

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL TRABAJADOR

**(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE PAÍS VASCO DE 26 DE
FEBRERO DE 2008)¹**

Por

YASMINA GONZÁLEZ GIL

Abogada Laboralista del Bufete Alvareda Advocats& Consultors

RESUMEN

En el presente artículo se analiza el caso enjuiciado en la sentencia de referencia, en la que se dirime la proporcionalidad de la sanción de despido impuesta al trabajador ante el incumplimiento de sus obligaciones, en concreto de las medidas de seguridad adoptadas por el empresario. El voto particular de la sentencia comentada quiebra con la doctrina general mantenida por la Jurisprudencia hasta la fecha. De acuerdo con esta doctrina, en virtud del poder de dirección de la empresa y dentro de las facultades concedidas por el Convenio Colectivo aplicable, la empresa puede proceder a sancionar sin que exista desproporcionalidad, puesto que el incumplimiento de una medida de seguridad es de tal relevancia que no puede nunca ser considerada como leve, ya que las consecuencias jurídicas del incumplimiento son graves para la empresa, desde el punto de vista de las responsabilidades derivadas, si es que el accidente acaba imputándose a una desatención de sus deberes de vigilancia.

ABSTRACT

The present article analyses the case resolved in the sentence of reference, in which is solved if the punishment of dismissal imposed to the worker is proportional to the disobedience of his obligations, in concrete of the measures of security adopted by the employer.

The particular vote of the sentence commented failure with the general doctrine maintained by the Jurisprudence until the date. In accordance with this doctrine, in virtue of the power of direction of the company and inside the powers conceded by the Collective Agreement applicable, the company can proceed to sanction and the sanction is not disproportionate, since the disobedience of a measure of security is of such importance that can not never be considered like slight, since the juridical consequences of the disobedience are grave for the company, from the point of view of the responsibilities derived, if it is that the accident finishes imputing to a inattention of his duties of surveillance.

¹ Con Voto Particular del Magistrado Don Florentino Eguaras.

PALABRAS CLAVE

Medidas de seguridad, deber de vigilancia, responsabilidad, sanción.

KEY WORDS

Measures of security, duty of surveillance, responsibility, punishment.

1. INTRODUCCION AL SUPUESTO DE HECHO

La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales establece en su artículo 14 el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este deber de protección de los trabajadores deberá garantizar su seguridad y su salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

En el artículo 15 de la misma Ley se establece que el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo, entre otros, al principio general de evitar los riesgos, y añade que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Sin embargo es en el artículo 29 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales donde se establece (en relación con el artículo 5 y 19 del Estatuto de los Trabajadores) , que corresponde a cada trabajador la obligatoriedad de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario, de modo que los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular usar adecuadamente de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad, no poniendo por tanto fuera de funcionamiento los dispositivos de seguridad existentes, muy al contrario usar correctamente los ya instalados o que se instalen en el lugar de trabajo.

El no actuar de conformidad con lo previsto en el mencionado artículo, bien sea por un quebranto al no encontrarse en su puesto de trabajo, o bien no respetar las medidas de seguridad impuestas por el empresario o en un desprecio absoluto por su vida y la de los demás trabajadores realice actividades totalmente prohibidas por la normativa en materia de seguridad, hace que ello conlleve que no le sea exigible al empresario, dentro del deber de vigilancia insito en la obligación de garantizar la seguridad y vigilancia de los trabajadores a su servicio (art.14.2 de la Ley 31/95) que se convierta en sombra del trabajador, incurriendo en responsabilidad si constata un incumplimiento sistemático o frecuente de las obligaciones a cargo de los trabajadores y se muestra permisivo o pasivo².

Ahora bien, no debemos olvidar que el empresario no sólo está obligado a poner a disposición del trabajador los instrumentos o medios de seguridad, sino que está

² Sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de octubre de 2005 que analiza el deber empresarial.

obligado a posibilitar su uso, poniendo todos los medios que a su disposición tiene, no siendo suficiente el que dicte órdenes generales para su cumplimiento, siéndole exigible la obligatoriedad del uso efectivo de los medios de protección facilitados, haciéndoles la Jurisprudencia incurrir en responsabilidad en caso de que no se aseguren de su cumplimiento.

2. HECHOS PROBADOS EN LA SENTENCIA

1.-La empresa se dedica a la actividad de la construcción, están bajo el Convenio de Construcción de Biskaia³.

2.-El trabajador venía prestando servicios para la demandada desde 21 de diciembre de 2004, con la categoría de OFICIAL 1ª GUNITADOR.

3.-El 12 de julio de 2007 se comunicó el despido con efectos desde el 9 de julio.

4.-La causa del despido es la reincidencia en falta grave, lo que hace que se considere falta muy grave tipificada en el art.83.1 III.b del citado convenio.

5.-El trabajador prestaba servicios en pantalón corto y sin camiseta, es decir sin protección alguna, corriendo el riesgo de quemarse por el producto abrasivo que utiliza la empresa para gutinar.

3. CONSIDERACIONES GENERALES ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR SEGÚN LA SENTENCIA.

Nos encontramos ante un trabajador que ha recibido instrucciones de la empresa relativas a la protección para evitar riesgos y que ha sido informado sobre la protección a emplear. También ante un trabajador que ya ha sido sancionado con anterioridad por comisión de falta grave por no utilizar las medidas de seguridad⁴.

La Sentencia alegada distingue los conceptos “riesgo” de “siniestro” manifestando que es evidente que el no usar el material necesario para la manipulación conlleva un riesgo grave para el trabajador de sufrir quemaduras con el producto que se emplea por su carácter abrasivo, por más que ese día no ocurriera ningún percance.

Y es que como ya ha manifestado la Jurisprudencia en otras ocasiones “*la desobediencia, entendida como incumplimiento laboral, sancionable con despido, supone una falta de especial entidad que, independientemente de los presupuestos básicos exigidos sobre gravedad y culpabilidad, debe revestir una especial significación, bien en orden a la especial resistencia, activa o pasiva al cumplimiento*”

³ Convenio Colectivo para el Sector de la Construcción para los años 2006-2008 (BOB 9/06/2006) según antecedente de hecho 1º de la Sentencia.

⁴ La reincidencia en falta grave está previsto en el art.82.17 del Convenio Colectivo provincial de construcción de Bizkaia.

*de la orden recibida, ya sea por la trascendencia de la materia sobre la que tal conducta incide; implicando a su vez, a tenor de la normativa específica aplicable al caso, la necesidad de un perjuicio para la empresa o un riesgo para los compañeros”*⁵.

4. DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN IMPUESTA POR LA EMPRESA A LA LUZ DE LA SENTENCIA.

En línea con la Sentencia del mismo Tribunal (TSJ del País Vasco de 10 de julio de 2007) ⁶, el Tribunal considera que existe proporcionalidad entre el incumplimiento y la sanción de despido, puesto que ante las numerosas advertencias realizadas sobre las infracciones cometidas, la empresa -dentro del ámbito propio del artículo 38 de la CE- decide amparado en el Convenio Colectivo proceder a sancionar de conformidad con el mismo con la sanción máxima, esto es, el despido.

Queda sometida por tanto la conducta empresarial al control jurisdiccional, que puede verse afectada por las alegaciones del demandado de no encontrar proporcionada la sanción respecto a tal conducta, a este respecto es de destacar el voto particular que formula el Ilmo. Sr Magistrado D. Florentino Egúaras⁷, que muestra su disconformidad precisamente en cuanto al incumplimiento de las normas de proporcionalidad que deben acatarse en cualquier sanción disciplinaria, éste entiende que *“teniendo en cuenta lo alegado por la empresa respecto a la actividad que se está realizando, apreciaremos que la conducta que se ha llevado a cabo, que el mismo recurrente no intenta disimular, enmascarar o atemperar; esta conducta en modo alguno alcanza grados de gravedad suficiente para ser conceptuada dentro del art.81 del Convenio Colectivo respecto a faltas graves”*. En la misma sentencia cita textualmente que no consta el daño y el riesgo es hipotético.

Es por ello que nos encontramos ante posturas divergentes ante un mismo hecho objetivo, cual es la desobediencia a una orden empresarial, de importancia tal como la adopción de medidas de seguridad, creadas porque suponen un riesgo, en caso contrario no existirían dichas medidas en el ámbito concreto de la actividad que se desarrolla, es por ello que entendemos que la postura del voto particular quiebra con la doctrina general mantenida por la Jurisprudencia que hasta la fecha ha venido manteniendo que en virtud del poder de dirección de la empresa y dentro de las facultades concedidas por el Convenio Colectivo aplicable la empresa puede proceder a sancionar sin que exista desproporcionalidad puesto que el incumplimiento de una medida de seguridad es de tal relevancia que no puede nunca ser considerada como leve, ya que como veremos las

⁵ (Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2005) .Ponente de la Sentencia Sr.Don José Ramón Solís García del Pozo.

⁶ Ponente de la Sentencia Sr.Don Jaime Segales Hidalgo.

⁷ Ampara su voto particular en la doctrina consolidada del TS en Sentencias como la de 19-12-90 y 18-05-90.

consecuencias jurídicas del incumplimiento son graves para la empresa, desde el punto de vista de las responsabilidades derivadas.

5. SANCIÓN AL TRABAJADOR POR INCUMPLIMIENTO DEL ART.29 DE LA LEY 31/1995 DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Si el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa cuando se produce el accidente de trabajo conlleva unas consecuencias jurídicas en cadena, como son sanción administrativa, indemnización de daños y perjuicios y recargo de prestaciones, las del trabajador también suponen para el mismo unas graves consecuencias que para empezar pueden suponer la sanción por la empresa como infracción muy grave, oscilando en función del convenio colectivo aplicable, entre la suspensión de empleo y sueldo y el despido.

Constituye doctrina reiterada del TS la que sostiene que en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas.

No sólo debe operar la sanción ante una inminencia de riesgo, debe atenderse también a las situaciones potencialmente peligrosas, sin necesidad de que exista un resultado final de daño.

La Jurisprudencia ha llamado al empresario el “deudor de seguridad”, tal y como establece el art.14.1 de la Ley 31/95 y si bien éste es el obligado a proporcionar las medidas de protección adecuadas, también éste debe velar porque el trabajador observe las medidas de seguridad teniendo el incumplimiento de los trabajadores la consideración de incumplimiento laboral, que sin duda puede ser sancionado por la empresa, aun cuando el trabajador no sea el responsable de la seguridad⁸.

Es la empresa la que dentro de su facultad organizativa debe elegir dentro del marco sancionador cuál es la que considera más adecuada para reconducir la conducta del trabajador, bien sea vía amonestación, sanción de suspensión de empleo y sueldo o bien el despido, todo ello al amparo del ejercicio de la libertad de empresa previsto en el artículo 38 de la CE.

⁸ El incumplimiento debe ser consciente, suficiente y voluntario, pudiendo siempre ejercitar la empresa las acciones que le reconoce el ordenamiento jurídico (Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2004).

En Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de julio de 2007⁹ se establece la posibilidad de acudir al despido cuando las terapias instauradas por la empresa no hayan dado su fruto y hayan resultado insuficientes, teniendo en cuenta las graves consecuencias que vienen aparejadas a la producción de un accidente de trabajo, si es que el mismo acaba imputándose a una ligereza o desatención por parte de la empresa de sus deberes de vigilancia con respecto al cumplimiento de las normas de seguridad.

Como contrapartida a este derecho de la empresa a ejercitar su potestad sancionadora dentro del amplio margen concedido por el Convenio Colectivo aplicable, debemos tener en cuenta la Jurisprudencia que ya está consolidada y que impide el despido o facultad sancionadora en los casos de conductas toleradas por la empresa; no es posible calificar como falta muy grave y ser sancionado en su virtud, cuando la empresa venía tolerando y aceptando una conducta de la que era plenamente conocedora, es por ello que debe evitarse la conducta continuada y la inactividad de la empresa, debemos al contrario ser partícipes y tomar la decisión organizativa adecuada en cuanto la infracción es detectada, a fin de que no pueda alegarse esta causa de oposición¹⁰.

Y es que sobre la conducta el trabajador no debemos olvidar la facultad del artículo 21.3 de la Ley 31/95 que permite a los representantes de los trabajadores y Delegados de Prevención acordar la paralización de la actividad (o maquinaria que no cumpla con las medidas de seguridad), lo que ha de anular o ratificar en 24 horas la Autoridad Laboral. Así como el artículo 21.2 de la misma que permite al trabajador, individualmente, interrumpir su actividad y hasta abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que por falta de medidas de seguridad esa actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud.

Encuentro estos preceptos de difícil compatibilidad con el orden sancionador de la empresa, puesto que en casos de abandono de puesto de trabajo nos encontramos con que la paralización de la producción puede suponer un grave perjuicio económico que haga pensar en que la empresa rápidamente procederá a sancionar al trabajador por esta conducta y será el mismo el que deba acreditar que se encontraba en una situación de falta de medidas de seguridad, extremo de difícil probanza en casos en los que no existe otro trabajador/es que corroboren su versión o no haya acudido en es preciso momento a su representante sindical a fin de evitar la futura sanción.

Creemos que los trabajadores desconocen esta facultad hasta el extremo de que muchos son sancionados por manifestar su desaprobación ante el uso de una maquinaria de difícil manejo o que entraña riesgos y ellos sin embargo deben acatar la orden empresarial sin que puedan objetar¹¹.

⁹ Sentencia en la que se anticipa, en caso idéntico, la opinión doctrinal mantenida con posterioridad en la Sentencia comentada de 26 de febrero de 2008.

¹⁰ Sobre conducta tolerada Sentencia del TSJ de Aragón de 17 de julio de 1996, Ponente Ilmo.Sr.D.Juan Piqueras Gayó.

Volviendo al régimen sancionador del trabajador por incumplimiento de las obligaciones previstas en el art.29 de la Ley 31/95 debemos tener en cuenta que la orden empresarial sobre el uso de los medios de seguridad debe ser clara , además debe constar en su expediente la entrega del material de prevención (EPIS) debidamente firmado por el mismo y la formación inherente al uso de dicho material, previo o simultáneo al comienzo de la prestación de servicios y renovable cada año, o ante cualquier modificación en las funciones del mismo.

Ante cualquier incumplimiento, la empresa no debe olvidar sus facultades y deberes y puede comenzar por una simple advertencia al trabajador de la que debe dejar siempre constancia escrita, a fin de evitar el agravamiento de la conducta y no olvidando que la facultad correctora de las conductas del trabajador serán siempre elegidas por ésta y sin que exista otro objetivo compatible con la seguridad que la de la propia libertad de empresa a la hora de administrar sus recursos.

6. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS AL TRABAJADOR POR ACCIDENTE DE TRABAJO, CUANDO HA MEDIADO SU INCUMPLIMIENTO.

Las líneas generales y básicas de esta responsabilidad civil según la doctrina jurisprudencial unificadora son la de una responsabilidad civil culposa, no una responsabilidad objetiva , ni derivada de la creación del riesgo, ni culpa extracontractual o aquiliana (del art.1902 del Cc) sino pura responsabilidad civil culposa contractual, por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral; y aunque pudiera darse en teoría una culpa extracontractual, no puede esta responsabilidad derivarse a la vez de culpa contractual y extracontractual, no cabe la duplicidad indemnizatoria. Se trata por tanto de una responsabilidad culposa que exige que la empresa haya aumentado los riesgos propios del trabajo.

Se organiza esta responsabilidad al margen y con autonomía de otras responsabilidades, penal, administrativa o de Seguridad Social, aunque esta autonomía no significa rígida independencia, porque ante un daño indemnizable aparece una sola responsabilidad reparadora, global, es por ello que como no cabe el enriquecimiento injusto debemos descontar lo abonado por las prestaciones de Seguridad Social y posibles pólizas de seguro suscritas por la empresa.

Como excepción, no deben descontarse las cantidades que pudieran corresponder al recargo de prestaciones (artículo 123.3 de la LGSS) y de conformidad con el artículo 42.3 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, por tanto deben considerarse compatibles las responsabilidades administrativas del procedimiento sancionador, las indemnizaciones por los daños y perjuicios civiles causados y el recargo de prestaciones. Pero en el ámbito de la responsabilidad civil derivada, será preciso probar una relevante y causal culpabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, no bastará el socorrido

¹¹ Sobre este tema M. GONZALEZ LABRADA, Seguridad y salud en el trabajo y A.CAMARA BOTÍA “El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales.”

“deber de seguridad de la empresa”, que por sí obligaría a imponer una indemnización en todo accidente de trabajo, lo que no es posible al no tratarse de responsabilidad objetiva, pues hace falta dolo o negligencia. No pasa por tanto de ser un precepto general, una declaración de intenciones o programática, no una medida de seguridad concreta. Si vamos a valorar ese deber computemos también el deber del trabajador que consiste en un “deber de atención o diligencia” y de cumplir las medidas de seguridad, como también es deber de los trabajadores denunciar de modo individual u orgánico la falta de esas medidas (art.19 del E.T).

La infracción de la empresa ha de ser a norma de seguridad concreta y no genérica y la imprudencia del trabajador profesional o temeraria, que no elimina el concepto de accidente de trabajo, pero sí impide la indemnización, incluso pudiendo evitarse si ha ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor (art.1105 del Cc) y recayendo la carga de la prueba en el actor que pretende el derecho a indemnización.

Es por ello que las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones específicas en materia de seguridad pueden acarrear al trabajador la pérdida de la indemnización por daños y perjuicios derivada del accidente laboral. Pero la cuestión de concurrencia de negligencia por parte del trabajador en la producción del accidente de trabajo es bastante discutida en la doctrina jurisprudencial, pues si de una parte se viene manteniendo que el nexo causal entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido puede romperse cuando la infracción es imputable al trabajador, conviene resaltar que lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial no radica tanto en analizar si el trabajador ha contribuido a la producción del resultado dañoso con su conducta negligente, como en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad general o particular, cuya adopción hubiera evitado o mitigado el resultado dañoso, circunstancia que debe analizarse en cada caso concreto¹².

No debemos olvidar además que no se incurrirá en responsabilidad si la infracción cometida no es la causa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto, así los daños y perjuicios han de ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación por la empresa, o que “conocidamente” se deriven de ello (artículo 1107 del Cc).

Debemos hacer hincapié en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2008, resolviendo Recurso de Casación para unificación de doctrina, por la que se declara la correcta aplicación del artículo 1101 del Cc, estableciendo la obligatoriedad de la empresa de responder en los casos en que ha actuado de manera culposa, incumpliendo los deberes de protección inherentes al contrato.

En la misma Sentencia se refleja como transcendental que no se hayan cumplido las previsiones por la empresa que se detallan en la Evaluación de Riesgos Laborales y ello haya motivado el accidente, motivo por el que revoca la Sentencia absolutoria del TSJ de Asturias y condena a la empresa. Especial referencia hay que hacer a los casos

¹² En Sentencia del TS de 18 de julio de 2008, Ponente Ilmo.Sr.Don Luis Ramón Martínez Garrido, que establece la responsabilidad por culpa del empresario excluyendo la posibilidad de responsabilidad objetiva.

de contrata y subcontrata¹³, la protección legal se reduce art.24.4 en relación con el 41.1 de la LPRL al simple deber del empresario de informar al contratista o subcontratista, deber éste que seguramente debe entenderse igualmente exigible al contratista intermedio en relación con sus subcontratistas en todos aquellos aspectos que sean necesarios para la utilización y manipulación segura de los materiales¹⁴.

No sin embargo por ser limitada, el incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a responsabilidad compartida o incluso excluyente por parte del propio empresario principal. Algunos autores han propuesto la presencia de una responsabilidad solidaria de ambos sujetos, empresario principal y contratista frente al trabajador, y puede ser la solución más eficiente, pero desde el punto de vista técnico o práctico resulta difícil unificar el régimen jurídico de la responsabilidad a través de la solidaridad.

7. INFLUENCIA DE LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR EN LA CALIFICACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.

La Jurisprudencia viene entendiendo que los incumplimientos de los trabajadores en cuanto a medidas de seguridad no exoneran al empresario de las sanciones previstas por no haber adoptado su deber de vigilancia¹⁵. No se trata por tanto sólo de la adopción de deberes formales, sino también de que se adopten, es decir que se contribuya a que efectivamente sean acatados por el trabajador.

Se trata en definitiva de proteger la salud y la vida de los trabajadores a través de medidas concretas, no se está por tanto ante un reproche de culpabilidad entendido y exigido en la esfera penal y sí ante el incumplimiento de medidas relativas a la seguridad en el trabajo, que exigen una valoración finalista y no de mero cumplimiento formal, al margen de las responsabilidades que se puedan derivar de otras jurisdicciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998¹⁶ establece en este sentido, ante la pregunta de si basta con que la empresa ponga los medios de protección al alcance del trabajador, que *“existe un deber de seguridad por parte del titular de la empresa que obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios o dispositivos de*

¹³Puede consultarse J.CRUIZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas “.

¹⁴ J.M.GOERLICH PESET “Coordinación de actividades empresariales”; para este autor “el automatismo del incumplimiento del deber de vigilancia supone que el empresario principal no podrá exonerarse de las responsabilidades subsiguientes escudándose en eventuales dificultades en sus relaciones con contratistas o subcontratistas tales como la clandestinidad de la conducta de éstos, o en general el incumplimiento de las obligaciones de colaboración que se derivan del art.24 LPRL. Estas circunstancias podrán ser relevantes en las posteriores relaciones entre los corresponsables....”.

¹⁵ Sentencia del TS de 27 de mayo de 1996 Ponente Excmo.Sr.D.Rafael Fernández Montalvo.

¹⁶ Ponente Excmo.Sr.D.Rafael Fernández Montalvo.

seguridad preventivos del riesgo, impidiendo , si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, por imprudencia o negligencia incumplan el debido uso de aquéllos, incluso a través de la actividad disciplinaria” .

Queda claro por tanto, que la deuda de seguridad no se agota con dar los medios normales de protección, sino que además viene obligada la empresa a la adecuada vigilancia en el cumplimiento de instrucciones que deben tener no sólo la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico, sino además de las imprudencias profesionales.

La exigencia por tanto de los Tribunales de Justicia es no sólo la de exigir el cumplimiento formal sino su efectiva aplicación, en caso contrario la empresa es responsable administrativamente y por tanto objeto de sanción.

Ahora bien, también hay relevantes Sentencias como la del TSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 1995¹⁷, que en casos como el de autos en que se habían entregado los equipos de seguridad y se había realizado la formación adecuada al puesto de trabajo mantiene que no le es imputable a la empresa, ni reprochable un accidente propiciado por la ligereza de un trabajador que adiestrado para conocer de la avería y las precauciones a seguir en el uso del material conduce a la Sala a la apreciación irreprochabilidad y por ende a estimar el recurso planteado por la empresa.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales se señala que *“la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación de la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y más aún, la simple corrección a posterior de situaciones de riesgo ya manifestadas.”*

Es por ello que se trata de dilucidar en cada caso concreto cuándo la empresa cumplió con ambas obligaciones independientemente del resultado lesivo, por tanto no siempre que existe un resultado dañoso para el trabajador existe infracción administrativa, y no siempre que se han puesto en marcha los mecanismos de prevención se ha cumplido con la obligación empresarial, muy al contrario es preciso que se compruebe por el tribunal que la empresa se ha asegurado del cumplimiento de la normativa de seguridad.

Puesto que contamos con la presunción de veracidad de la actividad de comprobación, el desvirtuar la meritada acta es preciso que la parte que niega los hechos aporte prueba admitida en derecho que acredite que la empresa ha utilizado todo su mecanismo preventivo, con pruebas tales como práctica de pericial que valorada por el Tribunal pudieran concluir en que sí existieron medidas de seguridad plenamente adoptadas. En este sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 12 de septiembre de 2002.

No debemos olvidar el criterio que en este sentido mantiene el TS en el sentido de que la presunción de veracidad no abarca los juicios del inspector, sino tan sólo a la

¹⁷ Ponente de la Sentencia Ilma.Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo.

apreciación directa comprobada por éste o bien mediante declaraciones testificales consignadas en el acta, tampoco abarca al informe preceptivo posterior al acta aunque constituya un elemento más del conjunto de pruebas practicadas, así pues entra en juego la inversión de la carga de la prueba que exige demostrar la inexactitud de la misma. En este sentido Sentencias del TS de 25 de marzo de 1992, TS de 20 y 24 de abril de 1992, 25 y 27 de octubre de 1994.

8. EL RECARGO DE PRESTACIONES EN EL ACCIDENTE LABORAL, CUANDO MEDIA INCUMPLIMIENTO POR EL TRABAJADOR.

La doctrina general en materia de Recargo de Prestaciones previsto en el artículo 123 del TRLGSS, según doctrina reiteradísima del TS es que han de darse las siguientes circunstancias:

A) El empresario debe haber cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, bastando el mero incumplimiento de deber general de seguridad. Concreta el TS (Sentencia de 26 de marzo de 1999)¹⁸ que “ante la dificultad de que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador.”

Debemos atender a el criterio mantenido por la Sentencia del TSJ de Asturias de 27 de octubre de 2007¹⁹, donde textualmente dice: “debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que se impone a los empresarios se ha de valorar con criterios de razón habilidad, según máximas de diligencia ordinarias exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial.”

Tras la entrada en vigor de la LPRL el deber de protección del trabajador es ilimitado y únicamente debiendo dispensarse aún en supuestos de imprudencia no temeraria.

B) Daño efectivo en la persona del trabajador.

C) Relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, puesto que el recargo no es una responsabilidad objetiva, puesto que no en todo caso de accidente, ni en todo caso de omisión de normas de seguridad es aplicable, sino que lo es por la vía de la culpabilidad (responsabilidad subjetiva), que puede romperse cuando la infracción es imputable al interesado.

Tanto en el caso de que el trabajador incumpla las normas de seguridad o bien cuando sufra riesgo profesional al realizar actividad ajena a sus funciones y las cuales no han sido ordenadas, en esos casos no concurre el recargo.(STS de 20 de enero de 2004)²⁰.

Sobre los criterios a la hora de aplicar el porcentaje del recargo el artículo 39.3 de la LISOS enumera los criterios de graduación de las sanciones administrativas y que según los Tribunales deben inspirar las del recargo:

¹⁸ RJ 1999,3521.

¹⁹ AS 2007,1629.

²⁰ RJ 2004,941.

- La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.
- El carácter transitorio o permanente de los riesgos inherentes a dichas actividades.
- La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencias de las medidas preventivas necesarias.
- El número de trabajadores afectados.
- Las medidas de protección individual o colectivas adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de riesgos.
- El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos del artículo 43 de la LPRL.
- La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.
- Conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos.

Lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en el precepto mencionado no radica en analizar si el trabajador lesionado por razón del trabajo ha contribuido al hecho dañoso, con una actuación negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado.

Distinto sería por tanto si el accidente hubiera sido igual, aunque se hubiera adoptado la medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el imprescindible nexo causal entre la infracción y el daño sufrido por el trabajador lesionado, determinando la ausencia de responsabilidad empresarial tipificada en el artículo 123.1 de la LGSS (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2005.)²¹

En suma, el recargo de prestaciones de la Seguridad Social previsto en el artículo 123 de la LGSS exige la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro de que trae su causa y la conducta pasiva del empleador, excluyéndose por tanto cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención, o por imprudencia del propio trabajador.

Dado su carácter punitivo debe aplicarse con criterio restrictivo y valorando caso por caso.

Como no puede serle exigible al empresario dentro de su deber de vigilancia, que se convierta en la sombra del trabajador, sólo le es exigible la responsabilidad si constata

²¹ Ponente Ilmo.Sr.D.Manuel Díaz de Rábago Villar.

un incumplimiento sistemático o frecuente de las obligaciones a cargo de los trabajadores y se muestra permisivo o pasivo.

Volvemos a ver por tanto que la conducta del trabajador cobra fuerza y se coloca en posición de importancia a la hora de valorar por el Juzgador si concurre o no el recargo de prestaciones, en el sentido que ya se ha mencionado.

Debemos aquí mencionar Sentencias como la del TSJ de Aragón de 15 de julio de 2002,²² por la que se procede a aplicar el recargo del 30% por concurrir un supuesto de incumplimiento de la empresa en relación con la imprudencia del trabajador, al realizar un trabajo que no le había sido encomendado.

No debemos olvidar que como ya hemos mencionado anteriormente los criterios de graduación quedan regulados expresamente en el art.39.3 de la LISOS.

²² Ponente de la Sentencia Ilmo.Sr.D.José Enrique Mora Mateo, en dicha Sentencia se modera la responsabilidad empresarial al 30% por concurrir una cierta responsabilidad de trabajador, aunque no la suficiente como para que la empresa quede eximida totalmente.