



Roj: **STSJ PV 1441/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1441**

Id Cendoj: **48020340012024101029**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2024**

Nº de Recurso: **413/2024**

Nº de Resolución: **1045/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Donostia-San Sebastián, núm. 2, 28-11-2023 (proc. 526/2022) ,
STSJ PV 1441/2024**

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, 0000413/2024 **NIG PV 2006944420220002690 NIG CGPJ 2006944420220002690**

SENTENCIA N.º: 001045/2024

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 23 de abril de 2024

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D.ª Garbiñe Biurrun Mancisidor, Presidenta, D. José Félix Lajo y D. Fernando Breñosa Álvarez de Miranda Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Samuel contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Donostia-San Sebastian de fecha 28 de noviembre de 2023, dictada en proceso sobre Recargo prestaciones por accidente, y entablado por Samuel frente a TUBOS Y ACCESORIOS REKALDE SL, CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO SL, CHATARRAS UGARRANDIA SL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jose Felix Lajo Gonzalez, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- D. Samuel con DNI NUM000 ha venido prestando sus servicios para la empresa CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L como conductor de camión y peón de manipulación de chatarra, entre el 1 de abril de 2018 al 31 de agosto 2019.

SEGUNDO.- La empresa TUBOS Y ACCESIONES REKALDE S.L decide vender una grua puente y la empresa CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L decide comprarla, contratando a la empresa CHATARRAS UGARRANDIA S.L a fin de que transporte dicha grúa puente desde la empresa TUBOS Y ACCESORIOS REKALDE S.L a CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L.

TERCERO.- Con fecha 25 de mayo de 2018, el actor sufrió un accidente de trabajo, en el momento que se disponía a cortar una pieza de hierro que se encontraba apoyada en un rail o madera con un soplete elegido por él, con el fin de cargarla en el camión. Al cortarla, dicha pieza reviró y le cayó sobre el tobillo, al estar el actor pegado a la pieza. Como resultado del accidente, el actor sufrió una herida y contusión de huesos del tarso y fractura incompleta antero-externa de calcáneo, rotura total de LPAA y parcial de LPC.

CUARTO.- La representación de ZUBITXO en ningún momento impartió ni ofreció formación alguna, a fin de realizar ese trabajo.

QUINTO.- Conforme al curriculum aportado a la empresa ZUBITXO, el actor poseía claramente experiencia:

- Como soldador desde el año 2002 (18 años) con el manejo de soplete, en distintas empresas, CADINOX S.A., HIERROS MANU S.L, URGAIN S.L y también como autónomo.

- Como conductor de camiones con trabajos de carga y descarga desde el año 2006 (12 años) en HIERROS MANU S.L y como autónomo.

-

SEXTO. - Mediante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su antecedente de derecho primero se dice que el actor ha venido trabajando como conductor de camión y peón de manipulación de chatarra.

SEPTIMO .- Conforme al Informe emitido por Inspección, se concluye lo siguiente:

" De esta manera a juicio de la suscribiente no se considera que la falta de formación del trabajador sea la causa del accidente, ya que si bien la empresa no le había proporcionado dicha formación específica del puesto de trabajo del artículo 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (BOE del 10 de noviembre), el trabajador de acuerdo con la experiencia y formación que el mismo reconoce que posee y con la información del puesto de trabajo que la empresa le proporciona, era conocedor de la manera de proceder en el desarrollo de la actividad que el mismo realizaba en el momento del accidente, no habiéndose procedido a levantar acta de infracción por parte del suscribiente, no habiéndose propuesto recargo de prestaciones".

OCTAVO.- El actor permaneció en situación de IT derivada de accidente de trabajo entre el 25 de mayo de 2018 y el 12 de mayo de 2019.

NOVENO.- Mediante Resolución del INSS de fecha 25 de septiembre de 2019 se reconoció al actor afecto de una Incapacidad Permanente Parcial. Dicha resolución fue impugnada por el actor ante el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, quien por Sentencia de fecha 2 de febrero de 2021 le declaró afecto de una Incapacidad Permanente Total. Dicha sentencia fue recurrida por Asepeyo ante el TJSPV quien, mediante sentencia de fecha 16 de noviembre de 2021, revocó la anterior y ratificó la resolución administrativa impugnada.

DECIMO.- Mediante Resolución de fecha 8 de abril de 2022 se desestimó la existencia de responsabilidad empresarial por Falta de Medidas de Seguridad por el accidente de trabajo sufrido por trabajador.

Disconforme con la misma, interpuso reclamación previa en fecha 25 de mayo de 2022, que nuevamente desestima la demanda, al no haberse modificado las circunstancias que dieron lugar a la resolución recurrida, ratificando la NO procedencia de recargo por Falta de Medidas de Seguridad por el accidente de trabajo sufrido por D. Samuel . Finalmente, interpone la presente demanda."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO las EXCEPCIONES planteadas de contrario y debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Samuel frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y CHATARRERIA Y CONTENEDEROS ZUBITXO S.L, TUBOS Y ACCESORIOS REKALDE S.L Y CHATARRAS UGARRANDIA S.L y en consecuencia debo absolver a las mismas de todos los pedimentos realizados frente a las mismas."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que no ha sido impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RECURSO PLANTEADO.

Interpone recurso el trabajador demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián, de fecha 28 de noviembre de 2023, que desestima la demanda del trabajador, absolviendo al INSS,

TGSS, CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L., TUBOS Y ACCESRIOS REKALDE S.L. y CHATARRAS UGARRANDIA S.L.

El recurso contiene un motivo de revisión de hechos probados, y un motivo de censura jurídica, y termina suplicando que se estime la demanda, imponiendo el recargo de manera solidaria, al menos a Zubitxo y a Tubos Rekalde S.L.

Las tres empresas han impugnado el recurso, vertiendo las alegaciones que obran en autos en defensa de la sentencia recurrida.

La entidad gestora no ha impugnado el recurso.

SEGUNDO.- REVISION DE HECHOS PROBADOS.

En el primer motivo del recurso del trabajador, y con amparo en el artículo 193 b) LRJS, se solicita la revisión del relato de hechos probados.

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediación, - artículo 74 LRJS-. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, - en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 16- septiembre-2014, rec. 251/2013 , 14-mayo-2013, rec. 285/2011 y 5-junio-2011, rec. 158/2010 , entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10 ; 18/01/11 -rco 98/09 ; y 20/01/11 -rco 93/10).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rec. 79/05 ; y 20/06/06 -rec. 189/04).

En el caso que nos ocupa no resulta admisible la revisión de hechos probados interesada por el trabajador recurrente, por los razonamientos siguientes:

Pretende el recurrente añadir un nuevo hecho probado, para hacer constar que " *el accidente tuvo lugar cuando el trabajador de Zubitxo prestaba servicios en la empresa Rekalde Tubos y accesorios*"; invocando el informe de la ITSS.

Rechazamos la propuesta por innecesaria. Como asevera la parte recurrente, y admite la propia Tubos y Accesorios Rekalde en su escrito de impugnación, la sentencia ya parte, en su fundamentación jurídica, de que el *accidente tuvo lugar en el centro de trabajo de Rekalde*, y es un dato que ya ha valorado la juzgadora. Por consiguiente, se trata de un hecho del que también debe partir esta Sala, como admiten el recurrente y la empresa afectada, Rekalde.

Recordemos que las afirmaciones fácticas que se hagan en la fundamentación jurídica de la sentencia, pese a su indebida ubicación procesal, han de tener tratamiento procesal de hecho probado (así, SSTS 07/04/89 -RIL- Ar. 2944 ; 17/10/89 -RIL- Ar. 7284... 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -).

TERCERO.- CENSURA JURIDICA.



En el segundo motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el trabajador recurrente la infracción de los artículos 14.2, 17.1, 19, y 24 de la Ley 31/1995 de PRL, en relación con el artículo 96.2 LRJS; alegando que las empresas no han probado haber adoptado todas las medidas necesarias en materia de seguridad, prueba que les incumbe; que no se impartió al trabajador ninguna formación teórica y práctica para evitar el accidente; que el trabajador no cometió ninguna imprudencia, y menos temeraria; que no se le informó para elegir el soplete adecuado y colocarse debidamente en el momento de realizar el corte; que la evaluación de riesgos exige que para realizar el corte la pieza debe estar amarrada y asegurada para evitar que revirara; que no se le indicó el modo adecuado para realizar un trabajo potencialmente peligroso; que tampoco se ha acreditado que el soplete que se puso a su disposición fuera el adecuado; que lo que procedía era usar un soplete largo; que no se acreditó la entrega de EPIS adecuados; que no se ha acreditado ninguna coordinación entre las empresas implicadas; que tampoco se ha probado que el titular del centro de trabajo hiciera nada; y que no hay prueba de que el actor contraviniera órdenes del empresario; y termina suplicando que se estime la demanda, imponiendo el recargo de manera solidaria, al menos a Zubitxo y a Tubos Rekalde S.L.

CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L., y han impugnado el recurso, insistiendo en que existió imprudencia temeraria, y destacando la gran experiencia del trabajador en su cometido, y que fue él quien colocó de manera incorrecta la pieza, por lo que la pieza se desplazó y cayó sobre pie.

TUBOS Y ACCESRIOS REKALDE S.L. alega que ella no dio orden ninguna, ni intervino en modo alguno en los trabajos.

CHATARRAS UGARRINDIA S.L. insiste en la imprudencia del trabajador, y exige su absolución, alegando que nada se pide contra ella en el recurso.

CUARTO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DEL TRIBUNAL.

Partiendo del inalterado relato de hechos probados las pretensiones del trabajador recurrente deben ser estimadas, por los motivos siguientes:

A.-Hechos relevantes y decisión de la sentencia recurrida.

D. Samuel con DNI NUM000 ha venido prestando sus servicios para la empresa CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L como conductor de camión y peón de manipulación de chatarra, entre el 1 de abril de 2018 al 31 de agosto 2019.

La empresa TUBOS Y ACCESIONES REKALDE S.L decide vender una grúa puente y la empresa CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L decide comprarla, contratando a la empresa CHATARRAS UGARRANDIA S.L a fin de que transporte dicha grúa puente desde la empresa TUBOS Y ACCESORIOS REKALDE S.L a CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L.

Con fecha 25 de mayo de 2018, el actor sufrió un accidente de trabajo, en el momento que se disponía a cortar una pieza de hierro que se encontraba apoyada en un rail o madera con un soplete elegido por él, con el fin de cargarla en el camión. Al cortarla, dicha pieza reviró y le cayó sobre el tobillo, al estar el actor pegado a la pieza. Como resultado del accidente, el actor sufrió una herida y contusión de huesos del tarso y fractura incompleta antero-externa de calcáneo, rotura total de LPAA y parcial de LPC.

La representación de ZUBITXO en ningún momento impartió ni ofreció formación alguna, a fin de realizar ese trabajo.

Conforme al curriculum aportado a la empresa ZUBITXO, el actor poseía claramente experiencia:

Como soldador desde el año 2002 (18 años) con el manejo de soplete, en distintas empresas, CADINOX S.A., HIERROS MANU S.L, URGAIN S.L y también como autónomo.

Como conductor de camiones con trabajos de carga y descarga desde el año 2006 (12 años) en HIERROS MANU S.L y como autónomo.

El trabajador estuvo en situación de IT y finalmente fue declarado en IP parcial

La sentencia desestima la demanda del trabajador, razonando que el accidente se ha producido por negligencia clara del actor; que no es posible hablar de falta de formación, dada la larga experiencia del demandante; y que el trabajo era algo puntual, en modo algo coordinado entre las empresas, sino que tenían una función distinta ese día.

B.- Recargo de prestaciones. Normativa aplicable y su interpretación jurisprudencial.

Establece el artículo 123.1 LGSS, actual 164 TRLGSS, que *"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"*.

La doctrina judicial ha señalado que la naturaleza de ese recargo es la propia de una sanción, aunque con unos rasgos que la involucran en el sistema de la Seguridad Social, lo que determina que tal norma debe ser interpretada de forma restrictiva (STSJ Galicia 21-3-96, Navarra 26-3-96).

Para que pueda imponerse el recargo prescrito por el artículo 123 LGSS es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la empresa haya incumplido alguna de las exigencias que de forma amplia recoge el precepto; b) que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, porque la responsabilidad no es objetiva (SsTSJ Asturias 17 junio 1993, Comunidad Valenciana 12 julio 1994, Castilla y León/Valladolid 15 noviembre 1994, Andalucía/Málaga 21 febrero 1995); y c) que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

Como afirma la reciente STS de 28 de febrero de 2019, RC 508/2017:

Si no se ha producido la infracción de una norma de seguridad no cabe imponer un recargo de prestaciones que, precisamente, sanciona las infracciones de normas concretas, aunque sea por falta de previsión, esto es las que se debieron prever con arreglo a las circunstancias en las que se ejecutaba el trabajo. En este sentido, el artículo 5-2 de la Ley Infracción y Sanciones del Orden Social (LISOS) considera infracciones laborales en esta materia los incumplimientos de normas legales, reglamentarias y disposiciones normativas de los convenios colectivos, luego el recargo requiere la infracción de una concreta sobre la materia.

Es cierto que los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores (art. 15-4), pero lo que resulta difícil de prever y vigilar es el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene.

Es más, como el recargo requiere que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, se plantea jurisprudencialmente el problema de la concurrencia de culpas y la incidencia que la negligencia del accidentado pueda tener en la culpabilidad atribuible al empresario y en la consiguiente responsabilidad. Y para la doctrina jurisprudencial mayoritaria, la conducta negligente de la víctima puede exonerar del recargo, porque quiebra la relación de causalidad entre la infracción y el evento dañoso, de manera que el accidente de trabajo no ocurre propiamente por la falta de las medidas, sino por la imprudencia (STS 20-3-85, STSJ Castilla y León/Valladolid 15-11-94, STSJ Cataluña 4-5-94, STSJ Andalucía/Málaga 21-2-95).

En relación al requisito de la *culpa*, la STS de 28 de febrero de 2019, RC 508/2017 afirma:

Conviene aclarar que no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del art. 1.105 del Código Civil .

C.- Caso concreto. Procedencia del recargo de prestaciones.

Tal y como afirma la sentencia recurrida, no puede afirmarse la existencia de una falta de formación, y no concurre la vulneración de los artículos 19, 28.2, 28.5 de la Ley 31/1995 de PRL. El hecho probado quinto de la sentencia recoge la amplia experiencia de este trabajador, tanto como soldador como conductor de camiones. A partir del propio informe de la ITSS, recogido en el hecho probado séptimo, es posible aseverar que la formación e información de este trabajador era suficiente.

Dicho lo anterior, sí consideramos que existe una vulneración de la normativa en materia de seguridad y salud en este caso, por lo que el recurso debe prosperar. Nos explicamos a continuación.

La forma en que se produjo el accidente no es puesta en tela de juicio por ninguna de las partes. El trabajador estaba cortando una pieza de hierro con un soplete, la pieza estaba apoyada en un rail o madera, (un poco elevada, testifical del Sr. Elías , FD quinto), y la pieza, al ser cortada, se viró y cayó sobre el tobillo del actor, - HP 3º.

Pues bien, lo acreditado en la sentencia recurrida, no permite colegir la existencia de culpa grave o negligencia temeraria por parte del trabajador, y sí negligencia o culpa por parte de la empleadora del actor, (CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO). Hay que tener en cuenta que la pieza estaba elevada, se viró, y cayó sobre el tobillo del empleado, lo que evidencia que dicha pieza de hierro no estaba sujeta, ni tenía ningún sistema para

impedir su balanceo. Siendo así, debemos afirmar la existencia de una infracción por parte de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales.

La empresa permitió que el trabajador desempeñara sus funciones sin una protección o seguridad adecuadas, pues la pieza elevada no tenía la necesaria sujeción para evitar posibles balanceos o virajes.

Téngase en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1215/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización de equipos de trabajo, en su Anexo II, 3 2 b):

b) Durante el empleo de un equipo de trabajo móvil para la elevación de cargas no guiadas deberán adoptarse medidas para evitar su balanceo, vuelco y, en su caso, desplazamiento y deslizamiento. Deberá comprobarse la correcta realización de estas medidas.

En nuestro caso, la pieza de hierro estaba elevada, (después de cortada iba a ser cargada en el camión, HP 3º), y no contaba con ninguna medida para evitar su balanceo o su viraje, lo cual contraviene frontalmente la normativa anteriormente transcrita. La empleadora del trabajador tampoco comprobó la manera de realizar esta maniobra potencialmente peligrosa.

Ha de concluirse por tanto que el trabajador estaba desempeñando su función sin las condiciones necesarias para salvaguardar su integridad física, y que ello originó el accidente. La empresa debió velar porque la actuación de corte y elevación de la carga por parte del recurrente se hiciera de forma totalmente segura. De hecho, se produjo el accidente al revirarse la pieza y caer sobre el tobillo del empleado, resultando herido y contusionado, por lo que la conexión causal entre la vulneración de normas en materia de seguridad e higiene y el siniestro resulta patente.

Se produjo pues una notoria vulneración del artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales de ocho de noviembre de 1995.

Como afirma la sentencia nº 1310 del TSJ de Cantabria de fecha 15 de octubre de 2003, haciéndose eco de la jurisprudencia en esta materia:

"La omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores.

La vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16211 , norma que estaba ya en vigor cuando acaeció el accidente que ahora se enjuicia. Esta Ley, en el invocado artículo 14.2 EDL 1995/16211 , establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 EDL 1995/16211 , señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 EDL 1995/16211 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Del juego de éstos tres preceptos se deduce, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 EDJ 2001/49262 , "como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado.

Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

En el supuesto que examinamos, el modo en que se realizó el corte de la pieza elevada, previamente a su carga en el camión, no era el idóneo para garantizar la seguridad del operario. Ni la pieza estaba sujeta o asegurada, ni la empresa vigiló en modo alguno la manera en que se realizó esta maniobra.

La empresa Zubitxo S.L. no solo no ha acreditado haber agotado todas medidas necesarias para prevenir el daño, - artículo 96.2 LRJS-, sino que en el juicio se probó que existían medidas que podía y debía haber adoptado, como la sujeción o el amarre de la pieza elevada y la vigilancia de la maniobra en cuestión.

A mayor abundamiento, tal y como reconocen las empresas impugnantes, el trabajador utilizó un soplete corto para realizar el corte, claramente inadecuado, y ello influyó causalmente en el accidente de trabajo. Siendo así, debemos afirmar que el equipo de trabajo empleado por el operario era inapropiado, y ello tuvo una incidencia

en la producción del accidente, de manera que también concurre la infracción del artículo 17 LPRL que denuncia el recurrente. Recordemos lo que establece el precepto:

Artículo 17. Equipos de trabajo y medios de protección.

1. El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que:

a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.

b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello.

2. El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo.

El hecho de que fuera el demandante quien eligió el soplete inadecuado, - HP tercero-, no hace desaparecer la responsabilidad empresarial en relación a los equipos de trabajo. La falta de dirección y vigilancia de la maniobra tuvo incidencia no solo en la caída de la pieza que se produjo, sino también en el empleo por parte del trabajador de un soplete inadecuado por su tamaño, lo cual se podría haber evitado en el caso de que la empleadora hubiera vigilado la correcta realización de la maniobra, lo cual, como ya hemos reiterado, no se produjo. En este caso, el empleo de un material o equipo de trabajo inapropiado también constituye una vulneración del artículo 17 LPRL, que no se disipa por el hecho de que el trabajador realice una elección errónea de aquél. El empresario debe velar por el uso efectivo de los medios de protección, - artículo 17.2 LPRL-, y, por consiguiente, también de los equipos de trabajo adecuados; en particular cuando se trata de una maniobra especialmente peligrosa, como es el corte y elevación de una pieza de hierro para cargarla a un camión.

Como asevera el TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 16-11-2007, nº 8051/2007, rec. 4257/2006:

"Estas elementales normas de seguridad deben ser impuestas por la empresa a sus trabajadores mediante el establecimiento de protocolos de actuación rigurosos, cuyo estricto cumplimiento ha de ser recordado de forma permanente en cada caso, no bastando con la mera entrega al trabajador de los equipos de seguridad adecuados para dejar a su libre albedrío la correcta utilización de los mismos..."

Por todo lo expuesto procede imponer el recargo de prestaciones, puesto que la codemandada Zubitxo S.L., (empleadora del trabajador), ha incumplido la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

Igualmente, procede la condena de la codemandada TUBOS Y ACCESIONES REKALDE SL., en cuanto que titular del centro de trabajo en el que se produjo el accidente.

Como dispone el artículo 24 LPRL:

"Coordinación de actividades empresariales.

1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

4. Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.

5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.

6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente".

En el caso que examinamos, Rekalde S.I., titular del centro de trabajo en el que tuvo lugar el accidente, no llevó a cabo ninguna labor de cooperación con la empresa ZUBITXO S.L., ni le dio ninguna de las instrucciones, ni adoptó ninguna de las medidas que exige el artículo 24.2 LPRL. Siendo así, constatado el incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad por parte de Rekalde S.I., causalmente conectado con el accidente de trabajo, procede declarar su condena solidaria, tal y como impetra el recurrente.

Por el contrario, se debe confirmar la absolución de la codemandada CHATARRAS UGARRANDIA S.L., puesto que ninguna condena se interesa para ella en el recurso.

D.- Imprudencia temeraria del trabajador. Inexistencia.

La sentencia recurrida desestima la demanda afirmando la existencia de una "*negligencia clara del actor*". Lo cierto es que, a la luz de los hechos probados, no se ha constatado que existiera una imprudencia temeraria del trabajador, que es lo que permitiría eximir de responsabilidad a la empresa, - artículo 15.4 LPRL-. El trabajador estaba desempeñando las funciones que le son propias y al cortar la pieza de hierro ésta se vira y cae sobre su tobillo, lo que no constituye una *imprudencia temeraria*, que es lo único que podría hacerle totalmente responsable del accidente y de sus consecuencias.

Como asevera la sentencia del Tribunal Supremo, Sala cuarta, de fecha 30 de junio de 2003:

"la jurisprudencia constante de esta Sala recaída en la interpretación del derogado artículo 93.1 de la L.G.S .S. EDL 1994/16443 /1974, de análogo contenido al vigente artículo 123.1 del Texto Refundido de 20 de junio de 1994 , en el sentido (STS de 6 de mayo de 1998 y otras muchas) de que el precepto condiciona la procedencia del recurso al requisito de que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, y no desconoce la también constante doctrina de esta Sala (por todas STS de 20 de marzo de 1983 y 21 de abril de 1988) expresiva que la exigida conexión puede romperse cuando la infracción es imputable al propio trabajador, pero tal doctrina no es aplicable al supuesto concreto en el que las infracciones acusadas y declaradas probadas permiten legítimamente concluir que los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño, que, quizá, no se hubiera producido de haber cumplido las condiciones mínimas de seguridad, a las que anteriormente se ha hecho referencia".

Y la más reciente STS de 28 de febrero de 2019, recurso 508/2017:

" B) Doctrina sobre la culpa.

El requisito típico de la responsabilidad es que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. 1.101 , 1.103 Y 1.902 del Código Civil).

Además debe recordarse que, conforme al art. 1.105 del Código Civil , fuera de los casos mencionados por la ley y de aquéllos en que la obligación lo señale, "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables".

La exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia que debatiéndose entre las exigencias de un principio de culpa y del principio de responsabilidad objetiva, ha llegado a configurar una responsabilidad cuasi objetiva, pues, aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la importancia de ese obrar en el nacimiento de esa responsabilidad bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba.

La clave de este cambio radica en la forma de abordar el problema de la apreciación y valoración de la culpa. En que debe tenerse en cuenta que, como la carga de la prueba, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , gravita sobre el empresario, será éste quien deba probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable. El art. 1.104 del Código Civil , aplicable en los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia del deudor (de seguridad) cuando el mismo omite aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las

personas, tiempo y lugar. Añade, además, que, cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia, mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el sector del tráfico mercantil, comercial, industrial o social de la misma clase de actividad que se enjuicia (Sentencias de la Sala 1.ª del TS de 25 de enero de 1985 , 8 de mayo de 1986 , 9 de febrero de 1998 y 10 de julio de 2003). Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el art. 1.183 del Código Civil , donde se establece la presunción "iuris tantum" de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), en Sentencia de 2 de octubre de 1995 , extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer. Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación.

Estas ideas son las que han motivado la sentencia de la Sala 4ª de 30 de junio de 2010 (Rcud. 4123/2008), dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva, conforme al art. 217 de la L.E.C. y al 1.183 del Código Civil , que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencias que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia, se dice "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". Doctrina que no objetiva la responsabilidad del empresario por las razones que da la sentencia comentada y que antes se expusieron.

Esta doctrina ha sido recogida por la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo artículo 96-2 establece: "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" y el art. 15.4 LPRL sirve, igualmente, de referente en esta materia.

La reciente S.TS. de 4-5-2015 (R. 1281/2014) reitera esta doctrina.....

Conviene aclarar que no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del art. 1.105 del Código Civil .

Sobre este particular debe destacarse en primer lugar que, conforme al artículo 15-4 de la LPRL el plan de prevención "deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador" actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas, cual remacha el artículo 96-2 de la LJS.

Diferente es el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero. De salida conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los artículos 115-4 y 123-1 de la LGSS (hoy art. 156-4 y 164-1 del vigente Texto Refundido de esa ley), en relación con el 15-4 de la LPRL ."

En el supuesto que examinamos debemos afirmar que el trabajador cometió un descuido o una imprudencia no temeraria, (puesto que se colocó en mala posición, testifical del Sr. Elias , FD quinto), por lo que no cabe exonerar de responsabilidad a las empresas, que son las responsables del siniestro, como ya expusimos en el anterior apartado C de este fundamento de derecho.

El descuido del trabajador debe tener consecuencias a la hora de ponderar el porcentaje del recargo, pero no exime de responsabilidad ni a la empleadora ni a la titular del centro de trabajo, al no tratarse de una imprudencia temeraria.

E.- Porcentaje del recargo.

En cuanto al porcentaje del recargo. Sobre esta cuestión, ciertamente el artículo 164 del actual TRLGSS no establece pautas para fijar el porcentaje concreto del recargo, significando únicamente que comprende un mínimo del 30% y un máximo del 50%, si bien plasma un criterio general para su determinación, que es la gravedad de la infracción cometida. En sentencia de esta sala de 17 de mayo de 2016 (rec.786/2016), razonamos que para determinar el recargo habrá de valorarse en cada supuesto concreto la entidad del incumplimiento,

las circunstancias que le rodean, la peligrosidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo, el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a las mismas, la gravedad de los daños producidos, las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos, la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención, o el comité de seguridad de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes, y la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas preventivas.

Atendidas las circunstancias concurrentes, estimamos ponderado el porcentaje del 30%, habida cuenta la participación del trabajador de manera causal en el siniestro, al colocarse en una posición inadecuada, demasiado próximo a la pieza, llevando a cabo una imprudencia no temeraria que atempera el incumplimiento en materia de prevención cometido por su empleadora y por la titular del centro de trabajo.

Debemos, por todo lo expuesto, estimar el recurso, y revocar en parte la sentencia recurrida; declarando que la resolución del INSS de 8 de abril de 2022 no es ajustada a derecho, y que en el accidente de trabajo de 25 de mayo de 2018 hubo falta de medidas de seguridad, imponiendo solidariamente a las empresas CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L., TUBOS Y ACCESRIOS REKALDE S.L. un recargo del 30% sobre todas las prestaciones consecuencia del accidente; sin imposición de costas, - artículo 235 LRJS-.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de don Samuel, revocamos la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián; en autos 526/2022; y, estimando en parte la demanda, declaramos que la resolución del INSS de 8 de abril de 2022 no es ajustada a derecho, y que en el accidente de trabajo sufrido por el actor el 25 de mayo de 2018 hubo falta de medidas de seguridad, *imponiendo solidariamente a las empresas CHATARRERIA Y CONTENEDORES ZUBITXO S.L., TUBOS Y ACCESRIOS REKALDE S.L. un recargo del 30% sobre todas las prestaciones consecuencia del accidente*; condenando al INSS y a la TGSS a estar y pasar por esta declaración y condena; y manteniendo la absolución de la codemandada CHATARRAS UGARRANDIA S.L; sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066-0413-24.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066-0413-24.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.