

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 1461/2006,  
de 23 octubre**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 16 de septiembre de 2005, se presentó en el Juzgado de lo Social n.º 3 de Valladolid demanda formulada por "ZARZUELA, S.A.", EMPRESA CONSTRUCTORA en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva

**Segundo.-** En referida sentencia y como hechos probados constan los siguientes:

"Primero.- Adolfo fue trabajador de la empresa demandante "Zarzuela S.A." empresa constructora con una antigüedad de 1-7-1980 con la categoría de Oficial de 1.<sup>a</sup>

Segundo.- El trabajador D. Adolfo, cuando prestaba sus servicios para la empresa demandante sufrió un accidente de trabajo el 27-6-2002 falleciendo como consecuencia el mismo.

Tercero.- La empresa "Zarzuela S.A." tiene concertado el riesgo de trabajo y enfermedades profesiones con la Mutua Ibermutuamur.

Cuarto.— Dña Claudia es viuda de D. Adolfo.

Quinto.- Como consecuencia del accidente sufrido se practicó acta de Infracción por falta de medidas de seguridad por la Inspección de Trabajo y S. Social de Valladolid acta n.º 596/02, que obra en autos y se tiene por reproducido doc 256 a 258, que impone a la empresa recurrente una sanción; de 50.000 euros y la infracción de una falta muy grave.

Seis.- El accidente ocurrió en el punto del Convento de San Joaquín y Santa Ana de Valladolid, donde se estaba realizando por la empresa hoy demandante una obra consistente en la instalación de un colector de saneamiento desde el convento hasta el nuevo colector situado en el patio de la finca colindante de "Iberdrola". El día del accidente (27-6-2002) se había acordado por el encargado de la obra realizar el vaciado de la zanja del tramo que se estaba trabajando, el tramo tenía unos 4,5 metros de longitud y 1,7 metros de anchura y una profundidad de 4 metros. Finalizado el vaciamiento de la zanja el trabajador fallecido D. Adolfo bajó a la zanja para comprobar la profundidad, limpiar el extremo de la tubería y comprobar los niveles. La zanja sólo disponía de entubación en el frente de la excavación. En las proximidades del borde de la zanja se estaban depositando las tierras extraídas de la excavación. Cuando D. Adolfo se encontraba dentro de la zanja realizando los trabajos antes señalados se produjo un derrumbamiento, otro trabajador compañero del actor D. Carlos José acudió a rescatar a su compañero produciéndose un segundo derrumbe sobre los dos trabajadores, produciéndose el fallecimiento de D. Adolfo y resultando grave D. Carlos José.

Séptimo.- La forma de realizar los trabajos por el tramo donde desgraciadamente se produjo el accidente había sido la "misma que en los otros dos tramos de la zanja realizados en el mismo lugar y también por los referidos trabajadores".

Octavo.- Iniciado expediente sobre recargo por falta de medidas de seguridad, se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS señalando un recargo del 50% de las prestaciones reconocidas, siendo responsable la empresa constructora "Zarzuela S.A."

Noveno.- Por la representación de la empresa "Zarzuela S.A." se formuló Reclamación Previa que fue desestimada por Resolución de fecha 28-7-2005.

Décimo.- Con fecha 15-9-2005 se presentó demanda ante el Juzgado Decano que fue turnada a este Juzgado.

**Tercero.-** Interpuesto Recurso de Suplicación por la empresa constructora, fue impugnado por Doña Claudia y por la Entidad Gestora. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Desestimada la demanda deducida para impugnación de resolución del INSS que impone a la actora un recargo del 50% de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo que causó la muerte de D. Adolfo, marido de la codemandada Doña Claudia, interpone la demandante empresa recurso de Suplicación en cuyo primer motivo, amparado en el apartado B) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se interesa la revisión de los hechos probados sexto y séptimo de los que se propone una redacción alternativa citando al efecto las actas notariales de manifestaciones realizadas por determinados testigos (folios 359 a 361, 377 a 379 y 381 a 383) así como las fotografías del sistema de activación de zanjas utilizado en la obra (folios 370 a 375), motivo que no puede ser acogido; conviene aclarar a la recurrente en primer lugar que las actas notariales de manifestaciones sólo hacen fe de la fecha de su otorgamiento así como de la comparecencia ante notario del declarante pero no de que lo manifestado sea necesariamente cierto, y en segundo lugar que tal testifical ante notario no puede sustituir a la testifical propiamente dicha de esos mismos testigos en el acto del juicio oral sometidos a los principios de publicidad, inmediación y contradicción así como a la valoración del Juzgador de Instancia, debiendo en fin añadirse que no puede, so pretexto de que las declaraciones de unos testigos se documenten ante notario, eludir la previsión contenida en el apartado B) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral acerca de que la revisión de los hechos probados sólo puede instarse en virtud de documentos, que no de testifical documentada y pericias que al efecto se citen; por lo que atañe a las fotografías, de las mismas no resulta sin necesidad de acudir a deducciones o conjeturas las afirmaciones que hace la recurrente respecto de la forma de ocurrir el accidente, por lo que en definitiva no puede ser acogido este primer motivo.

**Segundo.-** En el segundo motivo, amparado en el apartado C) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 123.1.ª de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el punto 9.B).1.º de la parte C) del Anexo IV del Real Decreto 1627/97 de 24 de octubre así como el apartado 2.3.B) del Plan de Seguridad de la Obra, así como la jurisprudencia y doctrina judicial que se cita; alega en

esencia la recurrente que no consta que cuando ocurrió el suceso se hubiera ordenado al trabajador descender a la zanja aún no entibada, ni puede afirmarse que ese fuera el método habitual de trabajo de la empresa, encontrándonos por tanto ante una actuación concreta y puntual de un trabajador y estando fuera de la posibilidad de la empresa el control es este tipo de actuaciones, alegaciones que no pueden ser acogidas porque aun cuando no conste orden expresa tampoco consta prohibición expresa del encargado o responsable de la obra de bajar a la zanja en tanto no hubiera concluido su entibación y porque además en la instalación de un colector de saneamiento no es inusual que los trabajadores bajen para comprobar la profundidad de la zanja que debe estar debidamente entibada para evitar un derrumbamiento como ocurrió en el presente caso lo que sí puede y debe controlar perfectamente la empresa. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta materia ha de traerse a colación, citando al respecto la sentencia de 8-10-01, C.U.D. 4403/00, en el que el Tribunal ha establecido lo siguiente: "La vulneración de normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de prevención de Riesgos Laborales 31/95 de 8 de noviembre, norma que estaba ya en vigor cuando acaeció el accidente que hoy se enjuicia. Esta ley, en su artículo 14.2 establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo..." En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquellas consecuencias, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

Por su parte en la sentencia de 21-2-02, C.U.D. 2239/01, siguiendo la doctrina establecida en la sentencia de 6-5-98, C.U.D. 2318/97 el Tribunal Supremo refiriéndose al recargo por falta de medidas de seguridad ha razonado que "se trata de una responsabilidad empresarial cuasi objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene".

El artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, de larga tradición en nuestro ordenamiento, establece que "todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentaran, según la gravedad de la falta de un 30 a un 50%, 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 los elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo,

habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.” Del examen del precepto regulador del recargo de prestaciones y de la jurisprudencia anteriormente transcrita resulta que para que opere el recargo de prestaciones han de concurrir tres elementos: Que se produzca un accidente de trabajo, vulneración de normas reguladoras de las medidas de prevención que han de adoptarse y, por último que exista una relación de causalidad entre las medidas omitidas y el accidente acaecido, rompiéndose la relación de causalidad cuando el accidente se deba en exclusiva a la imprudencia temeraria del trabajador.

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala ocurrió un accidente de trabajo, el 27 de junio de 2002. Los hechos son los siguientes: "La obra donde ocurrió el accidente, consistía en la instalación de un colector de saneamiento desde el Convento de San Joaquín y Santa Ana de Valladolid hasta el nuevo colector situado en el patio de la finca colindante de "Iberdrola". Cuando se había terminado el vaciado de la zanja del tramo en que estaban trabajando, que tenía unas dimensiones aproximadas de 4,5 metros. De longitud, 1,7 metros de anchura y una profundidad de 4 metros, con paredes verticales, un trabajador de la empresa "Zarzueta, S.A.", Don Adolfo, bajó a la zanja para comprobar que la profundidad alcanzada era la necesaria y limpiar el extremo de la tubería. La zanja solamente disponía de entibación en el frente de la excavación. En las proximidades del borde de la zanja se estaban depositando las tierras extraídas de la excavación. Al poco de bajar el citado trabajador se produjo un derrumbamiento de la pared izquierda de la zanja, por lo que, al darse cuenta Don Carlos José, acudió para rescatar a su compañero bajando a la zanja, produciéndose un segundo derrumbamiento sobre los dos trabajadores, falleciendo el primero y resultando herido grave el segundo. En la zanja que se estaba abriendo no existía sistema de seguridad alguno que impidiera el derrumbamiento de sus paredes.” El dato relevante es que la zanja, cuyas dimensiones y características han quedado anteriormente consignadas, solamente disponía de entibación en un frente de la excavación y en las proximidades del borde de la zanja se estaban depositando las tierras extraídas de la excavación, lo que constituye una infracción de lo dispuesto en el punto a b) 1.º de la parte C del Anexo IV del R.D. 1627/97 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. El citado precepto dispone que cuando existan movimientos de tierras, excavaciones, pozos, trabajos subterráneos y túneles, en las excavaciones, pozos, trabajos subterráneos o túneles deberán tomarse las precauciones adecuadas para prevenir los riesgos de sepultamiento por desprendimiento de tierras, caídas de personas, tierras, materiales u objetos, mediante sistemas de entibación, blindaje, apeo, taludes u otras medidas adecuadas.

Tales medidas de seguridad no se adoptaron por la empresa, que encargó a dos trabajadores la realización de una tarea muy peligrosa, sin supervisar la misma y sin que consta que se dieran instrucciones concretas en cuanto a la forma de realizarla.

La omisión de tales medidas de seguridad guarda directa relación con el accidente producido, ya que si se hubieran adoptado las medidas oportunas para prevenir el riesgo de sepultamiento por caída de tierras, mediante un adecuado sistema de entibación, blindaje, etc. el derrumbamiento de la pared de la zanja no se hubiera producido y, en consecuencia el fatal accidente de trabajo no habría acaecido.

No impide tal conclusión la conducta del trabajador D. Carlos José que, al darse cuenta de que su compañero D. Adolfo estaba sepultado por el desprendimiento de la pared de

la zanja, acudió a auxiliarle, produciéndose un segundo derrumbamiento sobre los dos trabajadores. Tal conducta no sólo no constituye una imprudencia temeraria, como alega la ahora recurrente, sino que revela un comportamiento valiente y solidario del trabajador que acude a auxiliar a su compañero, que se encontraba sepultado por el derrumbamiento de tierra, a consecuencia del cual falleció.

Por todo lo razonado, concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social para que opere el recargo por falta de medidas de seguridad, procede la imposición del citado recurso y, en consecuencia la desestimación del recurso formulado; en definitiva concurren los requisitos exigidos por el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social para que opere el recargo por falta de medidas de seguridad por lo que este segundo motivo debe ser desestimado.

**Tercero.-** En el tercer y último motivo, con el mismo amparo procesal que el anterior se denuncia infracción del artículo 123.1.º de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el importe del recargo así como la jurisprudencia y doctrina judicial contenida en el cuerpo del motivo, este tercer motivo se formula con carácter subsidiario y tiene por objeto exclusivamente la reducción del recargo al 30% atendiendo según dice la recurrente a la gravedad de las infracciones y a la conducta del propio trabajador, motivo que tampoco puede ser acogido porque la omisión de elementales medidas de seguridad ha sido ciertamente grave, calificada como infracción muy grave por la Inspección de Trabajo, y porque ninguna negligencia cabe atribuir tanto al trabajador fallecido como al que acudió en su auxilio y resultó lesionado que estaban realizando las facciones propias de su profesión trabajando en una zanja para instalar un colector sin que concurriera por su parte negligencia alguna que pudiera considerarse como coadyuvante a la producción del luctuoso resultado; debe pues en definitiva desestimarse el recurso y confirmarse la Sentencia impugnada.

Por lo expuesto y EN NOMBRE DEL REY

**FALLAMOS:**

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por "ZARZUELA, S.A., EMPRESA CONSTRUCTORA" contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de fecha 20 de marzo de 2006 (Autos n.º 1227 /05) dictada en virtud de demanda promovida por "ZARZUELA, S.A." EMPRESA CONSTRUCTORA contra DOÑA Claudia, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e IBERMUTUAMUR sobre RECARGO PRESTACIONES y, en consecuencia, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS el fallo de instancia.

Se condena en costas al recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 300 euros.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir lo que se realizará una vez se firme esta resolución.

Se acuerda mantener los aseguramientos prestados hasta tanto el condenado cumpla la sentencia o en cumplimiento de la misma acuerde la realización de dichos aseguramientos.