



Roj: **STSJ GAL 1797/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:1797**

Id Cendoj: **15030340012019101242**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2019**

Nº de Recurso: **3977/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2018 0001158

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0003977 /2018 MRA

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000232 /2018

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

RECURRENTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Alonso

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LAURA MARTINEZ CHAMORRO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña: GRANICHAN, S.L.

ABOGADO/A: MARIA NUÑEZ GONZALEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SRº D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA

ILMA SRª Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA SRA.Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintidós de marzo de dos mil diecinueve.

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

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003977/2018, formalizado por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Alonso , contra la sentencia número 298/2018 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000232/2018, seguidos a instancia de Alonso frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, GRANICHAN, S.L., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/ Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Alonso , presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, GRANICHAN, S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 298/2018, de fecha siete de junio de dos mil dieciocho

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: .

PRIMERO.- Por medio de resolución administrativa de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 9 de noviembre de 2017, previo informe de la **Inspección de Trabajo** y Seguridad Social en tal sentido, se declaró imponer un recargo del 40% en las prestaciones de Seguridad Social por el accidente de **trabajo** que sufrió Don Alonso el 25 de abril de 2016, considerando infringidos los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y artículos 2, 3, 4 y 5 del Real Decreto 39/1997 . SEGUNDO.- Don Alonso , nacido el NUM000 de 1981, con experiencia laboral de años en el sector de la piedra, presta servicios para GRANICHAN SL con la categoría profesional de peón. El 25 de abril de 2016, en su centro de **trabajo** sufrió un accidente de **trabajo** al cargar un bloque de granito de entre 8 y 9 toneladas en una mesa para proceder a su corte con disco. El bloque era desplazado por un puente grúa, colgado de unas eslingas metálicas; tras apoyar el bloque -que es irregular- en la mesa a la que previamente se le ha aplicado una capa de yeso para que no se mueva al cortarla, el trabajador se situó entre la pata de la mesa y el puente grúa y al retirar una de las eslingas sin comprobar que la carga estaba bien asentada asegurándose de que las eslingas estaban sueltas y no rígidas, el bloque se giró y una parte golpeó la pierna, provocando corte y fractura de fémur. TERCERO.- El trabajador tiene un curso de 300 horas sobre manejo de grúas, similares a la que manejaba cuando ocurrió el accidente de **trabajo**. CUARTO.- 1.- La empresa entregó al trabajador ficha de riesgos del puente grúa y carretillas elevadoras y ficha de riesgos específicos en el puesto de taller de piedra y oficina. En la ficha de riesgos se resumen en la primera página los riesgos derivados del uso del puente grúa donde se produjo el accidente que son los siguientes: transportada. transportadas por desprendimiento de las mismas durante su traslado. - grúa o instalaciones, que puedan desprenderse por golpes, choques, etc. durante la manipulación del puente - grúa. ntre objetos. 2.- La ficha de riesgos indica dentro de las normas de seguridad "Durante los desplazamientos de la grúa, tanto cargada como en vacío, el maquinista debe prestar la máxima atención, manteniendo siempre el control sobre los órganos de mando, no perdiendo de vista la carga y sin darle la espalda jamás a la misma". Asimismo, dentro del apartado de "Enganche de las cargas. Utilización de eslinga, cables y cadenas" se indica lo siguiente: que a medida que aumenta el ángulo de apertura de los ramales, disminuye la resistencia de la eslinga. Deberán por lo tanto elegirse eslingas de longitud adecuada, con objeto de evitar ángulos amplios entre los ramales. ángulos. En todo caso no sobrepase los 90º de ángulo. otro en el gancho). aunque la forma del elemento a transportar sea muy irregular. eben elegirse con cuidado los puntos en los que se situarán las eslingas con el fin de que no se muevan al suspender la carga y ésta quede bien equilibrada." También se advierte de que se debe verificar el equilibrio de la carga suspendida, a ras del suelo y antes de iniciar el movimiento. Antes de la elevación completa de la carga, tense suavemente la eslinga y eleve, no más de 10 cm, para verificar su amarre y equilibrio. Mientras no tensen las eslingas no toque la carga, el gancho, o las propias eslingas. Y que si observa, después de izada la carga, que ésta no se encuentra correctamente enganchada, bájela, para colocarla adecuadamente. Por último, se indica que en caso de piezas con base irregular: antes de realizar el desenganchado de la carga, y sobre todo si la base es irregular, es necesario asegurar la estabilidad de ésta antes de proceder a soltar las eslingas. QUINTO.- La **Inspección de Trabajo** y de Seguridad Social calificó la **infracción** como grave, proponiendo una sanción de 10.000 €. En el **acta** y por lo que aquí interesa, se consigna que no existía un procedimiento de **trabajo** que permitiera elaborar unas instrucciones concretas sobre el modo correcto de realización de las tareas. No existen procedimientos de **trabajo** previstos por escrito en los que se especifiquen las formas de llevar a cabo las tareas críticas o más peligrosas en la actividad (...) Ha quedado constatado en la acción realizada que la empresa Granichan no

dio adecuado cumplimiento a sus obligaciones en materia de planificación de la prevención, al haber previsto como medidas correctoras del riesgo, en particular del actualizado en el accidente investigado, consignas demasiado genéricas que no contemplan todas las operaciones, pautas de actuación, ... del **trabajo** que se realizaba. SEXTO.- Ha sido agotada la vía administrativa previa.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: .

Que estimando la demanda interpuesta por GRANICHAN SL, debo dejar sin efecto el recargo de prestaciones impuesto por el accidente de **trabajo** sufrido por Don Alonso el 25 de abril de 2016, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a Don Alonso , a estar y pasar por esta declaración. Se hace saber a las partes que contra esta sentencia pueden interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual podrán anunciar por mera manifestación de la parte o de su representante de su propósito de entablarlo al hacerle la notificación de aquélla o mediante comparecencia o por escrito en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Alonso formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 2-11-2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22-3-2019 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por la empresa Granichan SL y dejó sin efecto el recargo de prestaciones impuesto por el accidente de **trabajo** sufrido por Dº Alonso el 25 de abril de 2016 condenando al INSS y al codemandado a estar y pasar por esta declaración .

Se alzan en suplicación la representación letrada del trabajador codemandado y el letrado de la administración de la seguridad social en nombre y representación del INSS, el primero en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS , pretendiendo en el primero revisiones fácticas y denunciando en el segundo **infracciones** jurídicas , y el segundo en base a un único motivo correctamente amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS en el que denuncia **infracciones** jurídicas.

Recursos que han sido impugnados de contrario por la representación letrado de la empresa demandante.

SEGUNDO.-La representación letrada del trabajador codemandado interpone recurso de suplicación en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS .

En el primer motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS pretende la revisión fáctica y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar interesa la revisión del HDP 1º fin de que se adicione al mismo una última frase con el siguiente texto:" ...Dicha resolución devino en firme por interposición extemporánea de la reclamación previa por parte de la empresa Granichan SL"

2.- En segundo lugar interesa la revisión del HDP 2 a fin de suprimir en el mismo la última frase o sea la siguiente : "...sin comprobar que la carga estaba bien asentada asegurándose de que las eslingas estaban sueltas y no rígidas, el bloque se giró y una parte golpeo la pierna , provocando corte y fractura de fémur."

Pretendiendo en definitiva que se sustituya el HDP 2 por otro con el siguiente texto:" D Alonso nacido el NUM000 de 1981 con experiencia laboral de años en el sector de la piedra presta servicios para granichan SL con la categoría profesional de peon.el 25 de abril de 2016, en su centro de **trabajo** sufrió un accidente de **trabajo** en el momento en que estaba colocando un bloque de unas 8 o 9 toneladas en la mesa. El bloque era irregular. El trabajador traslado el bloque con un puente grúa colgado mediante dos eslingas metálicas, lo posiciono encima de los durmientes. Cuando pensó que estaba asentado se dispuso a quitar las eslingas, para ello se acercó al bloque y se sitúa entre el bloque y la pata de puente grúa .En ese momento el bloque se movió hacia el trabajador, el bloque no llego a caer en la mesa, al girar golpeo al trabajador en una pierna produciéndole lesiones."

3.-En tercer lugar interesa la Revisión del HDP 3 a fin de que se sustituya el mismo por otro con el siguiente texto:" El trabajador tiene un curso de 300 horas sobre manejo de puente grúa, realizado en el año 2009 en

el centro de formación ICA SL. Sin embargo carece de formación específica y de la autorización expresa necesaria para la utilización de este tipo de maquinaria peligrosa " .

4.- En cuarto y último lugar interesa la Adición del HDP 4 de un nuevo párrafo con el siguiente texto : "La ficha de riesgos realiza consignas genéricas, puesto que no existe un procedimiento de **trabajo** que permita elaborar unas instrucciones concretas sobre el modo correcto de manipular la carga .A mayor abundamiento hay que destacar que no existen procedimientos de **trabajo** diferenciados para bloques regulares e irregulares ,procediendo en ambos casos al mismo método de manipulación .en el momento del accidente , no se encontraba la asistencia del encargado de señales , el cual es necesario y obligatorio para proceder a la manipulación de bloques irregulares ."

Con carácter previo al estudio del indicado motivo, hemos de dejar sentados los requisitos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo viene exigiendo para admitir con éxito la reforma fáctica, doctrina plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993,15 y 26 de julioy26 de septiembre de 1995 , 2 y 11 de noviembre de 1998 , 2 de febrero de 2000 , 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003 , que ha venido declarando que es preciso que para que prospere la revisión fáctica (aun razonando en clave de recurso de casación, más aplicable al recurso de suplicación): "1.º Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2.º En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3.º Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4.º Que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados". Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo:

1.º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2.º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , 6 de mayo de 1.985 y 5 de junio de 1.995 .

3.º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989 , de 20 de febreroy24/1990, de 15 de febrero , con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980 , 10 de octubre de 1991 , 22 de mayoy16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4.º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial[artículo 191.b) y 194 de la Ley de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febreroy6 de noviembre de 1990 , en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Por lo que se hace necesario examinar separadamente las modificaciones interesadas, por lo que se refiere a la modificación interesada en primer lugar, y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 83 ,84 y 85. la misma estima la sala que no puede prosperar, y ello no solo por cuanto que la redacción propuesta adolece de carácter conclusivo-valorativo y determinante y como tal no debe figurar en el relato factico, sino porque además la alegación efectuada y que pretende acreditar con la adición propuesta de reclamación previa interpuesta fuera de plazo se trata de una alegación nueva, no alegada en instancia ni en juicio y por tanto vedada en suplicación .

Por lo que respecta a la supresión y correlativa adición al HDP 2 relativa a la descripción del accidente y que tiene su apoyo procesal la supresión por estimar que carece de elementos probatorios que lo sustentan, salvo la declaración del demandante .y la adición que pretende no la apoya en documental alguna, la misma estima la sala que no puede prosperar, por cuanto que la valoración de la prueba corresponde al juzgador de instancia y no es lícito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la subjetiva e interesada de la parte recurrente salvo que se acredite error, por los medios hábiles al efecto , lo cual no acontece en el supuesto de autos.

Por lo que respecta a la Modificación y ampliación del HDP 3 y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a folio 42 de los autos, a saber informe del ISGA y de la **Inspección de trabajo**, la misma estima la sala que ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y desprenderse su texto del contenido de los documentos invocados .

Por lo que se refiere a la Modificación /adición del HDP4 relativo a la ficha de riesgos, y que tiene su apoyo en la documental a los folios 38 y 39 de los autos a saber informe de la **Inspección de trabajo**, la misma estima la sala que ha de prospera al apoyarse en documental hábil al efecto y resultar el texto propuesto del contenido de los documentos invocados . la misma estima la sala que no puede prosperar y ello por cuanto que si bien se apoya en documental hábil, la redacción propuesta tiene carácter conclusivo-valorativo y con tal carácter no debe figurar en el relato factico

TERCERO.- La representación letrada del trabajador codemandado recurrente en el segundo motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS denuncia **infracciones** jurídicas, concretamente denuncia **infracción** de los artículos 14 , 15 y 16 de la LPRL así como los artículos 2, 3, 4 y 5 del RSPI en **infracción** de la jurisprudencia, alegando en esencia, en primer lugar que quedó acreditado que la reclamación previa se interpuso fuera de plazo una vez que había devenido firme al resolución administrativa, que otorgo al trabajador el recargo;

Por otra parte el letrado de la administración de la seguridad social en nombre y representación del INSS interpone recurso de suplicación en base a un único motivo amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS en la que denuncia **infracciones** jurídicas, en concreto denuncia **infracción** por aplicación indebida del artículo 164 de la LGSS aprobada por RDL8/2015 de 30 de octubre, y alega en esencia que según la **Inspección de trabajo** el bloque no estaba bien asentado y también pudo influir la falta de formación y de autorización en el uso del equipo, por lo que el inspector propuso el recargo del 40% .

Por lo que ambos motivos de denuncia jurídica invocados en sendos recurso del trabajador y del INSS han de examinarse conjuntamente.

En primer lugar y por lo que se refiere a la denuncia primera efectuada por la representación del trabajador relativa a que la reclamación previa se interpuso fuera de plazo y devino firme, cabe decir que se trata de una alegación nueva, no alegada en instancia ni en el acto del juicio (comprobado tras el visionado del disco) y por tanto vedado su examen en suplicación, por tratarse de una cuestión nueva, y no cabe introducir como objeto del proceso aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo que pudiendo ser discutidas solo a instancia de parte, no fueron, sin embargo ni planteadas en la instancia ni resueltas consiguientemente en la sentencia recurrida .

Y en segundo lugar alega la representación letrada del trabajador recurrente que a la vista de la sucesiva revisión de los hechos probados, resulta probado que la empresa demandada incumplía de forma notoria la normativa de la LPRL, y así estima que la ficha de riesgos resulta insuficiente para que el trabajador pueda efectuar su **trabajo** de modo seguro, sobre todo en las operaciones de riesgo, eslingado, deslingado etc. en bloques irregulares de gran tonelaje, como aconteció en el supuesto de autos, que se trató de un bloque de 9 toneladas irregular. y así estima que las indicaciones genéricas no permiten al trabajador efectuar sus tareas de riesgo con seguridad y así resulta del informe de la **Inspección de trabajo**, la cual entiende al haber previsto como medidas correctoras del riesgo, consignas demasiado genéricas, pues no se contemplan todas las operaciones, pautas de actuación del **trabajo** que realizaba, hay insuficiencia de medidas para la prevención de riesgos en relación con las operaciones de **trabajos** de eslingado, deslingado, y depósito de bloques, que han impedido un análisis más completo de las actuaciones que en estas operaciones se producen con frecuencia, para establecer procedimientos de **trabajo** que contemplan todos los elementos generadores del riesgo considerado y permitan planificar adecuadamente la secuencia de operaciones, así como la intervención de los distintos agentes en el proceso, de manera que se garantice la seguridad de los trabajadores; en segundo lugar alega que la demandada no formo al trabajador para dichas tareas, ya que carecía de formación y autorización expresa para el manejo de la maquina peligrosa que utilizaba, por lo que estima en definitiva que hay una **infracción** flagrante de las medida de prevención de riesgos por parte de la empresa, pues de adoptarse las medidas preventivas reseñadas (método específico de **trabajo**, formación del trabajador, existencia de una persona que supervise la tareas, y autorización para el manejo de la máquina, el accidente podría haberse evitado al o al menos aminorar las consecuencias del mismo.

Y el letrado de la administración de la seguridad social, alega en esencia que según la **Inspección de trabajo** el bloque no estaba bien asentado y también pudo influir la falta de formación y de autorización en el uso del equipo, por lo que el inspector propuso el recargo del 40% .

Pues bien respecto de todas estas alegaciones invocadas en los respectivos motivos de denuncia de ambos recurrentes es de señalar en primer lugar que, el artículo 164 de la LGSS aprobada por RDL8/2015 de 30 de



octubre establece que todas las prestaciones económicas por accidente de **trabajo** se vienen recargando de un 30% a un 50% de su importe, según la gravedad de la falta -a apreciar por las Direcciones Provinciales del INSS, en decisión revisable por el orden jurisdiccional de lo Social-, "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**", precepto que ha sido interpretado por la Jurisprudencia -ad exemplum sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 23 de diciembre de 1969, 20 de octubre de 1971 y 28 de mayo de 1975 -, que establece como requisito que exista relación de causalidad entre la medida inobservada y el accidente, al exigirse que la **infracción** haya sido causa o concausa del siniestro.

Es deber del empresario no sólo proveer los mecanismos de seguridad, sino obligar a su uso - sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1970 y 6 de noviembre de 1976 -, facilitándoselos a los operarios, a los que debe instruir sobre los mismos y vigilar la seguridad del **trabajo** - sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1980 - impidiendo que el **trabajo** arriesgado se realice sin la vigilancia de experto.

De este modo, se establece una responsabilidad causal por actos y omisiones propios generados en la actividad empresarial, con **infracción** de las normas de seguridad y salud en el **trabajo**, lo que implica una exclusión de los supuestos de responsabilidad objetiva, al necesitar, para su nacimiento, una relación de causalidad entre la acción u omisión del empresario y el resultado lesivo producido. Tal construcción jurídica requiere, como presupuestos: a) la existencia de una acción u omisión del empresario que tenga el grado de ilicitud necesaria para provocar la consecuencia lesiva; b) que el trabajador sufra un resultado lesivo; c) la existencia de una relación de causalidad entre los dos; y d) la culpabilidad del empresario como agente de aquella conducta.

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 ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, lo que ha de valorarse con criterio de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial.

Por otra parte, la doctrina sostenida por esta Sala en materia de recargo de prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad e higiene en el **trabajo** se recoge, entre otras en sentencias de 25-4-2002 y 24-3-2001, señalando: 1º) Que existe una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia, una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el **trabajo**, tal y como resulta de lo establecido en el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores a la par que un derecho de todo trabajador a mantener su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el **trabajo**; 2º) Que la citada obligación estaba plasmada con carácter general en la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprobaba la Ordenanza General de seguridad e higiene en el **trabajo**, que en su art. 7 establecía como obligación empresarial la de "adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa; 3º) Que en la actualidad, la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales plasma los anteriores principios en el artículo 14, a través de lo que se ha venido denominando, por la doctrina, la "deuda de seguridad" que todo empleador asume con sus productores, constituyendo tal normativa la positivación del principio general de derecho "alterum non laedere", debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos, ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de **trabajo**, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores.

En particular se viene a señalar que el recargo de prestaciones por **infracción** de medida de seguridad tiene naturaleza mixta de "indemnización sancionadora", y dada tal naturaleza sancionadora del recargo, se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial su obligada interpretación restrictiva y que su imposición exige como requisitos generales los de: A) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; B) Que medie relación de causalidad entre la **infracción** y el accidente de **trabajo**, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (derivada de la naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma y la carga de la prueba sobre tal causalidad corresponde al accidentado o a sus causa habientes; C) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, porque la responsabilidad no es objetiva; D) Que esa culpa o negligencia sea apreciable

a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad.

Así, debe señalarse que la evaluación de riesgos es un proceso básico para una gestión activa de la seguridad y la salud en el **trabajo**. El procedimiento de evaluación es necesario para planificar la acción preventiva y para elegir los equipos de **trabajo**, las técnicas y los sistemas de organización del **trabajo**, ya que la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece la Evaluación de Riesgos Laborales como el instrumento o "proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no hayan podido evitarse, lo que proporcionará la información necesaria para que el empresario tome las medidas más adecuadas sobre la planificación de la prevención en la empresa".

Tal y como hemos mantenido reiteradamente, la figura del recargo de prestaciones, contemplada en el art. 164 de la LGSS (antes 123 de la anterior ley) requiere para su aplicación de la concurrencia de los siguientes criterios:

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

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

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

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

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

Más en concreto y en el terreno de la casuística jurisprudencial, se ha afirmado que es deber del empresario no sólo de proporcionar los adecuados mecanismos de seguridad, sino de instruirlos sobre su utilización y obligar a su uso (SSTS 6 marzo 1980 [RJ 1980\800] y 30 enero 1986 [RJ 1986\304]), procediendo el recargo cuando los encargados o la empresa en ninguna ocasión han sancionado a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a tenerlos a su disposición (STSJ Murcia 3 diciembre 1991 [AS 1991 \6539]) aunque tampoco sea exigible una vigilancia continua en cada una de las labores (STCT 21 enero 1986 [RTCT 1986\291] y SSTSJ Andalucía/Sevilla 9 octubre 1992 [AS 1992\6571] y 17 junio 1993 [AS 1993\3103]). Y que cuando es obligación del empresario facilitar al trabajador la formación suficiente en caso de tener que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos, la jurisprudencia ha venido considerando que la insuficiencia de la formación proporcionada es **infracción** y

causa determinante del recargo SSTSJ Castilla-La Mancha 10 julio 1992 [AS 1992\3983], País Vasco 31 marzo 1993 [AS 1993\1310] y La Rioja 25 mayo 1995 [AS 1995 \1798]), en criterio consagrado por el art. 47.8 de la LPRL (RCL 1995\3053), cuando afirma que "el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada... acerca de los riesgos del puesto de **trabajo**... y sobre las medidas preventivas aplicables...". E incluso, la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesaria para desarrollarlas, se considera igualmente causa suficiente para imponer el recargo de prestaciones, por tratarse de una actitud negligente de la empleadora que traslada sobre la misma la carga de acreditar la supuesta concurrencia de "caso fortuito" en el luctuoso evento o una imprudencia profesional por parte del trabajador (STSJ Cataluña 3 febrero 1993 [AS 1993\787]), siendo de destacar que coincide con el art. 48.4 de la LSL , que califica de **infracción** muy grave "la adscripción de los trabajadores a puestos de **trabajo** cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o... sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el **trabajo**".

El artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , de 8-11-1995 dispone 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**", protección que ha de producirse de forma "eficaz" (artículo 14.1). El artículo 14.2 está exigiendo al empleador no sólo las garantías de "seguridad posible", la "razonablemente practicable", sino también la aplicable en cada caso, y ha de "prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (artículo 15.4)". La omisión puede afectar a 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, y, en orden a la tipicidad de la concreta conducta sancionada, diversos Tribunales Superiores de Justicia admiten que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, contiene verdaderos tipos de conductas a los que por, las características de éstas, no es necesario exigir mayor concreción puesto que no se refiere a datos específicos sobre mecanismos materiales de seguridad, sino a comportamientos relativos al eficaz empleo de los mismos.

El deber genérico de la protección de la integridad física de los trabajadores viene impuesto como ya expresamos, además por los artículos 4.2 del ET (RCL 1995\997) y 19.1 del mismo Texto legal , y 16 del Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981 (RCL 1985\2683) (ratificado por España el 26 de julio de 1985)). Siendo exigible al empleador el cuidado y cumplimiento de las normas de seguridad, debiendo organizarse el **trabajo** en la forma más adecuada a la integridad física de los trabajadores e incurriendo el empresario en responsabilidad, salvo que pruebe que, pese a haber adoptado todas las medidas de seguridad exigibles y haber instruido al trabajador al respecto, éste no las hubiere utilizado, concurriendo una **infracción** reglamentaria concreta.

Ha de subrayarse el hecho de que la obligación preventiva del empresario en el esquema de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, es la de adoptar "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" (artículo 14.2 de la Ley 31/1995). Si una medida es necesaria para obtener un nivel de riesgo tolerable, la misma ha de ser adoptada obligatoriamente, sin que quepa, como ocurría con la normativa anterior a la Ley 31/1995, que el empresario se limite a cumplir con concretas prescripciones reglamentarias, si se acredita que con ello el nivel de protección resulta insuficiente.

De éstos preceptos se infiere, y así lo mantiene el Tribunal Supremo, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, pues debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, pero también puntualiza que ello no quiere decir que el mero acaecimiento de un accidente no implica 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 caso que nos ocupa, en lo que ahora interesa por ser objeto de recurso, el accidente se produjo en del modo siguientes: el actor Dº Alonso , cuando se encontraba en su puesto de **trabajo** el día 25 de abril de 2016 sufrió un accidente de **trabajo** al cargar un bloque de granito de entre 8 y 9 toneladas en una mesa para proceder a su corte con disco. El bloque era desplazado por un puente grúa colgado de unas eslingas metálicas; tras apoyar el bloque -que era irregular -en la mesa a la que previamente se le había aplicado una capa de yeso para que no se mueva al cortarla, el trabajador se situó entre la pata de la mesa y el puente grúa y al retirar una de las eslingas, el bloque se giró y una parte golpeó la pierna , provocando corte y fractura de fémur-causando el actor baja por IT y posteriormente se le declaró afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo. Y `por resolución del INSS de 9 de diciembre de 2017 tras la incoación del oportuno expediente se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el **trabajo** y la procedencia de que las prestaciones derivadas del accidente sufrido por el trabajador en fecha de 25 de abril de 2016 sean incrementada con el 40% con cargo exclusivo a la empresa demandante. Interpuesta

reclamación previa por la empresa fue desestimada y la misma presento demanda solicitando que se declare la improcedencia del recargo por no derivarse el accidente de la existencia de medidas de seguridad.

Y, el magistrado de instancia llega a la conclusión que no se constata ninguna **infracción** en materia de seguridad, que sea causa adecuada en la producción del accidente de **trabajo** y estima la demanda y deja sin efecto el recargo de prestaciones impuesto por el accidente sufrido por el trabajador y condena al mismo y al INSS a estar y pasar por esta declaración. Así pues, estima en definitiva que no consta ni la **infracción** de concreta medida de seguridad, ni **infracción** del artículo 15 de la ley de prevención de riesgos laborales, pues estima que el trabajador tiene formación específica, no se acredita la inexistencia de un procedimiento inadecuado de **trabajo**, pues la única medida de protección posible es la comprobación por parte del operario de la correcta fijación para poder eslingar con garantías, la primera se acredita y la segunda queda relegada por la asunción del de un riesgo fortuito por parte del trabajador porque por prisa o por descuido se sitúa cerca de la carga que acaba de desplazar y que todavía no estaba bien asentada.

Partiendo del relato probatorio de la sentencia recurrida, con las modificaciones y adiciones fácticas que han prosperado la cuestión objeto del presente recurso consiste en determinar si se han incumplido por la empresa demandada las medidas de seguridad legalmente exigidas, tal como sostiene la entidad gestora y el trabajador recurrente; o si, por el contrario, dichas **infracciones** de medidas de seguridad no se han incumplido, tal como sostiene la empresa demandante y confirma la sentencia de instancia.

Y la censura jurídica que se denuncia debe ser estimada, considerando la Sala que se puede establecer de forma clara e inequívoca que hay una relación de causalidad entre el accidente sufrido por el trabajador y una posible falta de medidas de seguridad adoptadas por el empresario, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Por cuanto que el informe del ISGA señala como causa principal del accidente el realizar la operación no estando la carga bien asentada y añade como otras causas que influyeron o pudieron influir la falta de formación y de autorización en el uso del equipo.

Señalando el informe del ISGA que el trabajador tiene un curso de formación de "grúas de puerto" de 300 horas de duración. Y que el trabajador no cuenta con formación específica en el manejo de puentes grúa ni tiene autorización expresa para el manejo de un equipo de **trabajo** peligroso como es el puente grúa.

2.- El propio informe de la **Inspección de trabajo**, señala que revisada la evaluación de riesgos de la empresa Granichan se comprueba que la misma enumera los riesgos por puesto de **trabajo**, la evaluación es genérica. En el apartado relativo a los riesgos derivados de caídas y atrapamientos durante el eslingado y deslingado de bloques especialmente en el parque de bloques, se hace referencia en cuanto a medidas a adoptar, a la necesidad de realizar un estudio de las distintas maniobras a realizar, la supervisión por un recurso preventivo o la existencia de un encargado de señales, si bien estas indicadas para cargas de grandes dimensiones.

Y en la ficha de información de riesgos en el uso el puente grúa contiene numerosas indicaciones o normas de seguridad, pero no están especificados procedimientos de **trabajo** seguros para estas tareas que comprendan todas las secuencias de las operaciones a realizar, aspectos críticos etc en la forma de hacer habitual y no ocasional de estos **trabajos**.

En definitiva la **inspección** estima que incurre la empresa en un incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en materia de planificación preventiva relacionado con el accidente al no existir un procedimiento de **trabajo** que permitiera elaborar unas instrucciones concretas sobre el modo correcto de realización de las tareas, pues no existen procedimientos de **trabajo** previstos por escrito, en los que se especifiquen la forma de llevar a cabo las tareas críticas o más peligrosas en la actividad, y así la insuficiencia de tales medidas para la prevención de los riesgos relacionados con las operaciones de eslingado, deslingado y depósito de bloques han impedido un análisis más completo de las situaciones que en estas operaciones se producen con frecuencia, para establecer procedimientos de **trabajo** que contemplen todos los elementos generadores del riesgo considerado y permitan planificar adecuadamente la secuencia de operaciones, así como la intervención de los distintos agentes en el proceso de manera que garantice la seguridad de los trabajadores:

Y señala asimismo la **inspección de trabajo** que en lo relativo a la formación del trabajador, que solo había recibido de la empresa información pero carece de formación específica de los riesgos de su puesto de **trabajo** y específica de la máquina peligrosa que estaba utilizando.

3.- La sala estima a la vista de los datos obrantes en el relato fáctico con las modificaciones introducidas, y a la vista de las consideraciones anteriores, de los datos recogidos en el informe de la **inspección de trabajo** y en el informe del ISGA, que en efecto en el supuesto de autos la empresa Granichan no ha cumplido las obligaciones previstas en los artículos 14, 15 y 16.2 de la ley 31/1995 pues las obligaciones que se establecen en los citados

preceptos (art 16.1 de la LPRL y RD 39/1997 relativas a la evaluación de riesgos y planificación de la acción preventiva en la empresa, no se agota con la simple enumeración de riesgos y medidas preventivas aplicables de manera genérica, sino que se refiere a una actuación de análisis real de los factores que concurren en la organización del **trabajo** y una implantación efectiva de las medidas a adoptar para evitar y controlar los riesgos existentes, con lo cual la empresa no dio adecuado cumplimiento a sus obligaciones en materia de prevención, siendo insuficientes las medidas para prevención de riesgos relacionadas con las operaciones de **trabajos** de eslingado y deslingado y depósito de bloques y dichos incumplimiento están relacionados causalmente con la producción del accidente, al estimarse que el mismo podría haberse evitado si la empresa dispusiera de unos procedimientos de **trabajo** normalizados y suficientemente concretos que pudieran ser objeto de conocimiento y cumplimiento en la realización de operaciones de eslingado y deslingado y depósito de bloques .

Y además el trabajador aun cuando hubiese hecho un curso de formación de 300 horas sobre maquinas grúa, lo cierto es que carecía de formación específica de los riesgos de su puesto de **trabajo** y específica de la maquina peligrosa que estaba utilizando, careciendo de autorización para su uso .

Resultando en efecto que la ficha de riesgos resulta insuficiente para que el trabajador pueda efectuar su **trabajo** de modo seguro sobre todo en las operaciones de riesgo, como eslingado, deslingado y depósito de bloques irregulares de gran tonelaje, como aconteció en el supuesto de autos, resaltando claro que las indicaciones genéricas no permiten al trabajador efectuar sus tareas de riesgo con seguridad; y además la empresa no formo al trabajador para dichas tareas, pues carecía de formación y autorización para el manejo de la máquina que utilizaba; estimando la sala que en efecto de haberse adoptado por la empresa las medidas preventivas reseñadas por la **inspección** -método específico de **trabajo**, formación del trabajador, existencia de una persona que supervise el **trabajo** , podría haberse evitado el accidente.

Y al no haberlo estimado así el juzgador de instancia, la sala estima que ha incurrido en las **infracciones** jurídicas denunciadas en el motivo, lo que conduce a la estimación de ambos recurso interpuestos por el trabajador y el INSS; y resultando los incumplimientos suficientes para justificar el recargo impuesto procede confirmar la resolución del INSS que impuso un recargo de las prestaciones de un 40%; por lo que procede la estimación de ambos recursos, la revocación de la sentencia de instancia y la confirmación de la resolución administrativa recurrida,

En consecuencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando los recursos de suplicación interpuestos por la representación letrada del trabajador D Alonso y por el letrado de la administración de la seguridad social en nombre y representación del INSS contra la sentencia de fecha de fecha siete de junio de dos mil dieciocho dictada por el juzgad de lo social nº 2 de los de Vigo en los autos nº 232/2018 seguidos a instancias de la empresa GRANICHAN SL contra el INSS, y Dº Alonso sobre recargo por falta de medidas de seguridad, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada y confirmamos la resolución administrativa impugnada declarando la procedencia del recargo impuesto .

debemos .

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

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

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

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

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el



campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ