugar de trabajo que le está produciendo el mal; y finalmente, tras dicha reunión, sin adopción de ninguna medida eficaz,

el trabajador causa la baja médica en febrero de 2011 que determinó a su finalización, la declaración de la IPT por enfermedad profesional.

A este respecto, y tal y como razona el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 2011, ante esa situación de realidad de la existencia de una enfermedad profesional y de la ausencia de medidas de seguridad en los términos dichos cabe decir que "... la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la **relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada**... ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte".

Y como recordaba igualmente el Alto Tribunal en la sentencia del Pleno de la Sala, de 30-06-10, como consecuencia de la deuda de seguridad que como obligación básica tiene el empresario con el trabajador, para enervar su posible responsabilidad en relación con riesgos y resultados profesionales, el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, "... y en esa línea, procede aplicar analógicamente el art. 1183 CC para extraer la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de enfermedad profesional) y de los impeditivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, por cuanto que resulta más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta".

Desde los anteriores razonamientos hemos de concluir que en el caso presente la sentencia recurrida infringió las normas sustantivas citadas, porque entiende que si bien el proceso de IT que se inició el 7-02-11 sí es consecuencia directa del incumplimiento de medidas de prevención desde agosto de 2010, sin embargo entiende que la declaración de Incapacidad permanente tiene unos componentes previos de asma no agravados por dicho incumplimiento.

En contra de dicho criterio, entiende esta Sala que siendo la empresa ROMER -HIJO S.L. responsable por falta de medidas de seguridad e higiene en el proceso causado por la enfermedad profesional del trabajador en fecha 7-02-11, **tal responsabilidad se extenderá a todas las prestaciones de Seguridad social derivadas de dicho proceso, habida cuenta que es la existencia misma de esa enfermedad profesional, agravada por la omisión de medidas por parte del empresario, lo que ha determinado tanto la Incapacidad temporal como la Incapacidad permanente total**, por lo que, con estimación del Recurso formulado por el trabajador recurrido y desestimación del formulado por la empresa ROMER-HIJO S.L. procede confirmar la imposición del recargo en un 30% en todas las prestaciones de Seguridad social derivadas del proceso causado por la enfermedad profesional del trabajador D. Pedro Francisco, tanto la Incapacidad temporal como la Incapacidad permanente total, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

**QUINTO.-** Procede imponer a la Empresa recurrente el pago de las costas procesales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, costas que solo comprenderán -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado del trabajador recurrido por la impugnación del recurso, que se fijarán en 500 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Con ESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto por D. Pedro Francisco y con DESESTIMACIÓN del recurso interpuesto por la mercantil ROMERO HIJO S.L contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2.013 dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Cádiz en virtud de demanda sobre Seguridad Social formulada por la mercantil ROMER-HIJO S.L. contra D. Pedro Francisco, el INSS y la TGSS debemos REVOCAR EN PARTE dicha Sentencia, **confirmando la imposición del recargo del 30% de prestaciones** económicas a resultas del proceso causado por enfermedad profesional sufrido por D. Pedro Francisco, tanto en la prestación de Incapacidad temporal como en la de Incapacidad permanente, condenando a la Empresa ROMER-HIJO S.L. a estar y pasar por tal declaración con las consecuencias legales y económicas inherentes a tal declaración.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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