



Roj: **STSJ CL 5269/2011 - ECLI: ES:TSJCL:2011:5269**

Id Cendoj: **47186340012011101705**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2011**

Nº de Recurso: **1157/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01157/2011

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2009 0202678

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001157 /2011 JM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000922 /2009 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VALLADOLID

Recurrente/s: COMERCIAL VALDIVIECO S.L.

Abogado/a: JOSE ANGEL SAN MIGUEL NUÑEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Hugo , Paulino , INSS Y T.G.S.S.

Abogado/a: FELIPE JUAN CARREÑO, FELIPE JUAN CARREÑO

Procurador/a: CESAR ALONSO ZAMORANO, CESAR ALONSO ZAMORANO

Graduado/a Social:

Il'tmos. Sres.: Rec. 1.157/2011

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael A. López Parada /

En Valladolid a dos de Noviembre de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1.157/2011, interpuesto por la empresa COMERCIAL VALDIVIECO, S.L. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Valladolid, de fecha 25 de Febrero de 2.011, (Autos núm. 922/2009), dictada a virtud de demanda promovida por DON Hugo y DON Paulino contra la empresa recurrente y contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre RECARGO PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO.

Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre d 2009 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. Dos de Valladolid demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda fueron acumulados los autos 1062/2009 y 1206/2009 de los Juzgados nº 4 y 1, respectivamente, y celebrado el juicio, se dictó Sentencia desestimando las demandas.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:" PRIMERO.- Los trabajadores D. Paulino y D. Hugo , venían prestando sus servicios para la empresa COMERCIAL VALDIVIECO, S.L., con categoría de Of. De 1ª-Montador de estructuras Metálicas, y antigüedad D. Paulino de 11.1.2007 y D. Hugo de 19.3.2007.- Sobre las doce horas del día diecinueve de marzo del año 2007 D. Paulino y su hijo, D. Hugo , con ocasión de las obras de mejora del Frontón de Saélices de Mayorga que el Ayuntamiento concertó con la empresa Comercial Valdivieso, S.L., realizaban trabajos sobre medición de superficie de cerramiento de pared superior del frontón para unos el tramo vertical de la chapa metálica desde la pared hasta la cubierta ya construida, en ambos casos en el desempeño de sus funciones propias de su categoría -Oficial de 1ª- en la cual habían sido contratados por la citada mercantil.- Para ello, los dos trabajadores se hallaban subidos a una plataforma de trabajo marca ITECO, modelo PD 11 OEX, dirigida por Hugo , situados a una altura de unos 7 metros en un día con fuerte viento, apoyada en un terreno poco compacto, próximo a la orilla del río y con desnivel de hasta unos 10 cm., motivo por el cual había sido calzada ese mismo día por los dos con tablas de madera de unos 30 cm. De ancho por unos 2,20 cm. De largo (de las que vienen embaladas con las chapas) a fin de nivelar la parte de la superficie más irregular y poder realizar el trabajo hasta que el terreno fuera nivelado por el empresa contratada y que llegó más tarde.- En el desarrollo de esta tarea, debido a la inestabilidad, la plataforma perdió verticalidad, dio la vuelta hacia el lado opuesto de la pared del frontón y los dos trabajadores cayeron, y a consecuencia de la caída los trabajadores sufrieron las siguientes lesiones: D. Paulino sufrió fracturas de L4- L5, fractura conminuta distal de tibia y fracturas costales que requirieron tratamiento médico quirúrgico y por las que estuvo en situación de IT.- D. Hugo sufrió fractura pertrocánterea de fémur izquierdo por el que requirió tratamiento médico y quirúrgico.- Estuvieron en situación de Incapacidad Temporal y a D. Paulino se le ha reconocido en situación de Incapacidad permanente total y a D. Paulino lesiones permanentes no invalidantes.- SEGUNDO.- Por el accidente mencionado por el Juzgado de Instrucción de Medina de Rioseco se incoaron diligencias previas de procedimiento abreviado nº 194/07 en el que por el Mº. Fiscal se ha formulado escrito de acusación.- Por la Inspección de Trabajo y SS se levantó acta de infracción Nº. NUM000 , cuyo contenido obra a los folios 37 y ss que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos, que propuso una sanción de 3.000 EUROS por infracción GRAVE en materia de medidas de Seguridad.- TERCERO.- Como consecuencia del accidente fue incoado expediente en materia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, en el cual y tras los trámites oportunos dictó Resolución la Dirección Provincial del INSS el 16.9.09, declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y declarando que las prestaciones de Seguridad social devenidas del accidente de trabajo sean incrementadas en un 30% con cargo a COMERCIAL VALDIVIECO, S.L.- CUARTO.- Interpuestas reclamaciones previas por los trabajadores y la empresa, el INSS dictó Resolución el 1 de octubre de 2009 estimando en parte la primera, incrementando el recargo a 40% y desestimando la segunda.-".

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la empresa demandada, fue impugnado por los demandantes, y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Letrado de la empresa recurrente, COMERCIAL VALDIVIECO, S.L., formula un primer motivo de recurso en el que al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento **Laboral** solicita la revisión de los párrafos primero, segundo y tercero del hecho probado **primero** de la sentencia impugnada.



I) El **párrafo primero** del mencionado hecho probado tendría la siguiente redacción propuesta por la recurrente:

"Los trabajadores D. Paulino y D. Hugo , han venido prestando sus servicios de forma discontinua para la empresa COMERCIAL VALDIVIECO, S.L. desde el 10 de Enero de 2002 y 29 de Agosto de 2002 respectivamente. Ambos trabajadores tienen categoría de Oficial de 1ª Montador de Estructuras Metálicas, y antigüedad reconocida D. Paulino de 11.1.2007 y D. Hugo de 19.3.2007."

Lo que la empresa recurrente pide, en definitiva, es que se refleje en el hecho probado primero que los dos trabajadores demandantes accidentados habían prestado servicios **laborales** para ella en periodos discontinuos en los años anteriores a la fecha del accidente de trabajo -si bien no todo el tiempo como Oficiales de 1ª-, lo cual es cierto porque así consta en el informe de vida **laboral** al folio 447 de los autos. Por eso, se puede incorporar la nueva redacción, sin perjuicio de la repercusión que haya de tener para el resultado del recurso.

II) Para el **segundo párrafo** la empresa recurrente pide que se añada el siguiente inciso final:

*"Los dos trabajadores habían recibido información de los **riesgos** existentes en su puesto de trabajo así como formación del servicio de prevención ajeno, incluyendo la específica para trabajos en altura."*

Para justificar esta adición el Letrado de la recurrente acude a los folios 486 a 495, en los que figuran unas "hojas de control de la formación de los trabajadores" y "unas fichas de seguridad del puesto de trabajo" . En una de las primeras, fechada el 14 de julio de 2005 (folio 488), se observa que uno de los **riesgos** específicos tratados en esa jornada de formación de una hora de duración fue el de trabajos en altura. Ahora bien, en ninguno de los documentos mencionados por el recurrente se hace mención alguna al manejo de plataformas de trabajo, aunque el accidente ocurrió, precisamente, mientras los trabajadores utilizaban una de ellas. De ahí que aunque aceptemos, a efectos dialécticos, la redacción propuesta por la recurrente, su intrascendencia sea evidente.

III) Por último, para el **párrafo tercero** del hecho probado primero la recurrente propone la redacción siguiente:

*"Para ello, los dos trabajadores se hallaban subidos una plataforma de trabajo marca ITECO, modelo PD 110EX, dirigida por Momchil, situados a una altura de unos 7 metros en un día con fuerte viento, apoyada en un terreno poco compacto, próximo a la orilla del río y con desnivel de hasta unos 10 cm., calzada por los trabajadores ese mismo día con tablas de madera de unos 30 cm. de ancho por unos 2,20 cm. de largo (de las que vienen embaladas con las chapas) a fin de nivelar la parte de la superficie más irregular, **sin esperar a la llegada de la motoniveladora contratada con la empresa Excavaciones Redondo que llegó más tarde."***

Los documentos que menciona la recurrente para llevar a la Sala al convencimiento de que ha de aceptar la inserción de la frase en negrita no son adecuados. Tal frase no aparece ni en la resolución que aprueba el acta de infracción (folio 35), ni en los informes del E.V.I. (folios 107, 130, 176 y 213), ni tampoco en el albarán del folio 219 expedido por la empresa "Excavaciones Redondo", en el que solo se refleja un parte de trabajo de una motoniveladora el día 19 de marzo de 2007, sin especificar la hora en la que se realizó el trabajo de "nivelar terreno próximo al frontón" . Por otro lado, en este extraordinario recurso de suplicación la Sala no puede valorar la declaración prestada en el juicio por el representante de la mencionada empresa, ya que conforme a los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento **Laboral** , la revisión de los hechos probados solo puede hacerse partiendo de las pruebas documental y pericial practicadas en el acto del juicio.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, con el amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento **Laboral** , la demandada recurrente denuncia la infracción de dos preceptos: Con carácter principal del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y, subsidiariamente, del artículo 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , que la jurisprudencia viene aplicando para la graduación del recargo de prestaciones.

A) El Letrado de la recurrente inicia la exposición de este segundo motivo de recurso argumentando sobre la infracción principal denunciada. Expone, al efecto, los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad llegando a la conclusión de que, al menos los dos últimos no concurren en este caso.

1º.- La recurrente no discute que los dos trabajadores ahora recurridos sufrieron un accidente de trabajo sobre las 12 horas del día 19 de marzo del año 2007, y que como consecuencia del mismo a don Paulino se le ha reconocido una incapacidad permanente total para su profesión habitual y a don Hugo unas lesiones permanentes no invalidantes (hecho probado primero). Por tanto, el primer elemento necesario para la imposición del recargo: que el trabajador sufra lesiones derivadas de un accidente de trabajo de trabajo o enfermedad profesional, no es objeto de controversia.



2º.- El segundo requisito necesario para que proceda el recargo es que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad. En este apartado la empresa alega que la máquina estaba en adecuadas condiciones, que había sido certificada su revisión periódica y que, además, contaba con dispositivos específicos para evitar su elevación en terreno inestable; también afirma la recurrente que los operarios contaban con equipos de protección individual y que se había elaborado el correspondiente plan de seguridad para la obra de adecuación del frontón con sus medidas y previsiones preventivas. Todos estos datos carecen de apoyo en los hechos probados al no figurar en la redacción inicial ni haberse introducido por el cauce procesal adecuado. De todos modos, la discusión no se centra en esos aspectos, sino en la utilización por los trabajadores de una plataforma elevadora en una zona desnivelada, lo que, en último término, provocó su caída. Y en esta cuestión la conclusión de la sentencia no ha sido desvirtuada por la empresa recurrente. Se nos dice en la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero) que la empresa debió asegurarse de que no se procedía al uso de la plataforma de trabajo hasta que no se hubiera allanado el terreno por la empresa contratada; y es que de haberse nivelado el terreno la caída no se hubiera producido o las consecuencias hubieran sido menores (fundamento de derecho quinto). Aunque la empresa recurrente hubiese tenido la intención de nivelar el terreno antes de que los trabajadores accidentados comenzasen a trabajar con la plataforma, lo cierto es que tal nivelación no se había llevado a efecto a las 12 horas, momento en que tuvo lugar el accidente; entre tanto, la empresa debió haber evitado que los trabajadores utilizaran la plataforma en condiciones inadecuadas y no lo hizo, por lo que aparece claramente la infracción de las medidas de seguridad por su parte. Hemos de recordar en ese punto que la omisión empresarial puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad **laboral**, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de **riesgo** en la vida o salud de los trabajadores, criterios estos que no son sino traslación al ámbito de la Seguridad Social del derecho básico del trabajador en la relación **laboral** a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (artículo 4.2 d del Estatuto de los Trabajadores)

3º.- El tercero y último de los elementos necesarios para la concurrencia del recargo de prestaciones es que el incumplimiento del empresario haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión, esto es, que medie relación de causalidad entre tal incumplimiento y el accidente de trabajo.

La recurrente argumenta, en síntesis, que la conducta de los trabajadores al utilizar la plataforma sin esperar a la llegada de la motoniveladora que debía allanar el terreno constituye una imprudencia temeraria, la cual excluye el recargo de prestaciones, considerando el carácter sancionador y restrictivo que el mismo tiene en nuestro ordenamiento.

La Sala no considera que concurra en este caso una imprudencia temeraria de los trabajadores accidentados, entendida como aquélla en que éstos consciente y voluntariamente contraríen las órdenes del empresario o las más elementales normas de precaución y cautela exigibles a toda persona normal y aún más a trabajadores con experiencia en el ramo de la construcción. Efectivamente, no hay tal imprudencia temeraria porque aunque es cierto que la empresa encargada de nivelar el terreno alrededor del frontón llegó después del accidente y que los dos trabajadores eran Oficiales de 1ª, la decisión -no impedida por la empresa- de utilizar la plataforma calzándola previamente para salvar el desnivel, no integra una imprudencia que pueda calificarse de temeraria, sino, en todo caso, de profesional, que no excluye el recargo.

B) Como ya anticipamos, la recurrente, con carácter subsidiario, denuncia la infracción del artículo 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , al no graduarse adecuadamente el recargo. Para la recurrente, el porcentaje debe reducirse al 30% frente al 40% reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al estimar en parte la reclamación previa interpuesta por los trabajadores (hecho probado cuarto).

Para fijar el porcentaje adecuado del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad hay que atender a un criterio, que la Sala (entre otras, en sentencias de 18 de marzo de 2008, rec. 200/08 , 10 de diciembre de 2008, rec. 1560/08 , 28 de enero de 2009, rec. 1846/08 y 18 de febrero de 2009, rec. 96/09) viene considerando adecuado: el de la gravedad de la falta. Podría acudir a otros criterios atenuantes o agravantes, pero la Sala considera que hay que atender a la gravedad de la falta teniendo a la vista el artículo 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 , de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que se denuncia como infringido en el recurso. En este precepto se regula el conjunto de criterios de graduación de la sanción administrativa en materia de prevención de **riesgos laborales**. Ahí aparecen recogidos varios conceptos, como son la peligrosidad de las actividades, la gravedad de los daños, el número de trabajadores afectados, las medidas de seguridad individuales y colectivas adoptadas por el empresario, etc. Una serie de circunstancias que el Juez de instancia, y también la Sala, debe tener en cuenta (sentencia de 11 de septiembre de 2006, rec. 1382/06). Aunque la apreciación de la gravedad le corresponde al Magistrado de instancia, el recargo se puede modificar en suplicación, siempre y cuando ese recargo que imponga el Juez no guarde la debida relación proporcional con la gravedad de la falta (sentencia de 30 de enero de 2004, rec. 2504/03). En este



caso concreto, como ya quedó dicho, se plantea por la empresa recurrente la reducción del porcentaje de recargo al 30%. La Sala no está de acuerdo con esta pretensión de la parte recurrente y considera, al igual que la Magistrada de instancia, que el porcentaje de recargo adecuado es el 40% -correctamente aplicado en palabras de los trabajadores recurridos en su escrito de impugnación- al constar que el Acta de Infracción tipifica como grave la conducta, así como por la importancia de la omisión de las medidas de seguridad en una empresa dedicada a la construcción y, finalmente, por las graves consecuencias que ha tenido para los trabajadores, uno de los cuales ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual (último párrafo del hecho probado primero).

Por lo expuesto, y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación de la empresa **COMERCIAL VALDIVIECO, S.L.**, contra la sentencia de 25 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Valladolid en los autos número 922/09, seguidos sobre **SEGURIDAD SOCIAL** a instancia de DON Hugo y DON Paulino contra la mencionada empresa y contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, **confirmando íntegramente** la misma.

Acordamos la pérdida de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir y condenamos a la recurrente a abonar al Letrado de los recurridos la cantidad de 300 € en concepto de honorarios.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 219 de la Ley de Procedimiento **Laboral**.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **300,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 1157-11 abierta a nombre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 219.3 en relación con el 192.4 de la Ley de Procedimiento **Laboral**.

Firme que sea esta sentencia, devuélvase los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

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

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fé.