

Sentencia T.S.J. Murcia 165/2011, de 7 de marzo

RESUMEN:

Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: Ha quedado acreditado que concurre la omisión de medidas de seguridad del empresario, con relevancia causal en la producción de las lesiones y limitaciones funcionales que han dado lugar al reconocimiento de una incapacidad permanente total a favor del trabajador demandante. Desestimación.

MURCIA

SENTENCIA: 00165/2011

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229215-18

Fax:968229213

NIG: 30030 44 4 2008 0001353

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000885 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SSS: 0001353 /2008 del JDO. DE LO SOCIAL n.º: 007

Recurrente/s: JOSE CANOVAS ROJAS, S.A.

Abogado/a: MARIA DEL CARMEN MARTINEZ REYES

Procurador:

Graduado Social:

Recurrido/s: INSS, Eusebio, TESORERIA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL

Abogado/a: VICTOR MATEO BELTRI

Procurador:

Graduado Social:

En MURCIA, a siete de Marzo de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por JOSÉ CÁ NO VAS ROJAS SA, contra la sentencia número 0371/2009 del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de fecha 25 de Septiembre, dictada en proceso número 1353/2008, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Eusebio frente a JOSÉ CÁNOVAS ROJAS SA; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: " PRIMERO.- El actor Eusebio, nacido el 5/4/1970, con DNI n° NUM000, sufrió el 25/5/2004 un trauma acústico en el oído izquierdo mientras prestaba sus servicios como Oficial de 3a en máquina de cartón por cuenta de la empresa demandada "José Cánovas Rojas, S.A.", dedicada a la fabricación de artículos de papel y cartón, a consecuencia del cual causó baja médica en la misma fecha e inició proceso de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo. SEGUNDO.- Con anterioridad, en fecha 22/5/2003, el actor causó baja médica aquejado de una depresión reactiva a problemas auditivos provocados por el ambiente de ruido en el trabajo. Esta baja médica, dada inicialmente por contingencia común, fue finalmente calificada como accidente de trabajo por sentencia dictada el 1/12/2005 por el Juzgado de lo Social n° 5 de Murcia. TERCERO.- En el centro de trabajo donde el actor presta sus servicios el ruido supera el valor de 85 dB (A) e, incluso, en algunos puntos se superan los 90 dB (A). El nivel de ruido es inferior a los 80 dB (A) fuera de la nave de producción. CUARTO.- El 21/1/2005 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social practicó contra la empresa demandada a de infracción (núm. 78/05), con el siguiente contenido:

"Se ha procedido a visitar a la titular del acta el día 16-12-2004 a las 11,45 horas en el centro de trabajo de que dispone sito en Camino Salabosque 94 en Aljucer (Murcia) y a solicitarle diversa documentación referida a prevención de riesgos laborales. En particular se solicitó la acreditación documental de la evaluación de riesgos. Se mantuvo entrevista con D. Luis Pedro, gerente.

Se comprueba en la misma que existe riesgo de ruido en la empresa, con valores superiores a 85 y 90 decibelios A de nivel diario equivalente. Además existe el riesgo de exposición a contaminantes químicos (disolventes, tintes, alcoholes) y los derivados de uso de maquinaria con elementos móviles.

Solicitada a la empresa acreditación de la formación específica facilitada a los trabajadores, la empresa sólo acredita la entrega de fichas informativas (las más antiguas llevan firmado el recibí del trabajador en Julio 2002) y la asistencia a una charla de dos horas de duración de fecha 30-10-2003 y se comprueba:

a) Con respecto al ruido la ficha sólo menciona "ruido utilizar protección adecuada" y el contenido de la charla (según folleto aportado por el entrevistado el día 23-12-2004) sólo incluye en sus páginas 17 y 18 las obligaciones empresariales recogidas en la legislación, los efectos generales sobre el organismo y que se deben de usar protectores. Nada se informa por tanto de los niveles concretos en la empresa, lugares en los que se alcanza y efectos según el grado de exposición de cada trabajador.

b) Con respecto a exposición a agentes químicos no se contempla ni en la ficha ni en la charla los niveles de exposición y productos concretos a los que está expuesto cada trabajador y sus posibles consecuencias.

c) Con respecto a equipos de trabajo no se identifican los usados en la empresa ni se describe su estado concreto ni los riesgos que presentan.

d) Además, se comprueba el uso de carretillas elevadoras por parte de los trabajadores D. Cipriano y D. Isidro. El entrevistado manifiesta que también la usan D. Santiago y otro trabajador. Sin embargo no se ha dado formación ni información alguna del uso de carretillas elevadoras.

Además, hay trabajadores, como D. Eusebio que no consta que hayan recibido fichas informativas ni asistido a curso.

En definitiva, los trabajadores la empresa no habían recibido formación ni información adecuada y suficiente, habiendo otros que no han recibido ninguna.

Tal hecho infringe los artículos 19 de la Ley 31/1995 de 8-11 (B.O.E. 10-11) y 4 del R.D. 487/97 de 14-4 (B.O.E. 23-4). La infracción se tipifica como grave por el artículo 12.8 del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 (B.O.E. 8-8).

Se estima en grado mínimo, según criterios del artículo 39.2 del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 citado pero teniendo en cuenta el número de trabajadores afectados (la totalidad de la plantilla, 23).

Se propone una sanción de 3.000 euros.

Solicitada igualmente la acreditación de entrega de equipos de protección individual para el riesgo de exposición a ruido, sólo se aporta recibos de entrega de Julio 2002 y no anteriores y relación de trabajadores a los que se les entregó en tal fecha, no encontrándose trabajadores cuyos puestos de trabajo registran niveles superiores a 85 decibelios A de nivel diario equivalente, como es el caso de D. Eusebio. En efecto, en este caso sólo consta recibo de fecha 30-1-2004.

En definitiva, con anterioridad a las fechas indicadas la empresa no acredita que hubiese facilitado equipos de protección individual contra el ruido, a pesar de que el entrevistado indica que la empresa no ha sufrido cambios significativos desde 1995 y que todas las evaluaciones de ruido indican desde 2000 que los niveles superan los valores indicados.

Tal hecho supone infracción al art. 17.2 de la Ley 31/1995 de 8-11 citada y art. 3 c) del RD. 773/97 de 30-5 (B.O.E. 12-6).

La infracción se tipifica como grave por el art. 12.16 f) del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 (B.O.E. 8-8).

Se estima, según criterios del art. 39.3 del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 citado, en grado mínimo.

Se propone una sanción de 1.502,54 euros.

Se solicitó que la empresa aportase resultados de la evaluación de contaminantes químicos, aportación que se produce en la comparecencia del entrevistado en las dependencias de esta Inspección Provincial el día 23-12-2004.

El mencionado compareciente aporta tales resultados provenientes de mediciones efectuadas los días 8-1-2002 y 10-4-2002. Los mismos son del siguiente tenor:

-En relación a la concentración media obtenida de alcohol etílico en máquina 30X30 (1 capa) y máquina ZZ se indica como conclusión en el informe: "El valor obtenido de exposición a alcohol etílico (...) supera el valor límite en todos los casos considerados, tanto si se usa tinta al agua como tinta al alcohol".

-En relación a la concentración media obtenida en el uso de tolueno en máquina miniservice azul se indica en el informe: "Respecto al uso de disolvente, se obtiene un valor superior al límite en el caso del tolueno".

En la comparecencia antes citada el gerente manifiesta que no se han modificado las operaciones desde la fecha de tales mediciones ni se han instalado medio de protección colectiva.

Durante la visita efectuada tales máquinas estaban en funcionamiento y las trabajadoras que las utilizaban no usaban medios de protección individual de vías respiratorias.

Tal hecho supone infracción al art. 14, art. 3, 4, 5 y 6 y Anexo I del R.D. 374/2001 de 6-4 (B.O.E. 1-5) y el punto 1 del Anexo III del R.D. 486/1997 de 14-4 (B.O.E. 23-4).

La infracción se tipifica como grave por el art. 12.16 c) del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 (B.O.E. 8-8).

Se estima en grado mínimo pero, según criterios del art. 39.3 del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 citado, teniendo en cuenta el carácter permanente de riesgo, detectado ya en 2002, y el incumplimiento de recomendaciones del servicio de prevención.

Se propone una sanción de 3.000 euros.

Igualmente, a lo largo de la visita a las instalaciones de la empresa se comprobó la presencia de varios equipos de trabajo con partes móviles sin proteger y accesibles para los trabajadores. En concreto se trataba de:

a) La mantelera Wali 115, usada por D. Isidro y D. Ceferino que tenía al menos tres rodillos, dos correas, una rueda y el rodillo de cuchillas en movimiento y sin protección.

b) La máquina de 30X30 Wali 130-28, usada por Da Juana con múltiples rodillos girando a gran velocidad y sin protección.

c) La máquina de 33X33 Wali 130-46 disponía del al menos 20 correas y 15 rodillos girando a gran velocidad y sin protección. Dos de las puertas de la estructura de acristalamiento que la rodeaban estaban abiertas y por el actuante se abrieron el resto sin que la máquina se detuviese.

d) La máquina Miniservice nº 2 Wali 135-7 usada por Da Adelina se encontraba en las mismas condiciones que la anterior.

e) La máquina de zig-zag Wali 121-22 usada por Da Gracia se encontraba en la misma situación antes descrita.

f) Las máquinas de 40X40 Wali 130-90, usada por Da Verónica y la Miniservice nº 3 Wali 135-34 usada por Da Marisol disponían igualmente de rodillos en movimiento sin protección.

Tal hecho supone infracción a kart, 14 de la Ley 31/1995 de 8-11 (B.O.E. 10-11) y art. 3 y punto 8 del punto 1 del Anexo I del R.D. 1215/1997 de 18-7 (B.O.E. 7-8).

La infracción se tipifica como grave por el art. 12.16 b) del R.D. Leg. 5/2000 de 4-8 (B.O.E. 8-8).

La infracción se estima en grado mínimo, pero, según criterios del art. 39.3 del R.D. leg. 5/2000 de 4-8 citado teniendo en cuenta el número de trabajadores afectados (al menos siete).

Se propone una sanción de 2.500 euros.

Por lo que se propone la imposición de la sanción por un importe total de: 10.002,54 (DIEZ MIL DOS CON CINCUENTA Y CUATRO) EUROS".

Quinto.-El acta de infracción dio lugar a la incoación de expediente sancionador, que concluyó con resolución de la Dirección General de Trabajo de 6/6/2005 por la que confirmaba el acta de referencia e imponía a la empresa demandada la sanción propuesta de 10.002,54 euros (1a infracción: 3.000 euros; 2a infracción: 1.502,54 euros; 3a infracción: 3.000 euros; 4a infracción: 2.500 euros). **SEXTO.**- Contra la anterior resolución interpuso la empresa demandada recurso de alzada, que fue desestimado por Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social de 15/5/2006. **SÉPTIMO.**- Contra la Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social formuló la empresa recurso contencioso administrativo, que fue resuelto por sentencia dictada el 15/9/2008 por el Juzgado Contencioso Administrativo de Murcia, cuyo Fallo es el que sigue:

"Estimo en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por José Cánovas Rojas, S.A. contra Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social de 15 de mayo de 2006 recaída en el expediente sancionador 200555120344 resolutoria del recurso de Alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Trabajo de fecha 6 de julio de 2005, que trae causa del Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo nº 78/2005 por la que se impuso al recurrente la sanción de multa conjunta por 10.002,54 euros que se anula parcialmente por no ser por dicho acto administrativo totalmente conforme a Derecho. Se establece como sanción que debe satisfacer la mercantil expedientada la de 3.000 euros, como se razona en el fundamento de derecho segundo; sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso de apelación por razón de cuantía".

Esta sentencia anulaba las dos primeras infracciones contenidas en el acta practicada por la Inspección de Trabajo. Los argumentos empleados para ello son los que siguen: "PRIMERO.- La actuación administrativa tuvo su origen en el Acta de infracción citada levantada por la comisión de cuatro supuestas infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo del artículo 19, 17.2 y 14-respectivamente de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales calificadas como graves según lo dispuesto en el art. 12.8, 12.16f, 12.16c y 12.16b respectivamente del TR de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Hemos de partir de la alegación administrativa de presunción de certeza de la concreta Acta de inspección y de su valor probatorio, ya que se dice que ha sido extendida con arreglo a los requisitos que para cada clase se establecen (art. 53,3 del RDL 5/2000 de 4 de agosto).

En efecto, la jurisprudencia le atribuye tal presunción iuris tantum respecto de los datos recogidos en ella que hayan sido objeto de una constatación personal y directa por el Inspector actuante o que resulten acreditados in situ, documentalmente o mediante testimonios recogidos en el centro de trabajo.

Los supuestos de hecho objeto de expediente sancionador, mencionados en el acta han de ser tratados de modo separado.

Segundo.-Respecto de la formación de los trabajadores contra el ruido, entiende el Inspector que los trabajadores no han recibido formación suficiente, porque no era suficiente solo con la entrega individualizada de unas fichas informativas y de una charla de dos horas de duración.

Sin embargo, esto no es un hecho, sino que es una opinión del Inspector por la que considera él que era insuficiente. Por lo tanto, en lugar de sancionar directamente debía haber ordenado la ampliación de la formación con plazo para el cumplimiento.

Es necesario, en este sentido, traer a colación lo previsto en el artículo 43 de la mencionada Ley 31/95, que también está en la Ley para ser cumplido, y es que en casos como el presente en que la actuación inspectora no está provocada por accidentes de trabajo, el Inspector de Trabajo, al comprobar la existencia de una infracción puramente formal, por insuficiencia de medidas a la normativa sobre prevención de riesgos laborales debería haber requerido al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, con indicación de plazo de subsanación.

Esta exigencia es imperativa "requerirá" dice la Ley y en el n° 2 amplía "... señalando las anomalías o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación".

Lo que no manda la Ley es que necesariamente tenga que proponer la sanción pues el inciso último del n° 1 del citado artículo 43 termina... "Todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente, en su caso".

Por tanto, este Juzgador no comparte la opinión de que el Inspector debe sancionar en todo caso cuando, a su juicio, apreciare anomalías en la Evaluación de Riesgos o en el Plan, pues los Servicios de Inspección no están concebidos para velar por el cumplimiento de las normas que previenen los riesgos laborales mediante la imposición de sanciones, sino para prestar el servicio en dicho sentido.

Por lo tanto, el Servicio Público exigible se presta señalando los defectos que en materia de prevención observare con un plazo para la subsanación de deficiencias.

Solo si no se cumplieren dichos requerimientos o si el defecto observado fuere especialmente grave e inminente el riesgo al que se somete a los trabajadores, el Inspector debe proponer la sanción.

Procede por tanto anular la infracción impuesta por no ser conforme a derecho.

Respecto de la segunda infracción, cabe decir lo mismo, pues si la empresa entregó equipos de protección individual para el riesgo de exposición al ruido en Julio de 2002 y no posteriormente sino que hasta la fecha del acta solo constaba la entrega de dicho equipo a D. Eusebio (30 de enero de 2004), ello no significa necesariamente que el empresario hubiera cometido una infracción, pues los hechos sancionables serían la acreditación de deterioro de los equipos entregados en 2002 o que no se entregaran equipos nuevos por cambio significativo de los niveles de ruido.

Tampoco se acredita si al trabajador D. Eusebio no se le entregó el equipo de trabajo en 2002, o si es que no era trabajador de la empresa hasta la fecha de su entrega (30.01.2004).

Tampoco es sancionable el hecho de que la empresa no pudiese acreditar la entrega de equipos de protección frente al ruido anteriores desde el año 2002 hasta 1995, por la no obligatoriedad de la empresa de conservar la documentación indefinidamente en el tiempo. En todo caso la infracción estaría prescrita (se pide documentación de más de tres años atrás).

Procede por tanto anular la infracción impuesta por no ser conforme a derecho". OCTAVO.- De forma paralela se tramitó expediente administrativo con vistas a valorar las secuelas resultantes del accidente laboral sufrido por el actor, que concluyó con resolución del INSS de 22/5/2006 por la que declaraba al trabajador demandante afecto de lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables en 1.010 euros conforme al baremo núm. 8. NOVENO.- Tras agotar sin éxito la vía previa administrativa, el actor formuló demanda con la pretensión de que se le declarara afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual. La demanda fue acogida en su integridad por sentencia n° 35/2007, dictada el 24/1/2007 por este mismo Juzgado de lo Social. El cuadro de lesiones y secuelas declarado probado en esta resolución judicial, hoy firme, es el siguiente: -Hipoacusia que afecta al oído izquierdo que no interfiere el nivel conversacional (menoscabo

auditivo del 20 por 100). -Cuadro ansioso-depresivo menor reactivo a su problema auditivo y laboral. Este cuadro ha mejorado progresivamente y no causa limitaciones funcionales. -A raíz de las secuelas producidas por el trauma acústico, con resultado de hipoacusia en el oído izquierdo, presenta síntomas fóbicos que se traducen en conductas evitativas ante cualquier tipo de situación y ambiente donde se produzcan ruidos y un temor hipocondríaco a que el ruido le afecte el oído sano. El cuadro ha adquirido proporciones de "fobia al ruido" y miedo a la exposición a ambientes ruidosos. Esta sintomatología persiste en la actualidad y ha evolucionado hacia la cronicidad. DÉCIMO.- Tramitado expediente en materia de responsabilidad empresarial por omisión de medidas de seguridad, el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió en fecha 30/7/2008 denegar la petición de tal responsabilidad contra la empresa demandada, no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo. UNDÉCIMO.- Contra la anterior resolución formuló el demandante reclamación previa en vía administrativa, que fue desestimada por resolución expresa de 31/10/2008"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que estimando la demanda formulada por Eusebio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y "José Cánovas Rojas, S.A.", debo condenar y condeno a la empresa demandada a abonar al actor un recargo del 50 por 100 de las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo".

Segundo.-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Letrada doña Marisol Reyes, en representación de la parte demandada José Cánovas Rojas SA, con impugnación el Letrado don Victor Mateo Beltri, en representación de la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento Primero.-La sentencia de fecha 25 de septiembre del 2009, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 7 de Murcia en el proceso 1353/08, estimó la demanda deducida por D. Eusebio contra la empresa José Canovas Rojas SA, en reclamación de responsabilidad empresarial (incremento de prestaciones) por omisión de medidas de seguridad y condenó a la empresa demandada al pago de un incremento del 50% sobre el importe de las prestaciones de Seguridad Social, derivadas de accidente de trabajo.

Disconforme con la sentencia, la empresa demandada interpone recurso de suplicación, solicitando, tanto la revisión de los hechos declarados probados (artículo 191.b) de la LPL), como la revocación de la sentencia, para que se dicte otra desestimatoria de la demanda, por la vulneración del artículo 123 de la LGSS y de la jurisprudencia, representada por la sentencias del TS de fechas 20/3/1997, 11/7/1997; 8/3/1993, 7/2/1994, 20/5/1994, 30/9/1997, 2/2/1998. (artículo 191.c) de la LPL).

Fundamento Segundo.-Al amparo del primer motivo el recurso se solicita la revisión de los hechos declarados probados que afecta al apartado primero, así como a la adición de uno nuevo.

El apartado primero, literalmente refiere que: "El actor Eusebio, nacido el 5/4/1970, con DNI n.º NUM000, sufrió el 25/5/2004 un trauma acústico en el oído izquierdo mientras prestaba sus servicios como Oficial de 3a en máquina de cartón por cuenta de la empresa demandada "José Cánovas Rojas, S.A.", dedicada a la fabricación de artículos de papel y cartón, a consecuencia del cual causó baja médica en la misma fecha e inició proceso de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo". Se pretende su revisión con el fin de adicionar que los puestos de trabajo que el actor desempeñaba eran los de carretillero y empaquetador, ampliación que cuenta con apoyo documental suficiente en el estudio de niveles sonoros (folios 261 a 267) y en la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Murcia (folio 172), pero no procede acceder a la revisión solicitada por carecer de relevancia para alterar el sentido de la sentencia, como mas adelante se razonará, sin perjuicio de que la sala debe de retener tales datos.

Se solicita, además, la inclusión de un nuevo apartado (duodécimo) que exprese que "D. Eusebio recibió, con fecha 30 de Enero de 2004, como equipo de protección individual, un juego de taponos modelo EAR Ultrafit Norma EN-352-2, reconociendo el mismo haber recibido correcta información sobre los trabajos y zonas en los que deberá utilizarlos, así como instrucciones para su uso y mantenimiento adecuados. El motivo de dicha entrega fue el deterioro de los anteriores". La ampliación que se solicita no puede prosperar, en cuanto al dato que deja constancia de que el actor recibió el 30/1/2004 un EPI, porque tal dato ya consta en el apartado en el apartado cuarto de los hechos declarados probados, con ocasión de la transcripción del acta de la Inspección de Trabajo; en lo que se refiere a reflejar la existencia de formación previa, porque el documento obrante a los folios 259 y 260 no es suficiente para acreditar la existencia de formación previa, dado que el objeto del mismo es constatar la entrega del EPI, y el acta de la inspección reflejo los datos en virtud de los que concluye que el actor no recibió tal tipo de formación, pues no consta la existencia de ficha informativa suscrita

por el mismo ni su asistencia al curso o charla de fecha 30/10/2003; finalmente, en cuanto a que el motivo de la entrega fue el deterioro de los anteriores, tampoco cabe su inserción en el relato de los hechos, puede no constar entrega anterior y el citado documento consiste en una fotocopia en la que el dato que refiere que el motivo de la entrega es el deterioro del equipo anterior se encuentra en una casilla colocada después de la firma, por lo que tal documento no prueba que cuando el mismo fue suscrito por el trabajador se hubiera completado tal casilla.

Fundamento Tercero.-La cuestión que en el presente recuso se debate, en función de la legalidad y jurisprudencia que se denuncia como infringida, se centra en determinar si por el empresario demandado se infringieron concretas medidas de seguridad y si existe relación de causalidad entre tal omisión y las lesiones y limitaciones determinantes de las prestaciones que le han sido reconocidas, como derivadas de accidente de trabajo.

Las medidas de seguridad omitidas se concretan en la ausencia de formación e información en cuanto al riesgo derivado de la exposición al ruido y la falta de entrega de medios de protección individual. El Juzgador de instancia estima que tales medidas de seguridad no se pusieron en práctica, en tanto que la empresa rechaza tal infracción.

Para resolver las cuestiones debatidas, es preciso tener en cuenta cuáles son las lesiones determinantes de la incapacidad permanente reconocida: Una es la pérdida de audición (hipoacusia) en el oído izquierdo que no interfiere el nivel conversacional (menoscabo auditivo del 20%),; otras es un cuadro ansioso-depresivo menos reactivo a su problema auditivo y laboral que no causa limitaciones funcionales; y, en tercer lugar, se aprecia síntomas fóbicos que se traducen en conductas evitativas ante cualquier tipo de situación y ambiente donde se produzcan ruidos y un temor hipocondriaco a que el ruido le afecte al oído sano, cuadro que ha adquirido proporciones de fobia al ruido y miedo a la exposición a ambientes ruidosos.

En cuanto a la existencia de las concretas medidas de seguridad, cuya omisión por parte del empresario es objeto de examen: A. De la prueba práctica, fundamentalmente del informe de la inspección de trabajo resulta que al actor no se le entregó ficha informativa sobre el riesgo acústico, aunque si existe constancia, mediante la firma individual de la misma, de que si se hizo entrega de ellas a otros trabajadores, pero no antes de Julio del 2002; algunos de los trabajadores de la empresa acudieron a una charla o curso, de dos horas de duración que tuvo lugar el 30/10/2003, pero el actor no acudió a tal charla o curso. Esta sala, en consecuencia, coincide con el criterio del Juzgador de instancia en el sentido de que se aprecia, en lo que se refiere al trabajador demandante D. Eusebio, la vulneración del artículo 19 de la L 31/1995 (en cuanto establece la obligación del empresario de "garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo," formación que "deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario") y del artículo 5 del RD 1316/89, pues el nivel de ruidos en el puesto de trabajo del actor era superior al 85%; a este respecto hay que tener en cuenta que, con ocasión de inspección periódica llevada a cabo por los servicios de la mutua Fraternidad Muprespa en 11/12/2002 (folio 250) ya se detectó que el nivel sonoro superaba el valor de 85dB y, en el posterior estudio de niveles sonoros, de fecha Enero 2004 (folio 261 a 267) se concreta que el nivel sonoro del puesto de trabajo de carretillero empaquetador es de 89,2 %, nivel que, solo, desciende por debajo de los 80 dB, cuando se maneja la carretilla elevadora en las naves de almacenamiento situadas fuera de la de producción. B. Asimismo, no existe constancia de que al trabajador demandante se le facilitara equipo de protección individual (EPI), con anterioridad al 30/1/2004, lo que supone la vulneración del artículo 6 del RD 1316/1989 que exige el suministro de protectores auditivos en los puestos de trabajo en los que el nivel diario equivalente supere 85 dB. A este respecto hay que hacer constar que la pérdida de audición ya había sido detectada por los servicios médicos de la Mutua la fraternidad- Muprespa desde el 1 de marzo del 2003, según informe médico obrante al folio 143, en cuyo informe ya se recomendaba el uso de protección auditiva.

El hecho de que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de fecha 15/9/2008, - resolviendo sobre el recurso interpuesto por la empresa frente a la imposición de sanciones por omisión de medidas de seguridad-, entendiera que no procediera la sanción impuesta por la vulneración de preceptos en relación con el deber de formación e información y por la falta de entrega de equipos de protección individual, no afecta a la cuestión que en el presente caso se plantea, pues el Juzgador del orden contencioso administrativo valoraba la existencia de falta de medidas de seguridad en relación con la totalidad de la plantilla, no en relación al trabajador demandante en los presentes autos, de ahí que entendiera: a) en cuanto a la falta de formación, que existió respecto de determinado número de trabajadores, por el hecho de haber estos

suscrito la correspondiente ficha de formación y por haber acudido a un corto curso de formación (hechos estos no predicables respecto del actor) y que la suficiencia o insuficiencia de la misma era una valoración del Inspector actuante no suceptible de sanción; b) En cuanto a la ausencia de entrega de EPI, que tal entrega existió respecto de aquellos que firmaron el justificante de entrega en el 2002, y que la no utilización de los mismos desde el 1995 hasta el 2002, no era sancionable por prescripción. En todo caso, del hecho de que el citado Juzgador, con ocasión del procedimiento sancionador, entendiera que las omisiones de medidas de seguridad del empresario no fueran sancionables por las circunstancias que se concretan en la sentencia, no cabe concluir que, en relación con el actor, la empresa cumpliera con su deber de informarle sobre los riesgos derivados de riesgo acústico, ni de facilitarle el equipo de protección individual adecuado.

En lo que se refiere a la relación de causalidad entre la omisión de tales medidas de seguridad y las lesiones y limitaciones funcionales que el actor presenta, existen informes médicos de especialista (ORL) que establecen que la hipoacusia esta producida por trauma acústico relacionado con el trabajo, esta plenamente acreditado que el nivel de ruido del puesto de trabajo del actor es superior a los 85db (89% en el puesto de empaquetador) cuando desarrolla su trabajo en el interior de la nave de producción y, por sentencia firme, se ha declarado que las lesiones (hipoacusia, trastorno adaptativo mixto y conducta de tipo fóbico) derivan de accidente de trabajo. La pérdida de audición es, asimismo, desencadenante del trastorno fóbico que ha sido determinante de la declaración de incapacidad permanente total, por lo que esta sala debe de confirmar el criterio del Juzgador de instancia en el sentido de que entre la omisión de las citadas medidas de seguridad y la declaración de incapacidad permanente total existe nexo de causalidad.

La pérdida de audición no determina necesariamente un trastorno fóbico de la intensidad del que ha sido reconocido al actor y el propio informe medico de la especialista en psiquiatría (folios 159 a 162) pone de manifiesto que en su aparición concurre no solo el trauma acústico sufrido sino la propia personalidad ansiosa e hipocondría, circunstancias estas que esta Sala no puede valorar, por cuanto que en el recurso no se solicita la reducción de la cuantía de la responsabilidad empresarial.

Por lo expuesto, la sentencia recurrida, en cuanto estima que concurre la omisión de concretas medidas de seguridad con relevancia causal en la producción de las lesiones y limitaciones funcionales que han dado lugar al reconocimiento de una incapacidad permanente total a favor del trabajador demandante, no vulnera el artículo 123 de la LGSS ni la jurisprudencia que se denuncia como infringida, por lo que procede la desestimación del recurso.

Fundamento Cuarto.-De conformidad con los términos del artículo 233 de la LPL, procede imponer a la empresa el pago de las costas de este recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por JOSÉ CÁNOVAS ROJAS SA, contra la sentencia número 0371/2009 del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de fecha 25 de Septiembre, dictada en proceso número 1353/2008, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Eusebio frente a JOSÉ CÁNOVAS ROJAS SA; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Se condena en costas a la parte recurrente, que deberá abonar al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de 250 euros en concepto de honorarios.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el B anesto, cuenta número: 3104000066088510, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de trescientos euros (300 euros), en la entidad de crédito B anesto, cuenta corriente número 3104000066088510, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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