

## Sentencia T.S. (Sala 4) de 29 de noviembre de 2010

### RESUMEN:

Accidente de trabajo: Incapacidad permanente total cualificada. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: Procede la aplicación del recargo sobre el incremento del veinte por ciento que se ha aplicado a la prestación de incapacidad permanente total, fijada inicialmente en el cincuenta y cinco por ciento de la base reguladora, al cumplir el actor 55 años de edad. Desestimación.

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernandez Torrego, en nombre y representación de MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 14 de julio de 2009, recaída en el recurso de suplicación nº 1099/2009, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictada el 23 de octubre de 2008, aclarada en auto de fecha 23 de octubre de 2008 en los autos de juicio nº 426/08, iniciados en virtud de demanda presentada por Jose Ramón, contra MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., INSS, TGSS y MUTUA LA FRATERNIDAD MUPRESA, sobre PRESTACION.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**-Con fecha 13 de octubre de 2008, el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar la demanda formulada por D<sup>o</sup> Jose Ramón contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra el empresario Montajes y Construcciones Dilo, S.L., y contra la Mutua Fraternidad-Muprespa, debo declarar y declaro el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la incapacidad permanente total con el incremento por la falta de medidas de seguridad en el cuarenta por ciento de la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total, por un importe de 573,13 euros a sumar al importe que reciba por la pensión por la incapacidad permanente total, todo ello con los aumentos incrementos que vaya percibiendo, con cargo al empresario Montajes y Construcciones Dilo, S.L., que en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, deberán ser anticipadas por la Mutua La Fraternidad-Muprespa y siendo responsable subsidiario el Instituto Nacional de la Seguridad Social, solo en caso de insolvencia del empresario codemandado Montajes y Construcciones Dilo, S.L."

Esta sentencia fue aclarada por auto de fecha 23 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Estimar la demanda formulada por D<sup>o</sup>. Jose Ramón contra MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., y debe declarar el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la Incapacidad Permanente Total con el incremento por las Faltas de Medidas de Seguridad en el 40% de la base reguladora de la pensión por Incapacidad Permanente Total por importe de 513,78 euros a sumar al importe que reciba por la pensión de Incapacidad Permanente Total, todo ello con los incrementos que vaya percibiendo con cargo a la empresa MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L. con efectos al 17 de enero de 2008, fecha del cumplimiento de los 55 años del actor, y absolviendo expresamente a la Mutua FRATERNIDAD- MUPRESA y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL". Se mantiene inalterada el resto de la sentencia de referencia.

**Segundo.**-Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: 1<sup>o</sup>. La parte actora Jose Ramón, con DNI, nº NUM000, se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con efectos de la prestación al 19 de mayo de 2006. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), mediante Resolución notificada al actor el pasado 23 de febrero de 2008, resolvió estimar la solicitud del incremento del 20 por ciento sobre la base reguladora resultante de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador, fijando la pensión mensual del mismo en la cantidad de 1.382,91 euros. 2<sup>o</sup>. Disconforme el

actor con la indicada Resolución, entabló reclamación previa contra la misma, que fue desestimada. Solicitaba al citado organismo del Estado que el recargo por la falta de medidas de seguridad lo fuera en el porcentaje del 50 por ciento, acorde con lo indicado en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social solicitaba el citado porcentaje del cincuenta por ciento de incremento a la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total. En el acto del juicio la parte actora modifica lo solicitado en la demanda y señala que el recargo postulado lo cifra en el cuarenta por ciento, establece la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total en 1.212,60 euros, el setenta y cinco por ciento 1284,45 euros y el cuarenta por ciento, en la reclamación de 513,78 euros."

**Tercero.-**Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Montajes y Construcciones Dilo, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 14 de julio de 2009, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Montajes Y Construcciones Dilo SA frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de los de Bizkaia, dictada el 13 de octubre de 2008 en los autos nº 426/08 sobre aplicación del recargo por falta de medidas de seguridad, seguidos a instancia de D. Jose Ramón contra la empresa recurrente, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Fraternidad-Muprespa, revocamos parcialmente la sentencia recurrida en los aspectos relativos a la revalorización del recargo y la cuantificación efectuada, manteniendo el resto de los pronunciamientos."

**Cuarto.-**Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernandez Torrego, en nombre de MONTAJES Y CONSTRUCCIONES DILO, S.L., interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 9 de diciembre de 1999, en el recurso 4350/1999.

**Quinto.-**Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por el INSS y por D. Jose Ramón, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

**Sexto.-**Se señaló para la votación y fallo el día 23 de noviembre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao dictó sentencia el 13 de octubre de 2008, aclarada por auto de 23 de octubre de 2008, autos número 426/08, estimando la demanda formulada por D. Jose Ramón contra Montajes y Construcciones DILO S.L., declarando el derecho derivado a percibir las prestaciones económicas por la incapacidad permanente total con el incremento por la falta de medidas de seguridad del 40% de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total por importe de 513'78 euros a sumar al importe que recibe por la pensión de incapacidad permanente total, todo ello con los incrementos que vaya percibiendo con cargo a la empresa Montajes y Construcciones Dilo S.L., con efectos del 17 de enero de 2008, fecha del cumplimiento de los 55 años del actor, absolviendo expresamente a la Mutua Fraternidad-Muprespa y al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Tal y como consta en la citada sentencia al actor le fue reconocida la situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo con fecha de efectos de 19 de mayo de 2006, habiendo acordado el INSS estimar la solicitud del incremento del 20% sobre la base reguladora de la pensión. El actor solicitó recargo de la prestación por falta de medidas de seguridad en el 40% que ha de incrementarse en la base reguladora de la pensión.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada Montajes y Construcciones Dilo S.L., dictando sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 14 de julio de 2009, recurso 1099/09, estimando parcialmente el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida en los aspectos relativos a la revalorización del recargo y a la cuantificación efectuada, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma. La sentencia entendió que procede la aplicación del recargo sobre el incremento del 20% que se ha aplicado

a la prestación de incapacidad permanente total, fijada en el 55% de la base reguladora, al cumplir el actor 55 años de edad.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 9 de diciembre de 1999, recurso 8875/99, firme en el momento de publicación de la recurrida.

El recurso ha sido impugnado por la parte actora y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

**Segundo.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 9 de diciembre de 1999, recurso número 8875/99, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Formo S.A., contra la sentencia de 6 de marzo de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Barcelona, en el procedimiento número 1264/98, seguido a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Isaac y Mutua Intercomarcal, revocando la sentencia impugnada y estimando la demanda formulada, declarando la nulidad de la resolución de la D.P. de Barcelona por la que se comunicó a la empresa Formo, S.A., liquidación de deuda consistente en el capital coste de recargo del 35% por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en relación con el incremento en el 20% reconocido por resolución de 5 de noviembre de 1997 en la pensión de incapacidad permanente total que desde el 28 de mayo de 1985 venía percibiendo el trabajador demandado, declarando la ausencia de responsabilidad de la citada empresa en el recargo que se le impone sobre el 20%.

La sentencia entendió que el recargo por falta de medidas de seguridad no es aplicable al incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, dado su carácter circunstancial y provisional o transitorio ya que, a tenor del artículo 6, apartado 4 del Decreto 1646/72, de 23 de junio el mismo quedará en suspenso durante el periodo en el que el trabajador obtenga un empleo. Continúa razonando que el precepto legal regulador ha de ser interpretado restrictivamente, pues en otro caso supondría una segunda sanción a la empresa.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos supuestos se trata de trabajadores a los que se ha declarado en situación de incapacidad permanente total, se ha acordado el incremento del 20% en el cálculo de la pensión correspondiente a la incapacidad reconocida, se ha condenado a la empresa en la que los trabajadores prestaban servicios al incremento de todas las prestaciones económicas reconocidas al trabajador como recargo por falta de medidas de seguridad, planteándose en ambas si el citado recargo opera o no sobre el 20% de incremento de la pensión. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios pues, en tanto la sentencia recurrida entiende que el recargo ha de operar sobre el 20%, la de contraste estima que el citado recargo no se aplica al 20%.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**Tercero.-** El recurrente alega infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, aduciendo en esencia que no cabe incrementar el 20% con el recargo de prestaciones impuesto en su momento porque dicho complemento no es una prestación de las establecidas en las normas sobre seguridad social, sino una mejora que se reconoce en determinados supuestos y cumpliendo unos determinados requisitos.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en asunto que guarda gran similitud con el ahora debatido y lo ha hecho en sentencia de 27 de septiembre de 2000, recurso número 4590/1999, en la que se contiene el siguiente razonamiento: *"2.- La cuestión que en estos autos se plantea fue objeto de debate doctrinal en época anterior a la Ley General de la Seguridad Social de 1974 , y más en concreto durante la*

*vigencia del texto articulado de la Ley de Seguridad Social probado por Decreto 907/1966, de 21 de abril en tanto en cuanto en su art. 147 limitaba el incremento por falta de medidas de seguridad a "las indemnizaciones a tanto alzado, las pensiones vitalicias y las cantidades tasadas por baremo...", de donde se podía deducir que el incremento del 50 por 100 que se reconocía a la gran invalidez quedaba exento del recargo si se entendía, como en un primer momento se entendió, que ese incremento no era una pensión, sino una prestación complementaria destinada a la finalidad específica de retribuir a la persona que atendiera al gran inválido, como interpretó en su día y en base a dicha legislación el TS en sentencia de 9-2-1972 (Ar.- 490). Pero esa duda la despejó la reforma introducida por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General cuando recogió, sin duda para obviar las dificultades interpretativas de aquella norma anterior, que el recargo por falta de medidas de seguridad "se extiende a todas las prestaciones económicas", en precepto que pasó con la misma redacción al art. 93.1 del texto aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, recogido a su vez en el art. 123 del texto vigente al decir en todos ellos que "todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad se incrementarán...", cuando y en la cuantía que proceda. Por lo tanto, con independencia de la naturaleza que pueda serle atribuida a aquel incremento del 50 por 100 previsto en el art. 139.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, de lo que no cabe duda es de que se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesta en relación con lo dispuesto en el art. 123 precitado no puede haber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica.*

*3.- El hecho de que el recargo haya sido calificado tradicionalmente como una medida sancionadora no impide en modo alguno entender que debe de recaer sobre el total de la prestación cuando la norma así lo dispone, en cuanto que el "odiosa restringenda" al que se refiere la sentencia recurrida como argumento para no extender el recargo al 50 por 100 de incremento, regirá cuando hay margen para la interpretación de las previsiones legales, pero no para los supuestos en que la norma ha previsto expresamente que el recargo recaiga sobre la prestación de que se trate como aquí ocurre.*

*4.- Y tampoco supone inconveniente alguno a dicha solución el hecho de que, conforme se prevé en el art. 139.4 LGSS el que la indicada prestación se calcule en su 50 % por referencia a la prestación correspondiente a la invalidez absoluta, por cuanto esta referencia constituye una forma referencial de calcular el incremento, pero no elimina la naturaleza de prestación compensatoria de una situación de invalidez. Ni tampoco el hecho de que la finalidad de ese 50 % se haya previsto con la intención de que "el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda", pues tal previsión finalista no impide calificar ese incremento como la prestación económica que es."*

La anterior doctrina ha de ser aplicada al supuesto sometido a la consideración de la Sala pues aunque es cierto que el incremento del 20% previsto para la pensión de incapacidad permanente total no tiene la misma naturaleza que el incremento del 50% de la gran invalidez, porcentaje vigente por razones temporales en la fecha de la sentencia de esta Sala parcialmente transcrita, la naturaleza del citado incremento del 20% es prestacional, por lo que es de plena aplicación el recargo establecido por falta de medidas de seguridad.

En efecto esta Sala, en sentencia de 9 de febrero de 2010, recurso 1607/09, ha resuelto en relación a la naturaleza del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, lo siguiente: *"aunque la Sala ha sostenido que el 20% que se abona en caso de la denominada incapacidad permanente total cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma( sentencias de 4 de marzo de 1993 y 21 de marzo de 1994 ), lo cierto es que, como señala la sentencia de 22 de noviembre de 1999, ese complemento "tiene una cierta autonomía" con requisitos específicos de acceso al mismo que "aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación"( sentencia de 22-5-1995 ) y esta autonomía justifica un tratamiento similar al que el artículo 43.1 Ley General de la Seguridad Social establece para las prestaciones, de forma que debe ser aplicable la limitación que en relación con su abono establece el precepto que se denuncia como infringido". Este criterio ha sido reiterado por las sentencias de 9 de octubre de 2008 y 25 de junio de 2009 ."*

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernandez Torrego, en nombre y representación de la empresa Montajes y Construcciones Dilo SL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 14 de julio de 2009, en el recurso 1099/09, interpuesto por la ahora recurrente, contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Bilbao, en los autos número 426/08, seguidos a instancia de D. Jose Ramón contra Montajes y Construcciones Dilo S.L., INSS, TGSS y Mutua la Fraternidad Muprespa. Se condena en costas a la recurrente, incluyendo los honorarios de los letrados de la parte actora y de la demandada, Administración de la Seguridad Social, que impugnaron el recurso. Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.