

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA. (Sala de lo Social).

Sentencia de 2 de diciembre de 1996

### SUMARIO:

*Prevención de riesgos laborales. El deber de seguridad. Recargo de prestaciones de Seguridad Social. Infracciones administrativas. Acreditada la existencia de la omisión de medidas de seguridad, tanto por el almacenamiento no aislado y apilado, como por la defectuosa rotulación del bidón conteniendo líquido corrosivo, así como por la total ausencia de instrucciones al trabajador accidentado sobre su transporte desde el indebido almacenamiento, y el consiguiente nexo casual entre dichas omisiones y el accidente con su resultado dañoso, es evidente la procedencia de las infracciones detectadas y la confirmación del recargo de prestaciones.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Primero.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la empresa y confirmó la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de 12 de junio de 1992, que declaró la existencia de responsabilidad empresarial por omisión de medidas de seguridad en el accidente sufrido por el trabajador y condenó a la hoy recurrente a abonar a su exclusivo cargo un incremento del 30 por 100 en las prestaciones derivadas de dicho accidente. Y frente a dicha sentencia interpone la empresa el recurso de suplicación que se examina articulado en dos motivos dedicados, por correcto cauce procesal, a la revisión de los hechos probados y al examen del derecho aplicado.

El primer motivo no es viable. La modificación que se interesa del apartado tercero del relato de hechos probados, para hacer constar la existencia de órdenes directas y concretas al trabajador accidentado por parte del encargado de sección, sobre la forma de cargar los palets en la carretilla elevadora, y la de revisar previamente los bidones para comprobar que estaban vacíos, se apoya en primer lugar en la declaración que dicho encargado realizó en juicio en calidad de testigo. No es sin embargo, prueba hábil a efectos revisorios al carecer de la virtualidad que el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) otorga exclusivamente a las pruebas documental o pericial. A mayor abundamiento, la lectura del acta de juicio muestra que dicho encargado habló de las instrucciones que suele impartir a los jefes de sección y a los carretilleros, pero para nada se le preguntó, ni por tanto medió afirmación al respecto, de si había dado también tales instrucciones al trabajador accidentado que había sido contratado como peón, y que venía realizando funciones de carretillero por exceso de trabajo. Y en segundo lugar en un juicio de «probabilidad», sobre la del accidente, que emite el Inspector de Trabajo en su Acta de Infracción. Soporte inhábil a los efectos pretendidos porque como el propio recurrente enfatiza en el segundo motivo del recurso, es doctrina jurisprudencial reiterada, la de que no cabe atribuir ninguna presunción *iuris tantum* de certeza a los juicios u opiniones subjetivas que el Inspector actuante haya vertido en el acta, que en tal punto, fue apreciada por el juzgador, junto al resto de la prueba practicada, incluida la muy completa confesión judicial del trabajador accidentado, en uso de las facultades que al respecto le otorga el artículo 97.2 del texto procesal, logrando así, una convicción que debe prevalecer sobre la parcial e interesada de la parte recurrente.

En cuanto a la adición que se pretende en el hecho cuarto, para señalar que el Acta de Infracción levantada por el Inspector actuante, se encuentra recurrida ante el Orden Contencioso-Administrativo de la Jurisdicción, debe responderse que se trata de dato irrelevante para resolver la controversia dada la absoluta independencia existente entre dicho Orden y el Social para conocer y resolver sobre dos actuaciones administrativas igualmente independientes entre sí. Aquel es competente para conocer sobre el procedimiento sancionador iniciado por la referida acta. Y nosotros para entender del iniciado por el INSS, a fin de constatar, no si la empresa ha incurrido en responsabilidad por infracción de preceptos sancionadores, sino si se ha producido o no, la omisión de medidas de seguridad generadoras del recargo, independiente de la sanción que establece el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Actuación total y claramente diferenciada de la sancionadora recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, regida por distintas normas legales y con tramitación paralela y nunca convergente con aquélla. Queda por todo ello, desestimado el primer motivo del recurso.

### **Segundo.**

En el segundo motivo del recurso, se denuncia la infracción de hasta siete normas sustantivas, con constante referencia a la forma como se produjo el accidente. Bueno es, por tanto, recordar lo que al respecto ha declarado probado el Juez social. El accidente que causó al trabajador la pérdida de visión del ojo derecho y una operación de trasplante en el izquierdo, se produjo al caerle sobre los ojos una cantidad de hidróxido sódico o sosa, cuando intentaba transportar con una carretilla elevadora un bidón conteniendo dicho producto. La empresa cuenta con más de 300 bidones de 200 kilogramos todos ellos de color gris plomo, y de altura de 1,10 metros, en los que se contienen las diversas materias primas que necesita para sus procesos de fabricación. De ellos, sólo cuatro son destinados a contener hidróxido sódico, y normalmente se almacenan separados de los demás, junto al tanque nodriza de dicho producto, y llevando en solo uno de sus lados un rótulo en letras negras con la inscripción «peligro sosa».

Sin embargo, el día del accidente, uno de dichos barriles conteniendo aún hidróxido sódico, se encontraba en la zona que la empresa tiene destinada para el almacenamiento de los demás bidones vacíos que están paletizados de cuatro en cuatro y colocados en pilas de cuatro palets de modo que la última o superior en la que se encontraba el bidón en cuestión, estaba a unos cinco metros del suelo. El trabajador realizaba tareas de maquinista de carretilla elevadora, para lo que tenía cierta experiencia, aunque había sido contratado como auxiliar de conserva o peón, y no había recibido instrucciones previas acerca de las medidas de seguridad a observar para el manejo de los bidones, ni éstas estaban expuestas por escrito. Y en el momento en que introdujo las horquillas de la carretilla en el palet situado en tercer lugar y elevó unos dos palmos los palets tercero y cuarto de la pila, para trasladar en total ocho bidones, el bidón conteniendo el líquido corrosivo cayó sobre el pórtico de la carretilla, derramándose el líquido que contenía, que alcanzó los ojos del trabajador produciéndole quemaduras con el resultado ya señalado.

### **Tercero.**

A la vista de la situación fáctica descrita, es evidente que la sentencia de instancia al desestimar la demanda de la empresa y mantener su condena al abono del recargo por omisión de medidas de seguridad, no infringe el

artículo 93 de la LGSS de 1974, ya que no concurre imprudencia profesional por parte del trabajador accidentado que hubiera podido romper el nexo causal entre la omisión de las medidas y el accidente. Porque, en contra de lo afirmado por la empresa, el trabajador, no había recibido órdenes prohibiéndole transportar más de un palet, ni consta probado que llevara a cabo ninguna maniobra desaconsejable en el manejo de la carretilla, ni mucho menos que ya hubiera iniciado un giro de puro transporte con el mástil de la carretilla levantado. No debe olvidarse que el accidente se produjo en el momento mismo de iniciar la obligada elevación de los palets, para poder retroceder y separarlos del resto de los apilados, cuando, necesariamente, la carretilla debía tener el mástil levantado, ya que de contrario, no hubiera podido separar los palets más elevados del resto de los apilados. Y si el bidón cayó desde la altura, fue exclusivamente porque no se encontraba atado a los otros tres, atadura necesaria y lógica para un buen almacenamiento de bidones a fin de evitar que cualquier movimiento produzca la caída de alguno.

Tampoco infringe el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, porque el empresario está obligado a ejercer el poder de dirección y control que dicho precepto le reconoce con la diligencia que exige que la deuda de seguridad que tiene para con sus empleados *ex* artículo 4.º 2 d) del Estatuto de los Trabajadores, y con sujeción a las prescripciones legales al respecto, y entre ellas las generales que previenen los artículos 93 de la LGSS y 7.º 2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971. Y la empresa no adoptó ninguna de tales medidas.

#### **Cuarto.**

La sentencia aplica correctamente el artículo 137 de la citada Ordenanza General, que también se invoca como trasgredido. Su párrafo 2 impone la obligación de rotular -«ostensiblemente» como señala el art. 133.9- , los bidones con indicación de tal peligro y precauciones para su uso. Afirma la empresa que la tenía suficiente. Pero como razona el juzgador, la rotulación del bidón en negro -que no en verde como se indica en el recurso- con la frase «peligro-sosa» en uno sólo de sus lados es por completo inadecuada. Porque al margen de que el color no es el más aconsejable, ya que el negro poco destaca sobre el gris plomo del bidón, resulta que tan sólo estaba escrita en uno de sus lados, con lo que, como señala el juez, basta que el rótulo esté en la parte no visible, cuando los bidones están apilados juntos y a tan gran altura, para que sea prácticamente imposible su identificación. Máxime cuando la empresa incumplió además las obligaciones que le imponen el número 7 del mismo artículo 137, de que el almacenaje de los recipientes con líquidos corrosivos «nunca se hará por apilamiento» y el artículo 133.2 sobre almacenamiento «aislado», y la de facilitar al trabajador accidentado la instrucción adecuada sobre los riesgos y peligros que en su trabajo puedan afectarle y la forma y métodos que debía observar para prevenirlos que prescribe el número 11 del artículo 7.º de la misma Ordenanza. Tratándose de un líquido corrosivo, el bidón que lo contenía -y que se apilaba, incomprensiblemente, junto a otros vacíos, cuando aquél no lo estaba, y tan gran altura-, debió estar rotulado al menos como prescribe el Reglamento de Almacenamiento de productos químicos que reitera lo previsto en el Real Decreto 2216/1985, es decir con el pictograma correspondiente, dibujado en negro sobre fondo amarillo-naranja, y en todos los laterales del bidón, para una rápida identificación. Es cierto por contra que no es aplicable al caso el número 8 del artículo 137, que se cita en la Resolución del INSS, pero como ya aclara la propia sentencia, se debe sin duda a un simple error, ya que el realmente aplicable es el número 7, sobre el que hemos razonado.

También es cierto el Real Decreto 2216/1985, de 28 de octubre, en su artículo 23, citado por la Resolución, regula las condiciones de los envases para la «puesta en el mercado», de las sustancias peligrosas, y que la empresa recurrente, no realiza tal actividad. Mas debe repararse en que es la propia empresa la que decide utilizar el líquido corrosivo fuera del tanque oficial de almacenamiento y transportarle a su riesgo en bidones iguales al resto de los que utiliza, y que tal actuación le obliga a proceder con las mismas precauciones que si fuera ella la fabricante del envase. Y no cumplió nada de lo previsto en el artículo 23, que por otra parte, no contiene prevenciones superiores a las que aconseja esa norma, diligencia que la empresa está obligada a desarrollar.

#### **Quinto.**

De igual modo, no se han producido tampoco las restantes infracciones que la recurrente acusa. Y así:

a) No se ha conculcado el artículo 38 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio, puesto que el juez *a quo*, no ha otorgado ninguna presunción de certeza al Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo, sino que se ha limitado a valorarla en el conjunto de toda la prueba practicada.

b) De otro lado, la recurrente entiende que el artículo 25.1 de la Constitución, obligaba a dejar sin efecto el recargo, ya que la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, está desprovista del carácter de ley formal, única hábil para fijar las sanciones a imponer, y el artículo 10.9 de la Ley 8/1988 (LISOS), contiene un precepto en blanco contrario al principio de tipicidad que consagra el artículo 9.º 3 de la Constitución. Pues bien, aun a riesgo de reiteraciones, es obligado afirmar:

1.º Que el artículo 2.º de la Ordenanza y el artículo 93 de la LGSS, contemplan situaciones distintas, pues mientras la primera aboca en una infracción administrativa que se impone al empresario infractor de las medidas de seguridad, la segunda establece una prestación a la víctima, o sus causahabientes, derivada de la deuda de seguridad que el empresario contrae con su trabajador; y que si bien puede aceptarse que la multa, amparada exclusivamente en aquella norma reglamentaria, infringe el artículo 25.1 en relación con el 53.1, ambos de la Constitución Española, no cabe mantener tal criterio respecto del recargo, que además de no tener la naturaleza de condena o sanción penal o administrativa, está amparada en norma legal con rango de Ley cual es el artículo 93 de la LGSS.

2.º Que el hecho de que, por exigencia constitucional, no pueda imponerse al empresario multa por infracción de las medidas de seguridad que exige la Ordenanza General, no implica, como la recurrente pretende, la derogación de toda la Ordenanza, ni mucho menos del listado de obligaciones de seguridad que contiene, que sigue teniendo plena validez como punto referencial para que el juzgador social valore la conducta patronal a la hora de imponer el recargo que establece la LGSS. Pero es que, aun admitiendo, sólo como hipótesis, la inaplicabilidad de toda la Ordenanza, no por ello habría quedado sin apoyo legal el recargo impuesto; porque como ya ha señalado esta Sala (S. 595/1990), desde la modificación del artículo 55 del Reglamento de 22 de junio de 1956, introducida por el Decreto de 6 de diciembre de 1962, la aplicación del recargo de prestaciones del artículo 93 - que transcribe prácticamente el contenido de dicho Decreto- no exige ya la concreción de un determinado aparato o medida omitida, sino que basta la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad necesarias para el trabajo humano que todo empresario está obligado a

cumplir en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores a su servicio, con lo que se evidencia que tampoco se ha infringido el artículo 9.º 3 de la Constitución, ya que el recargo se sustenta en norma legal vigente.

c) El artículo 48, apartado 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 -se cita por error la fecha de 27 de diciembre de 1956 que corresponde a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- amén de no estar vigente en la fecha de la Resolución (había sido derogado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y de Procedimiento Administrativo Común) no habría resultado aplicable en ningún caso en vía judicial social.

Acreditada por tanto la existencia de la omisión de medidas de seguridad, tanto por el almacenamiento no aislado y apilado, como por la defectuosa rotulación del bidón conteniendo líquido corrosivo, así como por la total ausencia de instrucciones al trabajador accidentado sobre su transporte desde el indebido almacenamiento, y el consiguiente nexo causal entre dichas omisiones y el accidente con su resultado dañoso, es evidente que la sentencia de instancia debe ser confirmada, previa desestimación del recurso interpuesto.

## **FALLO**

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

Ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Don J... H... P... e H..., S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Murcia, de fecha 30 de junio de 1993, a virtud de demanda deducida por el recurrente, contra don P... G... M..., FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social: Número 61, INSS y Tesorería Territorial de la Seguridad Social, sobre accidente de trabajo, y confirmar, en consecuencia, el pronunciamiento de instancia.

Dése a los depósitos, si los hubiere, el destino legal.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal; hágaseles saber que contra la misma cabe interponer el excepcional recurso de unificación de doctrina en plazo de 10 días y con sujeción a lo dispuesto en la LPL, Libro III, Capítulos IV y V; y una vez firme devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia, con certificación de esta resolución para su ejecución, y expídase testimonio de ella para su constancia en el rollo que se archiva en este Tribunal.