



Roj: **STSJ GAL 1582/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:1582**

Id Cendoj: **15030340012017101217**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **3679/2016**

Nº de Resolución: **1334/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CARLOS VILLARINO MOURE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TSJ SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 36038 44 4 2015 0001056

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0003679 /2016 MRA**

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000266 /2015

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

**RECURRENTE/S D/ña** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONCELLO DE PORTAS (PONTEVEDRA)

**ABOGADO/A:** SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL, ALOIA LOPEZ FERRO

**PROCURADOR:** , PEDRO SANJUAN FERNANDEZ

**GRADUADO/A SOCIAL:** ,

**RECURRIDO/S D/ña:** Blanca

**ABOGADO/A:** CELESTINO BARROS PENA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a seis de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0003679/2016, formalizado por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONCELLO DE PORTAS (PONTEVEDRA), contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de PONTEVEDRA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000266/2015, seguidos a instancia de Blanca frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONCELLO DE PORTAS (PONTEVEDRA), siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D<sup>a</sup> CARLOS VILLARINO MOURE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> Blanca presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONCELLO DE PORTAS (PONTEVEDRA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veinte de abril de dos mil dieciséis

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- Da Blanca , mayor de edad, nacida el NUM000 de 1969, con DNI N° NUM001 , venía prestando servicios como trabajadora social para el ayuntamiento demandado desde el 22 de octubre de 1996, y desde el 9 de noviembre de 2005 como personal laboral fijo. Con fecha 2 de Julio de 2012 cuando la trabajadora se disponía a incorporarse a su puesto de trabajo y había estacionado su vehículo de motor en el lugar habilitado por el ayuntamiento demandado para el estacionamiento de vehículos, se acercó a ella un hombre al que identificó como Juan Pablo que, diciéndole: "Sabes lo que es un gitano enfadado?", le propinó un golpe con una barra de hierro, alcanzándole el brazo izquierdo y produciéndole unas lesiones por la que fue diagnosticada de traumatismo en el brazo izquierdo con fractura abierta del húmero; iniciando una situación de incapacidad temporal en la que permaneció hasta el día 21 de mayo de 2014, fecha en la que fue examinada por el equipo de valoración de incapacidades que emitió dictamen proponiendo que la demandante fuera declarada en situación de invalidez permanente absoluta, consignando como cuadro clínico "fractura abierta grado 1 del tercio distal del húmero izquierdo post-agresión (tratada mediante osteosíntesis). Trastorno de estrés postraumático" y reconociéndole unas limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: "limitación severa de la movilidad del hombro izquierdo. Alteración psicopatológica que 1/mita su vida diaria y capacidad laboral rentabilidad. Mediante resolución de 22 de mayo de 2014 dictada por el INSS se declaró a la demandante en situación de incapacidad permanente en el grado de absoluta con fecha de efectos del día 21 de mayo de 2014. El día del accidente Da Blanca , entre cuyas funciones se encontraba la de cursa[ peticiones de ayudas de los vecinos y realizar visitas a los domicilios para seguimiento de las mismas, tenía una cita con Da Palmira , hija del mencionado Juan Pablo ./SEGUNDO.- En fecha 24 de septiembre de 2015 se dictó sentencia por el Juzgado de lo penal N° 3 de esta ciudad en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos con el N° 227115. Sentencia en la que se condenó a Juan Pablo como autor responsable de un delito de atentado en concurso ideal con uno de lesiones con instrumento peligroso. En tal sentencia se declara probado que "Da Blanca ... trabajaba como funcionaria del ayuntamiento de Portas y la agresión por parte del acusado se produjo por discrepancias con la misma con motivo del desempeño de su trabajo. Además, en el fundamento de derecho primero se declara, en relación a tal motivo, "Y curiosamente viene a confirmar esta tesis la propia prueba documental aportada por la defensa del acusado al inicio de las sesiones del juicio oral, ya que en el informe médico de fecha 22 de diciembre de 2014 emitido por el Psiquiatra Francisco , se recoge que es atendido desde el 03.10.2014 en relación aparente con un proceso judicial en marcha por agresión. El paciente le refirió que agredió con un palo a la trabajadora social del concello que le hacía un seguimiento en relación a la percepción de una RISGA por parte de una hija suya, y entrecomilla frases proferidas por el acusado tales como "se inmiscuía demasiado en sus asuntos", "se metía muy a toño", "le obligaba a su hija a hacer muchos cursillos" y que "se preocupaba demasiado por su hijo, como si no estuviese bien atendido y eso que iba a la escuela"./TERCERO.- Par el Servicio de Inspección de Servicios Comunitarios y de Inclusión Social se ha remitido a este juzgado expediente en el que constan al menos 8 denuncias formuladas por familiares de personas que venían siendo beneficiarios de ayuda a domicilio, todas ellas relacionadas con el incumplimiento de sus obligaciones por parte de las auxiliares de ayuda a domicilio. Quejas y documentación que fueron remitidos en su por la trabajadora social, hoy demandante que, además, emitió informe el día 3 de marzo de 2010 acerca de la mejora del servicio, relacionando propuestas para la mejora del servicio. De la misma fecha consta informe emitido por la misma en relación a la lamentable situación personal, cuidado e higiene personal, y del estado de la vivienda en la que se encontraba una beneficiaria del servicio de ayuda referido, poniendo de manifiesto el incumplimiento de las obligaciones por parte de la auxiliar de ayuda a domicilio que tenía encomendadas tales funciones así como también por parte de la educadora familiar, Da



Leocadia , a quien la demandante ha:4a encomendado que efectuara una supervisión acudiendo al lugar dos días a la semana habida cuenta de las quejas existentes. Consta informe emitido en su día por la actora, en su calidad de trabajadora social, respecto al incumplimiento del proyecto de inserción par parte del beneficiario del RISGA, Manuel .

En fecha 2 de Abril de 2012 se emitió Resolución par la Alcaldía de Portas incoando un procedimiento disciplinario contra la trabajadora social par la presunta comisión par la misma de una falta muy grave, y, en concreto, par reiterada falta de respecto a la alcaldía al dirigirse al Alcalde con "éche o que hai, trato vejatorio a compañeros, en especial a la educadora familiar y propiciar mal ambiente en las oficinas y par caso omiso a órdenes de la alcaldía, sin que conste cual fue la resolución final del mismo y sin que consten tampoco los hechos en concreto sobre cuya base se efectuaron tales imputaciones./CUARTO.- Con fecha 2 de Octubre de 2014, se emitió Informe por la Inspección de Trabajo sobre el referido accidente; acta en la que se declara: "El Alcalde del Ayuntamiento, D. Ricardo (DNI NUM002 ), en la entrevista mantenida ante los Inspectores de Trabajo y Seguridad social D. Jose Carlos y Da Tomasa debén en el Ayuntamiento, al con firmar el conocimiento de la existencia de problemas anteriores entre la trabajadora y los usuarios del servicio, concretamente de etnia gitana (etnia del agresor), señalando que en diversas ocasiones que se vio en la obligación de salir de su despacho y entrar en el de la trabajadora social debido a los gritos que se estaban produciendo entre ellos, tanto de la trabajadora como de los usuarios del servicio. Con firmó, asimismo, las pintadas en el edificio .Pintadas que entendía que iban referidas a la trabajadora social agredida". Siendo de la actuación inspectora que "No obstante, todo lo anterior, a juicio del inspector que suscribe la causa del accidente tiene lugar en una conducta aparentemente delictiva de un tercero que además se produjo en el parking anexo al Concello. Esto supone a juicio del inspector que no puede apreciarse responsabilidad directa causal del Concello de Portas con el accidente a los efectos de proponer el correspondiente recargo. Es decir, si bien el Concello de Portas ha incumplido ciertas normas en materia de prevención de riesgos, estos incumplimientos (que ya han sido requeridos para su subsanación) no suponen la causa directa del accidente sufrido".Como consecuencia de la actuación inspectora se requirió al Ayuntamiento demandado a fin de que revisase la evaluación de riesgos laborales par carecer de la previsión de los riesgos psicosociales, en particular de los derivados del puesto de trabajo de la actora, y requiriendo información y formación relacionada con tal materia1 siendo el objeto principal del requerimiento la relación con terceras personas y usuarios del servicio en el que se encontraba la demandante.Con anterioridad a la agresión sufrida por la actora la misma ya había sufrido ataques a su propiedad, como daños en turismo (pinchazos de ruedas), y habían aparecido pintadas en las paredes del ayuntamiento de tono injurioso y amenazante, dirigidas a su persona. Hechos todos ellos de los que tenía conocimiento el Ayuntamiento demandado./QUINTO.- Iniciado por la demandante un expediente de recargo de prestaciones en solicitud de responsabilidad empresarial del Ayuntamiento de Portas por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en fecha de 9 de enero de 2015, se dictó resolución por el INSS denegando la petición de la responsabilidad instada y entendiendo que no procedía recargo alguno. Resolución frente a la que la actora interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada mediante resolución de fecha 10 de Marzo de 2015./SEXTO- En el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Portas existente al tiempo de la agresión sufrida por la trabajadora y respecto al puesto de la trabajadora social, en el apartado "actuaciones de emergencia", se contemplaba la inexistencia de riesgo de agresión por la actividad desarrollada en el referido puesto de trabajo. Y, en cuanto a las medidas técnicas, se establecía con prioridad de 1 establecer sistemas de comunicación con los trabajadores para que de forma periódica se pueda verificar el perfecto estado de los mismos.En el actual Plan de Prevención de Riesgos, y en el mismo apartado, sí se contempla la existencia de riesgo de agresión por la actividad desarrollada en el puesto de trabajo, calificándose tal riesgo como moderado y, en cuanto a las medidas técnicas, dispone establecer un protocolo en situación y comunicación por parte de la trabajadora de situación anómala, insultos, intento de agresión, etc., establecer sistemas de comunicación con la trabajadora para que de forma periódica se pueda verificar el perfecto estado de la misma cuando realiza visitas a las viviendas unifamiliares, e informar a la trabajadora que debe comunicar a la empresa cualquier situación anómala que le suceda con los vecinos (fuertes discusiones, insultos amenazas, intentos de agresión, etc.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Estimo la demanda interpuesta por DOÑA Blanca , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y frente al AYUNTAMIENTO DE PORTAS y declaro el derecho de la actora a obtener un incremento en un 50& de las prestaciones de IT de invalidez devengadas así como de las que se puedan devengar en el futuro como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad que ha dado lugar al presente procedimiento, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración y al Ayuntamiento de Portas a abonar el recargo oportuno, debiendo para ello proceder a la constitución del capital coste que se determine a tal fin.

**CUARTO.** - Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de suplicación por las codemandadas INSS y Ayuntamiento de Portas, siendo impugnados por la trabajadora demandante. Elevados los autos a este



Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente, procediéndose a dictar la presente sentencia tras la deliberación correspondiente.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Aproximación general al objeto del recurso*

La sentencia de instancia estimó la demanda, y declaró el recargo de prestaciones en un porcentaje del 50%, con los consiguientes pronunciamientos de condena.

El INSS recurre en suplicación al amparo del art. 193 c) LRJS , solicitando la estimación del mismo, la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda.

El ayuntamiento codemandado recurrió asimismo en suplicación, al amparo del art. 193 a), b ) y c) LRJS , solicitando la reposición de los autos al momento de haberse incumplido una norma del procedimiento ocasionando indefensión; o, subsidiariamente, la revocación de la sentencia de instancia, desestimando la demanda en su día presentada.

La trabajadora demandante impugnó los citados recursos, interesando la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

### SEGUNDO.- *Nulidad interesada al amparo del art. 193 a) LRJS*

El ayuntamiento recurrente invoca un primer motivo en su escrito de recurso al amparo del art. 193 a) LRJS " *Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión* ".

Señala que han de reponerse los autos al momento en el que se encontraban al cometerse una infracción de las normas o garantías del procedimiento que le ocasionó indefensión. Se indica así que existió infracción de los arts. 97.2 LRJS y 209 LEC , así como del art. 24.1 CE , citando además jurisprudencia sobre el particular. Argumenta, en tal sentido, que tal infracción se habría producido en la redacción del hecho probado cuarto. Y, en concreto, por cuanto: (1) No se puede considerar probado que las *pintadas* recogidas en tal hecho probado fueran injuriosas o amenazantes, por cuanto no consta el contenido de las mismas. (2) Se refiere en tal hecho probado que la parte actora " *ya había sufrido ataques en su propiedad, como daños en turismo (pinchazos en ruedas)*", indicando que no se concretan las circunstancias de tales pinchazos.

La parte actora en su impugnación se opone a la estimación de tal motivo de recurso, argumentando que la sentencia de instancia no contiene un relato de hechos probados defectuoso. Y, señalando, en concreto, que las *pintadas* constan como referidas por el Alcalde en el Informe de la Inspección de Trabajo, y además por la testifical practicada en la vista. En el mismo sentido, en cuanto a los previos ataques a la propiedad de la parte actora, se señala que los mismos resultan de la testifical practicada.

Siendo esto así, respecto al objeto del recurso de suplicación previsto en el art. 193 a) LRJS creemos conveniente recordar que, como ya se indicó en sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2015 (rec: 4233/2014 ):

*" Ha de tenerse en cuenta que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta ( SSTC 135/1986 ; 98/1987 ; 41/1989, de 16 febrero ; 207/1989 ; 145/1990, de 1 octubre ; 6/1992 ; 289/1993 ).*

*No todas las infracciones de normas procesales implican el mencionado excepcional efecto de la nulidad de pleno derecho, cuya declaración ha de reservarse, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, para cuando dicha infracción haya producido la referida indefensión. En efecto, el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) limita la nulidad de pleno derecho "...c) cuando se prescinda*



*total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión".*

*Por otro lado, debe tenerse presente que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio extraordinario y excepcional, contrario al principio de economía procesal propio del proceso laboral que debe limitarse a aquellos supuestos en que se cause material indefensión ( STC de 15 de noviembre de 1991 , RTC 1991\218, y de 21 de noviembre de 1995 , RTC 1995\172); y esa material indefensión no existe cuando -como ocurre en el presente caso- los hechos probados -y la fundamentación jurídica- permiten la resolución de la cuestión principal planteada y, en todo caso, dichos hechos son susceptibles de ser revisados y/o modificados o completados a través del referido cauce procesal del art. 193. b) de la LRJS , que la parte recurrente ha utilizado, dedicando el segundo motivo de su recurso a la revisión fáctica de la sentencia recurrida... "*

Pues bien, dicho esto, entendemos que el citado motivo de recurso no puede ser estimado. Nuestros argumentos en tal sentido son los siguientes:

(1)Respecto de las pintadas en las paredes del ayuntamiento, es lo cierto que no se discute la realidad de las mismas ni que iban dirigidas a la persona de la demandante o que fueran conocidas por la empleadora, sino la valoración de su contenido como " *de tono injurioso y amenazante* ". Y es cierto que tal extremo constituye una valoración y no, en sentido estricto, un hecho, que es lo que propiamente ha de ser objeto del relato de hechos probados de una sentencia con el art. 97.2 LRJS , tal y como este TSJ ha señalado de modo reiterado así, entre otras, SSTSJ de Galicia de 13-9-2016 (rec: 762/2016 ); 9-6-16 (rec: 952/2016 ); 29-1-16 (rec: 43/15 ); 9-12-15 (rec: 4921/2014 ). Y así las valoraciones de hechos, ya consistan estas en deducciones o inferencias a partir de los mismos, han de tener su ubicación en la fundamentación jurídica, y por tanto, han de tenerse por no incluidas en el relato fáctico de la sentencia. Pero ello no comporta que tal incorrecta ubicación de esas valoraciones, haya de conllevar la consecuencia pretendida por la recurrente, en tanto una vez que las mismas se tienen por no puestas en el relato de hechos probados, no puede apreciarse que exista una indefensión relevante a los efectos pretendidos.

(2) Cuestión distinta es lo que acontece con los previos daños ocasionados en bienes de la demandante. Pues en relación a ellos, la sentencia recoge meramente hechos, sin que sea exigible al amparo del art. 97.2 LRJS una concreción mayor cuando no se argumenta y la recurrente no lo hace que tal concreción fuera posible a la vista de la prueba practicada. Por lo que, en relación a tal extremo, no se aprecia ni infracción del art. 97.2 LRJS ni la indefensión pretendida por la recurrente.

Por todo lo dicho, se desestima el motivo de recurso articulado al amparo del art. 193 a) LRJS por el ayuntamiento demandado.

### **TERCERO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 b) LRJS**

El ayuntamiento recurrente discute también el relato fáctico de la sentencia de instancia, al amparo del art. 193 b) LRJS " *Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas* ".

La jurisprudencia y la doctrina de los Tribunales Superiores han venido exigiendo para acoger una revisión de hechos en aplicación del art. 193 b) LRJS :

-Que tal revisión se funde en una prueba hábil. Estando restringida la misma con el art. 193. b) LRJS a la documental y la pericial. No incluyendo dentro de tal clase los informes de investigadores privados, STS 24 febrero 1992 ; ni los medios de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, STS 16 junio 2011 . Tampoco se ha admitido la alegación de prueba negativa, es decir, la consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido suficientemente, salvo en el caso de que se haya infringido la regla constitucional de mínima actividad probatoria, es decir, exista una total y absoluta falta de prueba al respecto, STS 18-3-1991 y STS 3-4-1998 . Y sin que, a tal efecto, quepa una valoración *ex novo* de toda la prueba practicada, STC 294/1993 .

-Que la prueba alegada revele un error del juzgador, debiendo advertirse tal error de modo palmario o evidente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis o razonamientos. En tal sentido, fuera del supuesto referido, ha de prevalecer la apreciación fáctica del órgano de instancia, y en especial en el caso de que la prueba invocada resulte contradicha por otros medios de prueba ( SSTC nº 44/1989 de 20-2-89 ; y 24/1990, de fecha 15-2-1990 ; y SSTS 30-10-91 ; 22-5-93 ; 16-12-93 y 10-3-94 ). Y así, con la excepción indicada, no es posible sustituir la percepción de la prueba del juzgador de instancia por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada ( SSTS 6-5-85 y 5-6-95 ).

-Ha de tener tal revisión trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS de 28-5-2003 ; 02/06/92 ; SG 16/04/14 -rec: 261/13 -; y 25/05/14 -rec: 276/13 )



-Y se exigen determinados requisitos formales en la interposición del recurso de acuerdo con el art. 196.2 y 3 LRJS . Y así: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, proponiendo en su caso una redacción alternativa de los hechos probados; y b), que se precise a través de qué concreto medio de prueba hábil a efectos de suplicación se pretende esa revisión -por todas, SSTSJ Galicia 16/09/15 R. 1353/14 , 12/06/15 R. 4364/13 , 14/05/15 R. 4385/13 , 09/03/15 R. 3395/13 , 11/02/15 R. 970/13 , 20/01/15 R. 3950/14 -.

Además, no puede olvidarse, como señalamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec: 5035/2014 ) que " *nuestro o sistema procesal, atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS Laboral ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (entre otras sentencia de 17 de diciembre de 1990 ) y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta". Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.*"

Se interesan por el ayuntamiento recurrente las siguientes revisiones fácticas:

A)En primer lugar, se pretende la revisión del hecho probado primero, proponiendo la redacción alternativa recogida en la página 10 de su escrito de recurso, y que aquí damos por reproducida. En todo caso, la modificación propuesta consiste en eliminar la referencia a que la trabajadora el día de la agresión "había estacionado su vehículo de motor en el lugar habilitado por el ayuntamiento demandado para el estacionamiento de vehículos...", sustituyéndola por "había estacionado su vehículo de motor detrás del edificio del ayuntamiento..."

Se invocan a tal efecto los documentos a los folios 244-246, 352-356.

La parte impugnante sostiene que existen otros medios de prueba, como el informe pericial aportado por la misma, de los que cabe deducir que el ayuntamiento está asentado sobre una finca, también del ayuntamiento, que lo rodea y que es donde se aparcen los vehículos.

No se admite tal revisión fáctica, dado que: (1) El contenido de tales documentos no revela un error palmario o manifiesto en la redacción del hecho probado por la magistrada de instancia, pues el hecho de que el lugar donde se aparcó esté en las inmediaciones del ayuntamiento y no sea visible desde determinados puestos de trabajo que son los extremos de los documentos invocados en los que incide la recurrente no es contradictorio con la redacción dada en la sentencia. (2) Además, existen documentos que recogen que se había aparcado en el " *parking anexo al Ayuntamiento* ", como el informe del ISSGA al folio 238 de autos. O, por ejemplo, el informe de Inpenor al que se refiere la impugnante, unido al final de su ramo de documental e inserto en una carpeta de plástico, donde se refiere al espacio habilitado como " *párking del ayuntamiento* " o " *zona de aparcamiento de los empleados municipales* ", aportando la correspondiente documentación gráfica. Por tanto, no apreciándose un error manifiesto o palmario de la magistrada de instancia, no ha lugar a tal revisión fáctica.

B)En segundo lugar, se pretende la revisión del hecho probado cuarto en su párrafo segundo, proponiendo la redacción que obra en las páginas 11 y 12 del escrito de recurso, y que aquí damos por reproducida. La revisión propuesta, consiste en adicionar a tal hecho probado que los requerimientos de la Inspección que en el mismo se detallan y cuyo contenido se mantiene en tal revisión " *se tramitaron como requerimientos ordinarios, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 42/1997 y no dentro de lo dispuesto en el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.*"

Se invoca como documento el informe de la Inspección de Trabajo a los folios 112 a 113 de autos.

La parte impugnante se opone a tal revisión, por entender que nada aporta a la resolución del litigio.



Pues bien, no se admite por no ser trascendente. Y es que el cauce procedimental seguido por la Inspección de Trabajo no condiciona la valoración de los supuestos incumplimientos en materia de prevención que haya de hacer un órgano jurisdiccional a los efectos del recargo de prestaciones. Siendo lo relevante, en todo caso, los hechos constatados por la Inspección y los requerimientos realizados por la misma, en tanto puedan denotar incumplimientos en materia de prevención, extremos que ya constan en los hechos probados de la sentencia recurrida.

C) En tercer lugar, el ayuntamiento recurrente pretende la revisión del hecho probado cuarto, en este caso en su párrafo tercero. Se propone la adición recogida en la página 13 del escrito de recurso, que aquí damos por reproducida. La modificación consiste, en concreto, en la supresión de la expresión referida a las ya mencionadas *pintadas* " de tono injurioso y amenazante " .

Se invoca a tal efecto el informe de la Inspección de Trabajo a los folios 109 a 111 de autos.

Se opone la parte actora, en tanto entiende que sí cabe considerar que las *pintadas* tenían tal tono injurioso y amenazante, según declaró el agente de la Guardia Civil actuante en la vista.

Dicho esto, y con arreglo a lo ya expuesto en el fundamento jurídico anterior, se accede a la revisión propuesta, sin reiterar aquí los argumentos más arriba indicados. En todo caso, la supresión de la valoración indicada de los hechos probados no comporta que no quepa si bien en sede de fundamentación jurídica entender que la existencia de tales *pintadas* dirigidas a la parte actora y conocidas por el ayuntamiento demandado extremos no controvertidos y que constan en los hechos probados son un elemento más a valorar para deducir si era o no previsible la existencia de una situación real de riesgo de la trabajadora finalmente agredida. Circunstancia sobre la que, como veremos, se abundará más a la hora de abordar los motivos de censura jurídica.

D) En cuarto lugar, el ayuntamiento recurrente interesa la inclusión de un nuevo hecho probado séptimo, con fundamento en los siguientes documentos: informe del accidente de Fremap (folios 352 a 356); e informe de la Inspección de Trabajo (folios 244 a 246). Todo ello proponiendo como redacción la recogida en la página 14 del escrito de recurso, consistente en: " *No consta ninguna queja previa al Ayuntamiento o a la Inspección de Trabajo por parte de la trabajadora en relación a previas agresiones o alguna situación de conflicto de la que pudiera derivarse una agresión por parte de algún usuario de los servicios sociales* " .

La parte impugnante se opone a tal adición, por entender que está desvirtuado y contradicho por otros medios de prueba, además de tratarse de un hecho negativo.

Y expuesta en tales términos la adición interesada, no se accede a la misma. Y es que es lo cierto que la adición propuesta es, en primer lugar, valorativa, en tanto recoge una conclusión como es que no podía " *derivarse una agresión por parte de algún usuario* " , es decir, está concluyendo un juicio de previsibilidad o probabilidad de la agresión acaecida, lo que no es propiamente un hecho, sino una inferencia o deducción, por lo demás predeterminante del fallo en un determinado sentido, y que por ello no puede con el art. 97.2 LRJS ubicarse en sede del relato de hechos probados. Pero es que, además, lo relevante es que el ayuntamiento demandado tenía conocimiento de diversos extremos, que sí constan en los hechos probados ( *pintadas* referidas a la actora, daños a bienes de la misma, discusiones previas con usuarios, etc), y que contradicen la redacción propuesta o, al menos, la valoración que la misma recoge.

#### **CUARTO.- Motivos de recurso al amparo del art. 193 c) LRJS**

El INSS recurre la sentencia de instancia y alega como motivo de recurso, al amparo del art. 193 c) LRJS " *Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia* " , la infracción del art. 123 LGSS en relación con la jurisprudencia que determina los requisitos para la imposición del recargo de prestaciones, citando, entre otras, las SSTs de 2-10-2000 ; 26-3-1999 ; 6-5-1998 ; 8-10-01 .

En concreto argumenta que no existe relación causal entre la omisión de medidas de seguridad por la empleadora y el accidente acaecido, en tanto que el accidente tiene lugar por una conducta aparentemente delictiva de un tercero en el aparcamiento anexo al centro de trabajo. Añadiendo otras alegaciones, como la inexistencia de una denuncia previa de la trabajadora; o que medidas como la colocación de cámaras de vigilancia, un vigilante de seguridad o reforzar la autoridad de la trabajadora referidas por la magistrada de instancia no cabe entender que hubieran evitado la agresión sufrida.

Por otro lado, también el ayuntamiento codemandado recurre al amparo del art. 193 c) LRJS . Alega la infracción del art. 123 LGSS en relación con el art. 1105 Cc y el art. 15.4 LPRL y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpretan, entre otras, SSTs 2-10-2000 ; 21-2-2002 y 27-3-15 .

Argumenta en síntesis la empleadora que, por un lado, no existe una infracción culpable o negligente de medidas de seguridad por su parte, y que el accidente laboral deriva de una agresión dolosa de un tercero, la cual entiende como un hecho fortuito. Además, por otro lado, señala que no se han aplicado criterios



de normalidad y razonabilidad a la hora de valorar la supuesta actuación negligente por su parte. Y, por último, indica que el recargo en la cuantía porcentual impuesta, no guarda proporcionalidad con la infracción cometida.

La parte impugnante se opone a la estimación de la censura jurídica esgrimida por ambas recurrentes. En resumen, viene a señalar que sí existieron incumplimientos por parte de la empleadora como la falta de valoración del riesgo de agresión, o la situación de pasividad del ayuntamiento demandado ante el previsible riesgo existente en relación a la trabajadora, lo que determinaría que no pueda entenderse como hecho fortuito la agresión sufrida.

Como precisión inicial antes de abordar el fondo del recurso, hay que señalar que en el caso de autos vista la fecha del hecho causante, e incluso de la resolución administrativa recurrida, no cabe duda de no resulta de aplicación el texto refundido de la LGSS aprobado por RD Legislativo 8/2015, que entró en vigor el 2 de enero de 2016; sino el anteriormente vigente texto refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994.

Entrando ya en el fondo, cabe deducir de lo expuesto que resultan en gran parte concurrentes los motivos de censura jurídica esgrimidos por ambas codemandadas, así que procedemos a resolverlos conjuntamente.

Y, en tal sentido, entendemos que no cabe apreciar las infracciones invocadas, por cuanto concurren en el supuesto de autos como recogió la sentencia de instancia los requisitos para imponer el recargo del art. 123 LGSS, y además estimándose proporcionado el porcentaje del 50%. Nuestros argumentos en tal sentido son los siguientes:

(1) En relación a los requisitos que han de concurrir respecto del recargo de prestaciones, cabe citar la STSJ Galicia de 14 de marzo de 2016 (rec: 2498/15) cuando señala:

*"La figura del recargo de prestaciones, contemplada en el art. 123 de LGSS, requiere para su aplicación el examen de los siguientes criterios:*

*1º.- Que si bien no es una sanción propiamente dicha, si tiene un cierto carácter sancionador, por lo que ha de ser de objeto de interpretación estricta.*

*2º.-Que dada su naturaleza punitiva es de aplicación personalísima, de tal modo que solo puede imputarse, de forma exclusiva, a la empresa incumplidora en sus deberes de materia y de seguridad e higiene en el trabajo, sin que pueda ser desplazada tal responsabilidad del pago del recargo a terceros, no siendo posible su aseguramiento ni derivación de responsabilidad al INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo ( STS de 8 de marzo de 1993, 12 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1994 o 22 de abril de 2004 entre otras).*

*3º.- Que se trata de responsabilidad empresarial en que si bien, no es de naturaleza objetiva, sí tiene escasa incidencia la conducta del trabajador, y en todo caso ha de existir una omisión de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo por parte de la empresa, sean estas generales como las particulares exigibles en cada actividad en concreto. En todo caso la conducta del empresario habrá de valorarse con criterios razonables y según máximas de la convivencia industrial que son criterios coincidentes con los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981 y ratificado por España en 26-7-1985 en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores.*

*4º.- Que ha de existir un nexo causal entre la infracción de la medida de seguridad y el accidente de tal modo que no se puede imponer el recargo si la infracción no es la causa del accidente, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, o cuando se produce la ruptura del nexo causal por acción u omisión del propio trabajador, conducta que en todo caso ha de merecer el calificativo de imprudencia temeraria.*

*Esta Sala ya ha señalado (STSJ de Galicia de 14 de septiembre de 2012 rec, 4446/2012) que el llamado «deber de seguridad» o «deuda de seguridad» de la empresa con sus trabajadores se configura claramente en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 4.2, d) del Estatuto de los Trabajadores, establece que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene», derecho que ratifica el artículo 19.1 de la misma Ley diciendo: «El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene». Por su parte, el artículo 7º de la Orden 9 marzo 1971, por la que se aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el que se concreta el alcance de las correlativas obligaciones del empresario para salvaguardar tal derecho, disponía, entre otras, que «son obligaciones generales del empresario... 2. Adoptar cuantas medidas fueren necesarias en*





*orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa..."*

(2) En el caso de autos existe un accidente laboral sufrido por la trabajadora demandante el 2 de julio de 2012, "cuando la misma se disponía a incorporarse a su puesto de trabajo y había estacionado su vehículo de motor en el lugar habilitado por el ayuntamiento demandado para el estacionamiento de vehículos", consistente en la agresión con una barra de hierro por parte de un hombre que, tras decirle "¿sabes lo que es un gitano enfadado?", procedió a golpearla, causándole unas lesiones que derivaron en el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta hecho probado primero.

No ha sido discutida la naturaleza de accidente de trabajo de tal suceso, la cual cabría incardinar en el art. 115.1 en relación además, con el art. 115.2 a) LGSS. Y es que la citada agresión está conectada causalmente con el trabajo, como exige el art. 115.1 LGSS, y ello en tanto que vinculada con las funciones desempeñadas por la demandante como trabajadora social del ayuntamiento que la empleaba. Así consta en los hechos probados que la parte actora, entre cuyas funciones estaba la de cursar peticiones de ayudas como la Risga, y realizar visitas a los domicilios para seguimientos de las mismas, tenía el día de los hechos una cita con la hija de su agresor hecho probado primero. Estando asimismo acreditado que la agresión se produjo por discrepancias del agresor con la trabajadora con motivo del desempeño de su trabajo, tal y como consta en la sentencia dictada en el proceso penal, que se recoge en el hecho probado segundo. Todo ello sin perjuicio de que, además de por aplicación del art. 115.1 LGSS, cabría tener la agresión sufrida como accidente de trabajo por aplicación del art. 115.2 a) LGSS, en tanto que se produjo *in itinere*, al ir a su lugar de trabajo.

Lo expuesto, esto es, la conexión de la agresión de la demandante con las funciones desempeñadas por la misma para el ayuntamiento que la empleaba, descartan la posibilidad de apreciar que nos encontramos ante un supuesto excluido de la calificación como accidente de trabajo al amparo del art. 115.5 b) LGSS, el cual establece que no impedirá la calificación como accidente de trabajo la "conurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo"; siendo lo cierto que, en el caso de autos, como se dijo, la actuación del agresor guarda relación con el trabajo desempeñado por la demandante en los términos ya expuestos y recogidos en la sentencia de instancia. En definitiva, la agresión, a la vista de los hechos probados primero a cuarto de la sentencia de instancia, puede calificarse como una represalia del padre de una usuaria del servicio fruto de las discrepancias con el criterio de la demandante respecto a la asistencia social prestada a la hija del agresor, tal y como se constató en el proceso penal seguido frente al agresor; extremo que, por lo demás, no ha sido controvertido.

(3) Ahora bien, para la imposición del recargo de prestaciones no basta que exista un accidente de trabajo, sino que el art. 123 LGSS impone otras exigencias adicionales, según ha sido matizado por la jurisprudencia, como ya vimos.

En todo caso, no se ha discutido tampoco que la parte actora sufrió una lesión fruto del citado accidente de trabajo, y que ello dio lugar al reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de seguridad social hecho probado primero.

Pero sí se discuten dos extremos, como son la existencia de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales por el ayuntamiento empleador, y, asimismo, el nexo causal entre tal incumplimiento y el resultado lesivo producido.

(4) El incumplimiento de la deuda de seguridad por parte de la administración empleadora se concreta en este caso, con los hechos probados de la sentencia de instancia, en los siguientes extremos, en su esencia ya argumentados por la magistrada de instancia:

En la evaluación de riesgos laborales del ayuntamiento demandado no existía previsión de riesgos psicosociales, en particular de los derivados del puesto de trabajo de la parte actora, habiendo sido requerido el ayuntamiento tras la agresión y por parte de la Inspección de Trabajo para subsanar tal extremo, requiriendo además la información y formación correspondiente. Siendo además "el objeto principal de tal requerimiento la relación con terceras personas y usuarios del servicios en el que se encontraba la demandante" hecho probado cuarto.

Y tal extremo comporta un incumplimiento básico de las normas de prevención de riesgos laborales, puesto que justamente la evaluación de riesgos es parte de la gestión integrada de la actividad preventiva dentro de la propia actividad empresarial, según prevé el art. 14.2 Ley 31/1995 (LPRL) y desarrolla el RD 39/1997; y ello en tanto establece tal precepto que "el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la



*protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos ..."*

Más en concreto, la evaluación de riesgos está regulada en el art. 14.2 LPRL como uno de los " *instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos* ", consistiendo tal evaluación en una " *evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos...* ", pero que además " *será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo..* ". Y sin olvidar que tal precepto asimismo señala que " *cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas.* "

Tal evaluación de riesgos es, por tanto un instrumento que tiene por objeto, una vez puesto de manifiesto en tal evaluación la existencia de una concreta situación de riesgo, la realización por el empresario de " *aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución* ". Es decir, identificado el riesgo en la citada evaluación, el mismo ha de ser abordado para evitar, combatir o reducir tales riesgos según los principios de la acción preventiva del art. 15 en otro instrumento, como es la planificación de la actividad preventiva. Teniendo en cuenta, por último, que el " *empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma* ".

O, según señala el art. 8 del RD 39/1997, " *cuando el resultado de la evaluación pusiera de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario planificará la actividad preventiva que proceda con objeto de eliminar o controlar y reducir dichos riesgos, conforme a un orden de prioridades en función de su magnitud y número de trabajadores expuestos a los mismos.* "

Por tanto y esto es lo que denota la gravedad del incumplimiento de la administración demandada en materia de prevención de riesgos, sino se recoge la existencia del riesgo en el instrumento correspondiente, que es la evaluación de riesgos, decae toda la actividad preventiva de la empresa en relación a tal riesgo, pues la planificación de la actividad de prevención y su ejecución esto es, la adopción de medidas concretas frente a ese riesgo exige, en primer lugar, la identificación del mismo, que es justamente lo que no hizo la demandada en el caso de autos.

Siendo lo cierto, como se dijo, que a la vista de los hechos probados, la administración demandada no recogió el riesgo que derivaba del puesto de trabajo de la demandante, en relación con los usuarios del servicio, en la evaluación de riesgos.

A partir de tal incumplimiento por la empresa, concurren en cascada todos los demás incumplimientos de la normativa de prevención, en tanto que ninguna medida se adoptó frente al riesgo citado, por no haber sido previsto y evaluado. Y así en concreto, consta también en el hecho probado cuarto, que la Inspección de Trabajo requirió a la empresa " *información y formación relacionada con tal materia, siendo el objeto principal del requerimiento la relación con terceras personas y usuarios del servicio en el que se encontraba la demandante* ". Es decir, no evaluado el riesgo, tampoco se previeron ni ejecutaron obligaciones básicas como la de información y formación en relación a tal riesgo, recogidas en los arts. 18 y 19 LPRL . Incumplimientos en materia de información y formación que no son un mero trámite, sino que tiene una finalidad muy concreta, como es la de evitar la materialización de los riesgos detectados. Así el art. 18.1 LPRL establece el deber de información " *a fin de dar cumplimiento al deber de protección* "; y el art. 19 LPRL en cuanto a la formación indica con claridad que " *deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente* ".

Más en concreto pero en realidad una consecuencia del incumplimiento básico de evaluación respecto de los riesgos antes referidos, constaba en el Plan de Prevención del ayuntamiento, al tiempo de la agresión, y respecto del puesto de trabajo de la trabajadora agredida, en el apartado de " *actuaciones de emergencia* ", la " *inexistencia de riesgo de agresión por la actividad desarrollada en el referido puesto de trabajo* ". Además, se preveía como medida técnica establecer " *sistemas de comunicación con los trabajadores para que de forma periódica se pueda verificar el perfecto estado de los mismos* ", medida que no consta que se hubiera adoptado respecto del concreto puesto de trabajo de la demandante. Situación que fue corregida tras la agresión de la demandante, reconociéndose ya la existencia de tal riesgo de agresión por la actividad desarrollada por la misma, y estableciendo la necesidad de un " *protocolo en situación y comunicación por parte de la trabajadora de situación anómala, insultos, intentos de agresión, etc* ", con " *sistemas de comunicación con la trabajadora para que de forma periódica se pueda verificar el perfecto estado de la misma cuando realiza visitas a las viviendas* "



*unifamiliares, e informar a la trabajadora que debe comunicar a la empresa cualquier situación anómala que le suceda con los vecinos (fuertes discusiones, insultos, amenazas, intentos de agresión, etc)"* hecho probado sexto.

En resumidas cuentas, existieron incumplimientos relevantes por no decir de obligaciones básicas en materia de prevención de riesgos, y en relación a la demandante y al puesto de trabajo que la misma ocupaba.

(5) Se ha argumentado por las recurrentes, además, que no existió un nexo causal entre los incumplimientos citados y el accidente de trabajo (agresión) sufrido por la actora. Y ello parece sostenerse sobre dos alegaciones. En primer lugar, que el agresor fue un tercero y que su actuación era imprevisible, como lo era en general que la demandante pudiera sufrir una agresión; y en segundo lugar, que la actora no puso en conocimiento de la empleadora los hechos de los que pudiera deducirse la existencia de un riesgo cuya materialización fuera previsible.

Pero los hechos recogidos en la sentencia de instancia, y la propia argumentación de la magistrada, desvirtúan tales alegaciones. Y así entendemos que existe un nexo causal entre los incumplimientos referidos (falta de evaluación del riesgo de agresión en el puesto de trabajo de la actora; falta de información y formación sobre el mismo; y falta de adopción de medidas relativas a tal riesgo) y la agresión sufrida por la actora. Y ello dado que:

(5.1) Tales actuaciones en materia de prevención no desarrolladas por la empresa estaban, como se explicó, justamente encaminadas a evitar o disminuir el riesgo.

(5.2) El riesgo existía, y era grave y probable su materialización. El art. 4.2º LPRL señala que: "*Se entenderá como «riesgo laboral» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo*". En tal sentido, el riesgo de agresión era probable a la vista de las incidencias previas en el servicio en que la actora estaba destinada, y en concreto en relación con la misma. Así está acreditado que: (i) Existían varias quejas por usuarios del servicio sobre las deficiencias en su prestación, por tanto, era conocido el malestar de los usuarios con el servicio. Tales quejas fueron tramitadas por la demandante realizando un informe sobre propuestas para mejorar el servicio hecho probado tercero. (ii) El Alcalde conocía la existencia de "*problemas anteriores entre la trabajadora y los usuarios del servicio, concretamente de etnia gitana (etnia del agresor)*", hasta el punto de que el propio Alcalde "*en diversas ocasiones... se vio en la obligación de salir de su despacho y entrar en el de la trabajadora social debido a los gritos que se estaban produciendo entre ellos...*" Asimismo, el citado Alcalde conocía la existencia de "*pintadas en el edificio... que entendía que iban referidas a la trabajadora social agredida*". Además, la administración empleadora tenía conocimiento de que con anterioridad a la agresión sufrida por la actora la misma ya había sufrido "*ataques a su propiedad, como daños en turismo (pinchazos en ruedas)*" hecho probado cuarto. (iii) A mayor abundamiento, la juzgadora de instancia, de manera motivada en la fundamentación jurídica, establece que "*la trabajadora social estaba recibiendo amenazas e insultos como consecuencia de la labor realizada por la misma*" extremo del que el ayuntamiento tenía "*pleno conocimiento*". La magistrada expone así los elementos de los que extrae tal conclusión, como son, el informe de la Inspección de Trabajo y la testifical practicada.

Por tanto, era conocido por el Ayuntamiento demandado el descontento de los usuarios del servicio y la situación de conflicto entre la trabajadora posteriormente agredida y los usuarios como denotan los gritos y discusiones en que tuvo que intervenir el Alcalde, las *pintadas* alusivas a la misma en el Ayuntamiento, los ataques previos a bienes de su propiedad (pinchazos), extremos que hacían probable el riesgo de agresión.

(5.3) No es relevante que la actora no hubiera denunciado formalmente los incidentes sufridos con los usuarios del servicio, o los daños en bienes de su propiedad, o las *pintadas* alusivas a la misma en el Ayuntamiento, pues eran extremos conocidos por la empleadora, como se expuso.

(5.4) Existe un nexo causal entre los incumplimientos expresados más arriba y la agresión, en el sentido de que habiéndose cumplido la normativa de prevención expuesta, el riesgo de agresión sería previsible que no se hubiera materializado. Así, como también señala la magistrada de instancia, si la empleadora hubiera, por ejemplo, incrementado la vigilancia y seguridad en el centro de trabajo y anexos al mismo; o reforzado la autoridad de la demandante por ejemplo, denunciando el propio Ayuntamiento los incidentes acaecidos y de los que tuvo conocimiento; o proporcionado información y formación a la demandante sobre como detectar y abordar situaciones de conflicto; o establecido protocolos de comunicación y seguimiento del servicio en relación a tales riesgos, entre otras medidas posibles, parece razonable entender que o bien el riesgo no se hubiera materializado, o bien no lo habría sido con el fatal resultado acontecido. En este sentido, y frente a tal situación de conflicto y claros signos de alerta de una situación de riesgo potencial, y probable en su materialización para la demandante, el ayuntamiento que no lo olvidemos es a quien corresponde, con el art. 96.1 LRJS, la carga de acreditar el cumplimiento de la deuda de seguridad no consta que hubiera adoptado medida alguna.



En definitiva, no nos encontramos ante el caso de una agresión fortuita, imprevisible y desconectada de la actividad laboral de la trabajadora, como parecen dar a entender las recurrentes; sino, por el contrario, ante una agresión motivada por el trabajo de la demandante; que era posible conjeturar en términos de notable probabilidad ante la situación conflictiva en el servicio y los incidentes previos habidos en relación a la trabajadora; y que además cabe razonablemente entender que era evitable si se hubiera evaluado correctamente el riesgo y planificado en relación al mismo la actividad preventiva.

(6) En cuanto a la proporcionalidad del porcentaje de recargo impuesto, cabe citar la STS de 17 de marzo de 2015 (rec: 2045/14), con la que debe "... *partirse de lo que señala nuestra sentencia de 4 de marzo de 2014 (rcud 788/2013) cuando dice en su tercer fundamento de derecho que "el precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal...*"

Dicho esto, la graduación del recargo en un 50% es decir, en su porcentaje máximo, tal y como se impuso en la sentencia recurrida, entendemos que es ajustada a la gravedad de la conducta de la empleadora. Y ello puesto que nos encontramos, como ya se expuso, ante el incumplimiento de obligaciones fundamentales y básicas en materia de prevención de riesgos, como es la no inclusión en la evaluación de los riesgos de un riesgo concurrente y especialmente relevante; con los consiguientes incumplimientos que ello conlleva en la planificación de la actividad preventiva, actividad que no se desarrolló correctamente respecto del puesto de trabajo de la demandante; y ello, cabe insistir, a pesar de la gravedad del riesgo que debía ser abordado. En tal sentido, el ayuntamiento no ha acreditado que adoptara medida alguna en relación al riesgo de agresión que se derivaba de la actividad desarrollada y del puesto de trabajo ocupado por la demandante. Esto es, no nos encontramos ante un supuesto de indebida o defectuosa ejecución de determinadas medidas de prevención, sino ante un caso de meridia inactividad o pasividad de la empleadora en relación al riesgo referido. Todo lo cual determina que no se aprecie infracción en el porcentaje de recargo establecido por la juzgadora en la instancia.

Por todo lo dicho, se desestiman los recursos interpuestos.

#### **QUINTO.- Costas del recurso**

No procede imponer condena en costas al INSS, por tener el mismo derecho de asistencia jurídica gratuita art. 235.1 LRJS y art. 2 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita .

Procede imponer condena en costas al ayuntamiento recurrente, como parte vencida en el recurso por el mismo interpuesto art.235.1 LRJS . Tales costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o en representación técnica, y ello en el importe de 601 euros art. 235.1 LRJS .

#### **FALLAMOS**

**1º.-DESESTIMAMOS los recursos de suplicación** interpuestos por el INSS y el Concello de Portas contra la sentencia de 20 de abril de 2016 del Juzgado de lo Social nº 4 de Pontevedra , dictada en los autos nº 266/2015 seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Blanca . Todo ello confirmando la sentencia de instancia.

**2º.-** Sin condena en costas al INSS en relación al recurso interpuesto por el mismo.

**3º.-** Con condena en costas al Concello de Portas en relación al recurso interpuesto por el mismo. Tales costas comprenderán los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o en representación técnica, y ello en el importe de 601 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:



- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ