

Roj: STS 1786/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1786
Id Cendoj: 28079140012016100230
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3043/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Augusto Aláez Legerén en nombre y representación de D^a Felicísima , D^a Pilar , D. Eliseo y D. Íñigo , contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1472/11 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, de fecha 30 de diciembre de 2010 , recaída en autos núm. 638/2009, seguidos a instancia de D^a Felicísima , D^a Pilar , D. Eliseo y D. Íñigo , contra Cantería Hermanos Sobral S.L. y Mapfre Empresas, sobre indemnización por accidente laboral.

Han comparecido en concepto de recurridos la Procuradora D^a Myrian Álvarez del Valle Lavesque actuando en nombre y representación de CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L y la Procuradora D^a Adela Cano Lantero en nombre y representación de MAPFRE SEGUROS DE EMPRESA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de diciembre de 2010 el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º** .- Los demandantes Doña Felicísima , DNI nº NUM000 , Doña Pilar , DNI nº NUM001 , Don Eliseo , DNI nº NUM002 y Don Íñigo , DNI nº NUM003 , son la mujer e hijos de Don Valentín fallecido el 17 de julio de 2007 cuando prestaba servicios para la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L.- **2º**.- Don Valentín venía prestando servicios para la empresa aquí demandada desde el 25 de septiembre de 2000, y en la fecha en la que ocurrió el accidente (17-07-07) se encontraba trabajando en la construcción de un inmueble en el término municipal de Barreiros, lugar de San Cosme (Lugo).- El inmueble en construcción era un edificio de planta sótano, baja, dos altas y bajo cubierta.- **3º**.- El accidente se produjo entre las 16,30 h y las 17,30 h del día 17 de julio de 2007. Ese día se encontraban cuatro trabajadores de la empresa Cantería Hermanos Sobral S.L. realizando labores de tabicado en la planta segunda del edificio.- En un determinado momento, los compañeros de Don Valentín bajaron a descargar un camión de ladrillo quedándose en la obra el trabajador accidentado, el cual procedió a subir al bajo cubierta y se subió a un andamio de borriquetas de una altura aproximada de 80-81 cm., para proceder a taladrar un hueco en el techo del bajo cubierta con un taladro, marca DEWALT, con marcado CE de un peso aproximado de 5 ó 6 kg y una broca de 50 cm, taladro que le había facilitado D. Bernardino , trabajador de una empresa de fontanería que se encontraba subcontratada por la empresa aquí demandada.- D. Valentín se encontraba subido al andamio a unos 37 cm del hueco del ascensor, y en un determinado momento, por motivos que se desconocen, perdió el equilibrio y se precipitó por el hueco del ascensor hasta el foso de la planta sótano que se encontraba cubierto de agua.- **4º**.- El trabajador no hacía uso del arnés de seguridad cuando se cayó por el hueco del ascensor desde una altura aproximada de 13 m. El hueco del ascensor se encontraba tapado con dos tablones que alcanzaban una altura aproximada de 1 m. Cuando los compañeros de D. Valentín terminaron de descargar

el ladrillo volvieron a la obra y no vieron a dicho trabajador, pero no fue hasta un tiempo más tarde cuando se empezaron a preocupar y comenzaron a buscarlo, encontrando una gorra flotando en el agua del hueco del ascensor, y después de remover el agua, que estaba turbia, encontraron el cuerpo de su compañero.- **5º.-** A consecuencia del accidente se produjo el fallecimiento de Don Valentín , siendo la causa inmediata de la muerte la asfixia por sumersión.- **6º.-** Se desconoce el motivo por el que el trabajador fallecido estaba realizando un agujero en el forjado del techo del bajo cubierta, aunque pudiera ser para pasar un cable de antena para el tejado, cableado que correspondería hacer a la fase de instalaciones, figurando esta fase con el epígrafe 3.9 del Plan de Seguridad y Salud de la empresa demandada.- El día del accidente la obra se encontraba en la fase de ejecución 3.6 (Cerramientos y distribución), siendo las fases posteriores la 3.7. (Acabados) la 3.8 (Carpintería) y la ya indicada 3.9 (Instalaciones).- Esta última fase (Instalaciones) estaba subcontratada con la empresa ELECTRONIMA S.L.- **7º.-** La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción (nº NUM004) frente a la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L., en la que se le imputaba a dicha empresa una infracción grave del art. 12.16 f) del Texto Refundido de la LISOS y se proponía una sanción de 20.000 euros.- Con posterioridad, y después de formular alegaciones la empresa afectada, se procedió a declarar la caducidad del expediente sancionador, dejando sin efecto la sanción propuesta en el acta nº NUM004 y ordenando el archivo de las actuaciones.- **8º.-** El INSS inició expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad y salud laboral, y dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial de la empresa aquí demandada, imponiéndole un recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social.- No consta la firmeza de dicho recargo.- **9º.-** Por el accidente ocurrido el 17 de julio de 2007 se incoaron diligencias penales (Diligencias Previas nº 372/07) en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Mondoñedo, diligencias que concluyeron por auto de 8 de enero de 2009 en el que se acordaba el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa al no quedar acreditada suficientemente la concurrencia de los elementos del tipo penal, al no haberse probado que alguno de los posibles responsables de la obra hubiesen ordenado al fallecido realizar un agujero en el techo del bajo cubierta.- El auto de sobreseimiento fue confirmado por la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 1 de abril de 2009 .- **10º.-** La empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. tenía suscrita una póliza de seguro de responsabilidad civil con la entidad aseguradora Mapfre, póliza que cubre un capital máximo de responsabilidad civil patronal de 150.000 euros por víctima.- Asimismo, en dicha póliza se establece una franquicia con carácter general de 900 euros por siniestro.- **11º.-** La Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo abonó a los demandantes las siguientes cantidades: - Pensión de viudedad: 555,32 euros mensuales desde el 18-07-2007.- - Indemnización Especial a tanto alzado por importe de 6.407,58 euros.- - Auxilio por defunción: 30,05 euros.- **12º.-** En fecha 27 de julio de 2009 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Dª Felicísima , Dª Pilar , D. Eliseo y D. Íñigo contra CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. y MAPFRE EMPRESAS debo absolver y absuelvo a los expresados demandados de todas las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 27 de septiembre de 2013 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de doña Felicísima , doña Pilar , don Eliseo y Don Íñigo , contra la sentencia de fecha treinta de diciembre del año dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Pontevedra , en proceso promovido por los recurrentes frente a la empresa CANTERÍA HERMANOS SOBRAL S.L. y MAPFRE EMPRESAS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Por la representación de Dª Felicísima , Dª Pilar , D. Eliseo y D. Íñigo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 19 de noviembre de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 23 de febrero de 2010 .

CUARTO.- Con fecha 12 de mayo de 2014 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de febrero de 2015. Con la misma fecha se suspendió el señalamiento a los efectos de considerar la incorporación a las actuaciones, por el cauce del artículo 233.1 LRJS , de la sentencia mencionada por la recurrente de fecha 8 de mayo de 2013

de la misma Sala que la recurrida. Por auto de 6 de noviembre de 2015, se admitió la incorporación de dicho documento.

SEXTO.- Por providencia de 8 de febrero de 2016, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 27 de septiembre de 2.013 , en la que se confirma en suplicación la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra, que desestimó la demanda de responsabilidad civil planteada por la viuda y los tres hijos del trabajador fallecido en accidente de trabajo.

La sentencia recurrida desestimó los motivos de suplicación encaminados a la modificación de los hechos probados, y con arreglo a ellos se puede afirmar lo siguiente:

a) El accidente de trabajo se produjo el 17 de julio de 2.007, cuando el trabajador --después fallecido-- prestaba sus servicios en la construcción de un edificio de planta sótano, baja, dos altas y bajo cubierta.

b) Entre las 16,30 y las 17,30 horas se encontraban cuatro trabajadores de la empresa Cantería Hermanos Sobral S.L. realizando labores de tabicado en la planta segunda del edificio. En un determinado momento el trabajador accidentado procedió a subir al bajo cubierta y se encaramó a un andamio de borriquetas de una altura aproximada de 80-81 cm., con objeto de taladrar un agujero en el techo del bajo cubierta, a unos 37 cm del hueco del ascensor, probablemente para pasar un cable de antena para el tejado, cableado que correspondería hacer en la fase de instalaciones, figurando esta fase con el epígrafe 3.9 del Plan de Seguridad y Salud de la empresa demandada.

c) Por causas que se desconocen, realizando esa tarea perdió el equilibrio y se precipitó por el hueco del ascensor hasta el foso de la planta sótano que se encontraba cubierto de agua, pereciendo por asfixia por sumersión.

d) El trabajador no hacía uso del arnés de seguridad cuando se cayó desde una altura aproximada de 13 metros por el referido hueco, que a modo de barandilla se encontraba tapado con dos tablones, que alcanzaban una altura aproximada de 1 metro.

e) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción frente a la empresa, en la que se le imputaba una infracción grave del art. 12.16 f) del Texto Refundido de la LISOS y se proponía una sanción de 20.000 euros.

f) Con posterioridad y a la vista de las alegaciones de la empresa afectada, se procedió a declarar la caducidad del expediente sancionador, dejando sin efecto la sanción propuesta, ordenando el archivo de las actuaciones.

g) Por su parte el INSS inició expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad y salud laboral, y dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial de la empresa aquí demandada, imponiéndole un recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social.

h) Como hecho probado en la sentencia de instancia, al que se atuvo la sentencia de suplicación, se afirma que *"No consta la firmeza de dicho recargo"*.

i) Como consecuencia del accidente se incoaron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Mondoñedo, diligencias que fueron sobreseídas de manera provisional y archivadas por no quedar acreditada suficientemente la concurrencia de los elementos del tipo penal, al no haberse probado que alguno de los posibles responsables de la obra hubiesen ordenado al fallecido realizar un agujero en el techo del bajo cubierta. El archivo fue confirmado por la Audiencia Provincial de Lugo en fecha 1 de Abril de 2009 .

j) Como quiera que en el escrito de recurso de casación para la unificación de doctrina se interesaba por la vía del artículo 233.1 LRJS la incorporación de una sentencia anterior de la misma Sala de lo Social, se accedió a ello y consta en las actuaciones la sentencia dictada por aquella en fecha 8 de marzo de 2.013 , en la que se ratificaba la sentencia de instancia que había mantenido el recargo en las prestaciones por accidente de trabajo fijadas en un 50% y referidas al mismo accidente de trabajo.

SEGUNDO.- La sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina rechaza la existencia de responsabilidad civil imputable a la empresa empleadora porque *"... el hecho de haber procedido*

a subir el trabajador accidentado al bajo cubierta, subiéndose a un andamio (lo que a su vez hizo ineficaz el vallado de protección del ascensor), a realizar una serie de labores que no le habían sido encomendadas con herramientas de otra empresa y sin hacer uso del arnés de seguridad sólo puede achacarse a la imprudencia temeraria del actor, advirtiéndose así en el caso de autos una voluntaria y consciente asunción del riesgo por parte del mismo, con un patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible, corriendo un riesgo innecesario que finalmente provocó el evento dañoso...sin que por ello mismo pueda constatar la presencia de medidas concretas exigibles y viables que puedan comportar la atribución a la empresa, a título de culpa, del evento accidental ocurrido".

El recurso de casación para la unificación de doctrina se plantea ahora con la pretensión de que se acepte el efecto de cosa juzgada entre lo declarado y devenido firme en un proceso de recargo en las prestaciones por ausencia de medidas de seguridad y el que se refiere a la determinación de las responsabilidades civiles derivadas del accidente, invocando al efecto como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23-2-2010 (rec. 2700/2009).

Dicha resolución estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, con revocación de la sentencia de instancia (que había desestimado la demanda), condena a algunas de las empresas demandadas al abono de parte de la indemnización por responsabilidad civil solicitada.

En la sentencia de contraste, el accidente se produjo cuando el trabajador procedía al desencofrado de un pilar pegado al hueco del ascensor de la planta tercera. En el desarrollo de esa actividad el trabajador necesitó acceder a la planta cuarta para retirar unos puntales; para ello pasó la barandilla que se había colocado en el perímetro del hueco como medida colectiva de prevención sin adoptar medidas de seguridad individuales, como el arnés, y se colocó encima del tablero, que cedió por haberse quitado un soporte o yugo que servía para asegurarlo, sin que constara la causa o circunstancias de la retirada; a consecuencia de ello el actor se precipitó al suelo desde la altura correspondiente a una cuarta planta, produciéndose lesiones.

La Sala del País Vasco rechaza que se hubiera producido la imprudencia temeraria del trabajador, pero también que no existiera responsabilidad empresarial, que ya había sido declarada en la sentencia de fecha 5 de febrero de 2.008 de la propia Sala recaída al resolver y confirmar el recargo de prestaciones de Seguridad Social por ausencia de medidas de seguridad, porque el siniestro se produjo al faltar una de las piezas de la estructura metálica sobre la que se apoyaban los tableros, lo que suponía la infracción de lo dispuesto en el art. 14 de LPRL y en el Anexo IV, Parte A, punto 2, letras a) y b), del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre , sobre disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en las obras de construcción. No obstante, al apreciar también la sentencia de contraste una negligencia en la actuación del demandante, al traspasar las barandillas de seguridad y situarse en un lugar desde el que existía peligro de caída, sin utilizar ningún medio de protección individual, y asumir con ello un riesgo evidente, aplica la sentencia la concurrencia de culpas, atribuyendo al trabajador el 50% en la producción del accidente.

Es importante destacar entonces que existe por tanto en el caso analizado en la sentencia de contraste -como se ha dicho ya- una decisión previa de la misma Sala de lo Social confirmando la concurrencia en el accidente de una omisión de medidas de seguridad, y esa es la razón por la que aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 192/2009, de 28 de septiembre) y de esta sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de mayo de 2.005 y 28 de abril de 2.006), la realidad jurídica que se refiere a esa ausencia de medidas de seguridad como elemento determinante de la causa del accidente había de producir el efecto positivo de la cosa juzgada en la reclamación de daños y perjuicios posterior, sin perjuicio de la moderación de las responsabilidades que pueda llevarse a cabo a través del análisis de otros hechos concurrentes. Es decir: a tal conclusión jurídica se llega en la resolución que analizamos como contradictoria desde el análisis de la referida sentencia precedente que obraba en las actuaciones, sobre la que se efectuaron también alegaciones en el correspondiente recurso de suplicación.

TERCERO.- 1.- De la lectura de la sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina se infiere con claridad que la misma no tuvo presente la decisión anterior de la propia Sala de Galicia, la de fecha 8 de marzo de 2.013 y firme desde el 9 de abril de ese mismo año (recordemos que la recurrida es de fecha 27 de septiembre de 2.013) en la que se resolvía sobre el recargo de medidas de seguridad en el mismo accidente y decidió que resultaba ajustado a derecho el del 50% impuesto a la empresa, aquí recurrida, por ausencia de medidas de seguridad en el acaecimiento del accidente del trabajador cuyos herederos hoy reclaman la indemnización de daños y perjuicios.

También es cierto que esa sentencia anterior en ningún momento cuando se interpuso y tramitó el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, del Juzgado número 2 de Pontevedra, que ha

dado origen a la que ahora se recurre, fue invocada por los hoy recurrentes, que se limitaron a solicitar su incorporación a los autos por medio de *otrosí* en el escrito de interposición del recurso.

2.- Ya se dijo antes que esta Sala, tras cumplir el trámite previsto en el citado art. 233 LRJS , decidió por auto de fecha 6 de noviembre de 2.015 admitir el documento solicitado, consistente en esa sentencia firme anterior, de manera que con ella incorporada a los autos ha de entenderse completada la relación de acontecimientos de hecho que han de ser relevantes para analizar la posible contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste tal y como exige el artículo 219 LRJS .

Si no estuviese aportada esa sentencia firme anterior, podría sostenerse, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe y las partes recurridas en sus escritos de impugnación del recurso, que entre la sentencia recurrida y la de contraste no habría en principio contradicción que pudiera encuadrarse en aquél precepto, por cuanto que en el supuesto que la sentencia recurrida resuelve no había en el trámite de suplicación alegación alguna de parte sobre ello y por tanto la decisión judicial -que debió conocer su propio precedente- no se pronunció -al contrario que la sentencia de contraste- sobre el efecto positivo de la cosa juzgada que una sentencia anterior sobre ausencia de medidas de seguridad pudiera producir en la de reclamación de responsabilidad civil.

3.- Sin embargo, la admisión de la sentencia precedente como documento relevante y al amparo del art. 233.1 LRJS ha de tener necesariamente relevancia en el ámbito de la contradicción, por cuanto su contenido ha quedado procesalmente incorporado al debate, debiendo ahora determinarse el alcance de esos efectos jurídicos.

El punto de partida de dichos efectos ha de ser necesariamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 77/1983 , 192/2009 , 139/2009 o 16/2008 , en todas las que el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art 24.1 CE es el punto de partida, o lo que es lo mismo, la necesidad de que las resoluciones judiciales que abordan unos mismos hechos en distintas resoluciones judiciales, tengan en cuenta los factores concurrentes y decidan de manera razonada desde esa perspectiva de tutela lo que resulte ajustado a derecho.

CUARTO.- Como venimos razonando, la sentencia ahora recurrida debemos integrarla o completarla con la de fecha anterior y firme que se ha unido a las actuaciones, con lo que la situación de hecho que en conjunto se contempla es sustancialmente igual que en el caso que se resuelve en la sentencia recurrida.

Tanto en una como en otra se trata de un accidente de trabajo en el que existe una sentencia precedente en la que se decide el alcance de la conducta de trabajador en relación con la producción del propio accidente y la de la empresa en lo que a la ausencia de medidas de seguridad se refiere y su incidencia en la producción del accidente, no habiendo originado el efecto de cosa juzgada esa sentencia anterior en el caso de la resolución recurrida, por las razones ampliamente explicadas en los anteriores fundamentos, y produciéndolo, por el contrario, en el de la sentencia de contraste.

Existe por tanto contradicción en el ámbito procesal ceñido al efecto positivo de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de manera que, por lo razonado, deberá estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina en este punto, y como se afirma en nuestra SSTS de 12 de julio de 2.013 (recurso 2294/2012) y 3 de diciembre de 2.013 (recurso 354/2012) , esa estimación comporta la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida para que por la Sala de suplicación se pronuncie nueva sentencia teniendo presente la anterior de la misma Sala de Galicia dictada en fecha 8 de marzo de 2.013 . Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Augusto Aláez Legerén en nombre y representación de D^a Felicísima , D^a Pilar , D. Eliseo y D. Íñigo , contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 1472/11 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, de fecha 30 de diciembre de 2010 , recaída en autos núm. 638/2009, seguidos a instancia de los aquí recurrentes contra Cantería Hermanos Sobral S.L. y Mapfre Empresas, sobre indemnización por accidente laboral. Casamos y anulamos la sentencia recurrida para que por la Sala de suplicación se pronuncie nueva sentencia teniendo presente la anterior de la misma Sala de Galicia de fecha 8 de marzo de 2.013. Sin costas.



Devuélvase las actuaciones al Órgano jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ