

Sentencia T.S.J. Extremadura 66/2013, de 14 de febrero

CACERES

SENTENCIA: 00066/2013

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/N.º (TFN.º 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2012 0400167

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000596 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000016 /2012 JDO. DE LO SOCIAL n.º 004 de BADAJOZ

Recurrente/s: Isabel

Abogado/a: RAFAEL ARENAS MARMEJO

Procurador/a: MARIA TERESA HERNANDEZ CASTRO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONSTRUCCIONES DUMAT, Isidro

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL,, RODRIGO BRAVO BRAVO

Procurador/a:,, CARLOS ALEJO LEAL LOPEZ

Graduado/a Social:,,

ILMOS. SRES.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.

D.ª ALICIA CANO MURILLO.

D.ª MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ.

En CACERES, a catorce de Febrero de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL del T.S.J.EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N.º 66

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 596 /2012, interpuesto por el Sr. Letrado D. RAFAEL ARENAS MARMEJO, en nombre y representación de D.ª Isabel, contra la sentencia número 228/12 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 016/2012, seguidos a instancia de la recurrente, frente a Isidro, parte representada por el Sr. Letrado D. RODRIGO BRAVO BRAVO, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y CONSTRUCCIONES DUMAT, sobre RECARGO ACCIDENTE, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D.ª ALICIA CA NO MURILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—D.ª Isabel, presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONSTRUCCIONES DUMAT y Isidro, siendo turnada para su

conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 228, de fecha veinticinco de Junio de dos mil doce

Segundo.—En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "1.º- D. Romeo, con DNI NUM000, nacido el día NUM001 de 1969, casado con D.ª Isabel y padre de Victorio y Carlos María -nacidos el día NUM002 de 2005 y el día NUM003 de 2008, respectivamente-, sufrió un accidente de trabajo en la finca " DIRECCION000 ", sita en el término municipal de Albuquerque, propiedad de D. Isidro, el día 20 de julio de 2010 mientras trabajaba para la empresa CONSTRUCCIONES DUMAT. 2.º- D. Isidro, propietario de la finca en la que sucedieron los hechos, dedicada a la explotación porcina, encargó al ingeniero técnico agrícola D. Armando un proyecto para la inscripción en el Registro de Porcino de una explotación de producción, del tipo G. II, de carácter extensivo, con una capacidad para 667 cerdos de cebo. D. Armando facturó, en concepto de gestión completa del registro porcino de la finca, la cantidad de 3.210 €. D. Isidro contrató con la empresa CONSTRUCCIONES DUMAT la realización de las siguientes obras: el acondicionamiento de una nave existente, la construcción de una nueva nave y la construcción de un lazareto y foso de purines. 3.º- El accidente se produjo cuando D. Romeo y D. Fabio, trabajadores de la empresa CONSTRUCCIONES DUMAT 2005, S.L., se encontraban trabajando en el interior de una fosa próximos al muro, ejecutando los cimientos de uno de los pilares de refuerzo del mismo. En un momento determinado, se produjo el derribo del muro del bloque de hormigón prefabricado junto al que trabajaban, provocando el sepultamiento parcial de ambos trabajadores y, como consecuencia, el fallecimiento de los mismos. Las causas del accidente fueron las siguientes: - Construcción de la fosa de purines en la que estaban trabajando no acorde a lo indicado en el proyecto técnico que contempla la ejecución de muros perimetrales con hormigón armado en lugar de lo efectivamente ejecutado (pared sencilla de bloques de hormigón revestida de cemento). Ausencia de plan de seguridad y salud en el trabajo. Realización de trabajos en proximidad del muro que presenta grietas y pro tanto debilitado, utilizando martillo percusor y radial, sin que se hubiera adoptado medidas de entibación y apuntalamiento. 4.º- la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción, en la que proponía imponer a la empresa una sanción, pro la comisión de una infracción muy grave en grado mínimo, de conformidad con el artículo 13.8.b del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de sesenta mil euros, y una propuesta de recargo de prestaciones económicas. 5.º- La Dirección Provincial de Badajoz del INSS inició un expediente en materia de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, en el que la demandante realizó las alegaciones que estimó pertinentes mediante escritos presentados el día 25 de febrero de 2011 y 18 de julio de 2011, y la empresa CONSTRUCCIONES DUMAT 2005, S.L., realizó sus alegaciones en el escrito presentado el día 1 de marzo de 2011. Este expediente concluyó por medio de resolución de la Dirección provincial de Badajoz del INSS, de fecha 26 de septiembre de 2011, en la que declaraba la responsabilidad empresarial pro falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por D. Romeo el día 20 de julio de 2010 y, declarar, en consecuencia, la procedencia que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo citado fueran incrementadas en un 50% con cargo exclusivo a la empresa CONSTRUCCIONE DUMAT 2005, S.L., 6.º- Interpuesta la

oportuna reclamación administrativa previa frente a dicha resolución, por medio de escrito presentado el día 8 de noviembre de 2011, la misma fue desestimada por medio de resolución de la Dirección Provincial de Badajoz de fecha 14 de noviembre de 2011. 7.º- Por estos hechos se inició el procedimiento de diligencias previas número 3.303/2010 en el Juzgado de Instrucción Número 1 de Badajoz."

Tercero.—En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Desestimo la demanda presentada por D.ª Isabel contra el INSS, la EMPRESA CONSTRUCCIONES DUMAT y D. Isidro. Por ello, absuelvo a los demandados de todas las pretensiones contenidas en la misma."

Cuarto.—Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Recurrente, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.—Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 5-12-12.

Sexto.—Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31-1-13 para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor, en la que se interesaba se declarara la responsabilidad solidaria de D. Isidro en el recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social del 50% impuesto a la empresa DUMAT 2005, S.L., consecuencia del accidente de trabajo sufrido por D. Romeo, en fecha 20 de julio de 2010, que le ocasionó la muerte, cuando prestaba servicios para la empresa indicada en una finca, dedicada a la explotación porcina, propiedad del primeramente citado, en la que se estaba ejecutando la obra consistente en acondicionamiento de una nave existente, la construcción de una nueva nave y la construcción de un lazareto y un foso de purines, de las que resultarían beneficiarios su cónyuge D.ª Isabel y sus hijos Victorio y Carlos María (hechos probados primero y segundo de la sentencia de instancia).

Frente a dicha decisión se alza la vencida en la instancia, interponiendo el presente recurso de suplicación, y en un primer motivo, con adecuado cobijo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), interesa la revisión de los hechos declarados probados por la resolución de instancia. Y emplea para tal denuncia la técnica de exponer lo que a su juicio ha ocurrido en el accidente de trabajo examinado, y examinar toda la prueba practicada, de hecho encabeza lo que denomina "Motivos concretos de recurso: desconsideración de la prueba documental. Incumplimiento del Sr. Isidro y causalidad", afirmando que la sentencia de instancia prescinde de valorar la prueba aportada por la parte recurrente, consecuencia de lo cual, mezclando cuestiones fácticas y jurídicas, se dedica a valorar el total de la prueba practicada, extrayendo las conclusiones que estima por conveniente, y tendentes a situar al demandado en la posición de contratista, y no sólo de dueño de la obra, exponiendo razones para convencer a esta Sala de tal condición y de las infracciones que habría cometido el dueño de la obra en materia de coordinación de distintas actividades en un mismo centro de trabajo, y concluyendo con un nuevo relato fáctico de los hechos primero, segundo, tercero y séptimo, en la forma que estima por conveniente, incluyendo conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, exponiendo en el último los razonamientos del auto de la sección penal de la Audiencia Provincial de Badajoz número 437/2011, de 30 de noviembre, transcribiendo su fundamento de derecho tercero.

Y en cuanto a ello, hemos de decir que tales pretensiones, teniendo en cuenta la defectuosa construcción del recurso, pese a su extensión, no pueden prosperar por cuanto que tal y como viene vienen exigiéndose jurisprudencialmente, para el éxito de las pretensiones dedicadas a la reforma fáctica, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003, ha venido declarando que es preciso para que prospere al revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, mas aplicable al recurso de suplicación): "1.º- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2.º- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3.º- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4.º- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados" (En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo de de 24 de junio de 2008). Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de «reglas básicas», cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el

recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas «reglas» las podemos compendiar del siguiente modo:

1.º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2.º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3.º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4.º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral), tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (en la actualidad artículos 193 b), 196 y 94.2 de la LRJS).

Dicha doctrina viene aderezada, en la citada sentencia de 24 de junio de 2008 con el recordatorio de que el presente recurso no es el ordinario de apelación, sino el extraordinario de casación, aplicable tal naturaleza al de suplicación, reiterando en términos más concretos para solventar el supuesto que allí se sometía a su consideración, que en este tipo de recursos y inconcreto en lo que respecta a la revisión fáctica, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -que aprecia "los

elementos de convicción" (artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, actual LRJS), concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los que enumera el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales".

No es posible atender a lo que pretende el recurrente pues para que prosperen las revisiones de hecho, como hemos visto, y para cada una de ellas, no siendo suficiente exponer un texto más o menos extenso de los hechos probados que a su entender debería contener la resolución de instancia, se ha de citar el documento o pericia y parte de él, individualmente señalado, que acredite el error sufrido por el Magistrado de instancia al momento de efectuar dicho relato, cita que no efectúa el recurrente, a salvo lo que a continuación se dirá, relato que contiene además consideraciones jurídicas, que quedan extramuros de la resultancia fáctica. Y en lo que atañe a la revisión del hecho séptimo, en virtud del auto de apertura de juicio oral, que la recurrente ni tan siquiera ha señalado los folios donde se documenta dicho auto, cuya obligación a él incumbe, pues estamos, como hemos visto, ante un recurso de naturaleza extraordinaria, desde luego nada acredita el mentado auto en lo que atañe a la revisión de hechos pues, además de no existir resolución firme que contenga una relación de hechos probados, la jurisdicción penal y la social son independientes, siendo que el artículo 4.3 de la LRJS determina que: "Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla". Y a ello hemos de añadir que lo que suscita el recurrente son cuestiones atinentes a la valoración de la prueba, y como ha dicho el Alto Tribunal en sentencia, la Sentencia del TS de 25 de enero de 2012, en su fundamento de derecho sexto:

" (...) y en cuanto a la segunda modificación, por cuanto al remitirse genérica y globalmente a los numerosos documentos invocados, lo que realmente se plantea por el recurrente es la propia valoración de la prueba -habiéndose practicado además de la documental, la testifical - desarticulándola, para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, y como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 7 de marzo de 2003 (rec. casación 96/2002), recogiendo lo afirmado en las sentencias de 3 de mayo de 2001 y 10 de febrero de 2002 (Recursos 2080/00 y 881/01), con esta forma de articular el motivo que nos ocupa "Claramente se conculca la doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de septiembre de 1995 y 24 de mayo de 2000 entre otras muchas... (pues)... esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba

en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia (en este caso a la Sala `a quo`), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica";.

Segundo.—En el segundo motivo de recurso, el disconforme, con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS,, denuncia la infracción de los artículos 123 de la LGSS y 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

Sustenta tales infracciones el recurrente en que la resolución de instancia sólo tiene en cuenta para exonerar de responsabilidad a la promotora de la obra, que no desarrolla la misma actividad que la contratista, aún cuando el centro de trabajo sea propiedad de la primera, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y entiende que, tal y como sostiene esta Sala en sentencia, por ejemplo 211/2008, de 6 de mayo, que lo determinante al momento de examinar si nace dicha responsabilidad es si el empresario principal cumple o no con sus obligaciones en la materia, es decir ha de estarse al concepto de empresario infractor. Y a continuación argumenta las infracciones que entienden concurren en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre las que incluye las que ha pretendido introducir por la malograda revisión fáctica, respecto de lo cual estas afirmaciones de hechos que da por sentado el recurrente no hemos de tenerlos en consideración, siendo que en ese caso, venimos declarando que al no haberse logrado modificar la apreciación del Juzgador de instancia que sirvió de antecedente amparador al basamento jurídico que en la sentencia impugnada se precisó, es reiterada la jurisprudencia - sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1979 y 10 de mayo de 1980 - que indica que no podrá prosperar la revisión en derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución en cuestión se constatan y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima relación de ambos presupuestos (doctrina ésta a la que alude la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2000, si bien para inaplicarla al supuesto que allí se plantea pues no es predicable con carácter de generalidad para todos aquéllos casos en que no se solicite o no prospere la revisión fáctica, si no sólo en los que la revisión sustantiva tenga como presupuesto necesario la modificación de la narración fáctica), circunstancias que por lo que respecta este motivo concurren, al sustentarse la infracción, en este extraordinario recurso de suplicación, en una base fáctica inexistente, excepción hecha de la consistente en ausencia total de plan de seguridad, hecho que se declara probado en el antecedente de hecho tercero de la sentencia recurrida, y sobre lo que la recurrente a continuación pone el punto de apoyo de su recurso, citando del propio modo las sentencias de esta Sala 327/2011, de 19 de marzo, que condena solidariamente al pago del recargo el dueño de la obra -Hotel AC- y a la empresa por él contratada, dedicada a la actividad de construcción de forjados, en tanto en cuanto la Sala aplica el artículo 123 de la LGSS y emplea el concepto de empresario infractor. Del propio modo expone la doctrina general seguida por esta Sala en cuanto a los requisitos para que surja la responsabilidad estudiada, transcribiendo la sentencia de 27 de octubre de 2009, Recurso 458/2009.

En definitiva, la cuestión debatida en el presente recurso es si en un supuesto de recargo en cuanto al pago de prestaciones derivadas de un accidente de trabajo la responsabilidad alcanza a la empresa principal con carácter solidario, y para ello, como hemos apuntado debemos partir de los hechos declarados probados y en los mismos se relata que la dueña de la obra absuelta en la instancia donde sucedió el siniestro luctuoso, se dedica a la actividad de explotación porcina, habiendo encargado al Sr Armando ingeniero técnico agrícola, un proyecto para la inscripción en el Registro de Porcino de una explotación de producción, del tipo GII, de carácter extensivo, con una capacidad de 667 cerdos de recebo, facturando la gestión completa del registro de porcino de la finca, contratando con Construcciones Dumat la realización de las siguientes obras: el acondicionamiento de una nave existente, la construcción de una nueva nave y la construcción de un lazareto y un foso de purines. Teniendo en cuenta lo anterior, el accidente se produjo " El accidente se produjo cuando D. Romeo y D. Fabio, trabajadores de la empresa CONSTRUCCIONES DUMAT 2005, S.L., se encontraban trabajando en el interior de una fosa próximos al muro, ejecutando los cimientos de uno de los pilares de refuerzo del mismo. En un momento determinado, se produjo el derribo del muro del bloque de hormigón prefabricado junto al que trabajaban, provocando el sepultamiento parcial de ambos trabajadores y, como consecuencia, el fallecimiento de los mismos. Las causas del accidente fueron las siguientes: - Construcción de la fosa de purines en la que estaban trabajando no acorde a lo indicado en el proyecto técnico que contempla la ejecución de muros perimetrales con hormigón armado en lugar de lo efectivamente ejecutado (pared sencilla de bloques de hormigón revestida de cemento). Ausencia de plan de seguridad y salud en el trabajo. Realización de trabajos en proximidad del muro que presenta grietas y pro tanto debilitado, utilizando martillo percusor y radial, sin que se hubiera adoptado medidas de entibación y apuntalamiento" (hecho probado cuarto de la sentencia de instancia).

Tercero.—Y esos son los hechos que podemos tener en consideración, de los que se extrae que la recurrida era promotora dueña de la obra, que se dedica a actividad distinta de la contratada para ejecutar por DUMAT, 2005, S.L., y que el accidente acaece por los motivos que hemos expuesto, a lo que se une lo que la demandada ha reconocido, la existencia en la obra de un trabajador autónomo dueño de una retroexcavadora aún no declarándose si éste fue contratado por la contratista o por el dueño de la obra.

En cuanto a lo expuesto, cierto es, como mantiene el recurrido que con arreglo al relato fáctico declarado probado, no puede confundirse contratista con promotor, pues según el artículo 2.1 del Real Decreto, que también cita la recurrente, 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción, el promotor "es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra" y el contratista es "la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios

humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de efectuar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato".

Pero, aún teniendo en cuenta lo anterior, hemos de dar la razón al recurrente en lo que atañe a la aplicación del concepto de empresario infractor, pues tal y como se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, fundamento de derecho octavo, criterio del Tribunal Supremo que es el mantenido por esta Sala en la sentencia que invoca el recurrente de 6 de mayo de 2008 y 2 de febrero de 2001, e implícitamente en la de 19 de mayo de 2011: < < Esta Sala en su sentencia de 5-05- 1999 (R-3656/97), con referencia a la sentencia de 18-04-1992, y la tesis que sustentaba ésta, en un supuesto en que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal, con cita del art. 42 del E.T. fundando la pretensión no en este dato, sino en una interpretación del art. 93 de la LGSS, sobre la noción de empresario infractor a la luz del art. 153-2 de la Ordenanza General de Seguridad é Higiene en el trabajo, precepto éste que establecía que la empresa principal respondiera solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que áquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, razonaba:

"A los efectos debatidos que, lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que "el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran" y si es así -continúa diciendo la sentencia de 18 de abril de 1992 - es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste.

Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad é higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así lo estimó también la sentencia de 16 de diciembre de 1997, que reitera que en estos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y añade que, aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra ó servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta

calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad."";

Y teniendo en cuenta lo anterior, no debemos pues tener en cuenta únicamente lo que argumenta la decisión de instancia, y que hemos expuesto, sino si es atribuible al empresario principal la infracción de medidas de seguridad que contribuyan a la causación del siniestro laboral, y en este caso hemos de concluir que sí concurren tales infracciones y existe relación de causalidad entre la infracción y el daño causado. Y ello por cuanto que de los hechos declarados probados se extrae una fundamental infracción, además del deber de vigilancia que incumbe a la empresa principal, con arreglo al Real Decreto 1627/1997, que cita el recurrente. En primer lugar viene a resultar que el artículo 4 del mismo determina que "1. El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes:

a) Que el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 75 millones de pesetas.

b) Que la duración estimada sea superior a 30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente.

c) Que el volumen de mano de obra estimada, entendiendo por tal la suma de los días de trabajo del total de los trabajadores en la obra, sea superior a 500.

d) Las obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas.

2. En los proyectos de obras no incluidos en ninguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio básico de seguridad y salud".

En consecuencia no existe el estudio básico de seguridad y salud, y viene a resultar que el artículo 7 del indicado Real Decreto preceptúa que "1. En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no

podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico.

En el caso de planes de seguridad y salud elaborados en aplicación del estudio de seguridad y salud las propuestas de medidas alternativas de prevención incluirán la valoración económica de las mismas, que no podrá implicar disminución del importe total, de acuerdo con el segundo párrafo del apartado 4 del art. 5".

Y en el supuesto examinado, tal y como alega la recurrente, no existe plan alguno de seguridad y salud, sobre el que el contratista pudiera haber elaborado el plan de seguridad, siendo que obviamente ello explica la total ausencia de medidas de seguridad en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, obviando cuestiones tan básicas como estar trabajando en la proximidad de un muro que presenta grietas utilizando martillo percutor y radiales, sin emplear medidas de entibación o apuntalamiento alguno, teniendo en cuenta que el trabajador se encontraba desarrollando sus funciones en el interior de una fosa próxima al muro. O estar construyendo la fosa de purines en la que trabajaban no acorde con lo indicado en el proyecto técnico que contempla la ejecución de muros perimetrales con hormigón armado en lugar de la pared sencilla con bloques de hormigón revestida de cemento efectivamente ejecutada. Estas infracciones cometidas tienen su origen en la inexistencia de plan alguno de seguridad, que haya podido prever los riesgos existentes en la ejecución de la obra, infracción que recae directamente, como hemos visto, en el empresario principal.

En consecuencia con lo expuesto, y teniendo presente que el empresario principal no elaboró plan básico alguno de prevención, ejecutándose los trabajos en la forma que hemos descrito y sin que éstos estuvieran supervisados por técnico competente, tal y como razonamos en la sentencia de esta Sala que invoca el recurrente, de 6 de mayo de 2008: " El empresario comitente es "empresario infractor" cuando ha incumplido sus obligaciones de vigilancia. Responsabilidad que le viene dada al no haber llevado a cabo su deber de vigilancia y haber dejado que el contratista incumpla su obligación. Se estima así que la responsabilidad es solidaria respecto de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista cuando la empresa principal incurre en una culpabilidad in vigilando o cuando la empresa principal que debe vigilar el cumplimiento de contratistas y subcontratista de las normas de prevención de riesgos laborales, no lleva a cabo inspección alguna de actividad que la contratista realizaba (STS 11 mayo 2005). Pero la obligación del empresario principal no se agota con el cumplimiento del deber de vigilar; la Ley exige también al comitente, como titular del centro de trabajo donde se desarrolla la actividad, garantizar que las condiciones en las que ésta se realiza son seguras para la salud y vida de los trabajadores. Por ello, aunque el comitente cumpla con su obligación de vigilar al contratista, si el centro de trabajo que pone a su disposición no cuenta con los medios de seguridad adecuados, o estos devienen insuficientes, está incumplimiento su obligación, adquiriendo también la condición de empresario infractor. Lo mismo puede decirse del contratista, que si bien está

obligado a cumplir con las normas de prevención, no puede eludir su responsabilidad si es el empresario principal el que ha incumplido, dado que él es el empresario de los trabajadores, y como tal, debe vigilar que éstos presten sus servicios en condiciones seguras, y si no pone los medios suficientes para ello, asume la correspondiente responsabilidad. Únicamente cuando se demuestre que el empresario- tanto comitente como contratista- ha cumplido razonablemente con las obligaciones que en materia de salud le impone la ley, incluida la de vigilancia, podría ser exonerado, ya que si no hay incumplimiento, no hay culpa, y por tanto no habría empresario infractor, circunstancias que no son las de este caso, por lo que la Sala entiende que concurren los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para la extensión de la responsabilidad solidaria en el pago del recargo a la empresa recurrente, incluso si, como alega, su actividad fuera de la promotor por lo que ha de mantenerse la imposición del recargo";.

En virtud de lo expuesto procede estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia de instancia en el sentido que se expone en la parte dispositiva de esta resolución.

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Isabel contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2012, dictada en autos número 16/2012, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 4 de los de Badajoz, por la recurrente frente a DON Isidro, INSS y CONTRUCCIONES DUMAT, 2005, S.L. sobre RECARGO DE PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO, REVOCAMOS aquella resolución, para, estimando la demanda interpuesta por la recurrente, declarar la responsabilidad solidaria de Don Isidro en el recargo del 50% sobre las prestaciones en materia de Seguridad Social de las que resulta beneficiaria la recurrente y sus hijos, derivadas del accidente de trabajo sufrido por Don Romeo, condenando a las demandadas a estar y pasar por la precedente declaración y al pago de las prestaciones que correspondan con el recargo declarado y de las que son responsables solidarios la empresa DUMAT 2005, S.L. y Don Isidro.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del

improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO N.º 1131 0000 66 059612, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de duplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

