

Sentencia T.S.J. Castilla-La Mancha 92/2012, de 7 de febrero

RESUMEN:

Accidente de trabajo: Responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. Falta de indicación por la empresa de prohibición de uso por los trabajadores del montacargas. No puede apreciarse caso fortuito ni imprudencia de los trabajadores como excluyente del nexo de causalidad a efectos de la fijación del porcentaje de recargo.

ALBACETE

SENTENCIA: 00092/2012

T.S.J. CAST. LA MANCHA SALA SOCIALALBACETE

C/ SAN AGUSTIN N.º 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 570-688-565

Fax:967 596 569

NIG: 02003 34 4 2011 0101252

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001267 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000601 /2010 JDO. DE LO SOCIAL n.º 002 de ALBACETE

Recurrente/s: CONSTRUCCIONES LEÓN RABADÁN S.L.

Abogado/a: JOSE AGUSTIN RABADAN PICAZO

Procurador/a: ADORACION PICAZO ROMERO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Jesús, Martin Y Primitivo

Abogado/a: MARIA LUISA DEL CAMPO INIESTA

Procurador/a:

Graduado/a Social:

INSS Y TGSS

Magistrado/a Ponente: Ilma. Sra. D.ª ASCENSIÓN OLMEDA FERNÁNDEZ.

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. PEDRO LIBRÁN SAÍNZ DE BARANDA

D. JESÚS RENTERO JOVER

D.ª ASCENSIÓN OLMEDA FERNÁNDEZ

D.^a MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS

En Albacete, a dos de febrero de dos mil doce.

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

EN NO MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N.º 92/12

En el Recurso de Suplicación número 1267/11, interpuesto por la representación legal de CONSTRUCCIONES LEÓN RABADÁN contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Albacete, de fecha 4-4-2011, en los autos número 601/10, sobre OTROS DERECHOS, siendo recurrido INSS, TGSS, Jesús, Martin Y Primitivo.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a ASCENSIÓN OLMEDA FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Debo desestimar y desestimo las pretensiones de nulidad de la resolución administrativa invocadas por la parte actora en las presentes actuaciones, y respecto del fondo del asunto debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Construcciones León Rabadán S.L., contra D. Jesús, D. Primitivo, y D. Martin, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Tesorería General de la Seguridad Social confirmando en todos sus extremos la resolución administrativa impugnada. Absolviendo expresamente a D. Jesús, D. Primitivo, y D. Martin, al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social de cuantas pretensiones se deducen en su contra.

Segundo.—Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

Primero.—Para la empresa Construcciones León Rabadán S.L. han venido prestando sus servicios, en la obra consistente en la construcción de 33 viviendas y garajes, sita en la calle Cruces n.º 61 de la localidad de La Roda (Albacete), los trabajadores, mayores de edad, vecinos de La Roda (Albacete), en las siguientes circunstancias: D. Primitivo con D.N.I. n.º NUM000, con la categoría de oficial de segunda, D. Jesús, con D.N.I. n.º NUM001, categoría de ayudante, D. Martin, con D.N.I. n.º NUM002, categoría profesional de peón y D. D. Ceferino, con D.N.I. n.º NUM003, con la categoría profesional de peón.

Segundo.—La citada obra disponía para subir y bajar materiales de un montacargas de obra; la empresa montadora del montacargas marca Pingon modelo 1025, es Grúas Gabino S.A., con domicilio en Ctra de Barrax Km 2 de Albacete, habiéndose efectuado la última revisión en abril de 2007.

Tercero.—El 10 de octubre de 2007 sobre las 16 horas los trabajadores reseñados, y D. Fructuoso socio de la empresa subían en el montacargas de obras para descargar material (ladrillos y cantos), cuando al llegar a la altura del segundo piso (sobre unos 6 metros de altura) el montacargas se desplomo cayendo hasta la planta baja. Consecuencia del citado accidente D. Primitivo, D. Jesús y D. Martin resultaron con lesiones calificadas de graves, fracturas de calcáneo, miembros inferiores y contusiones lumbares, y D. Ceferino resulto ileso.

Cuarto.—Los hechos fueron puestos en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, quien el 11 de octubre de 2007 gira visita de inspección.

Quinto.—Con motivo de un corte inesperado de la alimentación eléctrica al montacargas, por causas desconocidas la plataforma del montacargas que estaba en maniobra de subida, se precipitó al vacío, sin rotura del cable de elevación. Como quiera que el elevador al fallar la alimentación debía haber quedado parado y frenado, por la empresa montadora se procedió a revisar el motor de elevación y sistemas de frenado, observándose la rotura de un chivitero del eje del motor de elevación en la parte en que dicho eje se une al árbol de entrada del reductor de elevación, determinando que este fue el motivo por el que no se quedó parado y bajó por su propio peso, si bien debió bajar algo frenado, por rozamiento en las guías, debido a que el montacargas no ha sufrido daños en su estructura. El montacargas no tiene marcado CE, ni certificado de conformidad. El 11 de octubre de 2007 no existía cartel con la indicación de prohibición de uso por parte de los trabajadores.

Sexto.—Se apunta en el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como causas del accidente 1.º subir personas en el montacargas; 2.º bajada de tensión eléctrica; 3.º rotura del chivitero del eje del motor de elevación.

Séptimo.—Dicha acta ha sido remitida al I.N.S.S. para la incoación de expedientes de recargo de prestaciones; tras la pertinente apertura de un expediente por cada trabajador afectado, numeros NUM004, NUM005 y NUM006, con fecha 11 de marzo de 2008 se acordó por el I.N.S.S. la suspensión de los mismos al haber tenido noticia que el acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad social, no era firme en vía administrativa.

Octavo.—En fecha 23 de febrero de 2010 el I.N.S.S. a la vista de la doctrina sentada en la sentencia del T.S. de 17 de mayo de 2004 levanta las suspensiones acordadas.

Noveno.—Por resolución del I.N.S.S. de 22 de abril de 2010 (expediente NUM006) se acuerda declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud laboral en el accidente sufrido por el trabajador D. Jesús en fecha 10 de octubre de 2007; declara en consecuencia la procedencia de que las prestaciones de Seguridad social derivadas del accidente de trabajo citado sean incrementadas en el 40 % con cargo exclusivo a la empresa responsables Construcciones Leon Rabadán S.L., y declarar la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a esa empresa respecto a las prestaciones que, derivadas del accidente anteriormente mencionado se pudieran reconocer en el futuro....; en idéntico sentido para D. Primitivo en fecha 7 de mayo de 2010 (expediente NUM004), y para D. Martín en fecha 18 de agosto de 2010 (expediente NUM005).

DECIMO: La empresa disconforme con dichas resoluciones ha interpuesto las pertinentes reclamaciones previas que han sido desestimadas por el I.N.S.S. en fechas 27 de mayo, 3 de junio, y 16 de septiembre de 2010.

Undécimo.—Se ha agotado la vía previa administrativa.

DUODECIMO: Los trabajadores ha percibido de la Mutua responsable Solimat prestación por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo por los siguientes importes: D. Jesús: 11.766,30 euros, D. Primitivo 8.792,11 euros, y D. Martín 12.073,54 euros.

Tercero.—Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se recurre (Recurso de Suplicación n.º 1267/11) por la empresa demandante CONSTRUCCIONES LEON RABADAN S.L. la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Albacete de 4-4-11, dictada en los Autos 601/10 (en los que estaban acumulados los Autos 614 y 1005/10) de dicho Juzgado y en la que se desestimó su demanda en impugnación de las Resoluciones del INSS de 22-4-10, 7-5-10 y 18-8-10 (recaídas en sus Expedientes de recargo números, respectivamente, NUM006, NUM004 y NUM005) que declararon la responsabilidad empresarial de la demandante por falta de medidas de seguridad y salud laboral en el accidente sufrido el 10-10-2007 por sus trabajadores, respectivamente, D. Jesús, D. Primitivo y D. Martin y le impusieron sendos recargos del 40% a favor de cada uno de los trabajadores citados sobre las prestaciones de cada uno derivadas del referido accidente de trabajo, siendo lo que había solicitado en el Suplico de sus demandas, se declarara: 1.º) la nulidad del Acuerdo de levantamiento de la suspensión del procedimiento administrativo de recargo de 18-2-10 del Director Provincial del INSS; 2.º) la caducidad del expediente de recargo; 3.º) la inexistencia de responsabilidad empresarial por inexistencia de relación de causa-efecto entre la conducta de la empresa y el accidente y 4.º), subsidiariamente, que rebaje el porcentaje del recargo al mínimo legal del 30%. En el caso de la demanda referida al trabajador D. Primitivo, lo anteriormente indicado como 4.º) era el contenido del 5.º) y como 4.º) lo que interesaba era, "subsidiariamente, declare que la responsabilidad empresarial se refiere únicamente a la Incapacidad Temporal y no a la Incapacidad Permanente derivada del accidente de fecha 31-12-2008 y efectos del día 07-01-2009".

Articula su recurso a través de seis motivos: el primero, según dice, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la LPL, por haber desestimado la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho Primero sus pretensiones de nulidad (se refiere exclusivamente a las de nulidad del Acuerdo de levantamiento de la suspensión del procedimiento administrativo de recargo de prestaciones acordado por el Director Provincial del INSS y que, según afirma, supondría la procedencia de la suspensión de los respectivos procedimientos sobre recargo) y caducidad de los Expedientes de recargo; el segundo, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL, para revisión de hechos probados; el tercero y cuarto, al amparo del apartado c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas que indica; el quinto, sin indicar cobijo, denuncia una incongruencia omisiva de la sentencia impugnada y el sexto, según dice, al amparo de los apartados a) y c) del artículo 191, para acabar interesando en éste motivo se acuerde se le reintegre la cantidad consignada para recurrir por no ser obligatorio su ingreso.

Solicita en el suplico del recurso "Sentencia mediante la cual, con estimación de los Motivos del Recurso expresados en el cuerpo de este escrito, se acuerde la revisión de los Hechos Probados para que queden redactados como se interesa en el cuerpo del presente escrito y asimismo se declaren nulos los Fundamentos de Derecho de la Sentencia impugnada, y en consecuencia se estime la demanda inicial, así como la devolución del depósito y consignación, que se llevaron a efectos cumpliendo con los preceptos legalmente establecidos, o, subsidiariamente acceda a la petición subsidiaria que se contiene en el Motivo Cuarto de este recurso" (se refiere a la rebaja de los recargos al 30%).

Con el escrito de recurso acompañaba, como documentos 1 y 2, copia de sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 2 de Albacete de 14-3-11 y Diligencia de firmeza de 19-4-11.

El recurso ha sido impugnado, tanto por la Letrada del INSS y TGSS, como por la Letrada de los trabajadores, oponiéndose a todos los motivos y solicitudes del recurso, poniendo de relieve los defectos formales del mismo e interesando su íntegra desestimación y confirmación, también íntegra, de la sentencia recurrida.

Segundo.—Con carácter previo, hay que señalar que no procede acordar la unión de los documentos acompañados por el actor con su escrito de recurso de suplicación porque:

a) no ha alegado siquiera imposibilidad de aportación al Juzgado, cuya sentencia fue de 4-4-11 en tanto que la del Contencioso es de fecha 14-3-11, no indicando ni acreditando cuando se le notificó la sentencia de Contencioso, no siendo preciso para la aportación de la sentencia esperar a la diligencia de firmeza que podía solicitar se interesara y esto es importante porque una aceptación de la unión de documental a efectos probatorios conlleva la necesidad de anular la sentencia de instancia para que el Juzgador pueda valorar los documentos dictando otra tras su examen, lo que, obviamente, no procedería si fue la parte la que dejó de hacer la aportación al Juzgado y b) la norma específica contenida en el artículo 271.2 de la LEC, respecto a la aportación de sentencias y otras resoluciones de fecha posterior al juicio, exige el requisito de que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver, lo que aquí no se aprecia, como luego se verá.

Se significa que la Sala viene resolviendo en la propia sentencia sobre la unión o no de los documentos acompañados con los recursos por razones de celeridad, entendiendo que la audiencia a las otras partes ya se cumple con el traslado de los mismos junto con lo acompañado para el trámite de impugnación a los recurridos (así han hecho sus alegaciones al respecto de los documentos, tanto el INSS y TGSS, como los trabajadores, en sus respectivos escritos de impugnación) y siendo que contra el auto a que alude el 231 de la LPL no cabe recurso y que, pese a no acordarse la unión, tampoco se ordenará la devolución por razones de constancia; esto es, se mantendrán en los autos a los solos efectos de constancia de qué fue lo aportado.

Tercero.—El examen del recurso precisa una atención primera a posible alegación de nulidad de la sentencia recurrida o actuaciones procesales en el pleito laboral, debiendo destacar al respecto:

1.º) que nada de lo planteado en el motivo primero, pese a decirse formulado al amparo del apartado a) del artículo 191 de la LPL, la conlleva y seguramente por eso no la solicita, salvo en la extraña petición efectuada en el suplico del recurso de que se declaren nulos los Fundamentos de Derecho de la sentencia impugnada, pero sin solicitar la nulidad de ésta e interesar, en cambio, a la Sala se estime su demanda inicial y, es que, al margen de los defectos en la formulación del recurso, lo que la recurrente verdaderamente plantea, ha de entenderse efectuado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL y así se examinará dado que del cuerpo de lo manifestado resultan las infracciones normativas imputadas por no apreciación de la nulidad de determinada resolución de los expedientes administrativos de los recargos ni de la caducidad de tales expedientes administrativos,

2.º) que tampoco lo planteado en el motivo sexto, en que igualmente invoca el apartado a) del artículo 191, es motivo de nulidad de actuaciones y seguramente por eso tampoco la solicita, ya que se refiere a una indebida exigencia de consignación para recurrir que solicita se le devuelva, por lo que se verá al final y

3.º) que tampoco se aprecia alegada ni interesada nulidad de la sentencia en el motivo quinto, que se hace, a diferencia de los demás, sin indicación de cobijo, denunciando una incongruencia omisiva en el fallo de la sentencia en el sentido de no contener pronunciamiento respecto de una de las cuestiones, lo que no puede apreciarse porque el fallo contiene pronunciamiento desestimatorio de lo solicitado y así también lo ha debido entender la parte recurrente cuando ni pidió en su momento complemento de la sentencia ni solicita en el recurso se declare la nulidad de la misma, limitándose a decir en el último párrafo del referido motivo quinto, "Por tanto, la Sentencia impugnada deberá revisarse en cuanto a incluir el pronunciamiento referido a que al trabajador D. Primitivo, el hipotético recargo de prestaciones se debe aplicar única y exclusivamente a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo ocurrido el día 10-10-2007, que únicamente son las prestaciones por Incapacidad Temporal desde el día de la baja (10-10-2007) hasta el día del alta (13-06-2008), habida cuenta que la Incapacidad Permanente concedida al mismo, se deriva de otro accidente totalmente distinto al que es objeto de Autos", esto es, está pidiendo que se incluya el pronunciamiento pedido por él o, lo que es lo mismo, que se resuelva en el sentido por él

pretendido, pero no pide nulidad de la sentencia por entender no haya resuelto.

Cuarto.—En revisión de hechos probados, solicita dos modificaciones:

A.- Del hecho probado tercero, consistente en una adición intercalada a continuación de Rabadán que diga "socio-trabajador de la empresa, que simplemente es un trabajador más, sin facultades de gerencia ni funciones de organización del trabajo, sin potestades de mando sobre los trabajadores, estando las funciones de organización u mando del trabajo y prohibición de conductas reservadas a otros socios que ejercen la función de jefe de obra".

No puede aceptarse porque se apoya en la sentencia penal (se trata de la sentencia recaída en juicio de faltas en el Juzgado de Instrucción de la Roda), que es absolutoria por falta de acusación y en la que no se recoge nada sobre lo que solicita se añada y en las declaraciones de los trabajadores accidentados ante el citado Juzgado de Instrucción, que no son medio hábil, ya que no dejan de ser plasmación documental de declaraciones ante otro Juzgado.

B.- Del hecho probado quinto, consistente, por un lado, en suprimir la parte final del mismo que dice "El 11 de octubre de 2007 no existía cartel con la indicación de prohibición de uso por parte de los trabajadores" y, por otro lado, en añadir unos últimos párrafos con el tenor siguiente:

"Tanto el día 11 de octubre de 2007, como el día del accidente (10 de octubre) existían carteles con la indicación de prohibición de uso del montacargas por parte de los trabajadores en la entrada de la obra y en distintas zonas de paso obligado y diario para los mismos.

Los trabajadores contaban con la correspondiente formación en materia de seguridad y salud y prevención de riesgos laborales impartida por el Servicio Ajeno de Prevención de Riesgos Laborales PREVENCIÓN Y SANIDAD INDUSTRIAL, S.L., estando específicamente formados e informados de la prohibición de usar el montacargas.

Las instrucciones de la empresa eran claras en este sentido: la empresa prohíbe el uso del montacargas para subir personas".

Tampoco puede aceptarse porque se apoya en la misma sentencia penal y declaraciones de los trabajadores accidentados en el Juzgado de Instrucción (por lo mismo anteriormente señalado), así como en fotografías de carteles obrantes a los folios 770-771, 905-906 y 1256-1257 (de los que no resulta estuvieran antes ni al tiempo del accidente, ni que prohíban el uso del montacargas por parte de los trabajadores), certificados de asistencia a cursos de formación e información obrantes a los folios 1059-1086 y 1162-1163 (de los que no resulta formación e información específica sobre la prohibición de usar el montacargas por los trabajadores) y el informe del accidente elaborado por la empresa Prevención y Sanidad Industrial, así como la testifical-pericial de un técnico en prevención de la citada empresa que intervino en el juicio social (de los que tampoco resulta lo que se propone, no siendo en tanto que testifical medio hábil), sin que, en definitiva, resulte de documental hábil o pericial error patente del Juzgador.

Quinto.— Entrando en el examen del derecho y comenzando con el de las infracciones que pueden considerarse imputadas a la sentencia recurrida en el motivo primero del recurso en la medida en que no apreció las alegadas como concurrentes en los expedientes administrativos de recargo y referidas a la Nulidad del Acuerdo de levantamiento de la suspensión y a la Caducidad del Expediente.

I.- En cuanto a la Nulidad del Acuerdo de levantamiento de la suspensión, que en opinión de la recurrente justifica la revocación de la sentencia recurrida y la declaración de nulidad de la referida actuación administrativa y el mantenimiento en suspenso de los expedientes de recargo, se aduce que la razón por la que en su momento se acordaron

las suspensiones, de no ser firme en vía administrativa el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo se mantenía al adoptarse el Acuerdo de levantamiento (que, además, se adoptó con indicación de motivo diverso, que era la mención a la STS, Sala de lo Social de 17-5-04, que viene a establecer que no procede la suspensión del expediente de recargo por la existencia de proceso penal por los mismos hechos) y continúa manteniéndose puesto que al celebrarse el juicio estaba pendiente la vía judicial contencioso-administrativa y se ha dictado después la sentencia que acompaña con su escrito de recurso, que acuerda nulidad del procedimiento sancionador y retroacción de actuaciones al trámite inicial de alegaciones de la empresa en el expediente sancionador.

No se aprecia motivo para declarar la nulidad del acuerdo de levantamiento de la suspensión de los expedientes de recargo y acordar el mantenimiento de la suspensión de los mismos, ya que, como indica el juzgador en su sentencia, los dos procedimientos, el de sanción y el de recargo, son independientes y, mientras que el primero si se suspende por la existencia de la vía penal abierta (como ha venido a señalar y acoger la sentencia del Juzgado de lo Contencioso acompañada con el recurso), no ocurre lo mismo con el de recargo (como señaló entre otras la STS de 17-5-04 citada por el INSS en el acuerdo de levantamiento de la suspensión) y, por otro lado, el de sanción tampoco condiciona ni impide el de recargo, esto es, no es necesario que se haya resuelto el de sanción y en su caso el contencioso administrativo para que pueda seguirse el del recargo. Es cierto que el acuerdo de levantamiento de la suspensión de los expedientes de recargo adujo motivo diverso al que se utilizó para la suspensión, pero de ello tampoco deriva motivo para declarar la nulidad porque no ha causado indefensión alguna al recurrente que en todo momento ha podido hacer las alegaciones y utilizar los medios de defensa que consideraba oportunos, precisamente argumentando la falta de firmeza del acta de infracción de la Inspección en que se basó la suspensión, si bien lo que ocurre es que no hay precepto que exija la suspensión del procedimiento de recargo en tanto no sea firme la referida acta, que como acto administrativo es ejecutivo en tanto no sea anulado y siendo que, por lo demás y como se indica en el escrito de impugnación de los trabajadores, el procedimiento de recargo se inicia, aparte otras posibilidades, por petición o exposición razonada de la Inspección, no por el Acta de infracción, que no es necesaria.

II.- En cuanto a la Caducidad del Expediente administrativo por haberse dictado la Resolución superados los 135 días desde el inicio de actuaciones ex artículo 44.2 de la Ley 30/1992 en relación con los artículos 13 y 14 de la OM de 18-1-96, no puede apreciarse, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en unificación de doctrina sobre ello (sentencias de 9-10-06, 5-12-06, 5, 12 y 14-2-07 y 27-3-07, entre otras), en el sentido de que, aunque el plazo para que la Administración dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es el de 135 días, su incumplimiento no produce la caducidad del procedimiento que prevé el n.º 2 del artículo 44 de la LRJAPyPAC, porque el recargo no es un acto cuyo contenido se agote con la producción de efectos desfavorables o de gravamen sobre el empresario sino que se ordena al correlativo derecho que ese reconocimiento produce en la esfera del perjudicado y es de aplicación la regla del n.º 1 con el efecto exclusivamente de que los interesados que hubieran comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo y, como añade la primera citada, "En todo caso, producida la resolución expresa, aunque sea tardíamente, se abre para el interesado el plazo para ejercitar en vía judicial las acciones pertinentes".

Sexto.—Siguiendo con el examen de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida en el motivo tercero del recurso, que son del artículo 123 de la LGSS y de los artículos 14 a 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como de los Anexos I y II del RD 1215/1997, de 18 de julio, por errónea interpretación e indebida aplicación, argumentando, en síntesis, que no hubo incumplimiento alguno por su parte y que, en cualquier caso, no hay nexo de causalidad, habiendo sido debido el AT bien a caso fortuito, bien a imprudencia de los trabajadores.

En orden a la alegada infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad

Social, que es el que contempla el recargo sobre prestaciones, éste 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", añadiendo el n.º 2 que la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor, sin que pueda ser objeto de seguro alguno y el n.º 3 que esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Hemos de partir también de lo señalado en la sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-07, en unificación de doctrina, que dice:

"Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, 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"

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 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".

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 empleador (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 5 de mayo de 1998)".

Sobre esto último, continua diciendo más adelante esta sentencia de 12-7-07: "Es cierto que, en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración (STS 20 de marzo de 1983, 21 de abril de 1988, 6 de mayo de 1998, 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006). Pero como antes se ha expuesto, en el caso que examinamos la conducta del trabajador no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Como ha afirmado esta Sala en sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "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 aún 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"

Del referido precepto resulta que, para que proceda el recargo, ha de darse un AT con resultado lesivo y generador de prestaciones, una falta o conducta empresarial infractora de normas de seguridad en el trabajo y el llamado nexo de causalidad entre esa falta y el siniestro productor del resultado lesivo.

En el presente caso, con los hechos probados inalterados de la sentencia y afirmaciones con tal valor contenidas en su fundamentación, se dan todos los requisitos porque constando el AT con el resultado lesivo y generador de prestaciones, hay infracción o falta empresarial por falta de medidas de seguridad con concreto incumplimiento y hay nexo de causalidad. En efecto, como indica la sentencia recurrida, si los trabajadores y el socio de la empresa no hubieran utilizado el montacargas de la obra para subir ellos, no habrían sufrido el accidente y en esa utilización tuvo que ver la falta de indicación por la empresa de prohibición de uso por los trabajadores y la tolerancia de la misma en tal utilización que se evidencia por haberse producido a la vista de uno de los empresarios y compartiendo con él dicho montacargas, habiendo incumplido la empresa las obligaciones especialmente establecidas en los artículos 14, 15, 16 y 17.1 de la Ley de Prevención y en los artículos 2 y 3, Anexo I, apartado 2.2, b) y Anexo II apartado 3.1, b) del Real Decreto 1215/97 de 18 de julio, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, conforme a los cuales si el equipo de trabajo no está destinado a la elevación de trabajadores y existe posibilidad de confusión, deberá fijarse una señalización adecuada de manera visible y la elevación de trabajadores sólo estará permitida mediante equipos de trabajo y accesorios previstos a tal efecto, habiéndose incurrido igualmente en incumplimientos de las obligaciones de carácter genérico previstas o derivadas de lo dispuesto en los artículos 14, 15, 24, 42 y 45 de la Ley de Prevención, 4.2,d) y 19.1 del ET, 15 de la Constitución, 16 del Convenio 155 de la OIT y 5.1 y 8.1 de la Directiva Marco CEE 89/391.

Todo ello, sin que pueda apreciarse caso fortuito ni imprudencia de los trabajadores como excluyente del nexo de causalidad que se ha expuesto.

Séptimo.—Con carácter subsidiario, en el motivo cuarto del recurso se alega infracción por la sentencia recurrida del artículo 123 de la LGSS, por no haber rebajado los recargos al 30% ante la concurrencia de culpas de los trabajadores, a la vez que se queja de que la sentencia ni indica en base a qué criterio se modula el porcentaje del recargo o qué hechos dan lugar a su incremento sobre el porcentaje mínimo, haciendo mención simplemente a la edad, que estima carece de toda lógica al tratarse de tres trabajadores de edades dispares y que en el expediente administrativo nada se dice respecto a la edad de los trabajadores como criterio utilizado para incrementar el porcentaje.

La STS de 2-10-00 (Recurso de casación 2.393/99) decía que "En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por Juez de Instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la "gravedad de la falta" (STS/IV 19- I-1996 - recurso 536/1995 -). No se hace, por tanto, referencia en la doctrina jurisprudencial a la proporcionalidad de la cuantía del recargo con la gravedad del daño causado al trabajador accidentado o con su situación de necesidad derivada de las consecuencias de la contingencia profesional sufrida, sino con la gravedad de la infracción cometida por el empresario".

El criterio legal, fijado en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, es, por tanto, el de la gravedad de la falta y así lo 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".

Como resulta de la parte antes recogida de la STS dictada en el Recurso de Casación 2.393/99, no se hace referencia en la doctrina jurisprudencial a la proporcionalidad de la cuantía del recargo con la gravedad del daño, sino con la gravedad de la infracción cometida por el empresario y, como también resulta de la misma, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijado en la instancia cuando el impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la gravedad de la falta. Es posible también, según la STS que ya se transcribió de 12-7-07 (y las de éste citadas en las de Tribunales Superiores que invoca la parte recurrente), valorar para fijar el porcentaje la concurrencia de culpa del trabajador o trabajadores accidentados.

En el presente caso, sin embargo, esa situación no se produce porque, si bien la sentencia recurrida menciona la edad del trabajador afectado (lo que podría en algún caso incidir en la gravedad de la falta, aunque aquí no se expone ni puede apreciarse, tratándose además de tres afectados cuyas edades se desconocen o no se recogen en hechos probados), también alude a la concurrencia de las circunstancias que determinaron la producción del accidente, que previamente ha recogido y además el porcentaje del 40% no es sino la confirmación de lo impuesto por el INSS, que a su vez siguió la propuesta de la Inspección, que tuvo en cuenta la calificación de la infracción como grave y la prevalencia de la conducta empresarial por omisión de prohibición e impedimento eficaz sobre el uso por los operarios del montacargas, habida cuenta de que iban acompañados por uno de los socios de la Empresa y ciertamente esa modulación de gravedad de la falta empresarial a efectos de la fijación del porcentaje de los recargos se aprecia correcta atendiendo a esas circunstancias concurrentes y que determinaron la producción del accidente, como ya se dijo, sin que pueda apreciarse concurrencia de culpa o negligencia de los trabajadores relevante o significativa para modular el porcentaje ante esa tolerancia que suponía el uso compartido del montacargas junto con ellos por parte de uno de los socios de la empresa.

Octavo.—Entrando en la petición formulada en el motivo quinto, a la que ya se aludió, relativa a que se haga pronunciamiento referido al trabajador D. Primitivo sobre que el recargo de prestaciones se debe aplicar única y exclusivamente a las derivadas del AT ocurrido el 10-10-07, que únicamente son las prestaciones por Incapacidad Temporal desde el día de la baja (10-10-07) hasta el día del alta (13-6-08), habida cuenta que la Incapacidad Permanente concedida al mismo se deriva de otro accidente totalmente distinto al que es objeto de autos, es evidente que no puede hacerse por la Sala, ya que lo primero (que se aplica el recargo exclusivamente a las prestaciones derivadas del AT de 10-10-07) ya figura en la Resolución del INSS que impone el recargo y la otra parte (de determinación de ser la única prestación derivada de él la correspondiente a la IT que indica y de la expresa exclusión de la Incapacidad Permanente que también indica como derivada de otro accidente), no puede hacerse en su primera parte porque la imposición lo es también sobre las prestaciones que puedan originarse en el futuro derivadas de aquél accidente y, en cuanto a la concreta exclusión de la Incapacidad Permanente que menciona como derivada de otro accidente, ocurre que la empresa recurrente no ha interesado adición o modificación alguna en hechos probados al respecto, pudiendo hacerlo y, de los existentes, no hay soporte fáctico alguno que permita hacer tal exclusión.

Noveno.—De conformidad con lo establecido en los artículos 233.1 y 202.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede la expresa condena en costas a la parte recurrente vencida en el recurso, que comprenden el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en cuantía que la Sala señalará prudencialmente en la parte dispositiva de esta resolución judicial, así como igualmente procede la condena a la pérdida del depósito para recurrir, lo que se hará cuando esta sentencia sea firme.

Resta examinar la petición de devolución de consignación que la recurrente efectúa alegando que por Diligencia de Ordenación de 3-5-11 del Secretario del Juzgado de procedencia se acordó dar traslado a la TGSS a fin de que fijase el capital coste necesario para proceder al pago del incremento de prestaciones durante el tiempo en que aquellas prestaciones permanezcan vigentes, lo que se hizo procediendo al pago del importe de 198.231'86 euros como requisito previo para poder formalizar el recurso de suplicación, lo que considera infringía los artículos 192.2 y 3 y 228 de la LPL, ya que la sentencia no la condenaba a realizar pago alguno, sino que lo que hizo fue desestimar su demanda y confirmar la resolución que imponía el recargo. A dicha petición se opone tanto la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, que aduce excede del recurso de suplicación que lo es contra la sentencia y no contra otros trámites procesales contra los que han de interponerse los recursos establecidos por la ley, como la de los trabajadores, que alega igualmente que el objeto del recurso es la sentencia y no la Diligencia de Ordenación. De los autos resulta la Diligencia de Ordenación señalada al folio 1396 y también que fue recurrida en reposición por la empresa alegando las mismas infracciones antes expuestas y desestimada la reposición por Decreto de 10-6-11 (folio 1423), contra el que se decía no cabía recurso alguno sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva, que es lo que se hace y el tema de la disposición de la devolución o de la pérdida de las cantidades consignadas para recurrir si forma parte de lo que ha de resolverse en la sentencia que ponga fin al recurso de suplicación, conforme a los artículos 201 y 202 de la LPL y a efectos de ello también la cuestión planteada de la procedencia o improcedencia de la exigencia que se efectuó a la recurrente.

Pues bien, se comparte el criterio de la recurrente y de las sentencias de TSJ por ella citadas en orden a que no procedía ni el requerimiento del previo cálculo del capital coste por la Tesorería ni el de ingreso del mismo ante ésta para recurrir que se hicieron por el juzgado porque la sentencia no era condenatoria ni reconocía prestaciones ni imponía el recargo, siendo la Tesorería quien podía proceder a su exigencia en vía administrativa. La consecuencia de ello es que, pese a desestimarse el recurso de suplicación contra la sentencia, no debe decretarse la pérdida de lo consignado para recurrir al amparo del artículo 202, 1 de la LPL porque se exigió indebidamente no tratándose de la

consignación de las cantidades a que se refiere dicha Ley, pero creemos tampoco debe acordarse la devolución sin más como se interesa sino dejando a salvo la posibilidad de la Tesorería de mantenerlo haciendo uso de su facultad ejecutora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por CONSTRUCCIONES LEON RABADAN, S.L. contra la Sentencia de fecha 4 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete, en autos 601/2010 (y acumulados 614 y 1005/2010) sobre Recargo de Prestaciones, siendo parte recurrida INSS, TGSS, D. Jesús, D. Primitivo y D. Martin, confirmamos la referida sentencia; condenando en costas a la parte recurrente, que comprende el pago de la minuta de honorarios del Letrado de los trabajadores que ha impugnado el recurso, en cuantía de 400 euros, así como la condena de la pérdida del depósito, lo que se hará cuando esta sentencia sea firme y, en cuanto al ingreso por la recurrente en la Tesorería General de la Seguridad Social del importe fijado por ésta de 198.231'86 euros como capital coste del recargo sobre las pensiones de incapacidades permanentes de los trabajadores, se le comunicará a la Tesorería que procede la devolución a la recurrente en tanto que ingreso que se le exigió indebidamente para recurrir, pero dejando a salvo sus propias facultades recaudatorias y ejecutoras de las resoluciones del INSS que impusieron los recargos.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número 0044 0000 66 1267 11 que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete tiene abierta en el BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, Oficina número 3001, sita en Albacete, C/ Marqués de Molins n.º 13, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €), conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

Expídanse las certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Iltmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, en fecha siete de febrero de dos mil doce. Doy fe.