

# Documento TOL7.778.484

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Medidas de seguridad. Accidente laboral. Recargos de prestaciones

Sin que en este caso se alce obstáculo alguno para su admisión, al venir sustentada en la documental que al efecto se invoca obrante a los folios 437, 438 y 439 de autos, consistente en los certificados de los cursos impartidos y venir centrada la cuestión objeto de controversia, en la posible infracción por parte de la empresa demandante de **medidas de seguridad** generales o particulares y que le han acarreado la imposición del recargo cuya procedencia ahora se discute.

Como recuerdan, entre otras, las sentencia del tribunal supremo / iv 24, se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente ley reguladora de la jurisdicción social ( ley 36/2011 de 10 ley reguladora de la jurisdicción social ), en cuyo el artículo 96. 2 se preceptúa que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de **accidentes de trabajo** y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad.

PROCESAL: Incongruencia interna. Falta de legitimación pasiva. Agotamiento de la vía previa

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [José Manuel González Viñas](#)

**Origen:** Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada

**Fecha:** 28/11/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 2782/2019

**Número Recurso:** 583/2019

**Numroj:** STSJ AND 18020:2019

**Ecli:** ES:TSJAND:2019:18020

**ENCABEZAMIENTO:**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**B.**

**SENT. NÚM. 2782/19**

**ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS PRESIDENTEILTMO. SR.D. JORGE LUÍS FERRER GONZÁLEZILTMO. SR. D. RAFAEL FERNÁNDEZ LÓPEZ MAGISTRADOS**

En la ciudad de Granada, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve.

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

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. **583/19**, interpuesto por **D. Porfirio** contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería, en fecha 21 de diciembre de 2018, en Autos núm. 1029/16, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS**.

### ANTECEDENTES DE HECHO:

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por DRAGO CONTRA INCENDIOS,SL en reclamación de materias de seguridad social, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO MC MUTUAL y D. Porfirio y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 21 de diciembre de 2018, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la mutua MC MUTUAL y estimando en lo sustancial la demanda interpuesta por la empresa DRAGO CONTRA INCENDIOS SL frente a D. Porfirio, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), y revocando las resoluciones del INSS de fecha 2-6-2016 y de 19-9-2016, debo declarar y declaro la improcedencia de la imposición a la parte actora de recargo de prestaciones alguno derivado del accidente de trabajo sufrido el día 3-6-2014 por D. Porfirio, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales a ella inherentes y absolviendo a la Mutua MC MUTUAL de los pedimentos en su contra formulados."*

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

*" PRIMERO.- El día 2 de diciembre de 2014 se levantó acta de infracción por parte de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, en la que se hicieron constar los siguientes hechos, que se han de considerar probados:*

*"A) La empresa Drago Contraincendios S.L. se dedica al comercio al por mayor de material y sistemas contra incendios.*

*B) El trabajador accidentado, D. Porfirio, presta sus servicios en la referida empresa, con la categoría Profesional de Oficial de la Instalador de sistemas contra incendios, con carácter indefinido desde el día 18 de Abril de 2006.*

*C) La empresa Drago Contraincendios S.L., en virtud de contrato formalizado en fecha 01 de Enero de 2014 con la empresa General de Galerías Comerciales S.A., [...] ejecuta los trabajos de mantenimiento preventivo de los elementos integrantes de las instalaciones de Protección contra incendios del Centro Comercial Gran Plaza de Roquetas de Mar, según consta en la Estipulación 1ª de dicho contrato.*

*D) El accidente de trabajo objeto de investigación tuvo lugar sobre las 13 horas del medio día, aproximadamente, del día 3 de Junio de 2014 en el local nº 55 del referido centro comercial.*

*E) Los trabajos que realizaba el trabajador accidentado eran los de adaptación del sistema de extinción contra incendios de dicho local. En concreto, estaba desplazando un rociador de agua colocado en el techo del local. Para ello se encontraba subido en una escalera de mano.*

*Por causas que se desconocen el trabajador cayó al suelo. Según manifiesta el trabajador uno de los tramos de la escalera se deslizó sobre el otro de manera que uno de los tramos quedó apoyado sobre la pared y el otro tramo sobre aquél.*

*Al caer de la escalera se golpeó contra la misma en la cabeza, sufriendo dos fracturas en el cráneo de 15 y 23 cm, respectivamente.*

*F) Datos complementarios:*

*-La escalera que utilizaba el trabajador accidentado era de la marca EOPSA, modelo YETI. 2000, la cual, según certificado aportado por la empresa, expedido por el fabricante*

*de la misma, cumple con las norma UNE-EN-131-1 y UNE-EN-131.2, no siendo necesario tener marcado CE debido a que no lleva motorización.*

*-Según consta en el informe de investigación elaborado por el Centro de Prevención de Riesgos Laborales de Almería la referida escalera tiene unas dimensiones de 310 cm. De largo y 41 cm. De ancho, tiene zapatas antideslizante y no presenta deficiencias.*

*-El rociador que pretendía trasladar de ubicación el trabajador accidentado está a una altura de 3,28 metros y el escalón sobre el que se encontraba subido el trabajador a una altura de 1,45 metros. Así mismo consta en dicho informe que el suelo del local comercial está plano y sin ningún desnivel.*

*-El trabajador accidentado ha sido formado en materia de prevención de riesgos laborales en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE del 10) y pasó último reconocimiento médico en fecha 27 de Mayo de 2014 con resultado de APTO.*

*G) En base a las actuaciones inspectoras oportunas no se han podido determinar las causas de la caída de dicho trabajador.*

*No obstante lo anterior se aprecia responsabilidad empresarial por omisión de medidas de seguridad ya que al estar el trabajador subido sobre las escaleras a una altura de 1,45 metros y el rociador se encontraba a una altura inferior a 3,5 metros desde el suelo al punto de operación, por lo que no hay obligación de utilizar arnés de seguridad en cumplimiento de lo dispuesto en el Anexo 11, Punto 4.2.3 del 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 ellos equipos de trabajo (BOE de 7 de Agosto), en la Evaluación de riesgos de la empresa está identificado el riesgo de caída a distinto nivel, señalándose como medida preventiva para trabajos a más de dos metros desde el punto de operación al suelo, que requieran movimientos o esfuerzos peligrosos para la estabilidad del trabajador, que sólo se efectuarán si se utiliza arnés de seguridad o se utilizaran medios auxiliares como plataformas elevadoras o andamios y NUNCA escaleras de mano. Dichos elementos deberán cumplir con las medidas de seguridad reglamentarias. "*

*El acta de infracción concluye considerando que el no uso del arnés de seguridad o medio auxiliar adecuado constituye una infracción en materia de prevención de riesgos laborales definida en el Artículo 5.2 LISOS por incumplimiento del art. 19 ET , 14 LPRL y evaluación de riesgos de la empresa (Puesto de trabajo 3.1 Técnico de instalaciones, riesgo de caída a distinto nivel: uso de escaleras de mano; páginas 4,10 y 18), tipificando los hechos como infracción grave prevista en el art. 12.16 LISOS y proponiendo una sanción 2.046 euros, que fue confirmada por resolución de la consejería de economía, innovación, ciencia y empleo de fecha 19-4-2015, frente a la cual se interpuso recurso de alzada el 11-6-2015, que fue desestimado por resolución de fecha 14-10-2015, sin que se formularse demanda judicial frente a la misma, deviniendo el acto administrativo firme.*

*El acta de infracción citada remitió informe propuesta de recargo de prestaciones en favor del trabajador accidentado con fundamento en la infracción cometida, proponiendo un recargo del 30% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia del accidente de trabajo mencionado -docs. Nº 1, 5 a 9 aportados por la parte actora y expediente administrativo-.*

*SEGUNDO.- El accidente de trabajo sufrido por el trabajador dio lugar, hasta la fecha, a unas prestaciones de subsidio de incapacidad temporal y de incapacidad permanente total para la profesión habitual.*

*Iniciado el expediente de recargo de prestaciones, en fecha 2-6-2016 se emitió dictamen propuesta del EVI que acordó proponer que todas las prestaciones que tengan su causa en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el día 3-6- 2014 sean incrementadas en un 30% de recargo, al haberse apreciado la relación de causalidad con la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.*

*A la vista de lo anterior, el INSS dictó resolución de fecha 2-6-2016 en la que manifestó como hecho que el informe preceptivo de la Inspección Provincial de Trabajo expresó que el accidente de trabajo se produjo por las siguientes causas y circunstancias: "Desplazando un rociador de agua colocado en el techo del local de un sistema contra incendios. Se encontraba subido a una escalera y un tramo de escalera se deslizó sobre el otro haciéndole caer al suelo", declarando la existencia de responsabilidad empresarial, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente de trabajo sufrido el 3-6-2014 por el trabajador demandado, declarando asimismo, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de seguridad social, derivadas del accidente de trabajo citado, sean incrementadas en el 30% con cargo a la empresa demandante y la procedencia de la aplicación del mismo incremento, con cargo a esa empresa, respecto de las prestaciones que, derivadas del accidente anteriormente mencionado, se pudieran reconocer en el futuro.*

*Frente a dicha resolución, la parte actora formuló, el día 4-8-2016, reclamación administrativa previa, que fue desestimada por resolución del INSS de fecha 19-9-2016 -doc. nº 1 a 4 aportados por la empresa y expediente administrativo-.*

*TERCERO.- El trabajador que sustituyó al día siguiente al trabajador accidentado y que continuó con las labores que el mismo estaba realizando en el momento del accidente utilizó un andamio para realizar dichas labores y lo hizo porque estaba allí a su disposición y porque él era instalador y el andamio es el medio normal que se utilizaba para hacer la preinstalación -declaración testifical de D. Aureliano-.*

*CUARTO.- El trabajador accidentado tenía a su disposición escaleras, andamio y arnés de seguridad. El día del accidente, el mismo empezó a trabajar a las ocho de la mañana y a las 9:30 se metió en el local donde ocurrió el accidente -interrogatorio del codemandado D. Porfirio-. El suelo de dicho local no estaba enlosado sino en cemento, aunque estaba llano y bastante bien -declaración testifical de D. Demetrio-. El suelo del local estaba limpio y sin escombros y no se apreciaban elementos que pudieran desequilibrar una escalera -declaración testifical de D. Aureliano-.*

*En concreto, la labor que tenía que realizar el trabajador accidentado consistía en quitar unos rociadores o esplinguers que se encontraban en un tubo de la estructura metálica del techo, que no tenía todavía placa. Estos rociadores estaban a unos tres metros de altura, sin que hubiera que sobrepasar la misma para desmontarlos -declaración testifical de D. Aureliano-. Para realizar este tipo de trabajo se utilizó una llave de grifa de un kilo y medio -interrogatorio del codemandado D. Porfirio-.*

*Para la ejecución del trabajo de desmontar el rociador no había que hacer movimientos o desplazamientos con el cuerpo -interrogatorio del codemandado D. Porfirio-. En concreto, lo que había que hacer era extraer el rociador y poner en su lugar un tapón, sin que fuera necesario hacer un movimiento excesivo de fuerza, únicamente la que necesites para hacer el giro con el brazo y todo ello con los pies posicionados -declaración testifical de D. Aureliano-."*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por D. Porfirio, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por DRAGO CONTRA INCENCIOS,SL. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO:** Al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS formula el trabajador codemandado su primer motivo de suplicación, al estimar, que la sentencia recurrida no resulta conforme a derecho al vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a obtener una resolución judicial motivada reconocidos en el art. 24.1 CE en relación con el art. 120.3 del mismo texto legal y 97.2 LRJS en relación con el art. 218 LEC y ello por cuanto como en síntesis aduce, contiene un relato de hechos probados que resultan contradictorios en sí mismos haciéndole incurrir en un vicio de incongruencia interna. Vicios que son negados por la empresa demandante ahora recurrida en su impugnación de dicho motivo.

Y al respecto, la doctrina constitucional viene declarando entre otras en Sentencias 131/90, de 16 julio, y 112/96, de 24 junio, que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se integra el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, como garantía dada a la esencia de la función jurisdiccional frente a la arbitrariedad e irracionalidad de los poderes públicos. Pero también ha dicho la jurisprudencia constitucional - Sentencias 122/91, de 3 junio; 5/95, de 10 enero y 58/97, de 28 marzo, que este deber de motivar se satisface cuando la resolución judicial contiene los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.

Y como por su parte razonaba STS 25.1.2001 sobre el vicio interno de la sentencia por inobservancia de lo mandado en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, debe precisarse que la regla que como infringida se denuncia, trae causa de lo dispuesto en el artículo 120.3 de la Constitución, al disponer que las sentencias sean siempre motivadas, y del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala como requisito esencial de la sentencia los fundamentos de derecho que sirven de apoyo al fallo, todo ello con la finalidad de facilitar a las partes el conocimiento del proceso lógico que ha seguido el juzgador para fijar los hechos probados y las razones de derecho en que se fundamenta el fallo. Por eso, el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral faculta al juzgador de instancia para apreciar los elementos de convicción, ordenándole que exponga los fundamentos de derecho o los razonamientos que lleven a tal conclusión, y también debe fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo, de donde se deduce que el juzgador de instancia está dotado de facultades plenas para valorar las pruebas practicadas en el proceso, a menos que tal estimación se revele arbitraria o razonablemente injustificada".

Siendo que en el presente caso, el vicio que se reprocha a la sentencia de instancia es el de incongruencia interna, pero sobre la base de lo recogido en su relato de probados, comparando al efecto lo consignado en su ordinal primero con lo recogido en el párrafo segundo y tercero del cuarto, con lo que en definitiva, además de que en tal caso la pretendida indefensión aparece más formal que real, pues al sustentarse en lo declarado probado por la sentencia recurrida, tal relato es susceptible de revisión por la vía del apartado b) del art. 193 LRJS como acto seguido procede a interesar la propia recurrente, tampoco se aprecia tal contradicción, pues el hecho de que en el primero se consigne que los trabajos que se estaban realizando eran el desplazamiento de los rociadores de agua colocados en el techo del local que se encontraba a una altura de 3,28, no entra en flagrante contradicción con lo declarado en el ordinal que le sirve de comparativa, pues respecto a este último extremo se recoge, que los rociadores se encontraba a "unos 3 metros de altura" que por tanto no excluye de manera radical que fueran en concreto 3,28 mts, o que el trabajo que se estaba realizando no fuera para desplazar o cambiar de ubicación los rociadores sino para desmontarlos, pues como luego en definitiva se viene a reconocer, lo primero no excluye lo segundo, sino más bien, es presupuesto previo.

Y tampoco puede estimarse se incurra en referido vicio, por el hecho de que como también se aduce, no proceda la sentencia a efectuar un relato pormenorizado de cuales fueron las labores que realizó el recurrente y las que realizó al día siguiente el testigo que depuso en el juicio y que según su propio testimonio, fue a realizar un trabajo distinto al realizado por el trabajador accidentado y que por eso se llevó un andamio, pues lo verdaderamente relevante, además de venir el reproche sustentado en carencias del relato de probados, lo que como se ha dicho es susceptible de revisión sin que por ello haya de abocarse al recurso extraordinario de la nulidad de la sentencia, es lo acontecido el día del accidente y no al día siguiente.

**SEGUNDO:** Ya por la vía del apartado b) del art. 193 LRJS se interesa como se dijo por el recurrente, revisión del relato de probados de la sentencia de instancia, comenzando por su ordinal primero, a fin de que al mismo se adicione lo siguiente:

*"En el informe elaborado por el Centro de Prevención de Riesgos Laborales de Almería de la Junta de Andalucía, Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo Delegación Territorial, en Almería de fecha 27 de junio de 2014 se hace la siguiente descripción del accidente:*

*"Tras el análisis de la información recabada la reconstrucción de los hechos indican que estos pudieron ocurrir de este modo: el día del accidente sobre las 13 horas de la tarde el accidentado se disponía a revisar unos rociadores del sistema contra incendios del local comercial número 55 en el Centro Comercial Gran Plaza de Roquetas de Mar, para lo que utilizó las escaleras que se pueden ver en la fotografía 1, desde las que cayó al suelo. No hay testigos del accidente, pues el accidentado realizaba*

*solo el trabajo. No se ha podido hablar con el accidentado, en la entrevista telefónica con la mujer del accidentado esta no que: "como consecuencia de la lesión (Traumatismo craneo encefálico, TCE), el accidentado tiene una afectación neurológica grave, y que por lo tanto no se encuentra en condiciones de realizar una entrevista, y que no tiene muy claro cómo se produjo el accidente "*

*El día 20 de junio de 2014 se visita el lugar del accidente y se entrevista al Administrador de la empresa D. Luis, se hace una reconstrucción de lo que pudo haber pasado, utilizando la escalera que la empresa dice que se estaba utilizando el día del accidente, y se cuenta con la colaboración de otro empleado de la empresa para tomar la fotografía 1 del trabajo que se supone realizaba el accidentado cuando cayó de la escalera al suelo. La escalera utilizada para la simulación del accidente no presenta ninguna deficiencia y la empresa aporta los certificados del fabricante de la escalera, marca EOPSA, modelo YETY 2000, con unas dimensiones de 310 cm de largo por 41 de ancho. El rociador sobre el que se realizaba los trabajos de mantenimiento ésta a una altura de 3,28 metros, y el escalón de la escalera en el que se supone que estaba el accidentado en el momento de la caída está a 1,45 metros. La superficie del local esta plana y sin ningún desnivel.*

*No se pueden determinar las causas del accidente, ni como se produjo exactamente."*

Propuesta de revisión fáctica que no puede prosperar, pues además de que conforme viene señalando al respecto reiterada doctrina de suplicación, para ello es necesario que de la prueba hábil que al efecto se invoque - documental o pericial- se desprenda de manera patente y evidente sin necesidad de mayores conjeturas o suposiciones más o menos lógicas el pretendido error, además la misma ha de ser relevante, siendo así que en el presente caso, aun cuando viene sustentada en el propio informe del Centro de Prevención que obra en autos a los folios 263 a 266, ya se hace referencia al mismo en el Acta de la Inspección cuyo contenido se reproduce en el mismo en su apartado Datos complementarios, lo que hace innecesario en consecuencia su transcripción literal. Y en segundo lugar, centrada la cuestión en la altura en que se encontraba el trabajador al tiempo de sufrir el accidente, al venir sustentada su versión en, suposiciones, si bien que imputadas al emisor de dicho informe, deviene con ello igualmente en improcedente, pues en cualquier caso no habría dato cierto que permitiera sustentar la versión del recurrente, siendo el cualquier caso el Juzgador de instancia el único competente para valorar en conjunto la prueba practicada incluida la referida a tal extremo.

En segundo lugar, se interesa la adición de un nuevo ordinal -primero bis- con el siguiente tenor:

*"El trabajador accidentado había recibido un curso de formación (curso básico de prevención de riesgos laborales) en el año 2007 (a distancia 50 horas), referido a riesgos específicos y de prevención en el sector de la construcción. También realizó un curso de acción formativa nivel inicial sector de la construcción en el año 2011, con duración de 8 horas presenciales y también realizo curso de 3 horas en el año 2012 impartido por MC Prevención en materia preventiva de sistema de detección y extinción de incendios."*

Sin que en este caso se alce obstáculo alguno para su admisión, al venir sustentada en la documental que al efecto se invoca obrante a los folios 437, 438 y 439 de autos, consistente en los certificados de los cursos impartidos y venir centrada la cuestión objeto de controversia, en la posible infracción por parte de la empresa demandante de medidas de seguridad generales o particulares y que le han acarreado la imposición del recargo cuya procedencia ahora se discute.

Por el contrario, deben verse abocadas al fracaso, las revisiones que con el mismo amparo procedimental se interesan del ordinal tercero, para que se suprima del mismo la frase " y lo hizo porque estaba allí a su disposición" al venir sustentada en prueba testifical que es ineficaz a tales efectos revisorios, la del ordinal cuarto párrafo segundo, al consignarse en el mismo que "los disociadores estaban a unos tres metros de altura", pues ya en el propio acta de la Inspección que al efecto se invoca se recoge tal extremo. Y de su párrafo segundo, al venir sustentada igualmente en prueba inhábil como es testifical.

Debiendo fracasar por último, las revisiones que se interesan, de meritado ordinal cuarto en su párrafo tercero, para su sustitución por otro con el siguiente tenor:

*"Los trabajos que realizaba el trabajador accidentado eran los de adaptación del sistema de extinción contra incendios del local número 55 del Centro Comercial Gran Plaza, en concreto, tenía que*

*desmontar unos rociadores de agua para trasladarlos de ubicación. Para desmontar los rociadores no había que hacer movimientos de desplazamiento con el cuerpo-interrogatorio del codemandado D. Porfirio, pero si requerían de esfuerzos o movimientos peligrosos para su estabilidad".*

Pues viene sustentada en definitiva en valoración conjunta de prueba hábil como es el Acta de la Inspección con inhábil como es la testifical que es la que ha dado pie al relato que ahora se combate.

Y en último lugar, la adición dentro del hecho cuarto de un nuevo párrafo con el siguiente tenor:

*"El trabajador accidentado se encontraba solo en el lugar del accidente, sin vigilancia alguna y sin que hubiera utilizado arnés de seguridad ni andamio en la realización de su trabajo".*

Pues el hecho de que se encontraba solo el día y al tiempo del accidente sin vigilancia alguna por tanto y utilizando exclusivamente una escalera de mano, que en definitiva es lo que se pretende se haga constar en el relato de probados de la sentencia de instancia, es algo que se desprende de manera evidente del mismo sin necesidad incluso de las revisiones interesadas e incluso, de lo razonado acto seguido en sede de Fundamentación jurídica, por más que como se verá al examinar la censura jurídica que se articula, las conclusiones que de todo ello se extraen no sean compartidas por esta Sala.

**TERCERO:** Ya por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS como se ha dicho, se denuncia por el recurrente, infracción por no aplicación del art. 123 LGSS en relación con lo previsto en los arts. 14 y 15, 16 y 17 Ley de Prevención de riesgos laborales y jurisprudencia al respecto y que estima cometidas por cuanto como en síntesis aduce, no se le informó de los trabajos que tenía que realizar hasta una vez en el local, teniendo que emplear únicamente una escalera, puesto que no se había llevado andamio, encontrándose solo en el lugar del accidente, sobre un suelo que no estaba ensolado sino en cemento ni tampoco el techo estaba puesto ni se trataba de una simple revisión de un rociador, sino de cambiar su ubicación por lo que ha de apreciarse se da el plus de peligrosidad a que hace referencia la evaluación de riesgo para que hubiera obligado a la empresa, a asegurarse de que el trabajador utilizara arnés de seguridad o los medios auxiliares oportunos, teniendo en cuenta además lo prescrito al efecto por la Guía Técnica elaborada por el INSS atendiendo al mandato contenido en el R. Dto 1215/97 en particular, para las tareas que requieran movimientos o esfuerzos peligrosos para la estabilidad.

Y por último y con el mismo amparo procedimental, se denuncia infracción del art. 96 LRJS al considerar no se ha practicado prueba alguna por la empresa que acredite la existente de alguno de los factores que pudieran romper el nexo de causalidad y excluir su responsabilidad, lo que es negado por la recurrida en su impugnación, en que tras oponerse a las revisiones interesadas, acaba concluyendo de conformidad con la sentencia recurrida y por las razones que expone, que en definitiva no ha existido infracción de medida concreta de seguridad susceptible de fundar el recargo que se le impuso, pues como acaba reconociendo la propia Inspección en su Acta "no se han podido determinar las causas de la caída del trabajador", por lo que no resulta determinado la causa del accidente del trabajador.

Por tanto, la cuestión suscitada ahora en sede de censura jurídica, va intrínsecamente relacionada con la "deuda de seguridad" que incumbe al empleador y el régimen culpabilístico que la regula, siendo reiterada la jurisprudencia de la Sala IV que establece clarificando la anterior, que para enervar su responsabilidad, el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de exigencias reglamentarias. No incurriendo efectivamente en responsabilidad como señala la sentencia de instancia, cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario, si bien en estos casos, también corresponde al empresario acreditar la concurrencia de la posible causa de exoneración, en tanto titular de deuda seguridad y habida cuenta los términos cuasiobjetivos en que está concebida legalmente.

Doctrina de la que deja clara y extensa constancia entre otras STS 4.5.2015 rec.supl 1281/14 invocada por la sentencia de instancia, que razona al efecto en lo que ahora interesa "A partir de la STS/IV 30-junio-2010 (rcud 4123/2008), dictada en Pleno, --en la que se fundamenta la sentencia de contraste, como se ha indicado--, se clarifica la anterior doctrina de esta Sala y se establecen las nuevas bases de la jurisprudencia, basadas en normas preexistentes del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Estatuto de los Trabajadores y normativa de prevención de riesgos laborales, reconociendo que "Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante

culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT "es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional" ( SSTS 02/02/98 -rcud 124/97; 18/10/99 -rcud 315/99; 22/01/02 -rcud 471/02; y 07/02/03 -rcud 1648/02 ), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 -rcud 2277/07; 14/07 / 09 -rcud 3576/08; y 23/07/09 -rcud 4501/07), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTS 08/10/01 -rcud 4403/00; y 17/07/07 - rcud 513/06) ". Se razona, en esencia:

a) Sobre la deuda de seguridad, su contenido y consecuencias, que "El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" [ art. 4.2.d)] y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene" [ art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8/Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase "que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado" y que "deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran" ( STS 08/10/01 -rcud 4403/00, ya citada) "; por lo que, derivadamente, " Existiendo... una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que "en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas". Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia".

b) Respecto a las atenuaciones, que entiende notables, para la exigencia de culpa, señala que "No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario "crea" el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo "sufre"; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar ( art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias ( art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de "garantizar la seguridad y salud laboral"de los trabajadores ( art. 14.1 LPRL)" y destacando, como punto esencial, que "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias".

c) En orden a como debe probarse o acreditarse haberse agotado " toda " la diligencia exigible y a quien incumbe la carga de la prueba, se establece que "Sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impositivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]".

d) Sobre el grado de diligencia exigible al deudor de seguridad se afirma su plenitud, razonándose que "Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL ["... deberá garantizar la seguridad... en todo los

aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad"] y 15.4 LPRL ["La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención"; añadiendo que " Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido ( art. 16.3 LPRL)".

e) En cuanto a los supuestos de exención de responsabilidad del deudor de seguridad y la carga de la prueba de los hechos en que se fundamente, se interpreta que "el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente", sin que lo anterior comporte la aplicación " en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado".

2.- La expuesta doctrina jurisprudencial, --como recuerdan, entre otras, las SSTS/IV 24-enero-2012 (rcud 813/2012) y 9-junio- 2014 (rcud 871/2012)--, se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre -LRJS), en cuyo el art. 96.2 se preceptúa que " En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira".

3.- La anterior doctrina se ha seguido en múltiples sentencias de esta Sala, entre otras, las SSTS/IV 18-mayo-2011 (rcud 2621/2010), 16-enero-2012 (rcud 4142/2010), 24-enero-2012 (rcud 813/2011), 30-enero-2012 (rcud 1607/2011), 1-febrero-2012 (rcud 1655/2011), 14-febrero-2012 (rcud 2082/2011), 18-abril-2012 (rcud 1651/2011), 25-abril-2012 (rcud 436/2011), 17-julio-2012 (rcud 1841/2011), 18-julio-2012 (rcud 1653/2011), 30-octubre-2012 (rcud 3942/2011), 5- marzo-2013 (rcud 1478/2012) o 27-enero-2014 (rcud 3179/2012).

4.- En materia de deuda de seguridad y de las correlativas obligaciones de empresario y trabajador, ya se destacaba en la STS/IV 26-mayo-2009 (rcud 2304/2008) que "La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia, pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la "dirección y control de la actividad laboral" ( art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del "deber de protección" mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, --e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime "del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona" ( art. 14.2 y 4 LPRL) -- y, en suma, preceptuarse que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador" ( art. 15.4 LPRL) ", que " Es el empresario el que tiene la posición de garante ("empresario garante") del cumplimiento de las normas de prevención ( arts. 19.1 ET y 14 LPRL)" y que " El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad ( art. 19.2 ET), pero "según sus posibilidades", como dice expresamente el art. 29.1 LPRL. Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada ".

**CUARTO:** En consecuencia, como se desprende de lo expuesto, el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado" y que "deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran", sin que pueda sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario "crea" el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo "sufre"; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar ( art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias ( art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de "garantizar la seguridad y salud laboral" de los trabajadores ( art. 14.1 LPRL)" y destacando, como punto esencial, que "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias". Que dicha obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL ["... deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad"] y 15.4 LPRL ["La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible y la propia existencia de un daño puede implicar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido ( art. 16.3 LPRL)". Deber de protección además que como se ha visto, mediante el que debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, --e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime "del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona" ( art. 14.2 y 4 LPRL).

Por tanto, con tales presupuestos las infracciones denunciadas ahora examinadas deben ser apreciadas, partiendo de que al tiempo de producirse el accidente, el trabajador se encontraba solo, lo que ya dificulta de por sí la carga que le viene impuesta al empresario como se ha visto, de que para enervar su responsabilidad, ha de acreditar haber agotado toda la diligencia exigible mas allá incluso de las exigencias reglamentarias. Sin que sea obstáculo a tal conclusión, el que como estima el Juzgador de instancia, la escalera que utilizaba cuando cayó no tuviera deficiencia alguna o que fuera apto para su trabajo o estuviera contemplada la tarea en la evaluación de riesgos o incluso, habida cuenta la altura a la que se encontraba realizando el trabajo, que no existía obligación específica de utiliza arnés de seguridad, pues lo cierto, es que actualizado el riesgo con el consiguiente siniestro y a falta de prueba en contrario que como se ha visto incumbe al empleador ex art. 96.2 LRJS, algún factor generador del mismo no se contempló por más incluso, que como sostiene la sentencia de instancia, no tuviera que realizar movimientos o esfuerzos peligrosos para su estabilidad, pues como se recoge igualmente en el propio relato de probados, la tarea se realizaba sobre una escalera que tiene unas dimensiones de 310cm de largo y 41cm de ancho, encontrándose el punto de trabajo -rociador- como mínimo a tres metros de altura, posicionándose el trabajador a una altura de 1,45 metros, teniendo que utilizar para desenroscarlo, un llave grifa de un peso nada despreciable como resalta la recurrente, dadas las circunstancias en que por tanto había de desarrollar su trabajo, de kilo y medio, lo que fácilmente pudo ocasionar que por cualquier movimiento, el centro de gravedad se desplazara haciendo que como se recoge en el Acta de la Inspección en base a manifestaciones del recurrente, uno de los tramos de la escalera se deslizase sobre el otro perdiendo con ello el equilibrio.

En cualquier caso, desconociéndose como se ha dejado expuesto, las concretas circunstancias en que se produjo el accidente, dado el contenido de la obligación de seguridad que incumbe al empresario conforme a la jurisprudencia expuesta, ello impide que el siniestro pueda imputarse al caso fortuito como concluye la sentencia de instancia que por ello debe ser revocada.

**FALLO:**

Que estimando como estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Porfirio contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Almería, en fecha 21 de diciembre de 2018, en Autos núm. 1029/16, seguidos a instancia de DRAGO CONTRA INCENCIOS,SL, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO MC MUTUAL y D. Porfirio, en impugnación de imposición de recargo de prestaciones derivado de accidente de trabajo, debemos revocar y revocamos referido pronunciamiento con desestimación de la demanda origen de litis y absolución de los demandados de los pedimentos en su contra deducidos en la misma.

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. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficia C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.583/19. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 92000500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.583/19. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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

**PUBLICACION.**-Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.

*"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y ex Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos)"*

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.