

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11 de febrero de 2016, recurso 2806/2014

Ponente: José Manuel López García de la Serrana

El TS confirma la sentencia del TSJ de Andalucía que revocó el recargo de prestaciones impuesto a las empresas contratista y a la contratada, propuesta por el INSS, de acuerdo con el informe de la ITSS.

El trabajador accidentado utilizaba un andamio a modo de escalera, y los coordinadores de seguridad y salud de la empresa contratista y contratada, le advirtieron de que no lo hiciera. El accidente se produjo por caída del mencionado andamio.

El TS considera que *"la conducta del recurrente, aunque no se la considere temeraria, si pueda calificarse de negligencia profesional agravada por la desobediencia"*, por lo que procede declarar al trabajador responsable del accidente, eximiendo a las dos empresas, contratista y contratada

Se emite un voto particular cuya segunda parte, con todos los respetos, no compartimos a la vista de lo que son los deberes de los coordinadores de seguridad y salud.

La primera parte se centra en una cuestión formal en la que no entraremos: admitir o no la sentencia de contraste como tal.

En la segunda parte se centra en la cuestión que nos interesa, la responsabilidad del accidente: *"la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado"*.

En referencia a que el trabajador no ancló su arnés al andamio que utilizaba como escalera. Discrepamos de esta opinión porque sin duda la obligación del coordinador de seguridad y salud debe ser impedir que se utilice un andamio como escalera, y no que el arnés se ancle al andamio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.-

1.- Por *resolución del INSS (en Córdoba) de 2 de marzo de 2010, -en lo que aquí importa- se declaró la existencia de **responsabilidad empresarial** y solidariamente de las mercantiles PAVIMCOSA O.C. S.L. y FERMONCO S.L. (hoy actoras), por **falta de medidas de seguridad e higiene** en el accidente sufrido por el trabajador D. Secundino, en fecha 20 de febrero de*

2009; todo ello, en los términos que en el meritado acto administrativo consta (folios 320 a 323 de las presentes actuaciones, entre otros) y que doy aquí por íntegramente reproducidos. Es dable indicar que la meritada resolución administrativa trae causa del **Informe-propuesta en su día elaborado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social** (en Córdoba) y obrante (entre otros) a los folios 34 a 38 de las presentes actuaciones; siendo así que, a resultas del referido AT, el (hoy) codemandado Sr. Secundino, por otra resolución del INSS de 12 de febrero de 2010 (y efectos económicos del día 16 siguiente), fue declarado afecto de IPT/AT para su profesión de encofrador y por la siguiente secuela: fractura conminuta de calcáneo derecho.

2.- Disconforme con dicha resolución, el 7 de abril de 2010, las mercantiles (hoy) actoras formalizaron frente a la misma y ante el INSS la preceptiva reclamación administrativa y previa a la vía judicial. Ésta fue íntegramente desestimada por nueva resolución del meritado organismo y fecha 23 de abril de 2010.

3.- Y el 18 de mayo de 2010, finalmente, las mercantiles (hoy) actoras interpusieron ante este juzgado la demanda que da origen a las presentes actuaciones;

Segundo.-

1.- Se da la circunstancia de que el Sr. Secundino era un oficial encofrador altamente experimentado y formado cuando, en fecha 20 de febrero de 2009, sufrió el AT preindicado mientras formaba parte de la plantilla laboral de la mercantil FERMONCO, siendo ésta, a su vez, contratista de su principal PAVIMCOSA.

2.- Señaladamente, el AT en cuestión se produjo cuando el Sr. Secundino, **subido a la sazón sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano** (aproximadamente de unos 4 metros de altura; y ello a pesar de que el mismo *sabía que existían a su disposición en la obra un andamio tubular homologado, escaleras homologadas e incluso una plataforma elevadora o torre móvil también homologada*), **pertrechado con un arnés más sin tenerlo anclado a un punto fijo** (ya que el mosquetón «no cogía» los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa), estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de aproximadamente seis metros y medio de altura, y, por causas no aclaradas, perdió el equilibrio, se giró y saltó cayendo de pie sobre el suelo, provocándose lamentablemente las lesiones descritas.

3.- Por último, resta indicar que PAVIMCOSA, en relación a la obra en la que se accidentó el Sr. Secundino, *disponía del correspondiente Plan de Seguridad* y al que se adhirió FERMONCO, y que *ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y de Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban a diario los tajos*. Además consta que PAVIMCOSA, a través de su Encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo, y éste a su vez *advirtiendo a todos los trabajadores de lo intolerable de tales conductas*) puntuales irregularidades pretéritas observadas en las tareas de encofrado y para su corrección: concretamente, *que dicho elemento de andamio estaba siendo utilizado por los trabajadores de FERMONCO a modo de escalera de mano*".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones y, en consecuencia, confirmo la resolución del INSS de 2 de marzo de 2010 y aquí impugnada por las mercantiles PAVIMCOSA O.C.S.L. y FERMONCO S.L."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por PAVICOMSA OC S.L. ante la Sala de lo Social del **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2014, en la que consta el siguiente fallo: "*Que estimamos el recurso de suplicación entablado por "Pavicomsa OC SL" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Córdoba de 10 de diciembre de 2012 en el procedimiento seguido a instancias de la recurrente y "Fermonco SL" frente a D. Secundino, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de recargo de prestaciones, revocando dicha sentencia y en su lugar declarando no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta a las empresas demandantes. Se devolverá a la recurrente el importe del depósito y consignaciones efectuado para recurrir, una vez firme esta sentencia.*".

TERCERO.- Por la representación de DON Secundino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla el 10 de julio de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 26 de febrero de 2004.

CUARTO.- Con fecha 12 de marzo de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al anunciar la anterior designada, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1. Es objeto del presente recurso la procedencia del recargo impuesto a la empresa en vía administrativa por no vigilar la observancia por los trabajadores de las medidas de seguridad existentes.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal, revoca la sentencia de instancia y estima las demandas sobre impugnación de recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido, interpuestas por aquélla y por la empresa contratista, SL, declarando no haber lugar al mismo.

2. En el relato de hechos probados consta, que el trabajador, oficial encofrador altamente experimentado y formado, prestaba servicios para la empresa contratista de la principal cuando sufrió un accidente de trabajo con ocasión de subirse sobre un elemento de un

andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 m. de altura), pese a saber que existían a su disposición en la obra otros elementos más adecuados al efecto, como un andamio tubular homologado, escaleras homologadas y una plataforma elevadora o torre móvil homologada. Subió con un arnés que no tenía anclado a un punto fijo y estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de unos 6,5 m. de altura, cuando por causas no aclaradas perdió el equilibrio, cayendo al suelo y resultando con lesiones. La empresa principal disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió la contratista y ambas mercantiles tenían un Encargado de Obra y Seguridad, que se coordinaban entre sí y visitaban diariamente los trabajos. La empresa principal por medio de su Encargado, hizo saber a la contratista (poniendo en conocimiento de su Encargado y éste, a su vez, comunicándolo a todos los trabajadores) la existencia de puntuales irregularidades observadas en las tareas de encofrado para su corrección y concretamente que el elemento de un andamio estaba siendo utilizado como escalera de mano. Por resolución del INSS de 2/3/2010 se declaró la procedencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social en cuantía del 30%, con carácter solidario para ambas empresas.

La sentencia recurrida, partiendo de los hechos declarados probados, considera que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo y que el operario no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta, así como la posibilidad de utilizar de otros medios que no entrañaban peligrosidad, sin que pueda atribuirse a ninguna de las empresas la infracción de norma concreta de seguridad en el trabajo. Y en cuanto al equipo de protección individual, el mismo no hubiera sido necesario de haber utilizado el trabajador el elemento adecuado para el trabajo que realizaba, por lo que tampoco cabe apreciar incumplimiento empresarial a este respecto. En consecuencia, estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal, revoca la sentencia de instancia que había confirmado la resolución del INSS de 2/3/2010, y en su lugar declara no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta por las empresas demandantes.

3.- Contra la anterior sentencia se ha interpuesto por el trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por objeto determinar si, aún concurriendo imprudencia no temeraria del trabajador puede considerarse roto el nexo causal, ya que, la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad, ni adoptó medidas de precaución en atención a la forma en la que se llevaban a cabo los trabajos.

A fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la L.J.S., se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26/2/2004 (R.S. 2631/2003). Dicha resolución desestima el recurso de suplicación interpuesto por cierta empresa, y confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda de impugnación del recargo de prestaciones de Seguridad Social que le había sido impuesto, por el accidente de trabajo sufrido por un trabajador. Consta que el trabajador venía prestando servicios a esa empresa actora con la categoría de oficial 1ª encofrador, en la realización de los trabajos de estructura en una obra que su empleadora tenía subcontratada y que cuando se encontraba, en unión de otro trabajador, realizando las tareas de instalación de protecciones colectivas perimetrales (redes), ubicándolas en el primer forjado de la obra, se dispuso a fijar el pie de una de las horcas de sujeción de las redes, sin que el cinturón de seguridad que llevaba estuviese anclado a elemento de sujeción alguna, cayendo al suelo desde una altura aproximada de 3 m.

Ante esos hechos, la **sentencia de contraste** consideró que, si bien es cierto que el trabajador no tenía anclado el cinturón de seguridad que tenía a su disposición, cuando ocurrió el accidente, aún cuando no fuese muy diligente su conducta, debía tenerse en cuenta que existían medios alternativos que hubieran evitado el accidente, cuya utilización no consta. De donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Nexo no se rompe - entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

4. Inadmisión del recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

Pese a las similitudes existente con relación al trabajo realizado, categoría profesional y falta de anclaje del arnés de seguridad, las diferencias existentes son relevantes y justifican el dictado de pronunciamientos diferentes, por cuanto, si el núcleo de la contradicción consiste en determinar si ha existido o no culpa in vigilando por parte de la empresa, resulta que en el caso de la sentencia recurrida existen elementos fácticos que permiten concluir a la misma que no hubo culpa "in vigilando" por parte de las empleadoras, mientras que en el caso de la sentencia de contraste no concurren elementos fácticos similares, lo que posibilita el dictado de dos resoluciones diferentes y ajustadas a derecho y hace innecesario la unificación de doctrina que se persigue con este recurso.

En efecto, aparte de las diferencias de hecho, derivadas del distinto trabajo realizado al tiempo de ocurrir el accidente, resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa "pudo" haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...". Esos argumentos no son trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad en las que incurrían los trabajadores usando uno de los elementos de los andamios a modo de escalera de mano, conducta que le habían reprendido a todos por intolerable. Estos hechos evidencian que no hubo falta de medidas de seguridad, ni falta de vigilancia del uso que de los mismos se hacía, lo que hace que la conducta del recurrente, aunque no se la considere temeraria, si pueda calificarse de **negligencia profesional agravada por la desobediencia**, elemento agravatorio que no concurre tampoco en el caso de la sentencia de contraste.

Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos ocupa establece el artículo 219 de la

L.R.J.S., por cuanto en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias.

SEGUNDO.- La falta de contradicción analizada es causa bastante para fundar la desestimación de un recurso que no debió admitirse a trámite por no cumplir uno de los requisitos de orden público procesal que condicionan la viabilidad del recurso de unificación de doctrina. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Cristóbal Fernández Jurado en nombre y representación de DON Secundino contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 1108/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, en autos núm. 628/2010, seguidos a instancias de PAVIMCOSA O.C. S.L. y FERMONCO S.L. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y DON Secundino. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas..

Devuélvanse 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2016 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2806/2014.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2806/2014 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala. Mi discrepancia se resume, como se argumentará, en entender que debió apreciarse la existencia de contradicción (art. 219 LRJS) entre las sentencias comparadas, y entrando en el fondo del asunto reconocer el derecho al recargo por falta de medidas de seguridad postulado como lo hizo la sentencia de instancia confirmando las resoluciones del INSS.

Así, fundo este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- La sentencia -voto mayoritario- resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina, formulado contra sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), inadmitiendo el recurso formulado por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

Argumenta su decisión el voto mayoritario en que:

"Pese a las similitudes existente (sic) con relación al trabajo realizado, categoría profesional y falta de anclaje del arnés de seguridad, las diferencias existentes son relevantes y justifican el dictado de pronunciamientos diferentes, por cuanto, si el núcleo de la contradicción consiste en determinar si ha existido o no culpa in vigilando por parte de la empresa, resulta que en el caso de la sentencia recurrida existen elementos fácticos que permiten concluir a la misma que no hubo culpa "in vigilando" por parte de las empleadoras, mientras que en el caso de la sentencia de contraste no concurren elementos fácticos similares, lo que posibilita el dictado de dos resoluciones diferentes y ajustadas a derecho y hace innecesario la unificación de doctrina que se persigue con este recurso.

En efecto, aparte de las diferencias de hecho, derivadas del distinto trabajo realizado al tiempo de ocurrir el accidente, resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa "pudo" haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...". Esos argumentos no son trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad en las que incurrían los trabajadores usando uno de los elementos de los andamios a modo de escalera de mano, conducta que le habían reprendido a todos por intolerable. Estos hechos evidencian que no hubo falta de medidas de seguridad, ni falta de vigilancia del uso que de los mismos se hacía, lo que hace que la conducta del recurrente, aunque no se la considere temeraria, si pueda calificarse de negligencia profesional agravada por la desobediencia, elemento agravatorio que no concurre tampoco en el caso de la sentencia de contraste.

Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos ocupa establece el artículo 219 de la L.R.J.S., por cuanto en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias. "

SEGUNDO.- 1.- La sentencia recurrida.-

La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), estima el recurso de suplicación interpuesto por una de las empresas, PAVICOMSA OC, SL, y revocando la sentencia de instancia, estima las demandas sobre impugnación de recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido, interpuestas por aquélla y por la empresa FERMONCO, SL., declarando no haber lugar al mismo.

Consta en la misma, en síntesis, que el trabajador era un oficial encofrador altamente experimentado y formado. Prestaba servicios para la empresa FERMONCO, siendo ésta contratista de la principal PAVICOMSA. Sufrió un accidente de trabajo cuando, subido sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 m. de altura), y ello a pesar de que sabía que existían a su disposición en la obra otros elementos, pertrechado con un arnés, que no tenía anclado a un punto fijo, estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de unos 6,5 m. de altura, y por causas no aclaradas perdió el equilibrio, giró y saltó, cayendo sobre el suelo y provocándose lesiones. PAVICOMSA disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió FERMONCO, ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban diariamente los trabajos, y PAVICOMSA a través de su Encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo y éste, a su vez, comunicándolo a todos los trabajadores), puntuales irregularidades observadas en la parea de encofrado para su corrección, concretamente que el elemento de andamio estaba siendo utilizado como escalera de mano. Por resolución del INSS de 2/3/2010 se declaró la procedencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social en cuantía del 30%, con carácter solidario para ambas empresas.

Entiende la Sala de suplicación, partiendo de los hechos declarados probados **que debe considerarse que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo**, que no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta, así como de la posibilidad de utilización de otros medios que no entrañaban dicha peligrosidad, sin que pueda atribuirse a ninguna de las empresas la infracción de norma concreta de seguridad en el trabajo. Y en cuanto al equipo de protección individual, el mismo no hubiera sido necesario de haber utilizado el trabajador el elemento adecuado para el trabajo que realizaba, por lo que tampoco cabe apreciar incumplimiento empresarial a este respecto. En consecuencia, estimando el recurso de suplicación entablado por la empresa PAVICOMSA OC, SL., revoca la sentencia de instancia que había confirmado la resolución del INSS de 2/3/2010, y en su lugar declara no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta por las empresas demandantes.

SEGUNDO.- [Sic. Debería ser tercero] El Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

Por el trabajador se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por objeto determinar si, aún concurriendo imprudencia no temeraria del trabajador puede considerarse roto el nexo causal, y que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad ni adoptó medidas de precaución en atención a la forma en la que se llevaban a cabo los trabajos.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26/2/2004 (rec. 2631/2003). Dicha resolución desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Hierros y Construcciones San Juan del Puerto, SA. (HICONSA), y confirma la sentencia de instancia, que desestimó la demanda de impugnación del recargo de prestaciones de Seguridad Social que le había sido impuesto en cuantía del 30% por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador. Consta que el trabajador venía prestando servicios a la empresa actora desde el año 1989 con la categoría de oficial 1ª encofrador, desarrollando su actividad laboral últimamente en la realización de los trabajos de estructura en una obra que su empleadora tenía subcontratada; y que el 23/11/1999, cuando se encontraba, en unión de otro trabajador, realizando las tareas de instalación de protecciones colectivas perimetrales (redes), ubicándolas en el primer forjado de la obra, se dispuso a fijar el pie de una de las horcas de sujeción de las redes, sin que el cinturón de seguridad que llevaba estuviese anclado a elemento de sujeción alguna, cayendo al suelo desde una altura aproximada de 3 m.

Entiende la Sala de suplicación que, si bien es cierto que el trabajador no tenía anclado el cinturón de seguridad que tenía a su disposición cuando ocurrió el accidente, aún cuando no fuese muy diligente su conducta, ha de tenerse en cuenta que existían medios alternativos que hubieran evitado el accidente, que no constan utilizados. De donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

TERCERO.- Análisis de la existencia de contradicción (art. 219 LRJS).-

1.- Mi discrepancia se encuentra en este extremo, al entender que existe contradicción suficiente entre las sentencias comparadas, contrariamente a lo que ha entendido el voto mayoritario de la Sala.

De la comparación de las sentencias (recurrida y de contraste), entiendo, ha de estimarse que concurre la contradicción requerida por el art. 219 LRJS, por cuanto el accidente consiste en ambos casos, el de la sentencia recurrida y el de la de contraste, en caída por precipitación en una obra, en un caso en labores de encofrado y en el otro en instalación de medidas de seguridad (redes), diferencia en este extremo no relevante a tales efectos.

Como se ha indicado, en la sentencia recurrida se considera que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo ya que por su experiencia y formación no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta así como la posibilidad de utilización de otros medios que no entrañaban dicha peligrosidad (tenía a su disposición otros

elementos más adecuados para el trabajo que realizaba) y que no podía reprocharse a las empresas el incumplimiento de la normativa aplicable.

Por otro lado, en la **sentencia de contraste**, se argumenta que si bien es cierto que el actor no tenía anclado el cinturón de seguridad (en la recurrida en notable proximidad el accidentado tenía puesto un arnés pero tampoco estaba anclado) y no fuese diligente en su conducta (lo cual equivale en cierto modo, a atribuir culpa al trabajador como hace la recurrida), existían otros medios alternativos que hubieran evitado el accidente, que no constan utilizados, de donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

No puede obviarse que el núcleo argumental decisivo es justamente si disponiendo de otros medios idóneos, la utilización de medios peligrosos o inadecuados por el trabajador que da lugar al accidente integra omisión de sus deberes de proteger al trabajador frente a su propia imprudencia y de la correspondiente culpa in vigilando, susceptible de integrar el concepto legal que da origen al recargo, aunque no haya incumplimiento de normas o requerimientos técnicos concretos, pero sí del deber de vigilancia sobre el trabajador para asegurar el cumplimiento de las normas e incluso de las instrucciones o precauciones adicionales que pueda disponer la empresa.

Todo ello determina, como se ha adelantado, la concurrencia de las exigencias de contradicción requeridas por el art. 219 LRJS.

2.- Como reiteradamente ha señalado esta Sala IV/ TS (entre otras, en la reciente de 20-enero-2016 (rcud. 3106/2014) :

"El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012) , 22/07/2013 (R. 2987/2012) , 25/07/2013 (R. 3301/2012) , 16/09/2013 (R. 302/2012) , 15/10/2013 (R. 3012/2012) , 23/12/2013 (R. 993/2013) , 29/04/2014 (R. 609/2013) , 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013

(R. 2366/2012) , 03/10/2013 (R. 1308/2012) , 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Esta Sala admite la contradicción a fortiori en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. En otras palabras, ha dicho la Sala, esta situación se produce en aquellos casos en los que, aún no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos (sentencias, entre otras, de 19/11/2013, R. 1418/2012, 02/12/2013, R. 34/2013, 21/01/2014, R. 941/2013, 19/02/2014, R. 3205/2012, 25/03/2014, R. 1268/2013, 17/06/2014, R. 1441/2013 y 10/02/2015- R. 1764/2014)".

Por otro lado, señala la doctrina constitucional que *"los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y «en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado» (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre)".*

3.- Señala el voto mayoritario que en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura se requieren (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador, lo cual -señala- no consta en la sentencia de contraste; asimismo que la **sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles..."**, mientras que **en la sentencia recurrida** consta que había en la obra **dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad.** Así, estima que *"Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos ocupa establece el artículo 219 de la L.R.J.S., por cuanto **en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas** y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias."*

Estimo, dicho sea con los debidos respetos que el voto mayoritario se apoya para el examen de la contradicción, en las distintas conclusiones a las que llegan las sentencias comparadas, omitiendo que aun partiendo de unos hechos probados no coincidentes plenamente, como señala la doctrina de la Sala antes referida, ha de tenerse en cuenta cual sea el núcleo de la contradicción. Y en el caso, el núcleo argumental decisivo, es justamente si disponiendo de otros medios idóneos, la utilización de medios peligrosos o inadecuados por el trabajador que da lugar al accidente integra omisión de los deberes empresariales de proteger al trabajador frente a su propia imprudencia y de la correspondiente culpa in vigilando, susceptible de integrar el concepto legal que da origen al recargo, **aunque no haya incumplimiento de normas o requerimientos técnicos concretos, pero sí del deber de**

vigilancia sobre el trabajador para asegurar el cumplimiento de las normas e incluso de las instrucciones o precauciones adicionales que pueda disponer la empresa.

Aunque para el examen de la cuestión, hemos de partir del reconocimiento de la existencia de contradicción (art. 219 LRJS), que la Sala -voto mayoritario- niega, es cierto que el trabajador no tenía anclado a un punto fijo el cinturón de seguridad (ya que el mosquetón "no cogía" los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa) cuando ocurrió el accidente, pero aún cuando no fuese muy diligente su conducta, al no utilizar medios alternativos que quizás hubieren podido evitar el accidente, que no constan utilizados; aunque lo que está claro es que **la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles** en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

Y partiendo de ello, se insiste, que debió apreciarse la concurrencia de contradicción entre las sentencias comparadas.

CUARTO.- Examen de los motivos de recurso.-

Y, superado el requisito de la contradicción, procedería entrar en el examen de los concretos motivos de recurso, y aquí sí analizar las concretas cuestiones en las que en realidad la sentencia apoya la desestimación por falta de contradicción.

Examinando el motivo de recurso único de censura jurídica, en el que se denuncia la infracción de los arts. 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 15 de la Ley 31/95 y con la jurisprudencia, reproduciendo el fundamento jurídico segundo de la sentencia designada de contraste.

El recurso, en tal caso, merecería su estimación. Como recuerda la STS/IV de 20-noviembre-2014 (rcud.2399/2013), y las que en ella se citan:

"La Constitución, en su artículo 15, proclama que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral", señalando el artículo 40. 2 que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo, estableciendo el artículo 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con el mandato constitucional, el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

El artículo 14.1 de la LPRL establece que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone, no sólo que tienen derecho a que se adopten medidas que garanticen su seguridad y salud, sino que éstas han de ser eficaces.

En correlación con el derecho de los trabajadores, el mismo precepto impone al empresario el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

En cumplimiento de dicho deber, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, tal como

señala el artículo 14.2 de la LPRL. El empresario deviene en garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo. En consecuencia, el empresario ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, desarrollando una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, adaptando las medidas de protección a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la realización del trabajo.

El examen de los preceptos anteriormente transcritos nos lleva a concluir que la ley no utiliza el término "riesgo laboral" únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos. El concepto de riesgo laboral ha de trasladarse a la actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el trabajador o a sus características personales. El riesgo concreto existente en la empresa es el objeto de la prevención, manifestada en la identificación del mismo para posteriormente evitarlo, eliminarlo o reducirlo. Aparece así el riesgo unido a las concretas condiciones de trabajo existentes en la empresa, entendiéndose por condiciones de trabajo, a tenor del artículo 4.7 LPRL, cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador (...).

Respecto a la exigencia, contenida en el artículo 123 de la LGSS, de infracción de normas concretas de seguridad para que proceda la imposición del recargo, ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 12 de junio de 2013, recurso 793/2012, en la que se contiene el siguiente razonamiento : "Para resolver la cuestión planteada conviene, ante todo, recordar la doctrina sentada por esta Sala sobre la materia en sus recientes sentencias de 12 de julio de 2007 (R. 938/2006) y 26 de mayo de 2009 (R. 2304/2008) entre otras. en la primera de ella se dice: "El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

"Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados

para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

"Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

"Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

"A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998).".

"(...) Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

Doctrina de aplicación al supuesto sometido a la consideración de la Sala teniendo en cuenta circunstancias fácticas que concurren, y constan acreditadas, a saber: a) por resolución del INSS de 2 de marzo de 2010, se declaró la responsabilidad empresarial y solidaria de las mercantiles actoras PAVIMCOSA OC, SL y FERMONCO SL, por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador D. Secundino en fecha 20 de febrero de 2009; b) como consecuencia de este accidente el

trabajador fue declarado, por resolución del INSS de 12 de febrero de 2010, afecto de IPT/AT para su profesión de encofrador y por la secuela de fractura conminuta de calcáneo derecho; c) el trabajador Sr. Secundino, era un oficial encofrador altamente experimentado y formado cuando, en fecha 20/2/2009 sufrió el AT indicado, mientras formaba parte de la plantilla laboral de la mercantil FERMONDO, siendo ésta, a su vez, contratista de su principal PAVIMCOSA; d) el accidente se produjo cuando el trabajador Sr. Secundino, subido sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 metros de altura; y ello a pesar de que el mismo sabía que existían a su disposición en la obra un andamio tubular homologado, escaleras homologadas e incluso una plataforma elevadora o torre móvil también homologada) pertrechado con un arnés más sin tenerlo anclado a un punto fijo (ya que el mosquetón "no cogía" los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa), estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de aproximadamente seis metros y medio de altura, y, por causas no aclaradas, perdió el equilibrio, se giró y saltó cayendo de pie sobre el suelo, provocándose las lesiones descritas; e) la empresa PAVIMCOSA en relación a la obra en la que se accidentó el trabajador, disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió la empresa FERMONCO, y que ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y de Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban a diario los trabajos. Asimismo consta que la empresa PAVIMCOSA, a través de su encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo, y éste a su vez advirtiéndolo a todos los trabajadores de lo intolerable de tales conductas) puntuales irregularidades pretéritas observadas en las tareas de encofrado y para su corrección, concretamente, que dicho elemento de andamio estaba siendo utilizado por los trabajadores de FERMONCO a modo de escalera de mano.

Ninguna duda cabe, que **existe nexo causal entre los medios inidóneos utilizados en la prestación del servicio y el resultado lesivo para el trabajador. Las empresas eran sabedoras de la utilización de tales medios a través de sus respectivos Encargados y se limitaron a advertir "de lo intolerable de tales conductas", sin adoptar medida alguna activa que hubiera podido evitar el accidente.**

En consecuencia, y apreciando la existencia de contradicción, entiendo, que habría de haberse estimado que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste seguida por la de instancia.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

Madrid, a 11 de febrero de 2016.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, así como el voto particular formulado por la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.