



Roj: STSJ AND 4340/2009 - ECLI:ES:TSJAND:2009:4340  
Id Cendoj: 18087340012009100397

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Granada

Sección: 1

Nº de Recurso: 2919/2008

Nº de Resolución: 789/2009

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: LUIS FELIPE VINUESA

Tipo de Resolución: Sentencia

R.A.

**SENTENCIA NÚM. 789/09**

ILTMO.SR.D. EMILIO LEÓN SOLÁ

ILTMO.SR. D. JULIO ENRRIQUEZ BRONCANO

ILTMO. SR. D. MANUEL MAZUELOS FERNÁNDEZ FIGUEROA

ILTMO.SR. D. LUIS FELIPE VINUESA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Granada a dieciocho de marzo de dos mil nueve

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de Suplicación núm. 2919/08, interpuesto por D. Guillermo contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 DE JAÉN en fecha 15 DE ABRIL DE 2008 y en autos nº 385/07 ha sido ponente el lltmo. Sr. D.LUIS FELIPE VINUESA

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por D. Guillermo en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra ENCOFESUR, S.L., ALIMAR, S.L., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COGILCO PROMOCIONES INMOBILIARIAS, BENALCASA 2.000 S.A., Y COGILCODOS S.L. y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 15 DE ABRIL DE 2008 , por la que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta condenó a las empresas demandadas ENCOFESUR, S.L., ALIMAR EXCAVACIONES S.L. al abono del recargo del 50% de las prestaciones que correspondan al actor por el accidente de trabajo sufrido el 18/10/04, en forma solidaria y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a estar y pasar por ello, absolviendo libremente al resto de los demandados de la acción contra ellos intentada.

Segundo.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- El actor D. Guillermo , con DNI NUM000 , nacido en Baños de Encina el 24/4/68, y afiliado al régimen general de la seguridad social con el nº NUM001 venia prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia codemandada ENCOFESUR, S.L., desde el 2/8/04, mediante contrato de trabajo por obra o servicio determinado, inicialmente para desempeñar su actividad en obras sita en Antequera, siendo trasladado posteriormente en otra sita en Algeciras (Cádiz).

SEGUNDO.- A la empresa codemandada, se le concedió por la promotora la realización de 156 viviendas de protección social en la urbanización San Bernabé de Algeciras Cádiz, celebrando en 18/12/03 contrato para la realización de las obras de cimentación y estructura en la parcela C de dicha Urbanización con la codemandada ESCACACIONES ALIMAR, S.L., siendo las obras a realizar la ejecución completa de toda la cimentación y estructura del edificio, tales como losas, muros, zunchos, forjados, vigas, pilares, etc, para lo que aportara mano de obra especializada en el encofrado desencofrado, vertido, vibrado y curado del hormigón. Para esta labor el subcontratista tendrá personal especializado en el encofrado y ferrallado pudiendo contratar partes de los trabajos a otro subcontratista siendo la empresa excavaciones Alimar, conforme a dicho contrato responsable de seguridad e higiene de los trabajos contratados, tanto de los realizados por sí, como los subcontratados, teniendo dicha empresa Alimar al encargado D. Segundo , en la empresa de forma permanente.

TERCERO.- Que dicha codemandada Alimar subarriendo con Encofesur la realización de trabajos de encofrado, reconociendo el encargado que veía trabajar a los operarios de Encofesur, y que en alguna ocasión le pidieron cinturones de seguridad u otros equipos de seguridad, y que en ocasiones prestaba.

CUARTO.- Que el actor el día 18/10/04 cuando se encontraba desempeñando su trabajo habitual en dicha obra al pisar uno de los talones del encofrado, al parecer no bien calzado, y ceder el tablón cayó al nivel inmediatamente inferior desde una altura desde 1'70 metros, sufriendo lesiones y permaneció en situación de incapacidad temporal, y así mismo fue declarado por el Juzgado de lo social nº 2 de esta ciudad afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, siendo confirmada dicha sentencia por el TSJA.

QUINTO.- Que la inspección de trabajo de la provincia de Cádiz levanto acta de infracción a la empresa codemandada Encofesur, SL., por infracción de medidas de seguridad, proponiendo una sanción de 1750 euros, estimando el inspector actuante que el accidente se produjo por primero: la falta de adopción de medias técnicas que garantizaran la estabilidad y solidez de los tableros sobre los cuales el trabajador se sitúa y la falta de medidas de protección colectiva consistentes en redes horizontales tal y como se describe en el plan de seguridad y salud elaborado por la empresa principal codemandada Benalcasa, S.A. segundo: el trabajador no tenía puesto el cinturón de seguridad homologado enganchado en un punto de anclaje que posibilitase la eficacia protectora del mismo. Tercero: una deficiente planificación de los trabajos que se realizan sin haber adoptado con anterioridad las medidas de protección colectiva descritas.

SEXTO.- Que a iniciativa de la inspección por el INSS se inicio procedimiento de expediente responsabilidad empresarial por falta de medias de seguridad en materia de seguridad e higiene en el trabajo, finalizando dicho expediente y dictándose resolución el 24/5/07, en la que se declaraba la existencia de la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo sufrido por el actor, declarar la procedencia del incremento del 50% de las prestaciones de Seguridad Social a cargo de la empresa responsable Encofesur, S.L.

SÉPTIMO.- Que el actor agoto la vía previa administrativa."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por D. Guillermo , recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por BENALCASA 2.000 S.A., Y COGILCODOS S.L.. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Como esta Sala ya ha tenido ocasión de reiterar, en sus sents. de 24-febrero-2004 y 5-marzo-2008, es el proceso laboral un procedimiento judicial de única instancia, en el que la valoración de la prueba es función atribuida en exclusiva al Juez a quo, de modo que la suplicación se articula como un recurso de naturaleza extraordinaria que no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado, e incluso en estos casos, de manera muy restrictiva y excepcional, pues únicamente puede modificarse la apreciación de la prueba realizada por el Juez de lo Social cuando de forma inequívoca, indiscutible y palmaria, resulte evidente que ha incurrido en manifiesto error en su valoración. En cualquier otro caso, "debe necesariamente prevalecer el contenido de los hechos probados establecido en la sentencia de instancia, que no puede ni tan siquiera ser sustituido por la particular valoración que el propio Tribunal pudiere hacer de esos mismos elementos de prueba, cuando el error evidente de apreciación no surge de forma clara y cristalina de los documentos o pericias invocados en el recurso, de acuerdo con el art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral " ( Sentencia de 14 de julio de 2000); señalando en este mismo sentido la s de TS de 18

de noviembre de 1999 que la valoración de la prueba es facultad privativa del órgano judicial de instancia. "sin que pueda sustituirse su valoración por otra voluntaria y subjetiva confundiendo este recurso excepcional con una nueva instancia, por lo que en consecuencia, los hechos declarados probados, reflejo de dicha valoración deben prevalecer, mientras que por medio de un motivo de revisión fáctica, basada en documentos de los que resulte de un modo claro, directo y patente el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas"; y ello es así porque "en nuestro sistema jurídico procesal y en relación con la prueba rige el principio de adquisición procesal según el cual las pruebas una vez practicadas no son de la parte, sino del Juez, quien tiene la facultad de valorarlas todas por igual o unas con preferencia a las otras siempre que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria" ( sentencia del mismo Tribunal de 10 de noviembre de 1999 ).

De igual manera, la doctrina constitucional (s del TC 44/1989, de 20 de febrero ) tiene señalado, que por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina ( STC 175/85, de 15 de febrero ) que pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas, siendo el Juez o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional ( STC 24/1990, de 15 de febrero ).

En el supuesto que se enjuicia sí puede añadirse al hecho probado segundo el nombre de la codemandada Benalcasa 2000 al principio de su redacción, pero no procede modificar el ordinal quinto, para incluir en el que la Inspección de Trabajo apreció responsabilidad en la anteriormente dicha empresa, pues ello no vincula al Juez de instancia que construye el relato histórico como ordena el art. 97.2 LPL .

Segundo.- El último motivo aducido denuncia infracción por inaplicación de los arts 42, 2 ET y arts. 24,1 , 2 y 3 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y diversa doctrina jurisprudencial.

En este sentido la Sala ha matizado, en sus sentencias de 29-3-06 y 26-3-08 al trata de la solidaridad en el recargo que, centrada la cuestión en que si la responsabilidad que se impone a la infractora es extensible, en responsabilidad solidaria, a la otra codemandada (Benalcasa 2000) y aún siendo cierto que el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye a las empresas contratistas el deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas/subcontratistas que empleen, de la normativa de prevención de riesgos laborales y, habiéndose producido el accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del propietario principal, éste es responsable de forma solidaria con aquel del que, dependiendo el trabajador, incumplió la normativa laboral, no lo es menos que ello contraviene la naturaleza del recargo que, está atribuida al empresario infractor. Es de hacer notar que el ET dispone en su art. 42.2 que "El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata" pero ello no supone, como mantuvo ésta Sala, que dicho precepto es ajeno a lo que es la naturaleza, finalidad y esencia de ésta "sanción". Y es que, en suma, dispone el art. que la regula, (123 de la LGSS) y bajo el epígrafe "Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional" que, paf 1. "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en 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" para, en su num 2º normar que "La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla" trasladándose el problema a "quien es el empresario infractor". Bien es cierto que el arto 24.3 de la LPRL de 1995 impone la misión de vigilar a quien es propietario de la obra, éste responde solidariamente con aquel contratista, subcontratista, del que depende el trabajador lesionado por falta de medidas de seguridad y esto, con arreglo a la dicción legal, significa, ni podía ser así, una responsabilidad solidaria "ex lege". En éste orden de cosas ha de recordarse lo que afirman las sents. del TS, de 11 y 26 de mayo de 2005 , que se ocupan de una misma cuestión: la

imputación de las responsabilidades empresariales derivadas de accidente de trabajo en los casos de contrata o subcontrata de obras o servicios. Ambos pronunciamientos se ocupan de hechos similares: accidentes de trabajo sufridos por uno de los trabajadores del contratista o del subcontratista y conectados causalmente al incumplimiento de las medidas de seguridad aplicables. La discusión en instancia y suplicación versó sobre la procedencia de la imposición del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y su imputación solidaria tanto al empresario directo, esto es, el contratista o subcontratista, como al que actuaba como comitente o empresario principal. Aceptada esta última solución en suplicación, son las empresas comitentes las que promueven el recurso unificador ante el TS. Y sobre el "empresario infractor" y lo extiende, en su Sentencia de 16 diciembre 1997 expresando que "cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal con sus instrumentos de producción y bajo su control "es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral..." y por ello en estos casos el empresario principal puede ser "empresario infractor" a efectos" del art. 123 LGSS . La s del TS de 5 mayo 1999, recogió en forma prácticamente literal estas ideas que vuelven a ser revisadas por la s del TS de 22 noviembre 2002, que, aun manteniendo la cita de los precedentes indicados, ciñe el debate a la aplicación de las reglas de los arts. 24 Y 42,2 LPRL -precepto este último «trasladado» ahora al art. 42,3 TRLISOS-. y las dos sentencias que ahora se comentan se sitúan decididamente en esta perspectiva. La de 26 de mayo de 2005, lo expresa con meridiana claridad cuando afirma que "la expresión que en el arto 123,2º LGSS se contiene sobre la necesidad de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad y el recargo correspondiente en, las prestaciones haya de recaer "sobre el empresario infractor" ha de completarse en cada caso con la remisión al análisis, del supuesto o supuestos previstos en aquellas normas específicas". En otras palabras, es el incumplimiento de los deberes derivados de la existencia de situaciones de coordinación de actividades empresariales el que justifica y establece el régimen de imposición del recargo de prestaciones. El problema se traslada, por lo dicho, a la interpretación de las reglas sobre "coordinación de actividades empresariales" contenidas en el art. 24 LPRL y normas concordantes y en éste sentido, los criterios interpretativos consolidados: "propia actividad" y "centro de trabajo" son muy válidos pudiendo extenderse a otros como "la presencia de trabajadores del empresario principal en el lugar de trabajo" donde se encuentran los de la contratista teniendo aquellos, en dicho supuesto, cierta responsabilidad y mando sobre la forma de llevarse a cabo la actividad contratada no pudiendo olvidarse, en cualquier caso, que dicho recargo tiene una "finalidad" garantista y beneficiosa para el trabajador pero "sancionadora" para el empresario por lo que la culpabilidad, base de dicha sanción, no puede extenderse a quien es del todo ajeno a la actuación productora del evento. Este mismo sentido es recogido por la reciente s del TS de 11 mayo 2005, y en ésta resolución el TS huye de la responsabilidad objetiva: el deber de vigilancia en estos casos no implica "la exigencia de un control máximo y continuado" pues, si así fuera, la descentralización, que es legítima como técnica organizativa, devendría "ineficaz". La exigencia de diligencia debe, pues, hacerse en términos razonables. Y siendo esto así, es evidente que la empresa recurrente es ajena a la que ha sido causa de producción del siniestro por cuanto, si como se ha razonado, fue la rotura del encofrado soportaba a la plataforma en la que se situaba el trabajador, la causante del siniestro no era obligación de la empresa principal el análisis del estado de la misma, ni de todas aquellas plataformas o soportes que han de ser examinados por los empleados de la empresa que realiza las funciones que tiene concertadas con aquella. La principal contrata con una empresa, tiene planes de seguridad e higiene en el trabajo, aporta a sus trabajadores medios y conocimientos para realizar sus funciones y analiza el comportamiento general de aquella pero no le es imputable, si podía serlo, la más mínima actividad de la empresa que realiza las funciones, las particulares tareas de la misma y la comprobación y evaluación permanente de los riesgos en las actividades por aquella realizada pues, si ello fuese así, haría innecesaria la contrata y sería su propio personal el que llevase a cabo las tareas. Su actuación se limita a elegir una empresa que, como es el caso, cumpla, todas las medidas de seguridad, vele por la salud de sus trabajadores, les informe de los riesgos y les aporte el material preciso para evitarles lo que no supone, eliminar de forma absoluta la producción de siniestros luctuosos que, como el que nos ocupa, tuvo su origen en un incumplimiento particular y concreto por parte de la empresa que realizaba los trabajos que, ello motiva la condena a que se ha hecho referencia ya que no extremó las precauciones para evitar las consecuencias lesivas que, fatalmente se produjeron. Este recurso ha de merecer desfavorable acogida confirmando la sentencia que así lo decidió.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Guillermo contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 DE JAÉN en fecha 15 DE ABRIL DE 2008 , en Autos 385/07 seguidos a instancia de D. Guillermo en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra ENCOFESUR, S.L., ALIMAR, S., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD



SOCIAL, COGILCO PROMOCIONES INMOBILIARIAS, BENALCASA 2.000 S.A., Y COGILCODOS S.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina que previene el Art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de su notificación, con advertencia a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, si es la recurrente, que al preparar el Recurso deberá presentar certificación acreditativa de que comienza o, en su caso, el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá durante la tramitación del recurso, sin cuyo requisito se tendrá por no preparado.

Así por esta nuestra Sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ