



Roj: STSJ M 14049/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:14049
Id Cendoj: 28079340012014100916
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 325/2014
Nº de Resolución: 961/2014
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.44.4-2012/0016479

Procedimiento Recurso de Suplicación 325/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 325/2014

Sentencia número: 961/2014

J

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a 5 de Diciembre de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 325/2014 formalizado por la Sra. Letrada D^a. MARIA VICTORIA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ en nombre y representación de "**PLÁSTICOS COLMENAR**, SL" contra la sentencia de fecha 25/2/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de MADRID, en sus autos número 407/2012 seguidos a instancia de D. Silvio frente a "**PLÁSTICOS COLMENAR**, SL", "IBERMUTUAMUR", "INSS" y "TGSS", en reclamación por SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La parte actora, don Silvio con DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1982 y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM002 , ha prestado servicios laborales para la empresa **PLÁSTICOS COLMENAR S.L.**, con la categoría profesional de conductor. Dicha empresa tenía cubierto el riesgo de accidentes de trabajo con MUTUA IBERMUTUAMUR.

SEGUNDO.- El día 10 abril 2007 sobre las 45 horas el trabajador don Silvio se hallaba prestando servicios para la empresa demandada en el centro situado en el polígono industrial IGARSA, situado en la localidad de Paracuellos del Jarama. Tras ser requerido a fin de que ayudará a su compañero don Miguel Ángel , conductor de la carretilla elevadora tipo "toro", marca STIIL, serie R-20.20P, a cargar una bobina de **plástico** de 57 kilos de peso, don Silvio intentó subirse a la horquilla izquierda de la máquina elevadora, con el propósito de trasladarse hasta el almacén momento en el que el señor Miguel Ángel iniciaba la marcha hacia delante. En dicho momento perdió el equilibrio cayendo al suelo por delante y quedando aprisionado bajo su peso.

TERCERO.- La máquina elevadora, propiedad de la empresa cumplía la normativa ISO 9001 y era objeto de revisiones trimestrales por la empresa propietaria, siendo la última revisión anterior al accidente la realizada en fecha 30 marzo 2007. En el momento del accidente los mecanismos de la máquina elevadora funcionaban correctamente, incluyendo los de prevención. Además existía en la máquina un cartel de advertencia con la prohibición de subirse en marcha a sus uñas y horquillas.

CUARTO.- Los trabajadores de la empresa, y en concreto conductor de la máquina elevadora no habían recibido formación en prevención de riesgos laborales en materia de manipulación manual y mecánica de cargas. La empresa tenía concertada la colaboración del servicio de prevención de riesgos con la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN IBERMUTUAMUR S.L. y disponía de plan de evaluación de riesgos actualizado a fecha 10 octubre 2006 y del plan de prevención, habiéndose distribuido entre los trabajadores instrucciones escritas en materia de prevención. Dicho plan de prevención prohibía subirse a la carretilla elevadora estando esta funcionando. No obstante no preveía medidas para la eventualidad de que los trabajadores indebidamente se subiesen en marcha a la carretilla.

QUINTO.- Personada la Inspección de Trabajo en el lugar del accidente y tramitado el correspondiente expediente se levantó acta de infracción con el número 2743 de 13 junio 2007, proponiendo la imposición de una sanción a la empresa por importe de 2046 # por infracción grave de los artículos 14 y 19 de de 31/95, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales en relación con el artículo 16.b.) de la propia Ley y del artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores , sin que se aprecie relación de causalidad entre dichas infracciones empresariales y el accidente de trabajo.

SEXTO.- En la empresa demandada era habitual que los trabajadores se desplazaran en las uñas y horquillas la máquina elevadora y fueran elevados en ellas para coger al material y cargarlo en los camiones, no constando que se haya advertido o reprendido a los trabajadores por la realización de estas conductas, pese a su reiteración.

SÉPTIMO.- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha de salida 03/05/2010 se reconoció a don Silvio afecto de una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo, con efectos de fecha 13/3/2010 con derecho a una pensión del 100% sobre una base reguladora de 1.092,64 #.

OCTAVO.- Por sentencia de 16 junio 2010 Juzgado de lo Social número 25 de los de los de Madrid se declaró del carácter laboral del accidente sufrido por el demandante el 10 de abril de 2007, condenando a las demandadas INSS, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA IBERMUTUAMUR y **PLASTICOS COLMENAR S.L.** a estar y pasar por dicha declaración y asimismo declaraba responsable a Mutua IBERMUTUAMUR del pago al actor de las prestaciones a que hubiere lugar en derecho con motivo de los procesos de incapacidad temporal causados a consecuencia del accidente, condenando a su abono y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera alcanzar al INSS y TESORERÍA GENERAL DE

LA SEGURIDAD SOCIAL. Dicha sentencia fue confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26/01/2011 .

NOVENO.- La parte actora inició el expediente de recargo de prestaciones en fecha 06/07/2011. En fecha 30/01/2012 y el EVI emitió dictamen propuesta, acordando denegar el recargo por faltas de medidas de seguridad, al no haberse determinado la relación causa -efecto entre el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, dictándose resolución por la Dirección Provincial de INSS el 14/02/2012, denegando dicha pretensión. No conforme con dicha resolución la parte actora interpuso reclamación previa el 21/12/2011, que fue desestimada por resolución de 10/01/2012, confirmando la resolución inicial.

DÉCIMO.- Agotada la vía previa la empresa interpuso demanda en 28/3/2012.

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

" *Que estimando en parte la demanda formulada por don Silvio contra el INSS, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA IBERMUTUAMUR, **PLÁSTICOS COLMENAR S.L.**, y debo declarar y declaro la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente sufrido por el trabajador DON Silvio EL 10/4/2.007 y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo citado, sean incrementadas en el 30% con cargo exclusivo a la empresa responsable **PLÁSTICOS COLMENAR S.L.**, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.*

Se tiene a la parte actora desistida de su demanda frente MUTUA IBERMUTUAMUR".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 8/5/2014 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 19/11/2014 señalándose el día 3/12/2014 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de suplicación la empresa **PLÁSTICOS COLMENAR SL** contra sentencia que estimó en parte la demanda deducida por el actor declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el 10-4- 2007 y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del citado accidente sean incrementadas en el 30% con cargo exclusivo de la empresa **PLÁSTICOS COLMENAR SL**, desplegando un exclusivo motivo en el que, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS , denuncia infracción del art. 123 LGSS , sosteniendo, en síntesis de su alegato, la máquina elevadora estaba revisada funcionando correctamente sus mecanismos de prevención, existiendo un cartel en la máquina que advertía de la prohibición de subirse en marcha a sus uñas y horquillas. Ello unido a que la empresa cuenta con Plan de Evaluación y Prevención de Riesgos actualizados, distribuyéndose entre los trabajadores instrucciones escritas de prohibición de subirse a la carretilla elevadora estando en funcionamiento, hace que no concurra la necesaria relación de seguridad entre la supuesta infracción empresarial y el accidente, produciéndose éste por una conducta culposa del trabajador accidentado.

SEGUNDO .- Consta acreditado en el firme relato fáctico el demandante fue requerido, mientras se hallaba prestando servicios, a que ayudara a un compañero que conducía una carretilla elevadora a cargar una bobina de **plástico** de 57 kilos de peso. Fue en el momento de intentar subirse el actor a la horquilla izquierda de la máquina carretilla elevadora cuando el conductor de esta última, que no había recibido formación en prevención de riesgos laborales sobre manipulación manual y mecánica de cargas, inició la marcha hacia adelante, perdiendo aquél el equilibrio, cayendo al suelo por delante y quedando aprisionado bajo su peso. No consta que la empresa recurrente, pese a ser habitual sus trabajadores se desplazaran en las uñas y horquillas de las máquinas elevadoras, les advirtiera o reprendiera por ello.

TERCERO .- La sentencia de instancia argumenta su decisión de imponer el recargo a la empresa en que hay una relación de causa y efecto entre la conducta incumplidora de la misma y el accidente, pues de haber perseguido y no tolerado los incumplimientos continuos del plan de prevención por su trabajadores, se habría tomado conciencia del riesgo, evitando el accidente que ha determinado la declaración de incapacidad permanente absoluta del actor, y, ante la concurrencia de imprudencia profesional de este último, impone el recargo en su porcentaje mínimo del 30%.

CUARTO.- Para dar una correcta respuesta a la cuestión aquí planteada por el recurrente hemos de situar el recargo dentro del contexto de responsabilidades surgidas como consecuencia del accidente de trabajo, y examinar si tiene sentido su pervivencia en nuestro marco jurídico, además de los desajustes de orden procesal e indemnizatorio que produce esta figura, generadora de confusión, y que, a juicio de un afamado autor, constituye " *delicia de la gente del foro, pasmo de doctinos, angustia para los justiciables y fulminante castigo del legislador, que tampoco parece haber entendido muy bien a su criaturagenerando ríos de tinta que, como la de algunos cefalópodos, más contribuye a obscurecerlo que a iluminarlo* ".

Conforme dispone el art. 123 LGSS :

"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla javascript:" .

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción " javascript:".

Así, el accidente de trabajo tiene una primordial incidencia en la salud e integridad física de los trabajadores en cuanto que éstos arriesgan sus vidas en la realización de la prestación de sus servicios por cuenta ajena, atrayendo un elenco de ramas del Derecho y jurisdicciones afectadas, procediendo aquéllas no sólo de la Seguridad Social sino también del Derecho de Daños, del Derecho de los Seguros, del Derecho Administrativo sancionador, del Derecho Civil y Penal, así como de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, surgiendo el posible conocimiento, en las materias de su competencia, de los órdenes jurisdiccionales contencioso administrativo, social, civil y penal, arrojando un " *producto normativo heterogéneo, mestizo, fruto de la mezcla de los principios normativos caracterizadores de las ramas que torrencialmente han anegado este sector del ordenamiento cuya característica definitoria más acusada es la de su extraordinaria complejidad* " . (Mercader Ugina).

Fragmentación y disgregación de la normativa en todo caso preocupante, al quebrarse la coherencia que el ordenamiento jurídico debe otorgar, atendiendo a unos mismos principios, a un mismo ámbito de actuación constituido por el accidente de trabajo, de ahí que sea un clamor doctrinal la necesidad de crear una Ley integral sobre los accidentes de trabajo.

En este orden de cosas, en la vertiente administrativa, para la defensa del orden público laboral o el interés general de la sociedad, destacan los hechos tipificados como faltas en la Ley 8/1988, de 7 de abril, modificada por Real Decreto Legislativo 5/2000 , de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del orden Social, calificadas como leves, graves y muy graves, sujetas a los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad de las normas sancionadoras y prohibición de la analogía, responsabilidad, culpabilidad, proporcionalidad y non bis in idem, al inspirarse el Derecho Administrativo sancionador por los mismos principios que el Derecho Penal. Pero existen otros tipos de " *compulsión económica sobre el patrimonio* " , (Sagardoy) señaladamente el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, sobre el que autorizada doctrina preconiza la expulsión de nuestro ordenamiento, para lo cual se arguye su efecto desestabilizador, particularmente en el ámbito de la cuantificación de las indemnizaciones y en el procesal, de manera que sería preciso separar los aspectos propiamente disuasorios y preventivos, reservándolos a las sanciones administrativas y punitivas, intensificando si se quiere la represión a través de las multas a imponer por la autoridad administrativa laboral, previa acta deducida por la Inspección de Trabajo, y también la gravedad de las penas aparejadas a de los delitos contra la vida, salud e integridad

de los trabajadores, ex - artículos 316 y 317 del Código Penal , de los aspectos reparadores, a través de las prestaciones de Seguridad Social y la indemnización civil adicional, compensando con esta última aquella parte del daño no resarcido por dichas prestaciones . Con lo que probablemente se quiera salir al paso del impacto producido por la sentencia de 2 de octubre de 2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el recurso 2393/1999 , dictada en Sala General, con el voto particular de siete magistrados, que, rompiendo con las pautas doctrinales precedentes, - sentencias de la Sala IV de 2 de febrero y 12 de diciembre de 1998 - entiende que no ha de descontarse el importe del recargo de la cantidad impuesta en concepto de responsabilidad civil.

Normalmente el recargo correrá paralelo a la sanción administrativa, sin que por ello quede afectado el principio de non bis in idem, ya que el uno y la otra enjuician los hechos desde una diferente perspectiva de defensa social, lo que permite el dictado de dos resoluciones sobre unos mismos hechos por autoridades diferentes. En el recargo de prestaciones confluyen rasgos que incidirían en su naturaleza sancionadora y que son los siguientes:

A).El recargo no puede ser objeto de seguro siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto que se realice para cubrir por esta vía la responsabilidad. (Art 123 TRLGSS). .

B). El recargo se gradúa en función de la gravedad de la infracción.

C). El recargo, en algunos casos, unido a otros instrumentos de reparación, (prestaciones de seguridad social y responsabilidad civil por daños y perjuicios) podría exceder del daño producido, con lo que pasaría a tener una función de indemnización aflictiva o punitiva.

Otros rasgos acentúan su naturaleza resarcitoria: El destino de las cantidades abonadas por el empresario no se transfiere al erario o hacienda pública sino que pasan directamente al patrimonio del trabajador accidentado, o el de sus familiares si éste ha fallecido, en cuanto que aquí la relación es inter privados, empresario y trabajador, mientras que en la sanción la relación es Administración empresario. El recargo se elimina cuando el trabajador fallece y no hay beneficiarios de prestaciones de supervivencia, efecto inconcebible en una sanción punitiva. No puede imponerse si no existe un daño en la salud del trabajador, pese a que la norma genérica o particular a la prevención de riesgos se haya incumplido. Bien diferente es el caso del ilícito administrativo a sancionar por la autoridad laboral, puesto que aquí basta con la puesta en peligro del bien jurídico protegido, aunque el daño para la integridad o salud del obrero no se haya producido.

Requiere el recargo en su aplicación práctica que se demuestre consistentemente que se ha producido una infracción de normas de tal carácter, tipificada como grave, con relación a las circunstancias de las máquinas, artefactos, instalaciones, centros o lugares de trabajo, ya se deduzcan de la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, salubridad o adecuación personal a cada trabajo, así como que entre tal infracción y el resultado dañoso para la integridad física del trabajador, exista adecuada relación de causalidad, no interferida por causa de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, que puede afectar ya 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, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y que, con carácter general, como positivación del derecho «alterum non laedere» es elevado a rango constitucional por el art. 15 de la CE y que, en términos de gran amplitud tanto para el ámbito de las relaciones contractuales, como extracontractuales, consagra el Código Civil en sus artículos 1104 y 1902 siendo el criterio de la razonabilidad, según máximas de la diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, el más acorde por otra parte con los recogidos por el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981 ratificado por España el 26 de julio de 1985.

El artículo 123 de la LGSS previene que si el siniestro laboral se produce a consecuencia de la infracción de normas de seguridad e higiene y salud laborales procede la imposición de un recargo sobre las prestaciones económicas, siendo los requisitos del supuesto normativo los siguientes:

A) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que de lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social.

B) La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídico públicas.

C) La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro.

D) La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en el art. 24 establece normas concretas para coordinar las actividades empresariales y así, en su apartado primero, dispone que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 art. 18 de esta Ley.

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

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

Finalmente, conforme al actual art. 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en relación a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales vigente a la fecha del accidente, la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

Tradicionalmente se ha dicho que el artículo 123 de la LGSS, tras el salto conceptual operado por el artículo 27 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22-6-56, pasando de ser una institución resarcitoria vinculada al actuar culpable empresarial a otra de carácter esencialmente punitivo, no exige la representación subjetiva del resultado por la empresa infractora, es decir, en rigor no impone la culpabilidad, que es sin embargo un presupuesto necesario para el surgimiento de la responsabilidad civil, estando más bien ante un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, lo cual es distinto (Mercader Ugina) de la preexistencia de la culpabilidad del agente, bastando con acreditar el incumplimiento de la medida de seguridad por el patrono integrándose el supuesto de hecho en la norma infringida con daño efectivo en la persona del trabajador. Con todo, es preciso reconocer que en la doctrina judicial encontramos interpretaciones distintas en este punto, abriéndose fisuras, destacando las sentencias de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 11 de junio y 15 de junio de 2001, en las que se afirma que el recargo en cuestión " *no es de tipo objetivo, no es una responsabilidad objetiva que sea menester imputar a la empresa en todo caso de accidente, incluso de omisión de medidas de seguridad, no se organiza así en el art. 123 de la LSS, sino que es responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad* " (en esta misma dirección TSJ Cataluña: 12-11-91); Asturias: 14-11-91 ; Madrid: 4-1-91 ; Sevilla: 9-10-91 ; Burgos: 17-10-91). En resumen, aunque exista infracción, no habría recargo si la misma no es la causa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse.

Por otra parte, como señala la STS 2-10-2000, en el recurso 2393/99, el recargo es una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas, cuyas señas de identidad son las siguientes:

a) El recargo ostenta un carácter sancionador y, por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que, partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras

de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social (entre otras, SSTs/IV 20-III-1997 -recurso 2730/1996).

b) Se afirma que el recargo «es una pena o sanción que se añade a una propia prestación , previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (entre otras, SSTs/IV 8-III-1993 -recurso 953/1992 , 7- II-1994 -recurso 966/1993 , 8-II-1994 -recurso 3760/1992 , 9-II-1994 , 12-II-1994 -recurso 293/1993 , 20-V-1994).

c) Se trata de 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 (STS/IV 6-V-1998 recurso 2318/1997).

d) En orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado (entre otras, SSTs/IV 8-III-1993 -recurso 953/1992 , 16-XI-1993 -recurso 2339/1992, 31 -I- 1994 -recurso 4028/1992 , 7-II-1994 -recurso 966/1993 , 8-II-1994 -recurso 3760/1992 , 9-II-1994 -recurso 821/1993 , 12-II-1994 -recurso 293/1993 , 23-III-1994 -recurso 2686/1993 , 20-V-1994 -recurso 3187/1993 , 22-IX-1994 -recurso 801/1994 .

e) En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por Juez de instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la «gravedad de la falta» (STS/IV 19-I-1996 -recurso 536/1995 . No se hace, por tanto, referencia en la doctrina jurisprudencial a la proporcionalidad de la cuantía del recargo con la gravedad del daño causado al trabajador accidentado o con su situación de necesidad derivada de las consecuencias de la contingencia profesional sufrida, sino con la gravedad de la infracción cometida por el empresario.

f) En orden a la problemática específica del alcance de la responsabilidad empresarial sobre el recargo en caso de contratas y subcontratas, se constituye como elemento decisivo para determinar la responsabilidad de los empresarios concurrentes la idea del «empresario infractor», al que atribuye la responsabilidad el art. 123.2 LGSS (SSTs/IV 18-IV-1992 -recurso 1178/1991 y 16-XII-1997 -recurso 136/1997).

También en la STS 2-10-2000 , antes reseñada, se hace hincapié en las singulares características de recargo, indicando que:

a) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al «empresario infractor», el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo.

b) Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

c) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

d) La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio «non bis in idem», pues conforme a la jurisprudencia constitucional «la regla "non bis in idem" no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o

laboral)» y que por su misma naturaleza «sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior » (STC 158/1985 de 26-XI), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, STS/III 30-V-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

e) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento (art. 1.1.e Real Decreto 1300/1995 de 21-VII) pues, en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos jurisdiccionales.

f) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo sobre las prestaciones , así como en el posterior procedimiento impugnatorio, que los daños causados ya estaban plenamente compensados con aquella indemnización lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo . Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo «independiente... con las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción» como preceptúa el citado art. 123 LGSS .

g) En suma, nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurren declaradas infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece.

En la vertiente civil, por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, incardinándose como responsabilidad contractual derivada de la obligación dimanante de la relación laboral de dar una protección eficaz en materia de seguridad e higiene (arts. 4.2, d) y 19 ET , y art. 14 de la Ley 31/95). Con todo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, salvo pronunciamientos aislados, vino calificando hasta fecha relativamente reciente (hasta su sentencia de 15-1- 2008, reunida en Pleno) como extracontractual la responsabilidad de los empresarios por los daños ocasionados a sus trabajadores como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Tanto el orden social de la jurisdicción como el civil, hasta la entrada en vigor de la LRJS que dejó zanjada la cuestión a favor de la jurisdicción social en su art. 2 b), se estimaron competentes para resolver esta clase de pretensiones con el inconveniente de que han sido distintas las respuestas de uno y otro orden de cara a la resolución de los distintos problemas que plantea el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, acaso por una distinta visión que cada uno tiene de la Seguridad Social, con el inconveniente añadido de que su doctrina ha experimentado distintos vaivenes y cambios, especialmente por la Sala 1ª. En el fondo lo que la latía era la distinta calificación como responsabilidad contractual o extracontractual de la cuestión, habiendo sido mayoritaria la segunda tendencia en la órbita jurisdiccional civil , con un primer argumento de que la Ley de Procedimiento Laboral atribuía a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, el conocimiento de los litigios que se promuevan dentro de la rama social del derecho, y de la lectura de los distintos apartados comprendidos en el texto legal se desprendería que la materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no concurría en el supuesto de la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual, excedería de la específica órbita del contrato de trabajo, y permitiría entender que su conocimiento correspondía al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1

de Julio, del Poder Judicial Otros pronunciamientos de la Sala de lo Civil del TS, cambiando su posición original, vinieron a sostener diametralmente lo contrario, afirmando que *"la base de la pretensión de la parte recurrida está constituida por una relación derivada exclusivamente de un contrato laboral, sin extenderse a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, y por lo tanto sujeto a la legislación del orden jurisdiccional social, que es la que debe determinar los efectos y consecuencias judiciales del mismo, con inclusión de las procedentes reclamaciones por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual"*. El auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, de 21-12-2000, proclamó en estos casos la competencia del orden jurisdiccional social, pues al margen de que la pretensión se haya articulado como responsabilidad contractual o extracontractual está en relación con un supuesto ilícito laboral. Desgraciadamente su posicionamiento a favor de competencia del orden social de la jurisdicción pasó una y otra vez desapercibida, entre otras razones porque su seguimiento no era obligatorio para las otras Salas del Tribunal Supremo, dada su naturaleza y composición, resolviendo únicamente con carácter vinculante los supuestos concretos objetos de decisión, de ahí que, en afortunada expresión, su doctrina fue calificada de *"melancólica"* pues todo esfuerzo inútil conduce ciertamente a la melancolía, *"una estación de paso, una estación fantasma, dentro del triste y acostumbrado peregrinar jurisdiccional"*. (Mercader Ugina). Por su parte, la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Social del TS fue más estable cuando abordó la problemática de la competencia.

Cuando, con independencia de las obligaciones impuestas por la legislación social a las empresas y Mutuas como consecuencia de accidente laboral y, directamente a la empresa en caso de infracción de medidas de seguridad, se pide indemnización de daños y perjuicios es preciso probar la culpa del o de los empresarios que les constituya en deudores de una reparación mayor que la impuesta referida.

Tradicionalmente se han señalado tres requisitos para que prospere la acción por responsabilidad contractual, a saber:

1. Producción de un daño.
2. Negligencia, dolo o morosidad en la conducta de quien lo causó por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la normativa de riesgos laborales.
3. Relación de causalidad entre la conducta del agente y del daño causado que ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad del causante.

Mientras que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social, a consecuencia de los accidentes de trabajo, responde a un modelo de responsabilidad objetiva, tarifada, tasada, imperfecta, de mínimos, independientemente de que el responsable o demandado haya incurrido o no en negligencia o culpa, entroncando con la teoría del riesgo, bastando con la constatación del daño, la responsabilidad civil se asienta en la culpa como factor determinante, por más que se haya ido *"devaluando"* a través de distintos mecanismos que le conferían rasgos cuasi-objetivos, tales como la inversión de la carga de la prueba, extensión de la teoría del riesgo o dando cabida a la culpa in vigilando, correspondiendo a la víctima o trabajador demostrar la culpa del agente, no teniendo justificación, como propugna autorizada doctrina, acumular dos responsabilidades objetivas fuera de aquellos casos en los que el legislador lo autorizara. Con todo, existen aspectos en la reparación íntegra de los daños que no quedan compensados por las prestaciones de seguridad social pues éstas resarcan, y no totalmente, la pérdida de salarios, pero no tienen en cuenta, por ejemplo, el daño, moral o sentimental, el dolor físico, el daño estético, los trastornos psicológicos, el alejamiento de los familiares, los días de internamiento en un hospital, de ahí que el modelo de seguridad social se haya ido perfeccionando y complementando con las mejoras voluntarias de la misma naturaleza suscribiendo las empresas pólizas de seguros colectivos de accidentes, con la percepción por las víctimas de la indemnización de recargos por falta de adopción de medidas de seguridad, que pese a su carácter sancionador tiene el contrasentido, como ya veíamos, de no ingresarse en el erario público sino en el patrimonio de la víctima, y autorizando el ejercicio de la acción de responsabilidad civil para alcanzar un resarcimiento real y total de los daños producidos, pues en nuestro ordenamiento no impera el principio de indemnidad propio de otros países (Reino Unido y Francia) en el sentido de cerrar con el percibo de las prestaciones de seguridad social la vía yuxtapuesta de la responsabilidad civil por culpa, sino que aquéllas conviven con ésta.

Ni que decir tiene que el sistema de responsabilidad objetiva de las prestaciones de Seguridad Social, no precisando demostrar la culpa empresarial para su percepción, superándose las exigencias del Derecho Civil, justificándola en la teoría del riesgo -quien pone en funcionamiento la organización del trabajo y se aprovecha de sus beneficios debe responder de los accidentes acaecidos como un coste más de la producción- tenía ventajas recíprocas para trabajadores y empresarios pues aquellos obtenían de forma rápida y relativamente

segura -sobre todo a partir de la constitución de un fondo de garantía de accidentes con la Ley de 10-1-1922- un mínimo de protección frente al accidente, mientras que estos últimos, en contrapartida, limitaban el importe de las indemnizaciones no respondiendo de la integridad del daño producido, imponiéndose a los patronos - a partir de la Ley de 4 de julio de 1932 - la obligación de asegurar los accidentes de trabajo para los casos de muerte e invalidez permanente, y con carácter voluntario a la incapacidad temporal, siendo el Decreto de 22 de junio de 1956 el que extiende definitivamente la obligación del seguro para todos los riesgos incluyendo la incapacidad temporal. Pero, aun así, y por lo dicho, tal sistema configurando a la Seguridad Social como un seguro obligatorio de responsabilidad civil de los patronos, limitando el importe de la indemnización a una concreta y tasada cobertura, no justifica ni explica el por qué los trabajadores accidentados en el ámbito de organización y dirección de los empresarios no deban percibir la compensación de los daños no reparados por la Seguridad Social (daños morales, dolor físico, trastornos psicológicos...). De ahí que legalmente sea posible, a partir de la Ley de Seguridad Social de 1966, el ejercicio de la acción de responsabilidad civil si se demuestra esos otros daños y el plus de culpabilidad de las empresas que las hagan deudoras de una responsabilidad mayor.

En la vertiente punitiva, el Código Penal configura en los artículos 316 y 317 el delito de riesgo o delito contra la seguridad y salud laboral, que tiene dos modalidades en función del grado de culpabilidad del sujeto, dolosa, cuando intencionadamente y de forma consciente no faciliten los medios de protección adecuados, poniendo en peligro la vida, salud e integridad física de los trabajadores, aun conociendo la correspondiente obligación legal, y culposa por imprudencia grave del sujeto obligado, siendo elementos que configuran el delito los siguientes: infracción de una norma de prevención, omisión de prevenciones, generación de una situación de peligro, relación de causalidad entre la infracción u omisión preventiva cometida y la creación de una situación de riesgo.

El Derecho Penal sólo está llamado a intervenir cuando los hechos revistan una extraordinaria gravedad y, especialmente, cuando las circunstancias concurrentes limiten o impidan la intervención del Derecho del Trabajo.

Sujetos responsables pueden ser tanto los empresarios como los trabajadores, e incluso aquellas terceras personas que por intervenir o colaborar en el proceso productivo tengan obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, especificando el artículo 138 del Código Penal que cuando el delito contra la seguridad y salud laboral se atribuyera a personas jurídicas, se sancionará a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo no hubieran adoptado medidas para ello. Se trata de un ilícito especial en cuanto sólo pueden ser sujetos activos del mismo los que estén "legalmente obligados" a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con arreglo a las medidas de seguridad e higiene adecuadas, obligación que el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye al empresario, previniendo en el 42 el régimen de responsabilidades, incluso penales, exigibles por ello. Esta Ley atribuye no obstante obligaciones en materia de seguridad a ciertos grupos de personas, como, los delegados de prevención (art. 36.d, e y f) comités de seguridad y salud (art. 39 .b) e incluso a los propios trabajadores (art. 29). La incompatibilidad entre responsabilidad penal y administrativa, por aplicación del principio non bis in idem, exige coincidencia de sujetos hechos y fundamentos, debiendo tratarse de un mismo infractor, por lo que no se dará cuando el sujeto administrativo en vía administrativa sea una persona jurídica y el responsable penal un subordinado suyo.

Dentro de la vertiente disciplinaria, la desobediencia de los trabajadores a cumplir las obligaciones en materia de prevención y salud laboral faculta a los empresarios a ejercer la potestad disciplinaria, tal como dispone el art. 29.3 de la Ley 31/1995 considerándose incumplimiento laboral a los efectos del art. 58.1 del ET . Para ello se requiere que tales comportamientos puedan ser calificados de incumplimientos, con cierta entidad e imputables al trabajador.

A destacar, en este juego de responsabilidades por la producción del accidente de trabajo, los siguientes preceptos:

El artículo 43.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000 , según el cual las sanciones (administrativas) que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

El artículo 42.1 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , según el cual el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará

lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

El artículo 123.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social , a cuyo tenor la responsabilidad en el recargo de prestaciones por falta de adopción de medidas de seguridad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

QUINTO. - Conforme señala el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) :

"1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2. 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. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley.

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

4. Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona.

5. El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores ".

Y conforme señala el art. 15 LPRL :

"1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:

- a) Evitar los riesgos.*
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.*
- c) Combatir los riesgos en su origen.*

d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

- e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.*

f) *Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.*

g) *Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.*

h) *Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.*

i) *Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.*

2. *El empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas.*

3. *El empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico.*

4. *La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras.*

5. *Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal".*

SEXTO .- Como apuntan las SSTs de 18 Abr. 2012, rec. 1651/2011 y 1 Feb. 2012, rec. 1655/2011, la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por el empresario demostrando que actuó con la debida diligencia, mas allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en el art. 1105 del Código Civil, en doctrina que ha hecho suya el legislador al incluirla en el art. 96.2 de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Laboral - Ley 36/2011, de 10 de octubre, al establecer que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad

Tanto en el Código del Trabajo de 1926 como en la Ley de Contrato de Trabajo del 31, la «deuda de seguridad» del empresario aparece claramente reconocida (Fernández Marcos). El art. 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971 en el Trabajo, por su parte, estableció como obligación del empresario 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». Y el art. 19.1 del ET de 1980, desde su entrada en vigor, reza que «el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene». Ambos preceptos, por consiguiente, incorporaban ya enunciados de la obligación general de seguridad del empresario. Con todo, como ha señalado unánimemente la doctrina, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, constituye un cambio sustancial de cosas, por cuanto en el contexto protector que la Ley define, que es transposición del previsto en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, del Consejo, de Medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y que engarza constitucionalmente con el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y con la encomienda a los poderes públicos de «velar por la seguridad e higiene en el trabajo» (art. 40), la obligación general de seguridad adquiere plenitud normativa.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de marzo del 2007 habla de la LPRL como «concreción legal [...] en el ámbito de la prestación de trabajo (de) la protección constitucional que impone esta tutela del trabajadores, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE », para, renglón seguido, aludir a los términos del art. 14 LPRL. Y en la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre del mismo año. Esta «dimensión constitucional» del deber de seguridad y salud no es sino una manifestación de ese carácter de pieza clave en el sistema de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo diseñado por el legislador al que aludíamos.

La principal previsión que contiene el art. 14 de la LPRL es el reconocimiento de la obligación general de seguridad del empresario, reconocimiento que se lleva a cabo estableciendo un deber empresarial correlativo al derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo que reconoce a los trabajadores. «Los trabajadores -reza el precepto- tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo». El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

El alcance de la obligación empresarial se determina después en el propio precepto, a través de un doble expediente: 1.º En primer lugar, precisando los principales contenidos de la obligación empresarial, que son contenidos de naturaleza preventiva, y el grado de diligencia que va a ser exigible al empresario. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud del trabajador a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud. El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo (art. 14.2 LPRL). Por consiguiente, para la Ley todas estas obligaciones empresariales constituyen manifestación del deber de protección, que se desgana en una serie de obligaciones específicas: obligación de evitar los riesgos (art. 15.1 LPRL), obligación de evaluar los riesgos que no se puedan evitar y de planificar la acción preventiva en la empresa (arts. 14.2 y 16 LPRL), obligación de proporcionar al trabajador los equipos de trabajo y los medios de protección individual adecuados (arts. 15 y 17 LPRL), obligación de dar información, consultar y dar participación a los trabajadores (art. 14 , 15 , 18 y Capítulo V LPRL), obligación de proporcionar formación a los trabajadores individuales en materia preventiva (arts. 14 y 19 LPRL), obligación de elaborar un plan de emergencia (arts. 14 y 20 LPRL), obligación de adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores (arts. 14 y 22 LPRL), obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores (art. 22 LPRL) y obligación de constituir un sistema de prevención dotado de los recursos preventivos necesarios (arts. 14 y Cap. IV LPRL . El incumplimiento de estas obligaciones específicas implica el incumplimiento de la obligación general de seguridad, pero su cumplimiento no enerva el contenido de ésta, pues como expresamente se dice en la propia Exposición de Motivos de la LPRL la obligación seguridad del empresario «desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple coerción a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas».

Como el legislador se encargó de subrayar con la reforma que de la LPRL llevó a cabo la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, la obligación general de seguridad tiene un contenido básicamente preventivo. Esta dimensión preventiva, patente en la Directiva Marco, había sido plenamente asumida por el legislador de 1995, pero el del 2003, consciente de la deficiente aplicación del modelo legal, ha querido reforzarla. La forma de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo» es la adopción de un sistema preventivo integrado y el eficaz funcionamiento del mismo. «En cumplimiento del deber de protección [...], el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes [...] El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo». Por tanto, la primera y principal manifestación del cumplimiento de la obligación de seguridad exigible al empresario va a ser la elaboración de un completo plan de prevención, que suprima cuantos riesgos puedan evitarse, identifique, controle y proteja de los demás y haga del conjunto de medidas e instrumentos exigidos por la Ley y de los que la evolución técnica o las necesidades singulares de la empresa hayan podido aconsejar, un conjunto coherente y eficaz; un programa preventivo que debe integrarse en la organización de la empresa y actualizarse permanentemente para «garantizar la seguridad y salud en el trabajo», que es, al cabo, lo que se pretende conseguir. Esta planificación preventiva permite concretar en cada caso el alcance de la obligación de seguridad empresarial, en función de las prestaciones de trabajo contractualmente exigibles, de sus circunstancias técnicas y de las condiciones ambientales del lugar en el que se realiza la actividad (STSJ Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, 2-II-2007, Rec. 2096/2006). La prevención y la integración de la misma en el proceso productivo son, en definitiva, los

instrumentos mediante los cuales el legislador pretende que la tutela prestada por el Ordenamiento sea una tutela real y eficaz, que no se limite al mero cumplimiento de obligaciones formales que, así interpretadas, se han revelado ineficaces para garantizar la «seguridad integrada».

SEPTIMO .- La vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995. En el apartado 4 del art. 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 art. 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 dichos preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Habiendo declarado reiterada jurisprudencia de unificación que el empresario no cumple sólo con la dotación del equipo sino que también ha de velar porque se utilice y se haga de forma correcta: la deuda de seguridad no se agota con dar a los trabajadores los medios normales de protección sino que el empresario viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquéllos (Sentencias del Tribunal Supremo 6.2.1995 , 24.5.1996 , 27.2.1997 y 8.10.2001 entre muchas otras).

OCTAVO .- La jurisprudencia ha señalado en ocasiones que tan sólo excluye el recargo si la imprudencia del trabajador se produce por actos ajenos al conocimiento y previsibilidad del patrono o después de advertencia específica del riesgo concreto de siniestralidad que es desatendida por el obrero (STSJ País Vasco 1 diciembre 1994 que recoge la doctrina sentada en las del TS de 26 febrero 1974 y 28 mayo 1975). La imprudencia temeraria, de conformidad con lo prescrito en la LGSS, elimina la calificación del accidente como de trabajo. Por otro, que la imprudencia profesional, si bien no destruye la presunción de laboralidad del accidente y por ello mismo, no elimina la protección que al mismo brinda la legislación social, sí exonera al empresario del pago del recargo de prestaciones para el supuesto de que el empresario observara o cumpliera sus obligaciones informativas, formativas, y preventivas en general, de tal modo que para que una imprudencia rompa el nexo causal entre el comportamiento empresarial y el resultado lesivo, y éste no sea declarado responsable del accidente o enfermedad causados, se debe analizar si el accidente se hubiera evitado con la adopción de medidas por parte del empresario, medidas exigibles en función de la diligencia debida que hacían al riesgo previsible y evitable, aun en presencia de un comportamiento imprudente. El empresario será responsable si la empresa no puso los medios de protección aunque el accidentado actuara imprudentemente, y procederá declarar la responsabilidad patronal.

NOVENO .- La información al trabajador es un paso ineludible de especial trascendencia y colofón a la obligación del empresario de prever las imprudencias no temerarias o distracciones del trabajador. Aun cuando la norma no lo exija expresamente, deberá informarse al trabajador, entre otras cosas, y en base a los resultados de la evaluación, de cuáles son las imprudencias previsibles y los medios posibles técnicamente para evitarlas.

DÉCIMO .- Tan denso exordio ha de servir para refutar los argumentos contenidos en recurso por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Nos explicaremos.

No se nos oculta la empresa disponía de plan de prevención y evaluación de riesgo, en el que se consignó la prohibición de subirse a las horquillas y uñas de las máquinas elevadoras, distribuyéndose la oportuna información al respecto a los trabajadores, figurando incluso tal información en una cartel de la máquina con la que se produjo el accidente. Pero también es verdad el Magistrado de instancia, ecuanímente, ha sopesado otras circunstancias concurrente en el caso, cuales son el conductor de la máquina no había recibido formación en prevención de riesgos laborales en materia de manipulación manual y mecánica de cargas, junto a la de que no consta se haya advertido o reprendido a los trabajadores por la realización de estas conductas, pese a su reiteración. Si esto es así, es perfectamente cabal la conclusión alcanzada por el iudex a quo según la que esta tolerancia por parte del empresario de corregir tales conductas ha incidido en conexión causal en una ineficacia de la prohibición, puesto que de haberse sancionado y tomado conciencia por los trabajadores ello, sin duda, habría contribuido a la evitación del accidente. Por lo demás, la imprudencia profesional no temeraria del trabajador, cual sucede en el caso presente, no elimina las obligaciones de prevención ni, por tanto, el recargo de prestaciones, cuyo componente disuasorio hemos

tenido ocasión de referir más arriba. El empresario no puede desplazar el cumplimiento de su deber de seguridad al trabajador, por más que este también asuma obligaciones en el ámbito de la protección de la salud y seguridad laboral (art. 29 LPRL), de forma que aunque este último incumpla sus obligaciones no por ello el empresario queda exonerado del deber de seguridad que le imponen las leyes, debiendo incluso asumir y corregir el incumplimiento del trabajador salvo, evidentemente, la imprudencia temeraria del trabajador que se perfila como el límite de su deber de previsión. Así, la deuda de seguridad no queda satisfecha con la formación del trabajador, con la comunicación de las instrucciones adecuadas a los mismos, con la facilitación de herramientas y equipos de trabajo adecuados, ni en general con el cumplimiento de las obligaciones formales establecidas en la legislación de evaluación y prevención de riesgos, sino que su responsabilidad llega a la vigilancia y la comprobación de que la formación es efectiva, que las instrucciones particulares se cumplen, que las herramientas y los equipos se utilizan y se utilizan correctamente y que las prevenciones contenidas en la documentación legalmente exigida sobre prevención de riesgos se guardan y observan efectivamente.

En suma, al empresario le es exigible la máxima diligencia posible en la prevención de riesgos, lo que en el caso enjuiciado no concurre, al haberse desentendido de su deber de vigilancia, habiendo sido tenido en cuenta la imprudencia profesional del trabajador en concurrencia con la de la empresa para imponer el recargo en el porcentaje mínimo, y ello conduce a la desestimación del recurso confirmando la sentencia de instancia.

Procede la condena en costas de la empresa por importe de 400 euros (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Sra. Letrada D^a. MARIA VICTORIA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ en nombre y representación de "**PLÁSTICOS COLMENAR, SL**" contra la sentencia de fecha 25/2/2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de MADRID , en sus autos número 407/2012 seguidos a instancia de D. Silvio frente a "**PLÁSTICOS COLMENAR, SL**", "IBERMUTUAMUR", "INSS" y "TGSS", en reclamación por SEGURIDAD SOCIAL. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Condenamos en costas a la empresa recurrente por importe de 400 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n^o recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n^o 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000 n^o recurso.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.



Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ