

Sentencia T.S.J. Galicia 693/2012, de 8 de febrero

RESUMEN:

Recargo de prestaciones: Procedencia. Fallecimiento de trabajador, empleado de la construcción, por una ola de calor. La falta de adopción por parte de la empresa de las medidas necesarias para proteger la salud frente a las altas temperaturas habidas a lo largo de toda la jornada de trabajo, procede imponer a la empresa el recargo del 35 % por falta de medidas de seguridad en las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo.

(ILJ 532/2012)

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

ILMA. SRA. D. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D. PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

A CORUÑA, ocho de febrero de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NO MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0003544 /2008 interpuesto por contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL n.º 001 de OURENSE siendo Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dña. ROSA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Que según consta en autos se presentó demanda por Rocío en reclamación de RECARGO DE ACCIDENTE siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS, S.A., INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, LABORMAN ETT SA, Celestina. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000045 /2008 sentencia con fecha veintisiete de Febrero de dos mil ocho por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

Segundo.—Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.—El marido de D a Rocío y padre de Celestina D. Carlos Antonio, el día 17 de julio de 2006 cuando prestaba servicios para la empresa "MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS, S.A.", cedido por la empresa LABORMAN TRABAJO TEMPORAL E.T.T. S.A. -antes VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T. S.A.- mediante contrato de fecha 24

de abril de 2006, con la categoría profesional de Peón, sobre las 19 horas, cuando se disponía a recoger las herramientas para finalizar la jornada, en una obra en el lugar de Alongos, Concello de Toén, se empezó a encontrar mal, con pérdida de conocimiento, siendo recogido por una ambulancia que lo llevó al Complejo Hospitalario de Ourense, donde falleció a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria producida por una hipertermia por golpe de calor.

Segundo.—El actor junto con otros trabajadores estuvieron realizando ese día el encofrado de una depuradora, prestando servicios desde las 8:30 a las 13 horas y desde las 14:30 hasta las 19 horas. El lugar de trabajo era una explanada al lado de un arbolado próximo en la ribera del río Miño, aunque el actor por la mañana había estado trabajando hasta las 10 de la mañana en una arboleda. Ese día hizo una temperatura máxima, medida por el observatorio de Ourense de 41'6 grados a las 14:50 horas, siendo la temperatura a las 13 horas de 40 grados y a las 18 horas de 38 grados.

Esos días había una ola de calor en Ourense.

Tercero.—La actora y su hija son titulares de pensiones de Viudedad y Orfandad derivadas de accidente de trabajo a consecuencia del fallecimiento de D. Carlos Antonio.

Cuarto.—Iniciado expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, se dictó resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 23 de agosto de 2008 que desestimó la petición de la actora.

Quinto.—Formulada reclamación previa en fecha 28 de setiembre de 2007, presentando demanda las actoras ante el Decanato el 11 de enero de 2008.

Tercero.—Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por D a Rocío contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa "VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T. S.A. (actual LABORMAN TRABAJO TEMPORAL E T. T. 5. A.)" y la empresa "MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS, S.A.", debo declarar y declaro la existencia de responsabilidad por falta de medidas de seguridad en la producción del accidente sufrido por D. Carlos Antonio ocurrido el 17 de julio de 2006 que determinó su muerte, e impongo a la empresa "MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS, S.A." un recargo del 35% en todas las prestaciones de Seguridad Social derivadas del citado accidente a favor de la actora y su hija, absolviendo de la demanda al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la empresa "VEDIOR TRABAJO TEMPORAL E.T.T. S.A. (actual LABORMAN TRABAJO TEMPORAL E.T.T. S.A.)".

Cuarto.—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante Rocío y demandadas Celestina Y MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS S.A. siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda e impone a la empresa Misturas Obras y Proyectos SA el recargo del 35 % por falta de medidas de seguridad en todas las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo y en favor de la demandante y su hija.

Frente a ella tanto la demandante como la empresa demandada-condenada interponen sendos recursos de suplicación y, comenzando por el de la empresa, al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral pretende su revocación y la desestimación de la demanda denunciando como infringidos en primer lugar el artículo 24 de la Constitución por falta de motivación, por entender que la sentencia de instancia no contiene los hechos necesarios para emitir el pronunciamiento condenatorio. De ahí que, demande su anulación con retroacción de las actuaciones, para que se dicte una nueva resolución.

El artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de los Titulares de derechos e intereses legítimos a acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho, esto es, a una prestación que corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo (sentencias del Tribunal Constitucional 165/1988 [RTC 1988\165] y 151/1990 [RTC 1990\151]).

Se rechaza el planteamiento del motivo del recurso, porque la valoración sobre la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados constituye facultad privativa de la Sala, no siéndole dable a la parte pretender el efecto anulatorio de la sentencia con el fundamento de que determinados elementos hubieran tenido que acceder al "factum", sino que a la recurrente corresponde tan sólo la posibilidad que le atribuye el art. 191.b LPL, esto es, la de intentar modificar, añadir o suprimir alguno de los HDP para el supuesto de entender que la versión ofrecida por el Magistrado incurre en error o ha omitido datos que sean decisivos para el signo del fallo (así, SSTS 09/03/89 Ar. 1812 y 22/03/90 Ar. 2323; y SSTSJ Galicia de 26/05/03 R. 1771/03, 21/06/03 R. 3325/00 y 30/11/04 R. 5227/04), lo que ni tan siquiera se hace en el siguiente motivo del recurso.

Y además el juez de instancia recoge aunque no sea de forma prolija todos los hechos y datos necesarios para poder fundamentar su decisión y en la fundamentación jurídica analiza con detalle la actividad probatoria desplegada por las partes, para exponer la valoración que le ha merecido y fijar en base a ella los hechos que considera o no acreditados. Se cumple suficientemente con esto la obligación que impone el art. 97.2.º de la Ley de Procedimiento Laboral, de forma que los litigantes pueden conocer perfectamente cuáles son los hechos que en la resolución recurrida se consideran probados y la apreciación de la prueba realizada por la juez "a quo" al respecto. No se causa por lo tanto indefensión real y efectiva y no puede por ello declararse la nulidad de lo actuado.

Téngase en cuenta al respecto y como exigen los arts. 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral y 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la nulidad de actuaciones es una medida absolutamente excepcional, que ha de aplicarse tan sólo y restrictivamente en aquellos supuestos en los que se hubiere causado efectiva indefensión a las partes de imposible subsanación, con infracción del art. 24.1.º de la Constitución, no bastando el mero y simple quebrantamiento de las formas procesales que ninguna incidencia tiene en orden a producir real y cierta indefensión a quien solicita tan dilatoria medida.

2- Como segundo motivo del recurso e igual amparo procesal se denuncia la infracción del art.3 de la LISOS, que establece en su apartado 2 la suspensión por dicha prejudicialidad penal, en relación con el art. 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, en su apartado 4, establece que no podrán sancionarse los hechos que ya han sido sancionados penal o administrativamente, y la infracción, por interpretación errónea, del art. 123.3 LGSS.

La denuncia no prospera porque el el RD Legislativo 5/2000 ley sobre infracciones y sanciones del orden social ha derogado el citado artículo 42.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

3.- En el tercer y cuarto de los motivos denuncia la empresa recurrente la infracción del art.123 LGSS y en relación con el del Anexo IV del Real Decreto 1627/1997. Y

entiende que el recargo no es de tipo objetivo, no es una responsabilidad objetiva, sino que es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad y de los hechos (el trabajador fallecido estaba prestando servicios laborales junto con otros compañeros de trabajo a los que asistía, en un lugar con arbolado colindante con la ribera del Miño) no se puede deducir ninguna relación de causalidad entre el trabajo y el fallecimiento, ninguna infracción de medidas de seguridad, y ninguna culpabilidad en la empresa recurrente.

Tampoco esta denuncia se admite porque la sentencia recurrida contiene además otros hechos probados y así consta que: el trabajador fallecido sobre las 19 horas, cuando se disponía a recoger las herramientas para finalizar la jornada, en una obra en el lugar de Alongos, Concello de Toén, se empezó a encontrar mal, con pérdida de conocimiento, siendo recogido por una ambulancia que lo llevó al Complejo Hospitalario de Ourense, donde falleció a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria producida por una hipertermia por golpe de calor. El actor junto con otros trabajadores estuvieron realizando ese día el encofrado de una depuradora, prestando servicios desde las 8:30 a las 13 horas y desde las 14:30 hasta las 19 horas. El lugar de trabajo era una explanada al lado de un arbolado próximo en la ribera del río Miño, aunque el actor por la mañana había estado trabajando hasta las 10 de la mañana en una arboleda. Ese día hizo una temperatura máxima, medida por el observatorio de Ourense de 41'6 grados a las 14:50 horas, siendo la temperatura a las 13 horas de 40 grados y a las 18 horas de 38 grados.

Esos días había una ola de calor en Ourense.

Y el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que es el que contempla el recargo sobre prestaciones, dice en su n.º 1 "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 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 o 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".

Y tal y como se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2001: "La vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre... Esta Ley, en su artículo 14.2, establece que "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...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

Son sus requisitos la existencia de infracción de medida de seguridad, el daño efectivo y la relación de causalidad (STS 12/07/07 -rcud 938/06 -) "A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene

exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo 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)"

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, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la 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".

La imperatividad de las normas, al hablar de que "deberán promover, prever ", supone claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas. Y, en el caso de autos, no consta acreditado que la empresa hubiese cumplido esa obligación legal, no se tomó ninguna medida que evitara la exposición al sol en una época en la que había una ola de calor en el lugar de trabajo; y además incumplió lo dispuesto en el Anexo IV del Real Decreto 1.627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción en su parte A. 8 cuando señala en relación a la Temperatura: la temperatura debe ser la adecuada para el organismo humano durante el tiempo de trabajo, cuando las circunstancias lo permitan, teniendo en cuenta los métodos de trabajo que se apliquen y las cargas físicas impuestas a los trabajadores", y en su apartado C.4 relativa a factores atmosféricos en donde se dice: "Deberá protegerse a los trabajadores contra las inclemencias atmosféricas que puedan comprometer su seguridad y su salud".

Y no consta que la empresa, pese al fuerte calor que hizo el día del accidente, hubiera tomado ninguna medida preventiva (pese a que en el recurso se alegue que había duchas en el lugar de trabajo) sino que lo que consta es que el trabajador realizó no solo su jornada de trabajo sino mas, de 8:30 a 13 horas y de 14:30 a 19 horas, 9 horas en una explanada, y en unas horas donde la radiación es mas importante en el mes de julio y donde no había medida de protección alguna contra esa radiación directa de los rayos solares, y donde el ajuste de los tiempos de trabajo a las horas con menos exposición o la realización de descansos suficientes no hubiera supuesto contratiempo alguno para la empresa y se podría haber evitado el fatal siniestro, pero no consta ni medidas preventivas, ni previsión de las mismas pese a que consta que en "esos días había una ola de calor en Orense"; por ello, la Sala entiende al igual que el juez de instancia, que producida y acreditada la relación de causalidad entre el fallecimiento del esposo y padre, respectivamente, de las actoras, y la falta de adopción por parte de la empresa de las medidas necesarias para proteger su salud frente a las altas temperaturas habidas a lo largo de toda la jornada de trabajo, el día 17 de julio de 2006, día en el que incluso se prolongó la jornada ordinaria una hora, procede imponer a la citada empresa en

aplicación de lo dispuesto en el Artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social el recargo por falta de medidas de seguridad.

4.- Por último y en lo que se refiere al Recurso de suplicación interpuesto por la demandante, se denuncia la infracción del art.113 de la Ley General de la Seguridad Social R.D.Leg.1/94 de 20 de junio (suponemos que es un error y se refiere al art.123) en relación con lo dispuesto en el Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre en su apartado A.8 y C.4 y en relación con el art. 13.6 y 10 y art. 39.3 del R.D.Leg. 5/2000 de 4 de agosto. Porque el Juez de Instancia impone el 35% del recargo valorando todas las circunstancias concurrentes y la gravedad de la Infracción, y sin embargo no consta en la sentencia el iter discursivo o justificativo que se empleó para fijar ese porcentaje.

El art. 123.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994, señala que el recargo alcanza "de un 30 a un 50 por 100" de las prestaciones económicas por riesgos profesionales, cuando ha existido infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto, no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, ello implica que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal. Así sucede al menos, cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.

La apreciación en cada caso concreto de la "gravedad de la falta" o infracción de medida de seguridad está guiada por conceptos normativos -peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las medidas reglamentarias, etc.-, que han sido establecidos en la legislación preventiva (art. 49.1 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre [RCL 1995 \3053]), y cuya aplicación a un supuesto concreto constituye un acto de calificación jurídica, subsiguiente y separable de la fijación o determinación de los hechos del caso.

Por lo que en el caso de autos entendemos que el recargo impuesto guarda proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la "gravedad de la falta" (STS/IV 19-I-1996 -recurso 536/1995 [RJ 1996\112]), dado que no consta expediente sancionador. Y, en el siniestro aquí analizado en que se declara que concurre culpa grave del empresario que incumple en absoluto su deber de evaluación y prevención del riesgo concreto que le afectó, peor no otros, el trabajo al que se exponía su empleado no era peligroso, por lo que no concurren circunstancias adicionales que revelen un grado máximo de culpa del empresario que es lo que autorizaría el 50% de recargo pretendido, por lo que se desestima el recurso planteado por los herederos del fallecido.

Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por los recurrentes se invoca, por lo que procede previa su desestimación dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por Rocío, Celestina Y MISTURAS, OBRAS E PROXECTOS S.A. contra la sentencia de fecha 27-2-2008 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Orense en el Procedimiento n.º 45-2008 sobre recargo por falta de medidas de seguridad, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, n.º 1552 0000 80 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala n.º 1552 0000 35 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

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

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

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