

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 443/2018 de 25  
Abr. 2018, Rec. 711/2016**

**Ponente: López García de la Serrana, José Manuel.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 711/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 443/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L., representada y defendida por la letrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Carmen Escriche Monzón, contra la sentencia dictada el 18 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación n<sup>o</sup> 413/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 5 de Valencia, en autos n<sup>o</sup> 1411/2012, seguidos a instancia de la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), D. Cosme y Arción S.A. Construcciones sobre recargo de prestaciones.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), representados y defendidos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de junio de 2014, el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 5 de Valencia dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMANDO la demanda interpuesta por MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Cosme y ARCION SA CONSTRUCCIONES, habiendo sido llamados sus administradores concursales OBRAS MM BLEDA SL y Eulogio, confirmo la resolución del INSS impugnada en el proceso y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1.- El trabajador demandado, D. Cosme, con NIE NUM000, sufrió un accidente de trabajo en fecha 28-10-2011 cuando prestaba sus servicios laborales como OFICIAL DE 1<sup>a</sup> ENCOFRADOR

para la empresa demandante MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL (cuyas contingencias profesionales estaban concertadas con UMIVALE), la cual había sido a su vez contratada por la contratista principal ARCION SA CONSTRUCCIONES SL, para la realización de los trabajos de ejecución de estructura de la obra consistente en la construcción de 64 viviendas VPP, aparcamientos y piscina en cuatro bloques "Altos de Santa Bárbara ubicada en la parcela M3 del Sector NPR 9 de Massarrojos. (Parte del accidente y acta de infracción de la inspección de trabajo obrantes al expediente administrativo).

2.- Concretamente, el accidente se produjo cuando el trabajador Cosme , ejecutando tareas de desencofrado del muro sótano escalera 1, esperaba el gancho de la grúa torre para proceder a la retirada de la escuadra del muro, y en un momento determinado detectó rebabas de hormigón en la parte superior de la escuadra. Ante ello el trabajador, en lugar de coger la plataforma elevadora, decidió subirse una escalera de mano de tres tramos de altura ARTI con zapatas antideslizantes, que estaba en el lugar para enganchar la grúa, para, desde una altura de un metro aproximadamente y con la ayuda del martillo y cincel, retirar las rebabas. Estando así, el trabajador sacó el pie derecho del peldaño de la escalera y lo puso sobre la armadura de ferralla del muro perpendicular al muro donde se encontraba apoyada la escalera. En esa posición procedió a retirar la rebaba con el martillo y cincel. Teniendo las dos manos ocupadas y creando un desequilibrio evidente, al tener un pie sobre la escalera y otro sobre la armadura de ferralla, la escalera - que no había sido fijada- resbaló de lado, en la dirección en la que el trabajador aplicaba la fuerza, cayendo al suelo, de pie y produciéndole la fractura del hueso del talón (calcáneo) del pie izquierdo. (Informe del INVASSAT).

3.- A consecuencia del accidente el trabajador estuvo de baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde 29-10-2011 hasta 13-4-2012, percibiendo una prestación de 5.718,72 €. (Folio 123 del expediente administrativo).

4.- La Inspección Provincial de Trabajo de Valencia remitió al INSS en fecha 19-4-2012 escrito de iniciación de actuaciones, acompañando informe sobre las circunstancias del accidente de trabajo sufrido por el trabajador Cosme apreciando la responsabilidad solidaria de las empresas MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL y ARCION SA CONSTRUCCIONES y proponiendo un recargo de prestaciones del 30%. Dicho informe dio lugar a la tramitación del correspondiente expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, en el que con fecha de Registro de Salida 14-6-2012 se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS de Valencia declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higienes en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador D. Cosme el 28-10-2011 y la procedencia de que las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del mismo fueran incrementadas en un 30% a cargo de las empresas ARCION SA CONSTRUCCIONES y MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL, con carácter solidario. Contra dicha resolución la empresa MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL interpuso reclamación previa, que fue desestimada por resolución de fecha de registro de salida 27-9-2012. (Folio 137 del expediente administrativo).

5.- La Inspección Provincial de Trabajo de Valencia levantó en fecha 4-4-2012 acta de infracción contra la empresa MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL por vulneración de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales apreciando una infracción grave en su grado mínimo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2, del TRLISOS, consistente en haber elegido, instalado y utilizado, una escalera de mano para realizar trabajos en altura, en lugar de utilizar una plataforma de trabajo que garantizara la seguridad del trabajador., por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3, apartados 1 , 2 y 4, y en el apartado 1.6 del Anexo 1 del Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio , por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, (13.0.a de 7 de agosto) así como en los apartados 4.1.1, 4.1.2,4:2.1, 4.2/ y 4/3 del Anexo II, del citado R.D. 1215/1997; todos ellos, con la redacción efectuada por el Real Decreto 2177/2004, de 12 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo en materia de trabajos temporales en altura (liza de 13 de noviembre). Todos ellos en

relación con lo establecido en el artículo 15.1 , 17.1 y 18.1 a ) y b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre , de

Prevención de Riesgos Laborales, (B.O.E, de 10 de noviembre), y artículo 5. 1 y 2 del Real Decreto 1215/1997 , ya citado. Por resolución de 5-9-12 de la Dirección Territorial de Educación Formación y Trabajo se impuso a MACRI 07 OBRAS Y ESTRUCTURAS SL, en concepto de responsable principal y ARCION SA CONSTRUCCIONES en concepto de responsable solidaria, la sanción de 8.195 euros, aceptando en su integridad la propuesta de resolución del Jefe de Servicio Territorial de Trabajo de Valencia de fecha 23-8-12 en relación al expediente sancionador iniciado por la Inspección de Trabajo. Contra dicha resolución la actora interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por resolución de 7-2- 2013 del Director General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social. (Expediente administrativo).

6.- El Institut Valencià de Seguretat i Salut en el Treball, tras investigación verificada en noviembre de 2011, emitió informe de investigación del accidente de autos, que obra en el expediente administrativo y se da por reproducido en aras a brevedad. (Folios 73 y ss del expediente administrativo). Dicho informe concluía estableciendo como causas del accidente: Causas del riesgo. Siendo el riesgo la caída a distinto nivel en tareas de desencofrado de muro se establecen como causas del mismo. La falta de consideración de dichas tareas en el Plan de Seguridad y Salud de la obra, y La elección de un equipo de trabajo inadecuado (escalera de mano) pal realizar las mismas. Causas del suceso. Siendo el suceso el deslizamiento lateral de la escalera de mano, se establece como causa del mismo, el uso inadecuado de la escalera como medio auxiliar al no trabajar de frente a esta y hacer uso de las dos manos para realizar una tarea que requiere la aplicación de fuerza, no quedando asegurada la estabilidad del trabajador.

7.- La evaluación de riesgos del puesto de encofrador, de marzo de 2011 y vigente a fecha del accidente, contemplaba el riesgo de caída a distinto nivel por la utilización, entre otros equipos de trabajo, de escaleras de mano, dándole la calificación de riesgo "moderado". La planificación de la acción preventiva derivada de esta evaluación de riesgos, en lo referente a escaleras de mano, contemplaba lo siguiente: Se prohíbe el trabajo en escalera a más de 35 metros a menos que sean puntuales y siempre con algún dispositivo anticaídas. Tras el accidente se revisó la evaluación de riesgo del puesto de encofrador a fecha 15 de noviembre de 2011. En esta evaluación se trató de forma particular el riesgo de caída a distinto nivel por la utilización inadecuada de escaleras de mano dándole también la calificación de riesgo moderado. La planificación de la acción preventiva derivada de esta actualización de la evaluación de riesgos, en lo referente a escaleras de mano, contemplaba además de lo establecido en la anterior versión lo siguiente: "Es necesario realizar una sesión informativa a todos los trabajadores para normas de uso y utilización de escaleras de mano. Se establece la prohibición de utilizar escaleras de mano para realizar trabajos de encofrado y desencofrado siempre y cuando sea necesario realizar trabajos que requieran la aplicación de fuerza. Durante la utilización de la escalera de mano queda prohibido desplazar partes del cuerpo fuera de la propia vertical de la escalera, debiendo permanecer tanto el tronco como las extremidades sobre la vertical de la escalera." (Informe del INVASSAT).

8.- En relación a los trabajos de encofrado el Estudio de Seguridad y Salud de la obra en la que tuvo lugar el accidente, preveía:

- Tanto en el encofrado metálico para muros (apartado 8210) como en el encofrado metálico para pilares (apartado 82.1 1) establecía que el desencofrado se realizaría desde un andamio.
- En relación a las escaleras de mano establecía lo mismo que el Plan de Seguridad y Salud.

Por su parte, el Plan de Seguridad y Salud de la obra no contemplaba las tareas de desencofrado. En relación a las escaleras de mano y como norma básica de trabajo establece el no utilizar una escalera manual para trabajar. En caso necesario y siempre que no sea posible utilizar una plataforma de trabajo se deberán adaptar una serie de medidas. Entre estas medidas, y en relación al accidente que nos ocupa, caben destacar las siguientes:

- El transporte a mano de una carga por una escalera de mano se hará de modo que ello no impida una sujeción segura.

- El trabajo a través de las escaleras de mano se efectuará frontalmente, es decir, mirando directamente hacia los peldaños que se están utilizando. (Informe del I NVASSAT)

9.- En cuanto a la formación e información: El trabajador accidentado recibió sesión de información, según artículo 18 de la Ley 31/1995 con el siguiente contenido en fecha 10/02/2011: Información de riesgos en el puesto de trabajo. Medidas preventivas aplicables a dichos riesgos, información de riesgos del centro de trabajo, medidas preventivas aplicables a dichos riesgos, medidas de emergencias presentes en el centro de trabajo. La empresa hizo entrega al trabajador accidentado de la siguiente información en fecha 10- 02-2011 de: Equipos de protección individual. Manipulación manual de cargas. Gestión de la prevención en empresas constructoras. Prevención de riesgos de trabajo en altura. En relación a la información sobre escaleras de mano se especificaba, entre otras cosas, lo siguiente: Los trabajos sobre la escalera de mano se realizarán sobre la vertical de la misma, sin sacar partes del cuerpo de la propia escalera. Manual de formación en prevención de riesgos laborales. El trabajador accidentado recibió la siguiente información:

- Curso de formación en "Prevención de Riesgos Laborales en el Sector de la Construcción" y en la modalidad de Aula Permanente (duración: 8h, fecha: 11/07/2008).

-Segundo ciclo de formación en prevención de riesgos laborales, sector construcción:

- Encofradores, (duración: 20h, fecha: 27-28/04/2011) (Informe del INVASSAT).

10.- El trabajador accidentado fue objeto de revisión de vigilancia de la salud en fecha 6/09/2011 resultando APTO para el puesto de ENCOFRADOR. (Informe del INVASSAT).

11.- La empresa hizo entrega al trabajador de los siguientes equipos de protección individual al trabajador accidentado de fecha 10/02/2011: Casco de seguridad de polietileno, Guantes de seguridad; Mascarilla anti-polvo; Gafas de seguridad antiproyecciones, Calzado de seguridad con puntera reforzada, Arnés de seguridad; Orejeras (cascos o tapones) (Informe del INVASSAT).

12.- El trabajador actor tenía una antigüedad en la empresa y en el puesto de trabajo de 10-2-2011. (Informe del INVASSAT).

13.- En la obra en que se produjo el accidente normalmente se utilizaba una plataforma elevadora móvil de personas para las labores de encofrado, no así para las tareas de desencofrado en que era habitual el uso de escalera de mano para efectuar la tarea de enganche y retirada de las piezas de encofrado. (Informe de la Inspección de Trabajo e informe del INVASSAT)».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, por la representación legal de la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L., se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 3 de noviembre de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de MACRI 07 (OBRAS Y ESTRUCTURAS SL), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia, de fecha 24-junio-2014 , en virtud de demandas presentadas a su instancia frente a INSS, TGSS, Cosme y ARCIÓN SA CONSTRUCCIONES; en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la representación legal de la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L., se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 30 de mayo de 2000 (rec. 715/2000 ).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de

estimar improcedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 25 de abril de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La cuestión que plantea el presente recurso de casación unificadora se concreta en determinar la procedencia o improcedencia del recargo sobre las prestaciones económicas de Seguridad Social percibidas por un trabajador de la empresa demandante como consecuencia del accidente laboral sufrido el 28 de octubre de 2011.

La sentencia impugnada, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 3 de noviembre de 2015 (rollo 413/2015 ), confirma la dictada en la instancia que desestimó la demanda, formulada por la empresa subcontratista ahora recurrente contra la resolución del INSS que le impuso la obligación de abonar el mencionado incremento por omisión de las medidas de seguridad exigibles y declaró la responsabilidad solidaria de la empresa contratista que había subcontratado a la empleadora del operario lesionado la realización de los trabajos de ejecución de la estructura de la obra para la construcción de 64 viviendas, donde se produjo el siniestro.

**2.** Según el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia de instancia, con la adición aceptada en suplicación, para la realización de las labores de encofrado de la estructura se utilizaba normalmente una plataforma elevadora móvil de personas cuyo uso tenía autorizado el actor y en las de desencofrado era habitual el uso de una escalera de mano de tres tramos de altura dotada de zapatas antideslizantes, para enganchar a la grúa torre las piezas del encofrado a retirar.

El accidente ocurrió cuando el damnificado, con categoría profesional de oficial 1ª encofrador, efectuaba tareas de desencofrado del muro sótano y estaba esperando el gancho de la grúa para retirar una pieza metálica en escuadra. Al detectar una rebaba de hormigón en la parte superior de la escuadra, el trabajador, a fin de eliminarla, ascendió por la referida escalera, que se encontraba ahí al objeto de poder enganchar la pieza a la grúa, hasta una altura de un metro aproximadamente, en lugar de utilizar la plataforma elevadora. Para realizar esa operación, sacó el pie derecho del peldaño de la escalera y lo puso sobre la armadura de ferralla del muro perpendicular a aquél donde estaba apoyada la escalera y en esa posición procedió a retirar la rebaba con un martillo y un cincel teniendo las dos manos ocupadas y creando un desequilibrio evidente, al tener un pie sobre la escalera y otro sobre la armadura de ferralla, lo que provocó el deslizamiento de la escalera - que no había sido fijada- en la dirección en la que aplicaba la fuerza, cayendo al suelo de pie y sufriendo la fractura del hueso calcáneo izquierdo, como consecuencia de la cual permaneció en situación de incapacidad temporal durante 166 días, causando alta sin secuelas.

La sentencia recurrida considera que aun cuando el trabajador obró incorrectamente al utilizar la escalera, se trataba del modo habitual de hacerlo a fin de ganar tiempo, sin que conste que la empresa actuase diligentemente para impedir tan habitual e indebida ejecución de tareas, con riesgo evidente de caída, a lo que se une que el Plan de seguridad no contemplaba las labores de desencofrado. Concluye, por ello, que la causa del accidente fue la conducta omisiva del empresario, sin que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo del afectado tenga entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a su personal una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

**3.** La parte recurrente denuncia la infracción del art. 123 LGSS al entender que dio cumplimiento a todas sus obligaciones en materia preventiva, y que el evento lesivo se produjo como consecuencia exclusiva de la decisión voluntaria del trabajador de utilizar la escalera de mano en lugar de la plataforma elevadora móvil que tenía a su disposición, infringiendo la prohibición empresarial de usar la escalera para efectuar trabajos en vertical que exigieran aplicar fuerza.

A fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 LRJS , aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 30 de mayo de 2000 (rollo 715/2000 ), que desestimando el recurso de suplicación del INSS, confirmó la de instancia que había declarado la improcedencia del recargo de prestaciones impuesto a la empresa de construcción accionante por el accidente de trabajo sufrido por un peón a su servicio cuando se encontraba realizando tareas de desencofrado en la planta primera de una obra subcontratada por Ferrovial SA, a la que se atribuyó responsabilidad solidaria en el pago del recargo.

Consta probado que la labor que tenía asignada el trabajador afectado el día del accidente consistía en colocar las grapas de sujeción a la grúa de los paneles metálicos antes de retirar las barras de protección y los puntales, tareas que había realizado con asiduidad y reiteración en el pasado y para la que había recibido los correspondientes cursos de formación. El evento dañoso sobrevino cuando el actor quitó uno de los puntales, después de la retirada de las barras de sujeción, circunstancia en la que se le cayó encima una de las chapas metálicas de encofrado que no había asegurado mediante grapas a la grúa, sufriendo lesiones en la cadera.

Ante esos hechos, la sentencia invocada como término de comparación estimó que el accidente no podía atribuirse a causa diferente que no fuese la falta de atención en el desempeño de sus funciones por parte de la víctima, lo que excluía el recargo de prestaciones, al no haber omitido la empresa ninguna medida de seguridad alguna.

**4.** Durante la tramitación del recurso la empresa demandante aportó escrito ante esta Sala acompañando copia de la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia el 15 de abril de 2016 (autos 572/2013), interesando su unión a las actuaciones.

La sentencia aportada estimó la demanda que la recurrente interpuso en su día, frente a la resolución administrativa que confirmó el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo por vulneración de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales en razón del accidente de trabajo origen del presente procedimiento, al considerar el Juzgado de la Social que el siniestro se produjo por imprudencia temeraria de la víctima.

El citado documento fue admitido y unido al rollo en virtud de auto de esta Sala de 23 de marzo de 2017 que así lo acordó, por tratarse de una sentencia firme recaída sobre los mismos hechos enjuiciados en el presente litigio, después de haberse pronunciado la sentencia recurrida, dándose traslado del mismo a las partes personadas para que complementasen el escrito de recurso y de impugnación. Así lo hizo la parte recurrente sosteniendo, en síntesis, que el hecho probado 2º de la sentencia referenciada describe la forma en que se produjo el accidente y los hechos 7º a 12º refieren el cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en general y con el trabajador afectado en particular, circunstancias fácticas que deben tenerse en cuenta de conformidad con lo previsto en el art. 42.5 LISOS y llevan a la conclusión sentada en la sentencia aportada de que el accidente se debió a la actuación voluntaria y temeraria del trabajador, insistiendo, además, en la existencia de la contradicción alegada. Por su parte, la Letrada del INSS presentó escrito en el que puso de manifiesto que la vinculación que impone el art. 42.5 LISOS sólo opera respecto de los hechos declarados probados y que en ese ámbito no existen diferencias sustanciales entre la sentencia firme que anuló la sanción impuesta a la empresa y la que aquí se recurre, sujeción que no se extiende a la fundamentación jurídica.

**5.** La incorporación al debate del contenido de una sentencia firme, admitida como documento relevante con amparo en el art. 233.1 LRJS , plantea el problema de determinar los efectos jurídicos que puede desplegar en orden a la resolución del presente recurso, cuestión que dada su naturaleza debe resolverse con carácter previo al análisis de la contradicción.

**SEGUNDO.- 1.** El art. 42.5 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social , aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS), cuyo texto original no ha sido objeto de ulterior modificación, dispone que *"la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso- administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará*

*al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social".*

Este precepto está concebido y sólo adquiere sentido y razón de ser en el marco competencial aplicable en la fecha en que se aprobó la norma en la que se integra, conforme al cual la impugnación judicial de las resoluciones administrativas recaídas en procedimientos sancionadores de la normativa de prevención de riesgos laborales se residenciaba en el ámbito de la jurisdicción de orden contencioso-administrativo, al no haber llegado a entrar en vigor la atribución a la jurisdicción del orden social por la Ley 29/1998, de 13 de julio, del conocimiento de las materias comprendidas en el art. 2 b) LPL .

**2.** En ese contexto, y excluida la eficacia prejudicial de la cosa juzgada de la sentencia emitida por un órgano de otro orden jurisdiccional, el ordenamiento jurídico arbitró una medida tendente a evitar pronunciamientos contradictorios en lo que respecta a la fijación de los hechos, con una finalidad de coherencia y seguridad jurídica ( ATC 74/2004 y 76/2004, de 9 de marzo ), conforme a la cual el órgano de la jurisdicción social debe asumir como ciertos los hechos declarados tales por el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que como señala la TC 16/08 y es doctrina reiterada de esta Sala (TS 13-3-12, rec. 3779/10 ; 10-7-12, rec. 2980/11 ; 14-9-16, Rec. 846/15), no supone que el juez social no goce de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso sobre recargo de prestaciones y que a la vista de su resultado no pueda separarse motivadamente de los hechos fijados en sede contencioso-administrativa, exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen la divergencia.

En todo caso, la vinculación a los hechos probados de la sentencia del orden contencioso-administrativo, con el alcance señalado, no afecta a su enjuiciamiento y calificación en el plano jurídico, que los órganos de la jurisdicción social pueden realizar de manera independiente, y con resultado dispar, como consecuencia de aplicar normativas diferentes.

**TERCERO.- 1.** La situación descrita en el fundamento precedente no se corresponde con la que se produce cuando la sentencia firme recaída en el proceso de impugnación de la resolución administrativa sancionadora ha sido dictada por un órgano de la jurisdicción social tras la ampliación que del ámbito de conocimiento de este orden llevó a cabo la LRJS, que en su art. 3 n) le atribuyó competencia para resolver las impugnaciones de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral.

En ese supuesto la posible eficacia vinculante de lo resuelto en el referido litigio, en el que debe ser emplazado el trabajador accidentado ( art. 151.4 LRJS ), como efectivamente lo fue en el presente procedimiento, en el seguido en materia de recargo de prestaciones dimana del art. 222.4 LEC , a lo que no es óbice la diversidad de objetos de uno y otro proceso, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad que es propia del efecto negativo, bastando con que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actué en el posterior como elemento condicionante o prejudicial.

Lo relevante, por tanto, en lo que al presente recurso importa, es determinar en qué medida y bajo qué circunstancias lo resuelto en sentencia firme recaída en el proceso de impugnación de la sanción impuesta a la empresa, en lo que respecta a la existencia de la infracción que la motiva, y a los hechos en que se funda esa apreciación, puede proyectarse sobre la decisión que corresponde adoptar en el litigio sobre recargo de prestaciones.

**2.** En lo que concierne a la existencia de infracción, es preciso distinguir, como punto de partida, dos conceptos que en ocasiones se solapan: el de infracción laboral en materia de prevención de riesgos laborales recogido en los arts. 11 a 13 LISOS , en relación con los arts. 1.1 y 5.1 de esa misma Ley , y el de incumplimiento de las obligaciones por parte del empresario en esa misma materia plasmado en el art. 123 LGSS . El primero aparece definido como toda acción u omisión de los sujetos responsables que conlleve la violación de normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo,

siempre que se encuentre tipificada como tal en la Sección 2ª del Capítulo II de la LISOS, que contiene un catálogo cerrado de conductas ilícitas.

La segunda noción es más amplia pues a los efectos de lo establecido en el art. 123 LGSS existe incumplimiento de obligaciones preventivas siempre que el empresario no ha obrado con la diligencia exigible para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio aún cuando su conducta no resulte subsumible en ninguna de las infracciones administrativas tipificadas en los arts. 11 a 13 LISOS . En tal sentido las SSTs de 26/03/1999 (rec. 1721/99 ) y 12/07/07 (rec. 938/06 ) señalan 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 empleador"*. Y es que como señalamos en la TS 14/09/16 (rec. 846/2015 ), *"resultando claro que la infracción presupone el incumplimiento de las obligaciones impuestas, no todo incumplimiento quedará ahormado en el catálogo de infracciones que, como tal, exige de la necesaria tipicidad y configuración legal estricta, bastando para el recargo con que se haya producido un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad"*.

Por otra parte, el hecho de que la Inspección de Trabajo que investiga un accidente de trabajo califique determinadas actuaciones del empresario como constitutivas de una o más infracciones en materia preventiva, y que la sanción impuesta por la Autoridad Laboral sea anulada mediante sentencia firme por haber quedado desvirtuados los hechos que le sirven de base, no obsta a que en el procedimiento de recargo de prestaciones puedan alegarse y acreditarse otros incumplimientos constitutivos o no de infracción administrativa con relevancia causal en el resultado lesivo.

En último término, y en lo que respecta a los hechos en los que se fundamenta la infracción, el órgano que conoce del pleito de recargo podrá apartarse de los constatados en el sustanciado para la impugnación de la sanción, sin más requisito que motivar su decisión atendiendo a los concretos medios de prueba practicados en el proceso.

Pues bien, en el presente caso en el que en el proceso de impugnación de la sanción administrativa ha recaído sentencia con posterioridad a las dictadas en el litigio de recargo tanto en instancia como en suplicación se observa que en el fundamento de derecho quinto de la sentencia anulatoria de la sanción se afirma con valor fáctico que *"la empresa informó a sus trabajadores, incluido el accidentado de que las tareas de desencofrado debían efectuarse desde la plataforma elevadora y no desde una escalera manual, y así figura en el Plan y en el Estudio de Seguridad y Salud, y por ese motivo había una plataforma elevadora en la zona donde se produjo el accidente"*, y en los fundamentos de derecho cuarto y quinto indica con ese mismo valor que el trabajador lesionado reconoció en el acto de juicio que la empresa le informó de la necesidad de emplear la plataforma elevadora para realizar las labores de desencofrado y que fue él quien decidió no utilizarla por la escasa entidad de la tarea y para acabar antes, así como que cometió una imprudencia al sacar un pie de la escalera para trabajar con mayor comodidad, siendo esa la causa de que desequilibrara la escalera. A la vista de estos hechos la sentencia concluye que la empresa no cometió ningún incumplimiento en materia de elección, instalación y utilización de los equipos de trabajo y que el accidente se produjo por imprudencia temeraria de la víctima.

Cuanto se deja razonado, fuerza a concluir que una vez que mediante sentencia firme y en atención a los medios de prueba practicados en el proceso de impugnación de la sanción administrativa, incluido el interrogatorio del trabajador demandado, se ha resuelto conforme a los hechos probados que acabamos de reseñar que el accidente laboral en el que se vio involucrado se produjo sin mediar infracción alguna por parte de la empresa referida a los equipos de trabajo utilizados en la fase de desencofrado, incumplimiento en el que la sentencia recurrida basaba exclusivamente la procedencia del recargo de prestaciones, y que la caída de la escalera de mano se produjo como consecuencia exclusiva de la actuación puntual y voluntaria del afectado que en lugar de utilizarla para la labor específicamente prevista - enganchar a la grúa las piezas del encofrado a retirar - se subió a ella para realizar un trabajo - eliminar la rebaba - que comprometía se estabilidad sobre la escalera, y en forma que agravaba el riesgo al sacar un pie

para trabajar con mayor comodidad, desatendiendo las instrucciones expresas de la empresa sobre la necesidad de utilizar la plataforma elevadora, tal pronunciamiento ha de ser respetado en el presente proceso.

**CUARTO.-** Lo expuesto nos lleva a casar y anular la sentencia impugnada y a resolver el recurso de suplicación en el sentido de estimar el recurso formulado por la empresa frente a la sentencia de instancia, no en orden a unificar la doctrina aplicada por las sentencias comparadas, sino a efectos de dar cumplimiento al mandato impuesto por el art. 222.4 LEC , en relación con los arts. 9.3 y 24.1 CE , y resolver la controversia de acuerdo con lo ya decidido en sentencia firme. Sin costas y con devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L., contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 413/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia , en autos nº 1411/2012, seguidos a instancia de la mercantil Macri 07 Obras y Estructuras, S.L. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), D. Cosme , Arción, S.A. Construcciones y Obras MM Bleda, S.L. sobre recargo de prestaciones.

2) Casar y anular la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 3 de noviembre de 2015, en el recurso de suplicación 413/2015 .

3) Resolver el debate de suplicación, estimando el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente.

4) Revocar la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia con fecha 24 de junio de 2014 en los autos nº 1411/2012.

5) Estimar la demanda presentada por la ahora recurrente dejando sin efecto la resolución de la Dirección Provincial del INSS de Valencia de 14 de junio de 2012 en la que se acordaba imponerle un recargo del 30 % sobre las prestaciones económicas que habían derivado del accidente laboral sufrido el día 28 de octubre de 2011 por D. Cosme con cargo a dicha empresa y a Arción SA.

6) No imponer las costas en ninguna de las instancias ordinarias y extraordinarias y acordar la devolución a la empresa de los depósitos constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.