

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO***Sentencia 1762/2016, de 15 de septiembre de 2016**Sala de lo Social**Rec. n.º 1020/2016***SUMARIO:**

RETA. Recargo de prestaciones. *Socio trabajador de una cooperativa que figura de alta como autónomo y que sufre un accidente en el centro de trabajo de la empresa principal, mientras presta servicios en el marco de un encargo con una contratista de la principal. Caída en altura sin que queden probadas las causas, bien por deficiencias en la barandilla, en su instalación o, incluso, por ausencia de la misma en ese momento. Responsabilidad de las contratistas de la cooperativa. Procede el reconocimiento del recargo de prestaciones. Si bien no es posible imponer el recargo a la cooperativa, sí lo es a las empresas que hayan incumplido el deber de coordinación, si se prestan los servicios en el centro de trabajo de una tercera empresa (la principal), que debía coordinar las actividades. El recargo no puede imponerse cuando un trabajador autónomo presta servicios bajo su propia organización, en la medida en que debería imponérsele a él mismo como responsable y a la vez beneficiario, pero no ocurre lo mismo cuando el accidente tiene lugar por falta de coordinación de actividades empresariales, en que el trabajador formalmente autónomo presta servicios para una tercera empresa, y sobre todo cuando lo hace en las mismas condiciones que otros trabajadores de ésta. No puede entenderse que la exclusión en el RETA del recargo se extienda a estos supuestos de responsabilidad atribuible a terceras empresas contratistas, puesto que además de constituir un incentivo para el fraude en la contratación de verdaderos o falsos autónomos, la igualdad de supuestos de hecho ha de llevar a la misma conclusión legal, puesto que la condición o no de autónomo del trabajador en nada afecta a la obligación legal por parte de la empresa contratista de aplicar todas las normas de seguridad, de forma que afirmar que en estos supuestos no existe empresario infractor por el hecho de que el trabajador contratado sea un autónomo, o esté afiliado al RETA en virtud de una decisión de la Asamblea de la Cooperativa, ha de entenderse que viola el conjunto de los preceptos de prevención afectados. Por otro lado, la ley procesal impone a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo el deber de probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. En el caso, ante la ausencia de coordinación de actividades de la empresa principal con respecto a las subcontratistas, a la que legalmente viene obligada, ello determina la imposición del recargo a dicha empresa, no así a las dos restantes, contratista y cooperativa, al no demostrarse incumplimiento de medidas de seguridad con repercusión en el accidente por parte de las mismas. Voto particular.*

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 123.

RD 1273/2003 (Cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA), art. 4.4.

Ley 31/1995 (LPRL), arts. 3.1, 15.1 y 24.3.

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 42.3.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 96.2.

PONENTE:*Doña Ana Isabel Molina Castiella.*

Magistrados:

Doña ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA

Don JESUS PABLO SESMA DE LUIS
Don JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación 1020/2016
N.I.G. P.V. 20.05.4-15/001325

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0001325

SENTENCIA N.º: 1762/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 15 de septiembre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Geronimo y Encarna contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 1 de diciembre de 2015, dictada en proceso sobre (AEL), y entablado por los citados recurrentes frente a ALDUNTZAR S.COOP., INSS Y TGSS, VICTORIO LUZURIAGA- USURBIL S.A y 1NE SERVICIOS INDUSTRIALES S.L..

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, 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. Con fecha 22-1-15, la Inspección de Trabajo de Gipuzkoa, extendió a la empresa Victorio Luzuriaga-Usurbil, S.A., Acta de infracción en relación al accidente de trabajo ocurrido en fecha 30-1-14 en el cual falleció Candido.

SEGUNDO. Conforme al Acta de infracción el accidente se produjo con arreglo a las siguientes circunstancias:

"Victorio Luzuriaga Usurbil, S.A. es una empresa dedicada a la actividad de producción de piezas de seguridad en fundición nodular para sistemas de freno y suspensión para la industria del automóvil.

El accidente tiene lugar en una de las líneas de moldeo automático en vertical denominada L1. Ante cualquier parada de esta línea tanto por avería como por cambios de referencia, la sección de mantenimiento procedía a la puesta a punto de la instalación siendo fundamental la revisión de dos de sus elementos: el separador magnético y la pianola.

Junto a la línea se encuentra una torre de arenaría en la Línea 1 procediendo el Responsable de Mantenimiento, Don Nazario, a valorar la situación. Procede a reparar la avería junto con el Técnico de Mantenimiento Don Silvio y el propio Candido.

Tras solucionar el problema se procede al re-arranque de la instalación. En ese momento se hace necesario verificar el correcto funcionamiento para evitar la existencia de chatarra a lo largo de la línea. La tarea de controlar visualmente la pianola es asignada al fallecido.

En un momento determinado un operario de moldeo, Don Elias cree ver por el rabillo del ojo como "una sombra que cae" por lo que se acerca justo a la escalera de acceso a la torre de arenaría donde comienza la barandilla no percibiendo, en principio, nada raro.

Su compañero, Don Oscar, también se acerca al lugar pero no detecta nada extraño. Cuando ya se marchaban se percatan de que la cadena del polipasto se movía y vuelven otra vez a la zona dándose cuenta de la inexistencia de barandilla.

Tras avisar a mantenimiento ambos acuden con dos técnicos con la intención de buscar la barandilla. Como no la ven en la parte superior proceden a enfocar una linterna al interior del foso. A Don Oscar le parece ver los pies de una persona en el fondo siendo Don Silvio el primero en bajar. Seguidamente desciende Don Elias.

Encuentran a Don Candido tendido en el suelo inconsciente. La barandilla también se encontraba en el foso y con uno de los bulones bloqueados.

El accidentado sufre lesiones de tal entidad que acaba falleciendo una semana después".

TERCERO. Conforme al Acta de infracción se derivan los siguientes hechos:

1.º) Existencia de un riesgo de caída de altura superior a los dos metros.

2.º) Para proteger a sus trabajadores del riesgo de caída a distinto nivel la empresa había instalado una barandilla que contaba con una parte móvil. Dado que la misma apareció en el foso junto al accidentado podemos concluir que ya sea por la ausencia de la barandilla o ya sea por las deficiencias en la misma o en su instalación lo cierto es que no se cumplía la función preventiva para la que estaba destinada.

3.º) Resultado lesivo producido a consecuencia de la adopción de una medida preventiva ineficaz.

Los hechos descritos suponen el incumplimiento del punto 3.2 de la Parte A del Anexo I del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, en relación con los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Tal incumplimiento está tipificado como infracción GRAVE en el art. 12.16 b) del Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

La sanción se propone en su grado mínimo pero no en su tramo inferior atendiendo a los criterios de graduación de la sanción previstos en los arts. 39.1 y 3c) del referido texto legal: "La gravedad del daño producido o que hubiera podido producirse por ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias".

Por lo que se propone una sanción de 8.195 euros.

CUARTO. No se inició expediente de recargo de prestaciones de conformidad con lo regulado en el art. 4.4 del RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal por los trabajadores por cuenta propia.

QUINTO. Candido figuraba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos prestando sus servicios en la empresa Alduntzar Soc. Cooperativa.

Dicha empresa se dedica a las tareas de mantenimiento industrial en las especialidades de electricidad y electromecánica. Su actividad principal se centra en prestar servicios a otras empresas mediante la subcontratación de los trabajos a realizar siempre en las instalaciones del cliente.

La empresa Alduntzar S. Coop. posee en vigor un contrato marco de arrendamiento de servicios (tareas de mantenimiento) con la empresa Victorio Luzuriaga.

SEXTO. Los actores, Encarna y Geronimo, esposa e hijo respectivamente del trabajador fallecido, iniciaron un expediente en reclamación de un recargo del 50% de las prestaciones de viudedad y orfandad.

Dicha reclamación fue desestimada mediante resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS en fecha 12-3-15.

Disconforme con la misma, la parte actora interpuso reclamación previa que fue desestimada en fecha 25-3-15. "

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por por las empresas 1NE Servicios Industriales, S.L. y Alduntzar S. Coop., y desestimando la demanda formulada Encarna y de Geronimo frente a Victorio Luzuriaga-Usurbil, S.A., Alduntziar, S. Coop., 1NE Servicios Industriales, S.L. y el Instituto Nacional de la Seguridad Social- Tesorería General de la Seguridad Social, absuelvo a las partes demandadas de las pretensiones deducidas en su contra."

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Recurre en suplicación la demandante Doña Encarna -actuando en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, Geronimo, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de San Sebastián, reproduciendo la petición de recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas del fallecimiento de su esposo Don Candido como consecuencia del accidente laboral sufrido el 30-1-14, recargo que se solicita en el porcentaje del 50% con condena solidaria a todas las empresas que intervinieron en el accidente, y en último caso a cargo única y exclusivamente de Victorio Luzuriaga Usurbil SA (en adelante VLU).

La sentencia recurrida tras rechazar las excepciones de falta de legitimación pasiva alegada por las empresas 1NE Servicios Industriales SL (1NE) y Aldunzar S. Cooperativa (A. Cooperativa), desestima la demanda, decisión que descansa de manera esencial en la condición de trabajador por cuenta propia de Don Candido, aplicando el art.4.4 del RD 1273/2003, al no alcanzar el recargo como acción protectora de la Seguridad Social a los trabajadores incluidos en el ámbito del RETA, de manera que no entra a analizar si por los empresarios codemandados se han respetado las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

El recurso ha sido impugnado por VLU, 1NE y A. Cooperativa.

Segundo.

Antes de entrar a examinar el recurso, resulta conveniente reflejar los elementos fácticos que sustentan el pronunciamiento judicial.

La sentencia recoge que el 31-1-14 Don Candido, que figuraba de alta en el RETA como socio trabajador de A. Cooperativa, sufrió un accidente de trabajo que consistió en caída desde una altura superior a dos metros. El accidente tuvo lugar en una de las líneas de moldeo automático en vertical denominada L1. Ante cualquier parada de esta línea tanto por avería como por cambios de referencia, la sección de mantenimiento procedía a la puesta a punto de la instalación, revisando dos de sus elementos: el separador magnético y la pianola; junto a la línea 1 se encuentra la torre de arenaría, constando que ese día el responsable de mantenimiento procedió a valorar una avería junto con el técnico de mantenimiento y Don Candido, problema que se solucionó, procediendo al re arranque de la instalación, momento en que es preciso verificar el correcto mantenimiento para evitar la existencia de chatarra a lo largo de la línea, y la tarea de controlar visualmente la pianola la tenía asignada Don Candido.

Al cabo de un tiempo y cuando otros trabajadores se marchaban de la zona, se percataron que la cadena de polipasto se movía y que no había barandilla, avisando a Mantenimiento que acudieron con dos técnicos con el fin de buscar la barandilla, y al enfocar al interior del foso, se comprobó que había una persona, Don Candido, y junto al trabajador la barandilla.

No consta cómo fue la caída pero sí que la barandilla instalada por VLU para proteger a sus trabajadores del riesgo de caída a distinto nivel y que contaba con una parte móvil, apareció en el foso junto al trabajador

accidentado lo que pudo suceder, según la resolución judicial que reproduce el acta de Inspección de Trabajo, bien por deficiencias en la barandilla o en su instalación, o incluso que cayó el operario por ausencia de la misma, según refleja el ordinal segundo de la sentencia que también recoge que se impuso a VLU una sanción por la comisión de falta grave conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), en su art.12.16 b), en su grado mínimo según resolución de la Delegación Territorial de Gipuzkoa de 1-7-15.

Ahora bien, de acuerdo con el documento adjuntado a las actuaciones por VLU vía art.233 LRJS, y admitido por auto de este Tribunal de 7-7-16, la sanción ha sido dejada sin efecto por resolución dictada el 18-1-16 al resolver el recurso de alzada interpuesto por VLU, básicamente por no constar la causa exacta del accidente, y ello de acuerdo con el motivo de archivo de las diligencias previas 2171/2014 seguidas ante el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Sebastián por dicho siniestro laboral.

La sentencia también refleja que A. Cooperativa se dedica a las tareas de mantenimiento industrial en las especialidades de electricidad y electromecánica, siendo su actividad esencial la prestación de servicios a otras empresas mediante la subcontratación de los trabajos a realizar siempre en las instalaciones del cliente, entidad que tiene un contrato marco de arrendamiento de servicios (tareas de mantenimiento) en vigor con VLU.

En la misma resolución de 7-7-16 la Sala admitió la incorporación, vía art.233 LRJS, del documento de 13-10-15 conforme al cual las compañías aseguradoras Zurich Insurance PLC y Mapfre Seguros de Empresas, la primera actuando como compañía aseguradora de VLU y la segunda de 1NE, abonaron a Doña Encarna actuando en su propio nombre y en el de su hijo una indemnización de 101.557,52 euros la primera, y 67.705 euros la segunda, como consecuencia de la acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios que la demandante interpuso frente ambas empresas y que dio lugar a los autos 98/2015 seguidos ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián, declarando entonces la parte actora que con la recepción de dichas cantidades no le quedaba nada más que reclamar en relación al citado procedimiento judicial, renunciando a la acción ejercitada, y desistiendo del procedimiento después de percibida la indemnización.

Tercero.

Una vez relatados los elementos fácticos obrantes en sentencia pasamos a analizar el recurso que, a través de sus tres primeros motivos amparados en la letra b) del art.193 LRJS, pretende incorporar nuevos datos a la crónica judicial.

De modo previo recordamos que venimos exigiendo para la revisión de la crónica judicial con apoyo en la doctrina de la Sala Cuarta (contenida, entre otras, en sentencias de 18 de febrero de 2014, recurso 108/2013, 14 mayo de 2013, rec. 285/2011, y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010), no solo que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, también que se cite concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, precisando los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento pues ha de ser trascendente para modificar el fallo de instancia.

Cuando el soporte novatorio lo constituyen los documentos, conforme dispone el art. 196.3 LRJS, deben señalarse de "manera suficiente para que sean identificados", citando la concreta documental, mencionando el punto específico que ponga de relieve el error alegado.

Es decir, de la documental se ha de desprender de forma clara, patente y directa, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, la variación que se pretende, tendente a corregir el error judicial cometido, y trascendente para el fallo, pero además no cabe admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, dado que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada. Cuando se trate de documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juzgador de instancia, que es el soberano para la apreciación de la prueba (STC 44/1989, 20 de febrero, y 24/1990, de 15 de febrero).

Sin perder de vista estas premisas abordamos la primera de las revisiones que consiste en la adición al hecho probado primero de un texto que refleje la prestación de servicios por Don Candido para A. Cooperativa en el centro de trabajo de VLU realizando actividades de mantenimiento de planta, complemento que se acoge dado que cuenta con apoyo documental y si bien es una cuestión que se sobreentiende de la lectura de la sentencia, en todo caso ha de quedar reflejada, como también la condición de beneficiaria de Doña Encarna de una pensión de viudedad derivada del fallecimiento de su esposo Don Candido, y de su hijo Geronimo de una pensión de orfandad

por tal causa, extremo cuyo añadido se interesa en el segundo de los motivos de impugnación y que cuenta también con adecuado apoyo documental.

Finalmente a través del motivo tercero pretende que se adicione una serie de datos que resultan del informe emitido por OSALAN en relación al accidente de trabajo sufrido por Don Candido, destacando del mismo que el día del accidente los trabajadores de 1NE había realizado la limpieza de la torre de arenaría, para lo que era necesario manipular la parte móvil de la barandilla para poder extraer las sacas llenas de arena del fondo del foso, y que existía un desconocimiento del proceso de trabajo por parte de VLU de las tareas realizadas por las otras empresas en su centro y la frecuencia de las mismas, sin la necesaria coordinación de actividades.

El informe de OSALAN concluye reflejando como causa principal del accidente que la protección colectiva de "barandilla" no cumplió con su objetivo de evitar la caída de personas a distinto nivel", que no existía un procedimiento de trabajo para proceder a la limpieza de la torre de arenaría, y que la norma de seguridad para la realización de los trabajos por 1NE no había sido elaborada como parte de la implantación de un procedimiento de coordinación de actividades laborales, sin que se visualizara con claridad en el momento del accidente la zona, indicando también una serie de medidas preventivas recomendadas a fin de evitar siniestros por igual causa.

Novación de hechos probados que la Sala asume pues se trata de un informe emitido por un organismo público que goza de imparcialidad, no existiendo elementos fácticos que desvirtúen el contenido de las conclusiones de dicho informe, coincidentes en gran parte con las actuaciones de Inspección de Trabajo; ello es así pese a haberse dictado resolución dejando sin efecto la sanción (cuya firmeza, por otro lado, no nos consta) por no conocerse exactamente cómo ocurrió el accidente, pero lo cierto es que el accidente tuvo lugar en las instalaciones de la empresa principal, no se ha probado por ésta ¿VLU- la observancia de las medidas de seguridad en orden a la medida de protección colectiva ¿barandilla- dado que la caída del trabajador sucedió, y la barandilla apareció junto al trabajador accidentado en el fondo del foso, barandilla que o bien se colocó mal, o era deficitaria, o no se había informado a Don Candido de la movilidad de la misma, sin que existiera una correcta coordinación de actividades, ausencia imputable a VLU (art.8 RD 171/2004), sin obviar que esta empresa ha reconocido su deber de indemnizar a la actora y a su hijo (también 1NE pero en cuantía inferior), obligación que solamente puede nacer de los daños y perjuicios sufridos por ambos como consecuencia de la deuda de seguridad a la que estaba obligada.

Cuarto.

La censura jurídica se sustenta en la infracción de los arts.4.2b), 5.b) y 19.1 del ET, arts.43.1 y 123 LGSS, art.83 RD 2064/1995, aplicación indebida del art.4.4 RD 1273/2003, art.123 LGSS, arts.40 y 53.3 CE, arts.24.2, 3.1, 4.3 y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, art.80.5 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas, art.99.7 de la Ley 4/1993 de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi, arts.3 y 17 del Convenio 155 OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, y Anexo I del RD 1215/1997 de 18 de julio, n.º6, así como vulneración de la doctrina STSJ Cataluña de 1 de abril de 2014, rec.3884/2013.

La recurrente sostiene que existió infracción del deber de seguridad por las empresas asumiendo en tal sentido el acta de Inspección de Trabajo pero, de manera fundamental, el informe de OSALAN ¿ con la novación de hechos probados propuesta por dicha parte que ha sido aceptada-, razonando con base en la sentencia del TSJ de Cataluña que invoca que es la decisión de los órganos directivos de la cooperativa la determinante de la inclusión de los trabajadores en uno u otro régimen de Seguridad Social, en este caso Don Candido estaba en el RETA pero el accidente de trabajo y, sobre todo, la infracción de medidas de seguridad que ha propiciado el mismo, no se ha producido en la prestación de servicios para la Cooperativa sino en el ámbito de la coordinación de las actividades empresariales, de manera que al sobrevenir el accidente en dicho ámbito, el cooperativista encuadrado en el RETA presta servicios para una tercera empresa y lo hace en las mismas condiciones que los restantes trabajadores, no existiendo motivos para que se excluya del recargo a esas empresas en un supuesto como el que nos ocupa.

Planteado así el recurso en la vertiente de crítica jurídica, planteamiento que viene dado por la línea decisoria adoptada en la sentencia de instancia, se someten al conocimiento de la Sala dos cuestiones, consistiendo la primera en si es factible aplicar en las prestaciones derivadas del fallecimiento de Don Candido el recargo por falta de medidas de seguridad al tratarse de un trabajador de cooperativa integrado en el RETA y, la segunda, la determinación de si existió o no infracción de las medidas de seguridad por parte de las demandadas.

Anticipamos la respuesta afirmativa de la Sala a ambos interrogantes. En orden al primero de los aspectos suscitados, seguimos la línea marcada por la STSJ de Cataluña ya mencionada, de manera que el art.4.4 RD 1273/2003 de 10 de octubre por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el régimen especial de los trabajadores autónomos, impide imponer el recargo a la cooperativa pero no a las empresas que hayan incumplido el deber de coordinación, cuando como en este supuesto se trata de un socio trabajador de una cooperativa que prestaba sus servicios en el centro de trabajo de una tercera empresa, que debía coordinar las actividades de mantenimiento y limpieza de la torre de arenaría, y no consta (conforme al informe de OSALAN) que la norma de seguridad para la realización de la limpieza de la torre de arenaría se elaborase como parte de la implantación del procedimiento la coordinación de actividades, y se acredita desde luego que la barandilla ¿medida de protección colectiva- responsabilidad de VLU, no cumplió con su finalidad, bien por deficiencias de la propia barandilla o defectuosa instalación o por la causa que fuera, pero lo cierto es que no cumplió su función de protección con el fatal resultado.

La STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2014, subraya que el recargo no puede imponerse cuando un trabajador autónomo presta servicios bajo su propia organización ("en la medida en que debería imponérsele a él mismo como responsable y a la vez beneficiario"), pero no ocurre lo mismo cuando el accidente tiene lugar por falta de coordinación de actividades empresariales, en que el trabajador formalmente autónomo presta servicios para una tercera empresa, y sobre todo cuando lo hace en las mismas condiciones que otros trabajadores de ésta, pues entonces "la interpretación constitucional de la ley, y el contexto internacional de las normas de la OIT, obligan a interpretar las normas en el sentido de la promoción de la seguridad en el trabajo, de modo que en casos de duda razonable derivada de colisión de normas, como el presente, en que es un Real Decreto el que, sin distinguir los supuestos, parece contradecir lo que resulta de todas las normas de rango superior, ha de entenderse que han de prevalecer los art. 42.3 LISOS (responsabilidad de empresas contratistas, por coordinación de actividades empresariales) y el art. 3.1 LPRL (equiparación de cooperativas a empresas) en el sentido señalado".

Conforme a la línea decisoria seguida en dicha sentencia y que esta Sala, en decisión mayoritaria asume, no puede entenderse que la exclusión en el RETA del recargo se extienda a estos supuestos de responsabilidad atribuible a terceras empresas contratistas, puesto que "además de constituir un incentivo para el fraude en la contratación de verdaderos o falsos autónomos, la igualdad de supuestos de hecho ha de llevar a la misma conclusión legal, puesto que la condición o no de autónomo del trabajador en nada afecta a la obligación legal por parte de la empresa contratista de aplicar todas las normas de seguridad, en lo que depende al ámbito que ella controla, al realizarse en su centro de trabajo la actividad peligrosa", de forma que "Afirmar que en estos supuestos no existe "empresario infractor" (art. 123 2 LGSS) por el hecho de que el trabajador contratado sea un autónomo, o en el presente caso, esté afiliado al RETA en virtud de una decisión de la Asamblea de la Cooperativa, ha de entenderse que viola el conjunto de los preceptos mencionados, pues el ser autónomo o estar afiliado al RETA en nada varía la exigencia legal y la intensidad de la obligación de asumir todas las obligaciones impuestas por la ley de Prevención de riesgos, y en caso de accidente de asumir todas las responsabilidades legales".

Adoptando dicho criterio, incidimos en el contenido del art. 96.2 LRJS, precepto que impone 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, carga probatoria no cumplida por VLU según se desprende del relato histórico (con la variación que hemos acogido).

La STS de 4 de mayo de 2015, rcud 1281/2014, realiza una lectura del deber de seguridad a cargo del empresario que esta Sala, a su vez, refleja en la de 15 de julio de 2014, rec.1289/2014, de manera que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, comprendiendo la adopción de todas las medidas de protección que sean necesarias para evitar o minorar los riesgos, cualesquiera que estas sean. En este supuesto existió una infracción de medidas de seguridad por parte de VLU en cuyas instalaciones trabajaba Don Candido, tanto en cuanto a la falta de protección colectiva, barandilla, bien por su no colocación, por ser deficitaria o por tener una parte móvil cuando debía ser toda ella fija, así como una ausencia de coordinación de actividades con las subcontratistas a la que legalmente viene obligada, con incidencia en el accidente sufrido por Don Candido, que determina ex art.123 la imposición del recargo a dicha empresa, no así a las dos restantes 1NE y A. Cooperativa al no demostrarse incumplimiento de medidas de seguridad con repercusión en el accidente por parte de estas demandadas.

El precepto invocado no establece pautas para fijar el porcentaje concreto del recargo, significando únicamente que comprende un mínimo del 30% y un máximo del 50%, pero establece un criterio general para su determinación que es la gravedad de la falta cometida.

Conforme a este criterio, como decíamos en sentencia de 17 de mayo de 2016, rec.786/2016, 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..., y en general la conducta seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas preventivas.

En el supuesto concreto, se calificó inicialmente la falta como grave y se impuso en su grado mínimo, si bien como hemos visto se ha estimado el recurso de alzada que ha dejado sin efecto la sanción insistimos en que no nos consta la firmeza, pero en todo caso valoramos este aspecto inicial de calificación de la sanción y también las circunstancias concurrentes, todo lo cual nos lleva a fijar el porcentaje del 30% a cargo de VLU y no el 50% que se solicita en el recurso.

En consecuencia se estima parcialmente el recurso de suplicación, revocando también parcialmente la sentencia fijando el recargo por falta de medidas de seguridad en el porcentaje expuesto y a cargo de VLU.

Quinto.

La parcial estimación del recurso de suplicación determina la inexistencia de la condena en costas (art.235 LRJS).

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Doña Encarna en su propio nombre y en el de su hijo Don Geronimo contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de San Sebastián dictada el 1-12-15, en los autos n.º 257/15, seguidos por los citados recurrentes contra ALDUNTZAR S.COOP., INSS, TGSS, VICTORIO LUZURIAGA- USURBIL S.A y 1NE SERVICIOS INDUSTRIALES S.L.

Se revoca en parte la sentencia imponiendo a la empresa Victorio Luzuriaga Usurbil SA el recargo del 30% en todas las prestaciones de Seguridad Social (viudedad y orfandad) derivadas del accidente laboral sufrido el 30 de enero de 2014 por Don Candido, absolviendo a 1NE Servicios Industriales SL y a Aldunzar Sociedad Cooperativa. Sin 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/

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DELUIS en el rec. 1020/16, en base a lo dispuesto en el art. 260 LOPJ, el que se basa en los siguientes Fundamentos de Derecho, que paso a exponer:

Primero.

La parte demandante propone en el recurso varias adiciones para el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, en relación a la contrata de Alduntzar S.Coop. para Victorio Luzuriaga Usurbil S.A.; las pensiones de viudedad y orfandad reconocidas a los demandantes; y el informe de Osalan.

Las pruebas documentales que se invocan demuestran la veracidad de las propuestas, por lo que las mismas pueden considerarse incorporadas al relato de hechos a pesar de que carecen de la relevancia que les atribuye la recurrente, conforme a lo que más adelante se expondrá.

También procede modificar el ordinal tercero del relato fáctico porque la codemandada Victorio Luzuriaga S.A. acredita documentalmente la resolución del Gobierno Vasco (Departamento de Empleo y Políticas Sociales)

por la que, estimando el recurso de alzada, revocó la imposición que se le había impuesto por el Real Decreto Legislativo 5/2000.

Segundo.

El art. 4.4 del Real Decreto 1273/2003 dispone que no será de aplicación a los trabajadores autónomos, que era el caso del trabajador fallecido de la empresa Alduntzar S.Coop, el recargo de las prestaciones económicas en el caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional 4.º 1. de la misma Ley permite a las sociedades cooperativas optar por la inclusión de los socios trabajadores en el régimen general o en el régimen especial como trabajadores autónomos. Una vez ejercitada la opción, los trabajadores quedan sometidos a la normativa del régimen en que han sido encuadrados.

Esta razón ya es suficiente, conforme apreció la sentencia de instancia, para rechazar la demanda.

Tercero.

No existe inconveniente en añadir que no ha quedado acreditada la causa del accidente.

Osalan indicó en su informe que en el centro de Victorio Luzuriaga S.A. trabajaban operarios de varias contratas y que no existía la conveniente coordinación en materia de normas de seguridad. Pero de ello no se puede deducir que esa fuera la causa del accidente.

La descoordinación pudiera ser causa para imponer una sanción administrativa, pero ya se ha constatado que la que fue impuesta se revocó posteriormente.

En relación al accidente sólo se ha acreditado que la parte móvil de la barandilla que protegía el foso donde cayó el trabajador se encontraba caída y con uno de los bulones torcido. A partir de este simple dato, sólo pueden plantearse hipótesis. Tan posible es que la barandilla había sido indebidamente retirada o que se encontraba en mal estado y no aguantó el contacto con el trabajador como que éste la retirara en clara conducta imprudente o que tropezara por alguna causa y la barandilla no aguantara el impacto.

Lo que tenemos es un trabajador fallecido, caído en un foso; y una barandilla móvil que se hallaba igualmente caída. Con estos datos es absolutamente imposible conocer la causa del fallecimiento y, por tanto, resulta inviable contar con un mínimo de fundamento fáctico para poder apreciar cualquier posible falta de medida de seguridad.

La tesis de la sentencia de la que discrepo equivale a imputar responsabilidad a la empresa sin tener un mínimo de certeza sobre el desarrollo de los acontecimientos que precedieron al fallecimiento del trabajador. Ello implica apartarse del principio de responsabilidad culpabilista y aplicar, en su lugar, el criterio de la responsabilidad objetiva, que no rige en la materia jurídica enjuiciada.

Por consiguiente, no existe fundamento fáctico acreditado para apreciar una situación encuadrable en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

Por todo ello, la sentencia recurrida debió ser confirmada frente al recurso presentado por Encarna en su propio nombre y en el de su hijo Don Geronimo.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Iltra. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS, 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.

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 4699-0000-66-1020-16.

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 4699-0000-66-1020-16.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.