

Guía didáctica sobre Prevención de Riesgos Laborales

Análisis de la doctrina judicial más relevante 2013-2019



Guía didáctica sobre Prevención de Riesgos Laborales

Análisis de la doctrina judicial más relevante
2013-2019

Coordinadores

Javier Molina Vega

Manuel Luque Parra

Autores por orden alfabético

M^a del Mar Castellanos Espí

Manuel Luque Parra

Inmaculada Martínez Otero

Javier Molina Vega

Ángela Todolí Barranca

Lucía Villalba Valenzuela

ISBN: 978-84-09-16544-5

© CUATRECASAS





I. INTRODUCCIÓN	21
II. EVALUACIÓN DE RIESGOS	25
2.1 Contenido obligatorio de la evaluación de riesgos	25
2.1.1 <i>Evaluación de las imprudencias no temerarias</i>	25
2.2 Evaluación de riesgos psicosociales	28
2.2.1 <i>Consecuencias del incumplimiento</i>	28
2.2.2 <i>Infarto en centro de trabajo</i>	29
2.2.3 <i>Requisitos para la realización de una evaluación de riesgos psicosociales válidamente ejecutada</i>	29
2.3 Insuficiencias en la Evaluación	31
2.3.1 <i>Riesgo de agresiones físicas</i>	31
2.3.2 <i>Riesgo de atraco</i>	32
III. FORMACIÓN	39
3.1 Formación en Materia de Prevención de Riesgos Laborales	39
3.1.1 <i>Consideración de las horas dedicadas a formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales como tiempo de trabajo</i>	39
3.1.2 <i>Alcance de la negociación colectiva en cuanto a la formación en materia de PRL</i>	40
IV. VIGILANCIA DE LA SALUD	45
4.1 Vigilancia de la Salud	45
4.1.1 <i>Reconocimiento Médico</i>	45
4.1.2 <i>Obligatoriedad de los trabajadores de someterse a reconocimientos médicos</i>	48
4.1.3 <i>Despido por negativa a someterse a reconocimiento médico</i>	50
4.1.4 <i>Obligatoriedad de someterse al reconocimiento médico en actividades donde prevalece el interés de los compañeros o de terceros, como anteposición preferencia al derecho a la intimidad</i>	51

V. COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS	57
5.1 Trabajador Especialmente Sensible	57
5.1.1 Adscripción a un puesto compatible con el estado de salud. Exigencias extraordinarias establecidas en el Convenio Colectivo.	57
5.2 Riesgo en la lactancia	58
5.2.1 Jornada laboral, trabajo nocturno y trabajo a turnos como factor de riesgo en la lactancia.	58
5.2.2 Determinación de la existencia de riesgo durante la lactancia.	62
5.2.3 Supuestos donde se estima el derecho a la prestación por concurrir riesgos durante la lactancia.	68
5.2.4 Supuestos donde no se reconoce el derecho a la prestación por no concurrir riesgo durante la lactancia natural.	71
5.3 Discapacidad	73
5.3.1 Interpretación del concepto de “discapacidad” en el ámbito comunitario y la inclusión de las situaciones de enfermedad dentro de dicho concepto. Obligación de adopción empresarial de medidas de adaptación del puesto.	73
VI. RESPONSABILIDAD PENAL	79
6.1 Incidencia en la vulneración de norma de Prevención en el Ámbito Penal	79
6.1.1 Responsabilidad del Coordinador de Seguridad en la Obra; Concurso ideal de delitos: delito contra los derechos de los trabajadores del art. 317 C.P. y delito de homicidio imprudente del art. 142.1 del Código Penal.	79
6.1.2 Responsabilidad penal por delito contra la seguridad de los trabajadores para las contratatas de distinta actividad.....	80
6.1.3 Operatividad del delito de riesgo contra los derechos de los trabajadores para el caso de falta de medidas de seguridad suficientes.....	81
6.1.4 Responsabilidad penal por tráfico de mano de obra, extranjeros sin permiso de trabajo y delito contra la seguridad de los trabajadores.....	82
6.1.5 Dualidad Penal: delito contra los derechos de los trabajadores y delito de lesiones impudentes.	84
6.1.6 Delito contra la seguridad de los trabajadores.....	86

6.1.7 Extensión del delito contra la seguridad de los trabajadores a otras figuras distintas a las del empleador: capataz y el recurso preventivo.	88
--	----

VII. REGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	93
7.1 Procedimiento administrativo sancionador	79
7.1.1 Caducidad del Expediente.....	79
7.1.2 Confidencialidad de los datos personales de los trabajadores durante el procedimiento de inspección de trabajo.	94
7.2 Pactos contractuales para la exoneración de responsabilidad en materia de seguridad y salud	95
7.2.1 Pactos entre contratatas y subcontratatas.....	95
VIII. RECARGO DE PRESTACIONES	103
8.1 Aspectos Administrativos del Recargo de Prestaciones	103
8.1.1 Efectos económicos del recargo de prestaciones.	103
8.1.2 Naturaleza jurídica del recargo de prestaciones.....	103
8.1.3 Prescripción del recargo.	105
8.1.4 Plazo de prescripción para reclamar el abono del Recargo de Prestaciones.	106
8.1.5 Vinculación del procedimiento administrativo sancionador en el procedimiento de recargo de prestaciones.....	109
8.1.6 Silencio administrativo negativo en el caso de transcurso del plazo de 135 días para resolver el procedimiento administrativo de recargo de prestaciones.....	112
8.1.7 Petición de indemnización por daños y perjuicios adicionales cuando no se ha apreciado omisión de medidas preventivas y ausencia de recargo de prestaciones a la seguridad social.....	113
8.1.8 Caducidad del procedimiento administrativo sancionador y Recargo de Prestaciones.	117
8.2 Sujetos Responsables	118
8.2.1 Responsabilidad del empresario.....	118
8.2.2 Responsabilidad en caso de atraco.	119
8.2.3 Responsabilidad de la empresa contratista-subcontratista.	120

8.2.4 Extensión de responsabilidad en el caso de sucesión de empresa y aplicación retroactiva del recargo de prestaciones	125
8.2.5 Responsabilidad de la Administración Pública.....	132
8.2.6 Derivación de Responsabilidad a la Mutua y Servicio de Prevención del recargo de prestaciones impuesto a la empresa por el incumplimiento de sus obligaciones	133
8.3 Actuación de los Trabajadores y Concurrencia de Culpas	134
8.3.1 Imprudencia del Trabajador.....	134
8.3.2 Concurrencia de nexos de causalidad.....	147
8.4 Graduación del Recargo	148
8.4.1 Determinación del porcentaje del recargo aplicable. Criterios de determinación.....	148
8.4.2 Desconocimiento de la causa del accidente	149
IX. RESPONSABILIDAD Y DAÑOS	153
9.1 Responsabilidad del empresario.....	153
9.1.1 Requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo.....	153
9.1.2 Principio de culpabilidad.....	154
9.1.3 La posible negligencia del trabajador carece de relevancia a efectos de actuar como factor corrector a la baja, puesto que se presenta como consecuencia de la negligencia empresarial.....	149
9.1.4 No hay omisión de medidas preventivas, el accidente se produjo por “caso fortuito”	161
9.2 Indemnización por Daños y Perjuicios.....	164
9.2.1 Cálculo de la indemnización por daños y perjuicios.....	164
9.2.2 Compensación de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo.....	171
9.3 Daños morales	174
9.3.1 Existencia de acoso e indemnización por daños morales derivada de la situación de acoso laboral.....	174
9.3.2 Aplicación del baremo de circulación.....	178

9.4 Despidos y otras extinciones del contrato de trabajo.....	180
9.4.1 Despido por embriaguez habitual o toxicomanía si afecta negativamente en el trabajo.....	180
9.4.2 Despido disciplinario por vulneración de las normas de Prevención de Riesgos Laborales.....	182
9.4.3 Prioridad de permanencia de los miembros del Servicio de Prevención y su disposición por el Acuerdo de despido colectivo.....	185
X. EN ESPECIAL: EXPOSICIÓN AL AMIANTO.....	189
10.1 Exposición al Amianto	189
10.1.1 Nexo causal para declarar la responsabilidad.....	189
10.1.2 Concurrencia de diagnósticos y minoración de la indemnización por daños y perjuicios.....	190
XI. SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD.....	195
11.1 Responsabilidad patrimonial por acoso laboral y moral.....	195
11.1.1 Boosing	195
11.1.2 La indemnización de daños morales, psíquicos y físicos a cargo de la administración, sin que exista acoso moral en el trabajo o mobbing. Se modula y estima parcialmente al no corresponderse todos los comportamientos con el trastorno de estrés laboral.....	197
11.2 Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	200
11.2.1 Responsabilidad patrimonial de la administración por accidente de trabajo de un funcionario público, durante acto de servicio.....	200
11.3 Responsabilidad de las personas físicas y jurídicas.....	204
11.3.1 Principio non bis in idem y compatibilidad de la responsabilidad social, administrativa y penal.....	204
11.4 Régimen interno de responsabilidad en las subcontratas	208
11.4.1 Comunicación de responsabilidades en el supuesto de subcontratas y posibilidad de reparto proporcional de la sanción en relación a la contribución de cada sociedad.....	208

11.5 Ejercicio de la acción de Daños y Perjuicios.....	211
11.5.1 <i>El día a quo de la acción de prescripción para reclamar la reparación de daños y perjuicios por accidente de trabajo se sitúa en el momento en que las secuelas y dolencias estén consolidadas sin que exista debate administrativo o judicial alguno.</i>	211
XII. SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y MUTUAS DE ACCIDENTES	217
12.1 Servicios de Prevención y Mutuas de Accidentes.....	217
12.1.1 <i>Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los servicios prestados por la Mutua.</i>	217
12.1.2 <i>Delimitación de las competencias de las Mutuas de Accidentes de Trabajo</i>	218
12.1.3 <i>Responsabilidad de la empresa en materia de PRL cuando tiene subcontrada la gestión de los riesgos con una empresa especializada.</i>	221

I. INTRODUCCIÓN.....	21
II. EVALUACIÓN DE RIESGOS.....	27
¿Debe prever la empresa las posibles imprudencias no temerarias de los trabajadores a la hora de adoptar las medidas de protección?.....	27
¿Puede ser sancionada la empresa simultáneamente por la falta de evaluación de riesgos psicosociales y por la falta de adopción de medidas preventivas suficientes para eliminar y reducir el riesgo psicosocial?	28
¿Es suficiente para cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales la evaluación los riesgos físicos?	29
¿Puede elaborarse un plan de prevención de riesgos psicosociales omitiendo el derecho de participación y consulta del Comité de Seguridad y Salud?	29
¿Puede imponerse un recargo de prestaciones, cuando el efectivo cumplimiento de las obligaciones pueda no ser suficiente para evitar el accidente de trabajo?	31
¿Debe pagar la empresa recargo de prestaciones cuando no prevé el riesgo de exposición a un posible atraco?	32
¿Es incompatible la realización de gestiones online durante las pausas de 5 minutos establecidas en convenio colectivo para los trabajadores que prestan sus servicios con pantallas de visualización de datos?	33
III. FORMACIÓN	39
¿El tiempo dedicado a la formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales debe ser considerado tiempo efectivo de trabajo?	39
¿Puede el Convenio colectivo regular de forma más restrictiva el acceso a las entidades que imparten formación homologada en materia de Prevención de Riesgos Laborales?	40
¿La obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales puede condicionarse a que se alcance un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores?	42

IV. VIGILANCIA DE LA SALUD	47
¿Vulnera el derecho a la intimidad personal el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes del personal que presta servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas?	47
¿Tienen obligación los trabajadores de someterse a los reconocimientos médicos impuestos por las empresas?	48
¿Puede la empresa imponer a los conductores de la EMT la obligación de someterse a reconocimientos médicos?	48
¿Puede la empresa despedir a un trabajador por negarse a someterse a un reconocimiento médico?	50
¿Es posible eludir la voluntariedad de los reconocimientos médicos cuando están en juego los intereses de terceras personas?	51
V. COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS	57
¿Pueden las exigencias adicionales establecidas por un Convenio Colectivo suponer la denegación de la adscripción a un puesto compatible con el estado de salud del trabajador?	57
¿El trabajo a turnos es un factor de riesgo durante la lactancia natural?	58
¿Tiene derecho a la prestación por lactancia una trabajadora cuyo puesto de trabajo no le permite la extracción y mantenimiento de la leche materna durante su jornada laboral obligando a diferir la extracción?	60
¿Quién tiene la carga de probar la existencia o no del riesgo durante la lactancia?	62
¿El incumplimiento de las medidas de adaptación del puesto por riesgo durante la lactancia da derecho a la trabajadora a la prestación?	67
¿Qué requisitos deben darse para que exista riesgo durante la lactancia?	68
¿La falta de prueba sobre la existencia de riesgos específicos en relación con la actividad y situación de lactancia natural tiene como consecuencia la denegación de la prestación?	71
¿La exposición a agentes biológicos conlleva directamente la apreciación de riesgo durante la lactancia?	72

¿Puede considerarse que una enfermedad está comprendida dentro del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78?	73
VI. RESPONSABILIDAD PENAL	79
¿Es posible imputar dos delitos cuando la falta de medidas de seguridad produce un siniestro?	79
¿Existe responsabilidad penal de la empresa contratista cuando la subcontratista incumple sus obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales?	80
¿Qué elemento subjetivo contiene el delito contra la seguridad de los trabajadores?	81
¿Qué incidencia tiene la contratación de trabajadores sin permiso de trabajo en una actividad sin medidas de prevención?	82
¿Puede derivarse responsabilidad penal por el desgaste del material, cuando éste es conocido?	83
¿Quién puede ser declarado responsable penalmente en un delito contra la seguridad de los trabajadores?	86
¿Quiénes son sujetos activos del delito contra la seguridad de los trabajadores?	88
VII. REGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	93
¿La nulidad del acta de infracción como consecuencia de su caducidad supone la nulidad de la resolución sancionadora que pone fin al expediente sancionador?	93
¿Pueden ser considerados personales los datos relativos al tiempo de trabajado y por ello no permitir a la Inspección Laboral su consulta inmediata?	94
¿Son válidos los pactos contractuales que exoneran de responsabilidad a la empresa principal de las obligaciones impuestas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante el período de una contrata?	95
VIII. RECARGO DE PRESTACIONES	103
¿A partir de cuándo debe producirse los efectos del recargo de prestaciones?	103

¿Tiene naturaleza sancionadora el recargo de prestaciones?.....	103	¿Qué requisitos deben darse para imponer la responsabilidad solidaria a la empresa principal y las posibles subcontratas por recargo de prestaciones?	123
¿Cómo debe interpretarse el artículo 43.2 de la LGSS sobre la interrupción del plazo de prescripción para el reconocimiento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (5 años)?.....	105	¿Qué incidencia ejerce una Sentencia que exonera del recargo a una de las contratas respecto al resto de contratas?.....	125
¿La apertura del procedimiento penal interrumpe el plazo de prescripción para reclamar el abono del recargo de prestaciones?.....	106	¿La existencia de sucesión de empresa exime a la empresa adquiriente, de un posible recargo de prestaciones, por un accidente acaecido antes de la sucesión?.....	125
¿Se produce la suspensión del procedimiento de recargo de prestaciones por existencia de un procedimiento penal abierto por los mismos hechos?	107	¿Se puede imponer a una Administración Pública un Acta de Infracción?	132
¿Es posible imponer un recargo de prestaciones a una empresa como consecuencia de un accidente de trabajo cuando no se ha impuesto sanción administrativa por faltas de seguridad?.....	109	¿Cabe depurar responsabilidades frente a la Mutua y el Servicio de Prevención por incumplir estas con sus obligaciones?	133
¿Qué incidencia tiene una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que analiza la causa del accidente?.....	110	¿Qué incidencia tiene la temeridad del trabajador sobre la demanda de daños y perjuicios?.....	134
¿Qué incidencia tiene la revocación de la sanción administrativa sobre el recargo de prestaciones?	112	¿Es responsable el empresario si el accidente es consecuencia de un acto temerario de un compañero?.....	143
¿Qué sucede si la Administración no resuelve un recargo de prestaciones en el plazo legalmente establecido?.....	112	¿Procede el recargo de prestaciones en los casos en los que se pueda acreditar la formación suficiente del trabajador siniestrado?	144
¿Qué efectos tiene una sentencia absolutoria respecto al recargo de prestaciones en una demanda de daños y perjuicios que analiza el mismo accidente?.....	114	¿Se puede minorar el recargo de prestaciones por concurrir imprudencia del trabajador?	145
¿Qué efecto tiene una Sentencia de otra jurisdicción que analiza la responsabilidad civil de la empresa?	116	¿Es necesario que concorra nexo causal entre el accidente de trabajo y el incumplimiento de medidas de seguridad del empresario para atribuir responsabilidad a la empresa?	147
¿Qué incidencia puede llegar a tener la caducidad de una Acta de Infracción contra una empresa (por un accidente de trabajo), sobre el recargo de prestaciones?	117	¿El porcentaje aplicado por el juez de instancia puede ser revisado?	148
¿Cuándo puede imponerse el recargo de prestaciones al empresario?.....	118	¿Puede exigirse responsabilidad al empresario si no se conoce la causa del accidente de trabajo?	149
¿Qué incidencia tiene el riesgo de atraco sobre el Recargo de Prestaciones?.....	119	IX. RESPONSABILIDAD Y DAÑOS	153
¿Cabe imponer un recargo de prestaciones a la empresa principal, que no fue responsable del accidente de trabajo sufrido por un trabajador perteneciente a una subcontrata?	120	¿Qué requisitos son determinantes para considerar que concurre responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo?.....	153
		¿El empresario tiene que responder del accidente de trabajo cuando no se ha probado ningún tipo de negligencia por su parte?.....	154

¿Es responsable la empresa por un accidente cuya causa es desconocida y el trabajador estaba debidamente informado?	156	¿La concurrencia de diagnóstico de exposición al amianto y tabaquismo permite reducir la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios?	190
¿En caso de estar ante un accidente fortuito (no producido por la infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo), cabe responsabilidad empresarial?	161	XI. SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD	195
¿Cuáles son las reglas generales en la determinación de la indemnización de Daños y Perjuicios?	164	¿Qué es el <i>bossing</i> ? ¿Está reconocida como conducta singularizada?	195
¿Se puede revisar en vía de recurso la indemnización fijada por el Juzgador de instancia?	169	La reubicación de un trabajador por problemas estructurales (remodelación del edificio) de forma prolongada ¿puede ser indicio de una actuación atentatoria contra su dignidad?	197
¿La edad es un factor que puede modular la indemnización por daños y perjuicios, o su aplicación puede considerarse discriminatoria?	170	¿Qué incidencia tiene el efecto del material suministrado por la Administración, si este es defectuoso?	200
En caso de haber percibido varias indemnizaciones derivadas de un mismo hecho causante ¿pueden compensarse?	171	¿El empleado público es responsable patrimonial de los daños producidos en sus empleados por no haber cumplido con sus obligaciones en materia de Seguridad y Salud?	202
¿Es responsable civil el empresario por actos de acoso ejercidos por sus empleados y/o familiares que trabajen en la empresa?	174	¿Es responsable administrativa la empresa por una infracción de prevención si existe una condena penal al gerente y al Director de Producción?	204
¿La indemnización por daños morales correspondiente a los días no impositivos es la misma que la de los días de hospitalización?	178	¿Es posible que la subcontrata repita contra la contrata principal la sanción impuesta a ésta?	208
¿Es procedente el despido de un trabajador por embriaguez no habitual si produce grave riesgo para la vida y la integridad física de los trabajadores?	180	¿Cuándo se inicia el plazo de prescripción para reclamar daños derivados de un accidente de trabajo?	211
¿Es procedente el despido disciplinario de un trabajador por fumar en los vestuarios de la empresa?	182	XII. SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y MUTUAS DE ACCIDENTES	217
¿Es procedente el despido disciplinario de un trabajador por no utilizar los Equipos de Protección Individual?	183	¿Es responsable el INSS de los perjuicios causados por irregular praxis sanitaria de una Mutua?	217
¿La garantía de prioridad de permanencia alcanza a los miembros del Servicio de Prevención si es afectado por un despido colectivo?	185	¿Las Mutuas pueden ejercer funciones como Servicios de Prevención Ajeno?	218
X. EN ESPECIAL: EXPOSICIÓN AL AMIANTO	189	¿La Empresa es responsable en el ámbito de prevención de riesgos laborales, cuando ha contratado con una empresa ajena el cumplimiento de la normativa de prevención?	221
¿Qué impacto tiene las dolencias sobre la graduación del recargo?	189		
¿Qué debería acreditar el empresario para enervar su responsabilidad en caso de enfermedad profesional?	189		

I. INTRODUCCIÓN





I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que estamos a un paso de la celebración de las *bodas de plata* de la LPRL, pocos estudios “de caso” se han realizado y publicado en nuestro ordenamiento jurídico. La dificultad de la materia, derivada de su interdisciplinariedad e ingente producción judicial ha supuesto que seamos realmente pocos los que hemos decidido dedicar una parte prevalente de nuestra investigación y reflexión jurídica a las consecuencias jurídicas y judiciales que pueden concurrir en esta disciplina.

Tras casi 25 años de vida de la LPRL, es un excelente momento para que pueda presentarse un primer estudio jurídico sobre los pronunciamientos más relevantes en materia de seguridad y salud laboral.

En efecto, el derecho de la seguridad y salud laboral ha evolucionado de manera importante, y somos muchos los que hemos ido siguiendo gran parte de esos avances normativos, por ello, algunas de las opiniones que hemos ido expresando en numerosas publicaciones a lo largo de este periodo evolutivo son ahora un mero recuerdo al haberse modificado la norma en el sentido que se proponía, otras han de ser matizadas y/o rectificadas y otras – finalmente – se ven reafirmadas, si cabe, con mayor contundencia.

Son numerosas las ocasiones en las que por escrito y en conferencias se ha destacado que técnicamente es muy difícil afirmar que la causa del alto índice de siniestralidad que padecemos sea, como en tantas otras ocasiones, una respuesta normativa insuficiente, pues – como se conoce – la cantidad y calidad de las normas en materia de seguridad y salud laboral, tanto a nivel comunitario como en nuestro país, es realmente importante.

Siendo así y tras este casi tercio de siglo, deberíamos preguntarnos sobre cuáles son las causas que explican la disfunción existente aún entre un tratamiento normativo difícilmente mejorable y una realidad práctica que parece complicado que pueda empeorar, aunque somos muchos los que creemos que en el contexto actual de crisis económica, desgraciadamente dicha realidad empeorará al generalizarse la precariedad laboral, dando paso a un colectivo de trabajadores al que ya se le denomina como “preariado”. En este punto, mi opinión es que existen un conjunto de circunstancias, algunas jurídicas y otras ajurídicas, que forman todavía un importante lastre para pueda equilibrarse finalmente el “deber ser con el ser” en esta materia.

Entre estos factores cabe destacar el tan traído y llevado, pero tan verdadero, problema de la cultura preventiva. La cultura de la prevención (anverso) o la cultura del riesgo (reverso) es un factor sobre el que debemos seguir trabajando en estadios, seguramente, previos a la entrada del trabajador/empresario en el mercado de trabajo. Si las carencias de dicha cultura preventiva se dejaron ver hasta el año 2008, por tanto, en un entorno económico de “crecimiento anual a dos cifras” de muchas empresas y sectores que generaba un “todo vale”; durante la ingente crisis económica que ahora parece estar superándose, la inversión en prevención (la inversión de la que se partía) se ha mostrado como una de las partidas empresariales que más está “sufriendo”. Así, sólo las empresas que se saben son peligrosas desde un punto de vista productivo o aquellas en la que “ya se ha pasado” por la desgracia de haber “gestionado personal y judicialmente un accidente de trabajo muy grave no salen de esta fotografía tan negativa.

Junto a ello, disponemos de un sistema de control público (Inspección de Trabajo) infra-dotado y, por ello, con importantes muestras de ineficacia e ineficiencia. Además, nos hemos dotado de un sistema de control privado, injustificadamente parcelado a la prevención “interna”.

En esta misma línea y por mucho que nuestro sistema de responsabilidades sea realmente completo, la infravaloración del daño laboral por parte de los órganos judiciales y el hecho de que en la compensación final del daño se acaben detrayendo cantidades percibidas por el trabajador (tales como el capital-coste de las prestaciones de seguridad social, mejoras voluntarias...) termina conduciendo a una situación en la que el sujeto que incumple (normalmente el empresario) no acaba asumiendo el coste de la totalidad del daño causado al trabajador, con lo que los incentivos reales para que se acabe haciendo prevención se ven considerablemente reducidos, así como el propio incentivo para que el trabajador acuda a la jurisdicción solicitando la compensación de los daños y perjuicios irrogados por un accidente de trabajo. Al final, nos encontramos en un contexto en que existe una muy relativa “presión” sobre quién debe finalmente cumplir que es, además y como ya he dicho, alguien que normalmente percibe la seguridad y salud laboral como un coste en lugar de cómo una inversión.

No obstante, no se pretende hacer recaer todo el peso o responsabilidad de la disfunción apuntada en factores “aplicativos”, pues la configuración de la organización de la prevención en nuestro estado (servicios de prevención) es, sin duda, muy mejorable. Es claro que el RD 171/2004 o el artículo 32 bis de la LPRL (sobre los que luego volveré) han intentado solventar los efectos perversos de la externalización de la prevención. Pero son normas que, a nuestro entender, no han abordado el problema de manera directa, creando aún más confusión al respecto.

Pues bien, es en este contexto que se presente este interesante estudio “de caso”. Una investigación que presenta de manera muy didáctica (en formato pregunta-respuesta) las cuestiones que en materia preventivas se están planteando a nivel judicial en la actualidad.

A destacar, sin duda, el casi tratado judicial (por su completud) que se hace sobre la judicialización del recargo, sin olvidar destacar la más que interesante conflictividad judicial reciente sobre los riesgos vinculados a la lactancia, así como el tratamiento que se efectúa sobre la concurrencia de culpa del trabajador en la modulación, que no exoneración, de las responsabilidades públicas y privadas, incluida la mixta del recargo, que se derivan del incumplimiento de la normativa preventiva.

En suma, estamos ante un estudio judicial o “de caso”, eminentemente práctico y – consideramos que entendible, para todos los agentes intervinientes en la gestión de la prevención: prevencionistas, empresarios, jefes de equipo, trabajadores, abogados, inspección de trabajo, órganos judiciales, ... Esperemos que el lector alcance la misma conclusión una vez consulte el estudio.

II. EVALUACIÓN DE RIESGOS



II. EVALUACIÓN DE RIESGOS

2.1 Contenido obligatorio de la evaluación de riesgos.

2.1.1 Evaluación de las imprudencias no temerarias

¿Debe prever la empresa las posibles imprudencias no temerarias de los trabajadores a la hora de adoptar las medidas de protección?

Sí, la empresa debe prever la posible imprudencia de los trabajadores, debiendo considerarse que un accidente de trabajo producido por la excesiva confianza de un trabajador es una imprudencia simple, y no temeraria, por lo que la empresa debía haber establecido un procedimiento de trabajo adecuado y haber formado a sus trabajadores.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 1 de marzo 2017

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandante, en reclamación sobre impugnación de sanción por falta de medidas de seguridad y salud laboral. El Tribunal analiza el accidente mortal ocurrido a un trabajador al introducirse en la tolva de una máquina compactadora para desatascarla, basándose en la falta de un mecanismo de parada automática o manual, así como falta de formación adecuada del operario.

“Esta Ley, en su artículo 14.2, establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...”. En el apartado 4 del artículo 15 señala “que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. Finalmente, el artículo 17.1 establece “que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”.”

“La adopción de medidas de protección de los trabajadores corresponde a la empresa, que debe tener en cuenta los posibles riesgos que pueden generarse en la actividad de sus empleados, especialmente si, entrañan una especial peligrosidad, como ha demostrado el manejo de la prensa causante del accidente, y las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.”

La actuación del trabajador “se debe a un exceso de confianza en el trabajo que se realiza, de modo que nos encontraríamos, a lo sumo, ante una imprudencia profesional simple, no constitutiva de imprudencia temeraria, y la efectividad de las medidas preventivas deben prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador,

especialmente si se hace cargo del manejo de maquinaria que suponga riesgo para su seguridad, y la deuda de seguridad para con el mismo no se cumplió, ya que no basta con formar a los trabajadores, sino que debe preverse la posible imprudencia de los mismos.”

“En el caso que nos ocupa, no consta acreditado que el trabajador accidentado, que operaba en la máquina solo, hubiese recibido una formación adecuada; ni consta la existencia de ningún procedimiento de trabajo que asegure debidamente los pasos que antes se indicaron.”

2.2 Evaluación de riesgos psicosociales

2.2.1 Consecuencias del incumplimiento.

¿Puede ser sancionada la empresa simultáneamente por la falta de evaluación de riesgos psicosociales y por la falta de adopción de medidas preventivas suficientes para eliminar y reducir el riesgo psicosocial?

Sí, ya que son conductas diferenciadas que pueden ser valoradas y sancionadas independientemente, pudiendo haberse evitado la sanción por falta de adopción de medidas preventivas si tras la sanción por falta de evaluación de riesgos, éstos si hubieran evaluados y la empresa hubiera adoptado las medidas necesarias.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 7 de marzo 2018

“La primera infracción que se le imputa a la recurrente y por la que se le sanciona, es infracción prevista en el artículo 16.2 a) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, y obedece a no haberse evaluado a la fecha de inicio de la actividad inspectora, todos los riesgos laborales del trabajo de los teleoperadores, toda vez que no se incluyeron en la evaluación los riesgos los riesgos psicosociales.

En cambio, la segunda sanción, se impone por la falta de adopción de medidas preventivas suficientes para eliminar o reducir el riesgo psicosocial, habida cuenta que desde que se realizó una evaluación psicosocial en Julio de 2010 y hasta la fecha de la finalización de la inspección, lo que se produjo 9 meses después, no se adoptaron medidas de aquella naturaleza, pese a los requerimientos de la inspección en tal sentido. Se trata por tanto, al margen de que sean o no procedentes las dos sanciones, solo una de ellas o ninguna, lo que a continuación será estudiado, de dos conductas diferenciadas que diferenciada e independientemente pueden ser valoradas y sancionadas, sin que por tanto se trate de infracciones que sean una consecuencia una de la otra, toda vez que la segunda pudo haberse evitado si tras la primera, y una vez evaluados los riesgos, la empresa hubiera actuado adoptando las medidas necesarias que, sino eliminaran, al menos pudieran reducir al mínimo posible los riesgos que se derivan del trabajo que realizan los teleoperadores que prestan servicios para la demandada. Así pues, este motivo de recurso ha de ser desestimado”.

2.2.2 Infarto en centro de trabajo

¿Es suficiente para cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales la evaluación los riesgos físicos?

No, también se deben incluir en la evaluación de riesgos los riesgos psicosociales, más aún cuando los puestos de trabajo tienen un alto volumen de trabajo, son retribuidos por objetivos y cuentan con una elevada responsabilidad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de noviembre de 2014.

El actor es director de oficina bancaria y sufre un infarto en lugar y tiempo de trabajo, por lo que acude a urgencias donde es diagnosticado. Posteriormente se le concede una Incapacidad Permanente Absoluta. En su centro de trabajo se había reducido en uno el número de empleados, y sufrido poco antes un atraco. La empresa no había realizado la evaluación de riesgos psicosociales para oficinas bancarias, ni impartido formación en materia de prevención, ni vigilancia de la salud del trabajador, salvo la relacionada con cuestiones posturales, oculares o atropellos.

En la instancia se reconoce el recargo, y la sala confirma el pronunciamiento al entender que la empresa limitó la prevención de riesgos, excluyendo los psicosociales a pesar de existir vinculación con el volumen de trabajo, el sistema retributivo por objetivos y el puesto de responsabilidad del actor, además de concurrir en el trabajador factores de riesgo.

2.2.3 Requisitos para la realización de una evaluación de riesgos psicosociales válidamente ejecutada

¿Puede elaborarse un plan de prevención de riesgos psicosociales omitiendo el derecho de participación y consulta del Comité de Seguridad y Salud?

No. Este es un derecho que les confiere los artículos 36 y 38 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que la omisión empresarial de este derecho supone que el procedimiento de elaboración es inadecuado, cuyas consecuencias son la necesidad de proceder a una nueva elaboración del plan, con participación y consulta expresa del Comité de Seguridad y Salud Laboral.

Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid, Sala de lo Social, de 14 de mayo del 2014.

En la presente demanda de conflicto colectivo se solicitaba que se declarara que el método y procedimiento seguidos por la empresa para llevar a cabo la identificación de los riesgos psicosociales en sus centros de trabajo, en base al informe de “Identificación o análisis inicial de riesgos para la evaluación psicosocial básica” elaborado por el Servicio de Prevención Mancomunado en el año 2012, no es adecuado para la pretensión

de la empresa de no realizar una evaluación de riesgos psicosociales, por cuanto que no ha respetado la confidencialidad de las encuestas, se han dirigido a un muestreo de trabajadores y no a la totalidad de la plantilla, y no se ha contado con el Comité de Seguridad y Salud. Y, en consecuencia, por parte de la empresa demandada BANCO se proceda a:

Realizar correctamente una identificación de riesgos laborales de origen psicosocial.

Que una vez identificados estos riesgos, se adopten las medidas correctoras y eliminadoras de los mismos.

Que en el caso de quedar algunos latentes, que no se hayan podido eliminar, se efectúe una evaluación de dichos riesgos con un procedimiento que proporcione confianza sobre su resultado.

Establecer, en su caso, según los resultados obtenidos en la evaluación de riesgos efectuada, las correspondientes medidas preventivas, aplicarlas o planificar su ejecución.

Se alega en la demanda que la empresa no sólo ha utilizado un método cercenado o incompleto, en el que valora con una media los ítems no puestos, sino que ha utilizado la técnica del muestreo que no aporta fiabilidad por lo que el método no proporciona confianza sobre su resultado.

El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social - Subdirección General para la coordinación en materia de relaciones laborales, prevención de riesgos laborales y medidas de igualdad- hace constar, en relación con las denuncias presentadas en varias inspecciones provinciales contra la empresa relativas a la evaluación de riesgos psicosociales y la adecuación del método utilizado para su realización, se procedió a solicitar asesoramiento técnico sobre la cuestión al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Tras recibir el correspondiente informe, analizar el mismo y sin reiterar las cuestiones que constan ya en él, se concluye que el procedimiento denominado por la empresa "identificación o análisis inicial de riesgos para la evaluación psicosocial básica" no es adecuado para la pretensión de la misma de no realizar una evaluación de riesgos psicosociales.

Este informe se elaboró una vez emitido el informe del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas, para ello establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia y de su contenido (hecho probado 12º) claramente se desprende que como se sostiene en la demanda el procedimiento utilizado por la empresa demandada no es adecuado para la pretensión de empresa de no realizar una evaluación de riesgos psicosociales y, por consiguiente la empresa debe efectuar la evaluación de los riesgos psicosociales.

En el mismo sentido se emitieron los informes de la Inspección de Trabajo y seguridad social de las Islas Baleares, de Castilla León y de Cáceres en todos ellos se requiera la empresa para que realice evaluación psicosocial de los de trabajo de su competencia considerando en dicha evaluación las recomendaciones que constan en el informe emitido por el INSHT.

De los hechos probados se desprende (hecho probado cuarto) que el Comité Único de Seguridad y Salud Laboral (en adelante CUSSL) constituido en la entidad demandada, en las que se trató el tema de Riesgos Psicosociales se ha reunido en reuniones ordinarias en fechas 21 de enero, 22 de abril, 5 de octubre, y 4 de noviembre de 2010; 17 de febrero, 8 de junio, 7 de julio, y 6 de octubre de 2011; 26 de enero, 17 de abril, 19 de julio y 11 de octubre de 2012; 31 de enero y 9 de mayo de 2013.

Las reuniones extraordinarias tuvieron lugar en fechas 2 de junio, 8 de julio y 14 de diciembre de 2010; 24 de marzo y 7 de julio de 2011 y 10 de octubre de 2012 y 21 de febrero de 2013. En estas reuniones la Representación Legal de los Trabajadores con presencia en dicho Comité, abandonó la Comisión de trabajo creada para la Identificación y Evaluación de los Riesgos Psicosociales y los mismos no participaron en la definición de la metodología a aplicar en el estudio del factor psicosocial así como en el calendario de actuación para la evaluación de los Riesgos Psicosociales en los centros de trabajo. Los cuestionarios de evaluación elaborados unilateralmente por la empresa, obviando a la Representación Legal de los Trabajadores, se realizan a los trabajadores en sus centros de trabajo y en presencia de técnicos del Servicio Mancomunado de Prevención del Grupo, lo que vulnera la confidencialidad. Por lo que procede estimar íntegramente la demanda al haberse vulnerado por la empresa los derechos de participación, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos psicosociales que les confiere el artículo 36 y 38 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

2.3 Insuficiencias en la Evaluación

2.3.1 Riesgo de agresiones físicas.

¿Puede imponerse un recargo de prestaciones, cuando el efectivo cumplimiento de las obligaciones pueda no ser suficiente para evitar el accidente de trabajo?

Sí, ya que tal posibilidad no destruye la relación causal entre el daño producido y el incumplimiento, que se produce cuando no se da una formación adecuada, no se identifican los riesgos del puesto ni se establece un protocolo de actuación.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de mayo 2017

El Tribunal estima el recurso interpuesto por un trabajador portero de discoteca, el cual recibió una agresión física desempeñando su trabajo, teniendo la empresa la obligación de pagar un recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad. El TSJ se basa en el carácter de riesgo de dicha profesión, así como en la necesidad del trabajador

de recibir, antes de empezar a ejercer su profesión, una formación adecuada para poder hacer frente a situaciones peligrosas, y en el deber de la empresa de identificar los riesgos del puesto de trabajo en su plan de prevención y establecer un protocolo de actuación ante eventuales situaciones conflictivas.

“La profesión de portero de una discoteca entraña riesgos para la integridad física del trabajador, ya que con cierta frecuencia se producen discusiones y peleas provocadas por eventuales clientes que desean acceder al local o que han de ser expulsados del mismo por su incorrecto comportamiento, por lo que el trabajador ha de recibir, antes de empezar a ejercer su profesión, una formación adecuada para poder hacer frente a estas situaciones, y la empresa ha de identificar los riesgos del puesto de trabajo en su plan de prevención y establecer un protocolo de actuación ante eventuales situaciones conflictivas, lo que en el caso del actor no hizo.

Cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede no ser suficiente para evitar un accidente como el ocurrido, pero ello no permite inferir que no existe relación causal entre el incumplimiento y el resultado dañoso producido. Precisamente sobre un supuesto que puede considerarse similar de atraco a un local se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2013, declarando la existencia de responsabilidad empresarial por no haber informado correctamente a la trabajadora, auxiliar de caja en un salón recreativo, sobre los riesgos de su puesto de trabajo, no existir una evaluación completa de los riesgos del puesto de trabajo y no haberse adoptado concretas medidas de seguridad y prevención.”

2.3.2 Riesgo de atraco.

¿Debe pagar la empresa recargo de prestaciones cuando no prevé el riesgo de exposición a un posible atraco?

Sí, no evaluar ni prever los riesgos que pueden causar otras personas, como puede ser el caso de un atraco, supone un incumplimiento de la norma de prevención.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 12 de junio de 2013.

En esta sentencia se debate sobre la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad impuesto a un salón recreativo, en un supuesto de atraco a mano armado sufrido por una trabajadora que prestaba sus servicios como auxiliar de caja en habitáculo separado del salón de juego.

La empresa recurrente alega la infracción del artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social, al entender que ninguna norma de seguridad concreta infringió y que falta el necesario nexo causal entre su actuación y el siniestro.

Para resolver la cuestión se aplica la doctrina sentada por este Tribunal en esta materia: en sus recientes sentencias de y 26 de mayo de 2009 entre otras, que establecen lo siguiente:

“El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e 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

Este mismo concepto de responsabilidad por el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo.... En el apartado 4 del artículo 15 señala que: la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

Finalmente, el artículo 17.1 establece: que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores.

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que: los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores.

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es: la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”

A la luz de estos preceptos analizados la doctrina exige como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes elementos:

Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible 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 empleado,

Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

Como ha afirmado esta Sala, el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, es por ello que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, y esta protección debe practicarse aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

En este caso concreto, la empresa disponía de un *Plan de Emergencia* que no incluye una evaluación de riesgos en caso de atraco ni tampoco de prevención del mismo, así como tampoco medidas de seguridad para evitarlo, únicamente establece instrucciones sobre medidas a tomar a posteriori. Ello supone un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales antes citada.

Del mismo modo, resulta interesante destacar que el Tribunal estima la existencia de un nexo de causalidad indirecto entre el puesto de trabajo ocupado por la trabajadora y el daño sufrido por la misma, puesto que éste se produce con ocasión del trabajo y no con motivo del trabajo. De esta forma, el daño no se hubiera producido de no encontrarse la trabajadora en su puesto de trabajo en el momento del atraco. Y a su vez, recuerda que en el Anexo 1A de las Directrices europeas para la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, elaboradas dentro del Programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000), establece que como riesgo a evaluar “*los peligros causados por otras personas, por ejemplo, violencia contra el personal que atiende al público, los guardias de protección personal...*”

Con ello se desestima el recurso de la empresa y se le sentencia al pago del recargo impuesto.

¿Es incompatible la realización de gestiones online durante las pausas de 5 minutos establecidas en convenio colectivo para los trabajadores que prestan sus servicios con pantallas de visualización de datos?

Si, siempre que la empresa ordene que los trabajadores hagan gestiones online durante estos descansos.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 8 de junio 2017

La Sentencia aborda el tema del derecho a la pausa de cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo por parte del personal que trabaja en pantallas de visualización de datos. Es incompatible la finalidad de estas pausas con la realización de gestiones online desde los ordenadores personales y también desde los quioscos establecidos en cada centro de trabajo. No obstante, no se ha probado que sea la empresa quien ordena o consiente que los trabajadores hagan estas gestiones durante la pausa PVD, comprobando que “*ha cumplido escrupulosamente los mandatos legales y convencionales, al haberse acreditado que organiza debidamente las pausas, cuya ordenación se decide libremente por los trabajadores.*”

“Los trabajadores no tienen derecho legal o convencional a realizar gestiones con la empresa durante su jornada de trabajo, salvo que sea la empresa, quien les convoque al efecto, de manera que, si son los trabajadores quienes utilizan las pausas PVD para realizar las gestiones, sin que la empresa les imponga dicha medida, como no podría ser de otro modo, puesto que se han implementado medios telemáticos, que permiten realizar todas esas funciones on-line desde sus propios ordenadores personales o desde el quiosco fuera de su jornada efectiva de trabajo o, en su caso, durante los descansos diarios, regulados en el art. 24 del convenio.”

Cuestión distinta es, como resaltó la letrada de CIGA, que se realicen on-line en las pausas PVD las gestiones reiteradas desde el quiosco, puesto que dicha actividad es totalmente incompatible con la finalidad de las pausas PVD, de manera que los trabajadores deberán abstenerse de su realización y corresponderá a la empresa impedir dichas actividades, con base al deber de seguridad ya mencionado. - Ahora bien, no habiéndose probado que sea la empresa, quien ordena o consiente que los trabajadores hagan gestiones on line durante las pausas PVD, ni se ha probado que lo hagan con su conocimiento y aceptación, nos vemos obligados a la total desestimación de la demanda.”

III. FORMACIÓN



III. FORMACIÓN

3.1 Formación en Materia de Prevención de Riesgos Laborales.

3.1.1 Consideración de las horas dedicadas a formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales como tiempo de trabajo.

¿El tiempo dedicado a la formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales debe ser considerado tiempo efectivo de trabajo?

Sí. En la medida en que la formación en materia de Prevención de Riesgos Laborales es obligatoria y necesaria para el desempeño de la actividad profesional debe ser considerado tiempo efectivo de trabajo. En este sentido, el empresario deberá retribuir el tiempo destinado a la formación como horas ordinarias de trabajo (aunque se realicen fuera del horario habitual del trabajador) y compensar todos los gastos que se hayan podido ocasionar al trabajador como consecuencia de la misma

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de diciembre 2017

El Tribunal afirma que el tiempo dedicado a actividades formativas necesarias para el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo ha de considerarse tiempo de trabajo y, como tal, ha de compensarse como hora ordinaria, aunque se realice fuera de la jornada normal. La formación consiste en un *“curso de formación inicial básico, para la renovación del ADR, cuyos contenidos versan sobre disposiciones y conductas del conductor aplicables al transporte de mercancías peligrosas; finalidad y funcionamiento de los vehículos y de los equipos técnicos; principales riesgos, clases de mercancías peligrosas y medidas de prevención”*.

“La renovación del ADR obliga a los trabajadores a superar con aprovechamiento el curso de reciclaje, así como los exámenes correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.3 RD 818/2009, por lo que nos encontramos ante una actividad formativa de la que el art. 23.1 d) del ET señala como necesaria, y que es ineludible la renovación para que los trabajadores puedan desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo, además de que la autorización especial caduca cada cinco años, lo que evidencia la necesidad de un reciclaje formativo continuo, que tiene su razón de ser en las características de los vehículos a conducir y mercancías peligrosas a transportar.

Por lo tanto, el tiempo dedicado a estas actividades formativas, en concreto las necesarias para la renovación del ADR comprendiendo no solo la asistencia al curso y su superación con aprovechamiento, sino también el examen sin el cual no se obtiene la correspondiente certificación, han de considerarse tiempo de trabajo efectivo y ha de ser remunerado como tal, pues conforme a lo dispuesto en el art. 23.1.d) ET y el art. 42 del III Convenio las actividades formativas deben realizarse preferentemente durante la jornada de trabajo, corriendo a cargo de la empresa, cuando no sea posible impartirlas dentro de la jornada de trabajo, como con acierto señala la sentencia recurrida.”

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 27 de octubre 2017

La Sentencia de la Audiencia Nacional dice que el trabajador tiene derecho a que el tiempo empleado en realizar acciones formativas fuera de las horas de trabajo, sea considerado como tiempo efectivo de trabajo, cuando se trate de: “a) Formación obligatoria en materia de prevención de riesgos laborales”, “b) formación obligatoria por necesidad o conveniencia de la empresa e impuesta por la misma, en materias distintas a la prevención de riesgos laborales”, y “c) asistencia a acciones de formación que sean obligatorias, para asegurar el correcto desarrollo de las funciones de los trabajadores”.

“(…) el tiempo prestado en régimen de presencia física debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, independientemente de que el trabajador tenga o no la obligación de realizar durante su presencia una actividad laboral (incluso se considera tiempo de trabajo aunque al trabajador que deba estar presente obligatoriamente en el centro de trabajo se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios), mientras que la obligación de localización no debe considerarse tiempo de trabajo, salvo cuando el trabajador es llamado al servicio y debe llevar a cabo una prestación efectiva de servicios, no siendo tiempo de trabajo el tiempo en el que el trabajador permanece simplemente en régimen de localización.”

“Por consiguiente el tiempo de formación obligatoria en la que el trabajador debe estar presente en el centro de trabajo o en cualquier otro lugar determinado por el empresario para llevar a cabo tal actividad, es tiempo de trabajo.

Por tanto, no puede entenderse legítimo que la empresa pueda obligar al trabajador a realizar unas determinadas acciones formativas fuera de su tiempo de trabajo, en el tiempo de descanso no retribuido. Si la actividad formativa es impuesta como obligatoria por la empresa, entonces es considerada como tiempo de trabajo o es ilegítima y la solución ha de ser la primera. Aunque obviamente ninguna ilicitud se puede apreciar en que las concretas horas dedicadas a la formación se sitúen fuera del horario habitual de trabajo. Su consideración como tiempo de trabajo llevará a su compensación en la forma que proceda legal y convencionalmente.”

3.1.2 Alcance de la negociación colectiva en cuanto a la formación en materia de PRL.

¿Puede el Convenio colectivo regular de forma más restrictiva el acceso a las entidades que imparten formación homologada en materia de Prevención de Riesgos Laborales?

Sí, siempre que el objeto del pacto sea mejorar las condiciones laborales de los trabajadores.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2013.

El Convenio de la Construcción regula de forma más restrictiva el acceso de las entidades que pueden impartir la formación homologada a efectos de obtener la TPC (Tarjeta Profesional de la Construcción). La Sala analiza la impugnación de dicha previsión convencional por suponer una posible injerencia a la libre competencia empresarial.

La Sentencia concluye que los agentes negociadores están legitimados para regular de forma más restrictiva el acceso de las entidades que puedan impartir formación homologada a efectos de obtener la Tarjeta profesional de la construcción, si con ello consideran que se incrementa la protección de los trabajadores.

La Sentencia analiza cuándo puede decirse que un acuerdo o convenio colectivo lesiona la libre competencia.

La Sala de la Audiencia Nacional, siguiendo la STJUE de 21 de septiembre de 1999 razona que “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al art 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y trabajo”. Por ello, sostiene el Tribunal, una interpretación coherente impone que “los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 85, apartado 1, del Tratado”.

Sin embargo, el Tribunal admite que, en determinados casos, es posible que el acuerdo colectivo se alcance con el fin de lesionar la libre competencia, por ello “es preciso examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del art. 85, apartado 1, del Tratado”. Esta doctrina es mantenida posteriormente en la STJUE de 21 de septiembre de 2000 y 3 de marzo de 2011, entre otras.

En aplicación de la citada jurisprudencia puede razonarse que lo establecido en un acuerdo o convenio colectivo no lesiona la competencia, siempre que el objeto del pacto sea mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Habrá que enjuiciar cada caso concreto y analizar si el pacto colectivo es acorde con su naturaleza y finalidad, lo que algunos denominan “test Albany”. Dicho de otro modo, deben admitirse las restricciones del mercado que puedan derivarse de la negociación colectiva siempre que se encuentren ligadas a los intereses y finalidades esenciales de las representaciones sindicales.

Así pues, el art. 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales regula el derecho a la formación en materia preventiva de los trabajadores. Y el art. 10.3 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sobre subcontratación en el sector de la Construcción establece un régimen específico en la materia al establecer, en lo que ahora

nos interesa, que dadas las características que concurren en el sector de la construcción, “reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. El sistema de acreditación que se establezca, que podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, será único y tendrá validez en el conjunto del sector, pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo”.

De lo expuesto se infiere que el convenio colectivo se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios, en nuestro caso, *la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo*, por lo tanto, aunque pueda afectar a las expectativas de negocio de determinados empresarios, no podemos afirmar que estamos ante una lesión de la competencia. Estando los negociadores colectivos en su derecho de regular de forma más restrictiva el acceso de las entidades que puedan impartir formación homologada a efectos de obtener la Tarjeta profesional de la construcción, si con ello estiman que se protege mejor los intereses de los trabajadores.

¿La obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales puede condicionarse a que se alcance un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores?

No, salvo que la formación sea voluntaria. La negociación colectiva podrá concretar los contenidos, modalidades o ampliar la obligación empresarial de formación, pero no es jurídicamente posible que quede condicionada a que se alcance un acuerdo con la Representación Legal de los Trabajadores por tratarse de una obligación legal.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 2014.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional debate sobre si la obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales puede o no condicionarse a que se alcance un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Antes de entrar a resolver la controversia debe subrayarse que las partes no hacen distinción entre los diversos tipos de formación (desde el punto de vista de su obligatoriedad o voluntariedad para el empresario), lo que se considera relevante para la solución del litigio, como a continuación se expone.

La Sala de lo Social de la AN resuelve que la negociación colectiva puede concretar los contenidos y modalidades, o ampliar la obligación empresarial de formación en materia preventiva, pero no se puede condicionar el cumplimiento de la obligación que incumbe al empresario a un requisito previo consistente en que se alcance un acuerdo con la representación legal de los trabajadores, porque con ello resultaría que, a falta de acuerdo,

se estaría eximiendo al empresario del cumplimiento de la obligación legal, lo que no es jurídicamente posible.

Lo anterior es compatible con la obligación de información y consulta de los planes de formación con la representación legal de los trabajadores, en los términos del artículo 64.5.e del Estatuto de los Trabajadores (y del artículo 4 de la Directiva 2002/14/CE).

Si tras dicha información y consulta no se alcanzase un acuerdo, el empresario estaría obligado a impartir la formación a la que estuviera obligado, independientemente de las acciones que puedan tener los trabajadores, individual o colectivamente, para exigir el correcto contenido de dicha obligación o para reaccionar frente a los incumplimientos de los deberes de información y consulta.

Por consiguiente, la posibilidad de sometimiento de los planes y acciones de formación profesional al requisito de un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores solamente es posible respecto de aquellas acciones formativas que el empresario no está obligado a desarrollar. Muy especialmente tal regulación puede encajar e incluso resulta idónea en el ámbito del artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, para el establecimiento por la empresa de planes de formación que eximan a la misma de la concesión del permiso de 20 horas anuales previsto en ese precepto, el cual ya prevé expresamente que su regulación no es de aplicación a “la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes”.

Aunque las partes no hayan efectuado esta distinción, la misma es básica, porque el convenio colectivo solamente podría condicionar el cumplimiento por el empresario de su obligación formativa a la previa existencia de un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el caso de la formación que no es legalmente obligatoria para la empresa.

IV. VIGILANCIA DE LA SALUD



IV. VIGILANCIA DE LA SALUD

4.1 Vigilancia de la Salud

4.1.1 Reconocimiento Médico

¿Vulnera el derecho a la intimidad personal el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes del personal que presta servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas?

No, este procedimiento es proporcional al riesgo creado, respondiendo a una necesidad objetiva como es la salvaguarda de la seguridad nuclear y radiológica.

Sentencia TSJ de Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 15 de junio 2017

En esta sentencia se denuncia infracción del derecho a la intimidad personal proclamado en el artículo 18.1 de la C.E. en relación con el art. 53.1 de la C.E. y art. 5.1 de la LOPJ, por entender que el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes (PG-066) del que se postula que se declare nulo y contrario a derecho, conculca el derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores al quedar desprovisto de amparo legal. La sentencia analiza la posible vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores, afirmando que no se vulnera con el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes del personal que presta servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas por contar con habilitación legal suficiente en el art. 8.4 del RD 1836/1999, de 3 diciembre.

“Así el art. 22.1 párrafo segundo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto de los reconocimientos médicos obligatorios los dispone para cuando sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así este establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, y en estos supuestos la suficiencia de la habilitación legal de este tipo de controles obligatorios debe producirse solo si concurren las notas de proporcionalidad al riesgo (ausencia de medidas alternativas de menor impacto para el trabajador), indispensabilidad de las pruebas y razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley o presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetiva. Y en la misma línea el artículo 37 de la Ley 25/1964 de Energía Nuclear establece que el personal de las instalaciones nucleares y radioactivas deberá reunir las condiciones de idoneidad que se establezcan en el reglamento correspondiente, debiéndose someter obligatoriamente para su comprobación a la realización de las pruebas médicas o de otro tipo que se determinen reglamentariamente. Por su parte el artículo 8.4 del reglamento sobre instalaciones nucleares y radioactivas aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de

diciembre (añadido por la Disposición Final 2.1 del real Decreto núm. 1308/2011) dispone que todo el personal que preste servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas, cuyas funciones estén relacionadas con la seguridad nuclear, la protección radiológica o la protección física, o cuya actividad pueda tener alguna interferencia en el funcionamiento de la instalación, reúna las condiciones de idoneidad física y psicológica preceptivas para salvaguardar la seguridad nuclear y radiológica y a estos efectos se indica que, dicho personal, cualquiera que sea la vinculación jurídica que mantenga con la instalación, podrá ser sometido a controles y análisis preventivos para detectar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, mediante la realización de las pruebas determinadas bajo la dirección de personal profesionalmente acreditado.”

“En conclusión, tanto el Procedimiento para el Control y Análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes PG-066, como la Guía para el Servicio de Seguridad de la Central Nuclear de Cofrentes para la realización de las pruebas iniciales de detección de alcohol y sustancias tóxicas o estupefacientes SI-020, describen y documentan el modo de actuación del Servicio de Seguridad de la Central Nuclear, detallando todos los pasos a seguir y estableciendo una serie de cautelas y garantías para los que intervienen en la ejecución como para quienes son receptores de las pruebas sujetándose a la legalidad y respetando el derecho a la intimidad personal y a las exigencias fijadas por el Tribunal Constitucional. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.”

4.1.2 Obligación de los trabajadores de someterse a reconocimientos médicos

¿Tienen obligación los trabajadores de someterse a los reconocimientos médicos impuestos por las empresas?

Como regla general no, pues rige el principio de la voluntariedad en los reconocimientos médicos. No obstante, existen excepciones a este principio reguladas en el artículo 22 de la LPRL, las cuales deben interpretarse restrictivamente.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de marzo 2018

“Se consagra, de esta forma, el denominado principio de la voluntariedad en los reconocimientos médicos que puede ser formulado señalando que el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y a cuáles no.” Sin embargo, existen “excepciones al principio de voluntariedad que se encuentran establecidas en el propio artículo 22 LPRL que exceptúa del carácter voluntario del reconocimiento médico los tres siguientes supuestos: a) Cuando el reconocimiento médico sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. c) Cuando la obligación esté establecida en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.”

Estas excepciones “deben ser interpretadas restrictivamente, pero también, en función de los riesgos inherentes al trabajo.”

“La tercera excepción se remite a que la obligación esté establecida en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, lo que es el caso.”

“Tal como pone de relieve el informe del Ministerio Fiscal, resulta que la obligación del reconocimiento médico aquí examinada se encuentra prevista en la ley como excepción, por lo que la previsión legal exigida por el Tribunal Constitucional se cumple; además la restricción del derecho resulta necesaria sin que exista ninguna otra medida alternativa al reconocimiento médico para verificar el estado de salud del trabajador y existe proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el beneficio que se pretende obtener (preservar la salud del propio trabajador; de sus compañeros de trabajo y de terceros que se relacionen con el trabajador por motivo de su relación laboral.”

¿Puede la empresa imponer a los conductores de la EMT la obligación de someterse a reconocimientos médicos?

Aunque los artículos 15 y 16 de la LPRL imponen al empleador un deber de prevención y aunque existe un mayor riesgo de afectar a terceros por ser conductores de transporte público, en este caso en concreto no concurren los requisitos de proporcionalidad exigidos por la ley para imponer esta obligación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2013

Esta sentencia resuelve un conflicto colectivo en relación la obligación de los conductores de la EMT de someterse a reconocimientos médicos.

La Compañía dispone de un Protocolo de Vigilancia de la Salud que prevé una revisión médica de carácter obligatorio a los menores de 45 años cada 4 años, cada 2 años entre los 45 y los 60 años y anual para mayores de sesenta años.

El resultado del reconocimiento de seguridad crítica concluye con una valoración del trabajador como: idóneo; no idóneo temporal por riesgo de accidente; no idóneo definitivo por riesgo de accidente; en observación sanitario laboral.

Para el resto de personal con edades no comprendidas en el Protocolo las son voluntarias y menos exhaustivas; no obstante, el sindicato demandante considera que este protocolo vulnera el derecho a la intimidad.

La sentencia de la Sala confirma el pronunciamiento de la instancia que estima la demanda, razonando que si bien es cierto que los artículos 15 y 16 de la LPRL imponen al empleador un deber de prevención que exige una intervención activa frente a los riesgos detectados en su

origen, y que en el caso concreto de los conductores de autobuses destinados al transporte público existe un riesgo de terceros afectados por dicha conducción, no concurren los requisitos de proporcionalidad, porque la ley ya impone unos controles de aptitud que incluyen revisiones médicas y porque los trabajadores deben poner en conocimiento de la empresa cualquier patología que pudiera afectar a la conducción.

4.1.3 Despido por negativa a someterse a reconocimiento médico

¿Puede la empresa despedir a un trabajador por negarse a someterse a un reconocimiento médico?

Hay que estar a cada caso en concreto. En este supuesto analizado la respuesta es que sí, pues estamos ante una excepción al principio de voluntariedad del artículo 22 de la LPRL. Esta negativa supone un incumplimiento grave y culpable de las órdenes empresariales, siendo que dicho reconocimiento no invade su intimidad, ni es doloroso ni humillante.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2013.

El demandante es vigilante de seguridad, y tenía que desempeñar su trabajo en una obra sita en Cáceres, en la que debía vigilar, en solitario, las instalaciones, en un lugar despoblado y a horas nocturnas, siendo que el dueño de dicha obra resuelve los contratos concertados con aquéllas que no den cumplimiento a la necesidad de acreditar que los empleados aplicados a las tareas de vigilancia hayan superado el oportuno reconocimiento médico.

En atención a ello, la empresa demandada avisó cuatro o cinco veces al actor, para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien aquella tenía concertada tal labor. Los expertos en medicina del trabajo someterían al actor a las pruebas rutinarias, las que pasan todos los obreros, y que están llamadas a descartar la exposición a riesgos que pongan en peligro su salud.

El demandante se negó reiteradas veces a someterse al citado reconocimiento, no obstante, acudió a su médico de cabecera que le hizo un informe que declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante de seguridad. El reconocimiento ni invade su intimidad, ni es doloroso, ni humillante, sino que responde a la rutina del artículo 22 de la LPRL.

La Sala considera que en el supuesto examinado, estamos ante la excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico que preceptúa el artículo 22 de la LPRL, en el que, además de cubrir los requisitos en el precepto exigidos, tal y como hemos narrado, se ha informado al trabajador por parte del Gerente, y así resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia, que la empresa dueña de la obra donde prestaba servicios el actor exigía que los trabajadores que allí prestaban servicios hubieran pasado el

oportuno reconocimiento, razón por la que en atención a los hechos declarados probados por la resolución de instancia, no está justificada la negativa del demandante a pasar por el oportuno reconocimiento médico.

La negativa reiterada a someterse al reconocimiento médico supone un incumplimiento grave y culpable de las órdenes empresariales, al negarse hasta 6 veces a asistir al reconocimiento médico, incluso aceptando el dinero entregado por la empresa para el desplazamiento, por lo que nos encontramos ante una clara conducta obstativa al cumplimiento de una orden empresarial, que ni es arbitraria, ni está injustificada, ni tampoco es lesiva para el derecho fundamental a la intimidad al estar limitado este derecho por la obligación de la empresa a destinar al trabajador a un puesto adecuado a sus aptitudes físicas y a que no se encomienden al trabajador funciones que supongan un riesgo para sí o para terceros, por lo que procede la estimación del recurso de suplicación interpuesto y la declaración de procedencia del despido.

4.1.4 *Obligatoriedad de someterse al reconocimiento médico en actividades donde prevalece el interés de los compañeros o de terceros, como anteposición preferencia al derecho a la intimidad.*

¿Es posible eludir la voluntariedad de los reconocimientos médicos cuando están en juego los intereses de terceras personas?

Sí. El interés del resto de compañeros o incluso de terceras personas es un interés preponderante que prevalece sobre el interés individual de proteger la propia intimidad.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 junio de 2015.

S, S.A. es una mercantil cuyo objeto comprende la prevención y extinción de incendios y otras emergencias en la Comunidad Valenciana.

Las relaciones laborales en la empresa se rigen por el V. Convenio Colectivo autonómico de Brigadas Rurales de Emergencia.

En el artículo 27 de dicho Convenio Colectivo, vigente hasta el 31 de diciembre de 2011 y en ultraactividad hasta el 31 de diciembre de 2012, se disponía lo siguiente:

“El personal con contrato indefinido a tiempo completo (fijos de plantilla) realizará con carácter obligatorio el correspondiente reconocimiento médico anual. El personal con contrato indefinido a tiempo parcial (fijos discontinuos) realizará, con carácter obligatorio, antes del inicio de la campaña, el correspondiente reconocimiento médico y la prueba de aptitud física.

El personal con contrato de obra o servicio determinado realizará con carácter obligatorio antes del inicio de la campaña el correspondiente reconocimiento médico y la prueba de aptitud física.

El personal que retorne de una excedencia voluntaria o de una Incapacidad Temporal superior a 12 meses realizará con carácter obligatorio, el correspondiente reconocimiento médico y la prueba de aptitud física.

Tanto el reconocimiento médico como las pruebas de aptitud física serán realizadas por la Mutua Patronal de la Empresa.

Al objeto de garantizar el mantenimiento de la aptitud física durante el desempeño del trabajo deberán realizarse, con carácter obligatorio, ejercicios físicos adecuados y, siempre que sea posible, en las instalaciones públicas existentes en las proximidades de la localidad de la Base de la Unidad, complementados con otros a efectuar en las zonas de actuación de dicha Unidad [...].

En los cinco supuestos anteriores, mientras que un trabajador permanezca en situación de no aptitud o aptitud condicionada y, hasta la decisión del Servicio Valenciano de Salud, la Empresa deberá comunicar por escrito a este las indicaciones emitidas por el Servicio Médico en lo relativo a su incorporación al puesto de trabajo y/o al tipo de actividades que puede realizar.

La realización de controles médicos obligatorios viene dándose a raíz de un acuerdo laboral de 1989 que afecta a todos aquellos trabajadores de TRAGSA que prestan sus servicios en el territorio nacional en el ámbito de la extinción de incendios, consistiendo las pruebas en analíticas de sangre y orina, capacidad aeróbica, agudeza visual y audiometrías, electrocardiogramas y determinación de la masa corporal.

CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo ante el TSJ Comunidad Valenciana en fecha 27 de diciembre de 2013, por entender que la exigencia de la empresa de realizar controles médicos obligatorios a los trabajadores cuya realización y superación condicionaba la permanencia en la empresa no se ajustaba a derecho. Además, se oponían a que una vez vencido el convenio colectivo se siguiese aplicando lo previsto en materia de reconocimientos médicos obligatorios.

En el momento de interposición de la demanda se estaba negociando un nuevo convenio colectivo, asimismo el Comité de Empresa informó de manera desfavorable sobre el carácter obligatorio de los reconocimientos médicos.

El TSJ CV desestima la sentencia en instancia, razonando que en cualquier caso la obligatoriedad no nace del propio texto del Convenio Colectivo, sino del artículo 22.1 LPRL (segunda excepción legal a la voluntariedad de los controles), y que en el caso de autos la extinción de incendios se trata de una tarea compleja y arriesgada, donde la ineptitud psicofísica del empleado puede suponer un peligro para el propio trabajador, para sus compañeros y para terceros.

CCOO del PV interpone recurso de casación ordinario amparado en los motivos del 207 d) de la LRJS (adición de hechos probados) y del 207 c) LRJS (por una parte vulneración al derecho a la intimidad de los trabajadores y por otra por entender que no se da la situación excepcional prevista en el 22.1 de la LPRL)

Sobre la previsión en el Convenio Colectivo expirado:

Para el TS la vigencia o falta de la misma del Convenio Colectivo es totalmente irrelevante, toda vez que un Convenio Colectivo no puede generar por sí reconocimientos médicos obligatorios en supuestos distintos a los contemplados por ley. Por ello, si la LPRL no amparase la obligatoriedad del reconocimiento médico del artículo 27 del Convenio esta previsión sería ilegal, y al revés ocurriría o mismo, si la Ley ampara lo que se prevé en el Convenio se llega al mismo resultado (obligatoriedad del control médico) incluso aunque el Convenio omitiese esa previsión.

Sobre la adición de hechos probados

Es rechazada por el TS ya que resulta intrascendente para el recurso y porque no se puede instar la revisión de hechos sobre lo dispuesto en el convenio y formular a su vez la pretensión principal presuponiendo que el convenio perdió su vigencia.

Sobre la supuesta vulneración del derecho a la intimidad

Se debe realizar una ponderación entre el contenido del art. 18.1 CE y la causalidad, proporcionalidad y la previsión legal que podrían autorizar a una limitación del derecho a la intimidad previsto en dicho artículo de la Constitución, por lo que se debe acudir a la interpretación de las excepciones previstas en el artículo 22.1 de la LPRL.

Sobre la obligatoriedad del control médico

El TS hace un repaso a los principios que rigen las excepciones del 22.1 de la LPRL:

- a. Determinación de una vigilancia periódica en función de los riesgos inherentes a la actividad laboral.
- b. Voluntariedad.
- c. Situaciones tasadas en las cuales se puede limitar el requisito de la voluntariedad.
- d. El principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo.
- e. El necesario respeto al derecho a la intimidad, dignidad y confidencialidad.
- f. El derecho del trabajador a conocer los resultados y la prohibición de usar los mismos con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador.
- g. Prohibición de comunicación resultante salvo consentimiento expreso del trabajador.
- h. Posibilidad de transmitir al empresario únicamente las conclusiones derivadas de las exploraciones, con el único objeto de desarrollar sus funciones en materia preventiva.

Sobre la posibilidad de excepciones.

En el caso de autos, concurre la segunda de las tres excepciones del 22.1, ya que es necesario verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para terceras personas relacionadas con la empresa. Ahora bien, el TS se remite a la doctrina del TC toda vez que no es posible eludir la voluntariedad de los reconocimientos médicos cuando únicamente está en juego la salud del trabajador.

Pero en el presente caso, la detección de enfermedades que conviertan en inadecuadas las tareas encomendadas evitará que los propios trabajadores puedan tener que ser auxiliados en las situaciones de emergencia en las que trabajan evitando así que surja un riesgo para terceros. Es relevante que las situaciones en las cuales se desarrolla la actividad de los brigadistas fueron descritas en la sentencia de instancia y CCOO PV no las combatió en su recurso.

Por lo tanto, a juicio del TS este elemento arriba descrito supone un riesgo o peligro objetivable, requisito imprescindible para que se pueda dar la obligatoriedad de los controles médicos.

Resulta destacable que aunque el TS señala que la obligatoriedad de los controles médicos no puede ser impuesta por Convenio Colectivo cuando la ley configure dicho control como voluntario, la imposición por convenio colectivo debe interpretarse como indicativo de que las actuaciones empresa-riales se ajustan a derecho. Asimismo, en este caso, resulta indicativo que desde 1998 se realicen los reconocimientos en virtud a un acuerdo laboral.

Por otra parte, el TS recalca que en los reconocimientos médicos concurren las notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, no resultando excesivos. Asimismo, no sería posible, tal y como plantea el recurrente, comprobar la aptitud o capacidad de los trabajadores mediante determinadas pruebas físicas, ya que las mismas pueden ser superadas, pero la actividad de referencia puede seguir estando sin embargo contraindicada por las características psicofísicas del trabajador.

En este caso predomina el interés preponderante que prevalece sobre el interés individual de proteger la propia intimidad: es el interés del resto de compañeros o incluso de terceras personas.

Asimismo, resulta irrelevante que la RLT haya informado desfavorablemente y que los negociadores del Convenio Colectivo no encuentren unanimidad en esta materia. El TS afirma obiter dicta que el informe previsto en el artículo 22.1 de la LPRL no es vinculante, con independencia de que su omisión pueda desencadenar consecuencias desfavorables para la empresa.

En el fallo, se confirma la sentencia de instancia, toda vez que existe una previsión legal (art. 22.1 de la LPRL) que ampara la obligatoriedad por concurrir en el caso de autos una de las excepciones allí previstas, y que el reconocimiento practicado por TRAGSA es necesario (sin que exista una alternativa al mismo) proporcional e idóneo.

V. COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

V. COLECTIVOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

5.1 Trabajador Especialmente Sensible

5.1.1 Adscripción a un puesto compatible con el estado de salud. Exigencias extraordinarias establecidas en el Convenio Colectivo.

¿Pueden las exigencias adicionales establecidas por un Convenio Colectivo suponer la denegación de la adscripción a un puesto compatible con el estado de salud del trabajador?

No, el derecho del trabajador a ser adscrito temporalmente a otro puesto de trabajo compatible con su salud únicamente depende de la relación entre la enfermedad y el puesto, por lo que los requisitos adicionales pactados en un Convenio Colectivo sólo podrán suponer la denegación cuando se consideren razonables por los tribunales.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de febrero 2018

La sentencia analiza la reclamación de una trabajadora del derecho a ser adscrita a un puesto compatible con su estado de salud, debido a su incapacidad permanente total para su profesión habitual de vigilante de archivo y museo. El Tribunal desestima el recurso por falta de acreditación de la existencia de puesto de trabajo compatible con la situación de la trabajadora.

“Comenzando por la petición subsidiaria, adscripción temporal, la Xunta señala que la misma nunca procedería ya que en el V Convenio, a diferencia del IV, no se contempla ya la adscripción temporal por motivos de salud, argumento que ha sido admitido por la Juez a quo.”

“Precisamente porque el cumplimiento de dicha obligación legal del art. 25 LPRL primaba sobre lo pactado en Convenio Colectivo indicamos que el hecho de que no se cumplieran los requisitos procedimentales fijados en dicho Convenio, tampoco evitaba la exigibilidad de dicho derecho. Y así en referencia a la ausencia de informe del equipo de valoración de incapacidades, o informe favorable de la comisión paritaria señalamos (entre otras STSJ de Galicia de 25 de marzo de 2011, rec. 2995/2007, 19 de octubre de 2010, rec. 1489/2007, y en concreto en esta última que citamos de 23 de octubre de 2009, rec. 3277/2006, que, “tal como tenemos destacado en SSTJG 09/12/05, se ha de partir de la base -incuestionable para la Sala- de que los requisitos de la adscripción por motivos de salud consistentes en la ratificación del Médico de Empresa y el informe favorable de la Comisión Paritaria no pueden en ningún caso entenderse beneficiados con inmunidad frente a su posible fiscalización judicial, puesto que el ejercicio de un derecho -y menos el fundamental derecho a la salud: artículo 43.1 CE - no puede quedar al injustificado arbitrio de un tercero, incluso aunque así se haya pactado en convenio colectivo; y ello es cierto

hasta el punto de que sobre el propio poder de dirección del empresario mantenía antigua jurisprudencia que la citada potestad «no puede entenderse como una facultad arbitraria y omnímoda, sino que se encuentra sometido a determinadas limitaciones, debiendo utilizarse con el máximo respeto a los derechos del trabajador y a su dignidad humana y sin perjuicio para él, o con la compensación adecuada cuando el ejercicio de tal potestad resulte inevitable, y sin que pueda exceder de lo que las normas legales y los principios generales inspiradores del derecho de trabajo impone».”

5.2 Riesgo en la lactancia

5.2.1 Jornada laboral, trabajo nocturno y trabajo a turnos como factor de riesgo en la lactancia.

¿El trabajo a turnos es un factor de riesgo durante la lactancia natural?

Como regla general, el trabajo a turnos no es un factor de riesgo durante la lactancia natural, pues no se encuentra contemplado en el listado de los Anexos VII y VIII del Reglamento 39/1997, de 17 de enero, de los Servicios de Prevención. No obstante, puede determinarse la existencia de riesgo en aquellos casos en los que los turnos, horarios o jornadas impidan la alimentación regular del menor.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018

El Tribunal resuelve sobre la incidencia del trabajo a turnos en los riesgos durante la lactancia natural. En el supuesto de hecho, la actora presta servicios como enfermera de transporte sanitario. Realiza su actividad mensualmente siete días en turno de día con horario de 9h a 21h y otros siete, en turno de noche con horario de 21h a 9h, descansando el resto.

Se suscita la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural. Resolviendo el Tribunal que, en efecto, con arreglo al criterio general establecido en la STS/4ª de 1 octubre 2012 (rcud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero (RCL 1997, 208)) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores». Esa solución ya fue aplicada en la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011, en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera, y ha sido seguida en otros litigios promovidos por personal sanitario en las STS/4ª de 21 marzo 2013 (rcud. 1563/2012) -médico de urgencias hospitalarias-, 24 de junio de 2013 (rec. 2488/12) -enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital-, y 7 de abril y 28 octubre 2014 (rcuds. 1724/2013 y 2542/2013, respectivamente)- ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario-.

Sin embargo, también hemos declarado que esa pauta general admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (STS/4ª de 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 -rcuds. 818/2011, 2361/2011, 306/2011 y 1298/2011, respectivamente-).

Ahora bien, en línea con esas últimas sentencias - y siguiendo la solución avanzada ya en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- debemos poner de relieve que, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 20 de febrero de 2019.

En el supuesto planteado, la actora presta servicios como enfermera de emergencias sanitarias y tiene una hija lactante. La prestación de servicios se realiza en jornadas de 24 horas.

Partiendo de estos datos, el Tribunal señala que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo (artículo 188 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Respecto al riesgo, en la sentencia de esta misma Sala de 20 de junio de 2016 (Rec. 718/16), en la que resolvimos idéntica prestación solicitada por una médica de emergencias en la UVI móvil de la Base

112 de la localidad de DIRECCION001 (Salamanca) constatamos la existencia en el puesto de trabajo de riesgos específicos para la lactancia natural, diciendo que esos riesgos ciertamente no han sido definidos por la autoridad laboral en el sentido de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 295/2009, mas riesgos que, a juicio de este Tribunal, son indudablemente susceptibles de asociarse a la actividad o al puesto de trabajo consistente en la prestación asistencial médica de emergencias que se lleva a cabo en UVI móvil, en jornadas de 24 horas de duración y con cadencia de seis días de tal tipo de jornadas de trabajo, y riesgos que tienen por lo mismo encaje en la preceptiva establecida en el artículo 26.1 LPRL art. 26.1 , LPRL art. 26.2 y 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre , de Prevención de Riesgos Laborales art. 26.4, precepto ese en torno al que pivota la protección sobre la que se debate, habida cuenta la definición que de esa protección se efectúa en el artículo 49 del antes citado Real Decreto 295/2009. Al igual que en aquel supuesto analizado por la Sala, en el presente la actora trabaja en turnos de 24 horas con lo cual ya existe objetivado un riesgo o una posible repercusión perjudicial para la lactancia como es el trabajo nocturno (artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Por otro lado, en el informe de aptitud por motivo de lactancia emitido por el médico del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del SACYL aunque se concluye que doña Nuria es apta se establecen unas medidas preventivas consistentes en extremar las precauciones universales en la atención sanitaria a todos los pacientes (precauciones universales estándar y las precauciones de transmisión aérea, por gotas y por contacto), lo que pone de manifiesto en cierto modo un riesgo en el trato ordinario con los pacientes que puedan precisar de su asistencia profesional. Concluimos diciendo en la citada sentencia de la Sala que nos sirve de referencia: “En fin, a juicio de esta Sala, porque el criterio o la máxima de ‘la medida de las cosas’, criterio que sin duda ha de inspirar también el ejercicio de la función jurisdiccional, debería tener también alguna utilidad a la hora de interpretar el diseño legal y reglamentario de la prestación objeto de discusión, así como la finalidad a la misma asignada y la dimensión o extensión de la protección, pues ese diseño, finalidad y extensión discurren por el territorio de la protección de la madre en situación de lactancia natural y que desempeña una actividad profesional objetivamente connotada por condiciones potencialmente perjudiciales para la salud de la madre o del hijo, ámbito protector cuya identificación y detección no debería justificar esfuerzos probatorios y dialécticos de notable mayor dimensión que aquellos que en la práctica jurisdiccional se ponen normalmente en juego para el reconocimiento de prestaciones protectoras inicialmente concebidas para su vitalicia existencia.”

¿Tiene derecho a la prestación por lactancia una trabajadora cuyo puesto de trabajo no le permite la extracción y mantenimiento de la leche materna durante su jornada laboral obligando a diferir la extracción?

Sí. Como regla general, no existirá riesgo durante la lactancia en aquellos casos en los que el puesto de trabajo permita realizar la extracción y el mantenimiento de la leche materna en condiciones adecuadas de higiene, intimidad y conservación. No obstante, sí concurrirá riesgo en aquellos supuestos en los que las características del puesto de trabajo no permitan la extracción y conservación de la leche materna, más aún cuando la extensa duración de la jornada es incompatible con la regularidad necesaria para la extracción.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 6 de noviembre de 2018.

El supuesto planteado parte de una azafata de ruta –auxiliar de autobús en la línea Gijón-Irún. La trabajadora tiene reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijo menor, prestando servicios en una jornada de 21 horas semanales, que realiza en dos días a la semana, equivalente a 8 días de jornada intensiva al mes, de 7:00 a 20:45 horas.

Asimismo, se declara como hechos probados que la trabajadora puede proceder a la extracción de la leche materna los días en que no acude al trabajo y conservarla durante diferentes períodos de tiempo, según la temperatura. Que, no existe en el centro de trabajo una sala específica de lactancia. Y, que no resulta técnica u objetivamente posible el cambio de puesto de la actora.

El Tribunal resuelve señalando que, como recuerda reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- se analizó un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la “toma” directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante. Así, la situación de riesgo para la lactancia natural puede producirse como consecuencia del horario y duración de la jornada si concurre con la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche materna durante dicha jornada porque, en esta tesitura, no se trata de una mera incomodidad que pueda ser impuesta a la trabajadora, sino directamente de una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo que afectan a la trabajadora y determinan un riesgo específico que repercute negativamente en la lactancia natural. Igualmente tiene afirmado esta Sala en la sentencia de 6 de febrero de 2018 (AS 2018, 962) (rsu. 2899/2.017) que “ la doctrina unificada admite que el riesgo pueda apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero también ha precisado que ello es así siempre que la incompatibilidad de la “toma” directa no pueda paliarse con la extracción de la leche en aquellos supuestos particulares en que, por el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios, se hallaba impedida tanto la extracción de la leche como su conservación “ precisamente para concluir en el supuesto enjuiciado debe descartarse el riesgo no solo por resultar posible dicha extracción y conservación en el lugar de trabajo, sino también la toma directa.

Mutatis mutandis, nos encontramos con que conforme al relato de hechos probados de la sentencia de instancia la trabajadora presta sus servicios en el interior de un autobús que cubre la línea Gijón - Irún durante una jornada que el propio Juez a quo califica en

el hecho probado quinto de “intensiva” que va desde las siete de la mañana hasta las nueve menos cuarto de la noche y en unas circunstancias en las que, conforme al hecho probado noveno, no existe espacio específico en el que la trabajadora pueda proceder a la extracción de la leche materna -difícilmente cabe pensar que dentro del autobús fuese posible durante dicha jornada efectuar la misma en las debidas condiciones de espacio, intimidad o higiene- ni, por ende, a su conservación, radicando precisamente por ello la compatibilidad del puesto con la lactancia que la sentencia de instancia concluye en asumir que la extracción y conservación será siempre fuera de la jornada de trabajo. Pero dicha consideración no puede admitirse porque confunde el Juzgador a quo la compatibilización de la lactancia y el puesto de trabajo a través de la posibilidad de paliar la ausencia de toma directa del lactante mediante la extracción y conservación de la leche materna en el propio puesto con la incompatibilidad de dicho puesto con la extracción y conservación de la leche, abocando a la madre a diferir la extracción a un momento posterior y condicionado precisamente por la extensa jornada laboral incompatible con la regularidad de las extracciones.

Haciendo nuestro el razonamiento del Alto Tribunal expuesto solo podemos concluir que, en las circunstancias fácticas acogidas en la sentencia de instancia, existe un riesgo concreto y específico para la lactancia natural derivado de la incompatibilidad de las condiciones del puesto de trabajo y la extensión de la jornada con la extracción y conservación de la leche materna en el mismo, lo que por los motivos expuestos repercute negativamente en la lactancia natural al suspender o condicionar los períodos regulares de alimentación del lactante. Y habiendo sido procedente a la vista del específico riesgo descrito para la situación de la actora la emisión del certificado cuya denegación impidió el acceso a la suspensión de la relación laboral y la consiguiente prestación económica postulada en cuanto “ no resulta técnica u objetivamente posible el cambio de puesto de la actora “ (hecho probado décimo), procede igualmente su estimación.

5.2.2 Determinación de la existencia de riesgo durante la lactancia.

¿Quién tiene la carga de probar la existencia o no del riesgo durante la lactancia?

La parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia (el empresario) ha de desarrollar la actividad probatoria en contrario, y para ello, es necesario que cumpla con el mandato dispuesto en el artículo 26.1 LPRL por el cual en la evaluación de riesgos del puesto de la trabajadora en situación de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En caso de no cumplir con el mandato del artículo 26.a LPRL, se entenderá que concurre riesgo durante la lactancia y la trabajadora tendrá derecho a la prestación correspondiente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017

Se trata de un supuesto en el que la trabajadora, que presta servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, dio a luz el 22

de diciembre de 2011 que posteriormente recibió lactancia materna en exclusiva, lo cual fue comunicado al empresario informándole de que las funciones que requería su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes, a las infecciones nosocomiales y al estrés. En consecuencia, presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas.

La dirección del CHU emitió un informe en el que indicaba que el puesto de trabajo de la Sra. Otero Ramos no presentaba riesgo alguno para la lactancia de su hija y denegaba la solicitud que había presentado.

La trabajadora solicitó a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural de su hija, a efectos de la concesión de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural.

Para proceder al examen de la solicitud, la Dirección Provincial del INSS de A Coruña tuvo en cuenta, por un lado, una declaración de la jefa de recursos humanos del CHU en la que se exponía que el puesto de trabajo de la trabajadora, enfermera en el servicio de urgencias, figuraba como exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo que había confeccionado el CHU previa consulta con representantes de trabajadores y, por otro lado, un informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva — Prevención de Riesgos Laborales, que confirmaba que se había valorado a la trabajadora y que era apta para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo.

Sobre la base de estos documentos, el INSS declaró que no había quedado acreditado que el puesto de trabajo presentara un riesgo para la lactancia de su hija y, en consecuencia, desestimó su solicitud.

La cuestión planteada al TSJUE es que se dilucide si el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora impugna, ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate, la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, en la medida en que supuestamente no se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85.

En este marco, es necesario señalar que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 obliga al empleador, directamente o mediante los servicios de protección y prevención, a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2 de dicha Directiva a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, de los que el anexo I de dicha Directiva incluye una lista no exhaustiva, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico a este respecto. Esta evaluación se realiza para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia y determinar las medidas que deberán adoptarse.

A efectos de interpretar el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, han de tenerse en cuenta las directrices, que tienen por objeto, con arreglo al artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, servir de guía para la evaluación a que se refiere el mencionado artículo 4, apartado 1.

Pues bien, de las páginas 6 y 7 de esas directrices se desprende que la evaluación de los riesgos constituye un «examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional» que comprende al menos tres fases.

La primera fase consiste en la identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales). La segunda fase prevé la identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos. La tercera fase, la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos, representa «la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente [...] a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores».

Las páginas 11 y 12 de las directrices precisan que «los riesgos pueden variar en función de si las trabajadoras están embarazadas, han dado a luz recientemente o están en período de lactancia». Concretamente, en lo que atañe a las mujeres en período de lactancia, los empresarios deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo ese período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de estas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias, como el plomo, los disolventes orgánicos, los pesticidas y los antimutágenos. En efecto, algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. Estas directrices indican también que, en determinados casos, puede ser necesario recabar el asesoramiento de especialistas en el ámbito de la medicina del trabajo.

Además, estas directrices contienen dos cuadros detallados en las páginas 13 a 35. El primero se refiere a la evaluación de los riesgos, los peligros de carácter general y las situaciones asociadas a los que están expuestas la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia. El segundo, titulado «Peligros específicos», señala en su introducción que, puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia. Algunos de estos problemas pueden prevenirse y afectan en general a todas las mujeres; otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal.

De este modo, de las Directrices se desprende que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

Como señaló la Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, cuando los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia no han sido evaluados con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que ha de otorgárseles en virtud de esta Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada. A este respecto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario.

En consecuencia, la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye, como se desprende del apartado 60 de la presente sentencia, una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54.

Pues bien, con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2006/54, esta discriminación está incluida en la prohibición que establece la mencionada Directiva, en la medida en que está relacionada con las condiciones de empleo y de trabajo de la trabajadora de que se trata, en el sentido del apartado 1, letra c), de dicho artículo. En efecto, se deduce del artículo 5 de la Directiva 92/85 que la determinación, tras la evaluación prevista en el artículo 4 de ésta, de la existencia de un riesgo para la salud o la seguridad de esta trabajadora o de repercusiones sobre la lactancia tendrá como consecuencias una adaptación de sus condiciones de trabajo o de su tiempo de trabajo, un cambio de puesto de trabajo o una dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85.

Por otro lado, el Tribunal responde en relación a la carga de la prueba, concluyendo que, las reglas relativas a la prueba previstas en esta disposición no se aplican en el momento en que la trabajadora de que se trata solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o, como en el litigio principal, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, exigiendo que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85. Estas reglas sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente.

Sólo se produce la inversión de la carga de la prueba e incumbe a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación cuando la trabajadora afectada ha presentado tales hechos o elementos de prueba (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, Kelly, C104/10, EU:C:2011:506, apartado 30).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2019

El Tribunal resuelve, en este recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el derecho de una trabajadora a la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. Así confirma su reciente doctrina recogida en sus Sentencias de 6 de febrero de 2019 y Sentencias de 24 de enero de 2019, y que parten de la STS de 26 de junio de 2018 que, acogiendo la doctrina contenida en la STJUE de 19 de octubre de 2017, corrige su doctrina previa.

En el supuesto de hecho, la actora prestaba servicios realizando servicios de transporte urgente con ambulancia en labores de camillera, en régimen de turnos semanales (dos días en turno de mañana de 9:00 h a 21:00 h dos en turno de noche de 21:00 a 9:00 y cinco descansos). Básicamente se encarga de labores de movilización, valoración y traslado del paciente en el transporte sanitario especializado. No existe contacto con sustancias químicas con frase R64 o H362. Disponen de guantes abundantes y portan en la ambulancia de un equipo específico. En la base se ubica en un local que cuenta con taquillas baño con ducha, microondas, nevera, zona de descanso con dos sillones, y también una pequeña bañera que se utiliza para limpieza de material.

Tras un extenso análisis de la doctrina aplicable en la materia, resuelve el Tribunal confirmando el derecho de la actora a la prestación por riesgo en la lactancia debido a que la empleadora no ha llevado a cabo la evaluación de riesgos que comporta el trabajo a turnos de la actora en la lactancia natural.

Así señala que habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario, y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones del artículo 26 LPRL y 188 LGSS, puesto que en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de del artículo 26 LPRL, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Nada de esto ha sucedido en el presente caso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato contenido en el artículo 26.1 LPRL, conforme al cual, “la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.”.

¿El incumplimiento de las medidas de adaptación del puesto por riesgo durante la lactancia da derecho a la trabajadora a la prestación?

Si. En el supuesto en el que existe una evaluación de riesgos específica que indique la existencia de riesgos durante la lactancia, pero que, al mismo tiempo, aporte soluciones concretas para hacer compatible la lactancia natural y el cumplimiento de las funciones propias del puesto, si la empresa no lleva a cabo las actuaciones necesarias previstas en la evaluación de riesgos se entenderá acreditada la existencia de riesgo para la lactancia y la imposibilidad del cambio o adaptación del puesto de trabajo y, en consecuencia, se tendrá derecho a la prestación correspondiente.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018

En esta Sentencia se plantea el supuesto de una trabajadora con la categoría profesional de enfermera, adscrita al SAMU, en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial cada seis días. Por la noche, si no hay salidas, pasa el tiempo en las dependencias del centro y durante el día está la mayor parte en la ambulancia, tanto con las salidas como preparando el material para la UVI medicalizada. Su función consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen. En el desempeño de esta tarea, la demandante está expuesta a agentes químicos y biológicos por contagio, incidiendo factores psicosociales en el manejo de situaciones críticas. La trabajadora dio a luz una hija que recibe lactancia materna. El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe el 6 de mayo de 2014 en el que concluía que la trabajadora era apta con limitaciones para la lactancia bajo las premisas de que se recomendaba evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y de que se pusiera a disposición de la trabajadora un lugar confortable y adecuado y un frigorífico para el caso de que tuviera que amamantar o extraer la leche materna en el lugar de trabajo. La trabajadora solicitó la adaptación del puesto de trabajo y la certificación de riesgo durante la lactancia natural, lo que le fue denegado el 14 de mayo de 2014 por la Mutua.

El Tribunal concluye que, por un lado, se ha cumplido la exigencia del artículo 4 de la Directiva 92/85, lo que en principio implica que no es exigible la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, es el propio informe el que cumple con la labor de decidir los riesgos y de probar que no cabe adaptación del puesto ni traslado a otro distinto, y aunque también aporta la solución para la práctica de la extracción con el fin de hacer compatibles lactancia natural y cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo, la empresa no ha llevado a cabo las actuaciones necesarias.

Como la Empresa no ha llevado a cabo las actuaciones necesarias, el Tribunal concluye que, aceptando los parámetros que presenta la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2017, deberá considerarse acreditada la existencia de riesgo para la lactancia, a tenor de la descripción del mismo que se contiene en el firme relato histórico, así como la imposibilidad de cambio o adaptación del puesto de trabajo.

5.2.3 Supuestos donde se estima el derecho a la prestación por concurrir riesgos durante la lactancia.

¿Qué requisitos deben darse para que exista riesgo durante la lactancia?

Los requisitos que deben concurrir para considerar que nos encontramos ante una situación protegida por riesgo durante la lactancia se encuentran regulados en los artículos 135 bis de la LGSS y 26 LPRL.

Para acceder a la prestación por riesgo durante la lactancia se deben cumplir dos requisitos: a) existencia de riesgos laborales específicos incompatibles con la situación de lactancia natural, los cuales pueden derivar de las propias condiciones del puesto de trabajo que se desempeña; y b) imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o de traslado a otro sin riesgos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estima el recurso interpuesto por una trabajadora que solicitó el subsidio económico por Riesgo durante la Lactancia Natural y que fue denegado por la Mutua, afirmando que las condiciones del puesto de trabajo influyen de forma negativa en la salud del hijo menor de nueve meses, cuando es inherente al puesto cierto riesgo de adquisición de enfermedades contagiosas.

La Sala ha de partir de lo dispuesto en la normativa aplicable, y así el artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, dispone que *“A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”*.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 3/1995, de 8 de noviembre viene a establecer que cuando en la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo se aprecien procedimientos o condiciones de trabajo que revelen una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, y si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultare posible, el empresario debe de proceder al cambio de puesto de trabajo que se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

El mismo precepto, en su apartado 4, establece que: *“Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y*

así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo”.

Por otro lado, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, viene a constituir el desarrollo reglamentario de dichas prestaciones si bien sus previsiones deben de entenderse aplicarse en consonancia con las modificaciones que en el régimen de concesión de tales prestaciones supuso la Ley Orgánica 3/2007.

De todo ello se ha de extraer la conclusión de que es requisito ineludible que se acredite que *las condiciones del puesto de trabajo influyen o pueden influir de manera negativa en la salud de la mujer y del hijo con afectación sobre la lactancia natural*, a cuyo efecto el Magistrado de instancia da como acreditado que la actora trata con menores que pueden ser portadores de SIDA, tuberculosis o hepatitis, sin un control sanitario adecuado debido la constante entrada y salida del centro de un buen número de ellos, con la posible adquisición de enfermedades contagiosas y, en consecuencia, transmisibles; a lo que han de unirse, de un lado, las especiales circunstancias que concurren en el trabajo de la actora, relativas a trato con menores conflictivos, violentos e, incluso, peligrosos, y, de otro lado, que la actividad laboral de la actora se realiza en régimen de turnos rotatorios, aunque no se presta de noche, y en fines de semana 15 horas y 30 minutos continuadas con periodicidad mensual; y es que *el riesgo no sólo puede derivar del posible contacto con agentes biológicos, químicos o físicos, sino también de la repercusión negativa que para la lactancia pueden tener las condiciones del puesto de trabajo que se desempeña*.

Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de abril 2018

El Tribunal Supremo reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia a una trabajadora, enfermera de urgencias hospitalarias, al haberse aportado prueba eficaz sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad profesional de la trabajadora y la situación de lactancia natural, así como la imposibilidad de cambio o adaptación al puesto de trabajo.

“(…) En efecto, en ambos casos las trabajadoras prestan las mismas tareas, en el mismo Servicio y en el mismo medio, así como mantienen la misma jornada. Junto a ello y a los efectos de la pretensión, los riesgos que se consideran son sustancialmente similares. Así, en ambos casos se aprecia la existencia de riesgos biológicos y la de turnicidad y nocturnidad, sin que esto es, en los dos supuestos se parte de similares circunstancias en la prestación del servicio, con exposición a riesgos biológicos y se recomienda en ellos evitar el trabajo nocturno y por turnos, poniendo de manifiesto la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo en orden a la jornada o nocturnidad. No obstante, en un caso se ha entendido que esos riesgos son

específicos de la lactancia natural - caso de la sentencia recurrida- mientras que en el otro se ha negado que tengan tal condición, así como que la extracción de leche, en esas circunstancias, sea un método no aconsejable -valoración que realiza la sentencia recurrida- o que no esté acreditado tal circunstancia -según la sentencia de contraste-.”

“Con arreglo a todo ello, el reconocimiento de la prestación aquí controvertida exige analizar si concurren los requisitos a los cuales la misma se vincula, puesto que la situación protegida -y la correspondiente prestación económica- se da cuando se hace necesaria la suspensión del contrato de trabajo porque no ha sido posible cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora, siempre que así lo certifiquen, de forma objetiva los Servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio público de salud que asistiera facultativamente a la trabajadora o a su hijo.”

“Por todo lo expuesto y aceptando los parámetros que presenta la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2017, deberá considerarse acreditada la existencia de riesgo para la lactancia, a tenor de la descripción del mismo que se contiene en el firme relato histórico, así como la imposibilidad de cambio o adaptación del puesto de trabajo.”

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Social, de 2 de diciembre del 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid trata el recurso interpuesto por el INSS y TGSS en relación a determinar la existencia o no de riesgo específico para la lactancia de una trabajadora.

Cuestiona la recurrente, en realidad niega, que concurren en el caso enjuiciado los requisitos legalmente exigidos para disfrutar del derecho a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, riesgo que según el artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales existe cuando las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo lo que debe ser confirmado o acreditado por los Servicios Médicos correspondientes y además no exista cambio a puesto de trabajo compatible; pues bien esta Sala ha de atenerse no a las consideraciones fácticas que hace la recurrente en apoyo de su argumentación sino a los hechos declarados probados en la sentencia de instancia que además no han sido cuestionados por la recurrente; según la Gerencia de Atención Primaria no existe otro puesto de trabajo compatible con el estado de la actora; según el servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Área de Salud del Bierzo en su informe de 23 de agosto y de 5 de octubre de 2012 existe riesgo por la exposición a agentes biológicos y por la administración de medicamentos inyectables así como por la jornada laboral con dos guardias mensuales, y según el informe del médico evaluador de 31 de agosto de 2012 ratificado el 26 de octubre de 2012 y el 26 de febrero de 2013 admite riesgos, “al menos teóricos” de guardias, administración de medicamentos inyectables pero considera que las condiciones de la actividad de la actora “no pueden influir negativamente en la salud

de la trabajadora y/o del hijo”; en cuanto al riesgo por contacto de agentes biológicos existe discrepancia entre los referidos informes pero parece razonable que tal riesgo no es en absoluto descartable dado el medio en que la actora presta sus servicios y lo que sí parece evidente, dado que la actora no puede ser desplazada a otro puesto, que su trabajo es incompatible con su situación y que no dispone en el centro de trabajo de un local adecuado para dispensar la lactancia natural a su hijo; la jornada que realiza continuada con las guardias hace que, ciertos días no puede administrar a su hijo la lactancia desde las 7 horas hasta las 22:30 horas; en resumen pues entendemos que sí concurren las circunstancias determinantes del riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social y 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, preceptos que por tanto no han sido aplicados indebidamente como sostiene la recurrente.

5.2.4 Supuestos donde no se reconoce el derecho a la prestación por no concurrir riesgo durante la lactancia natural.

¿La falta de prueba sobre la existencia de riesgos específicos en relación con la actividad y situación de lactancia natural tiene como consecuencia la denegación de la prestación?

Sí, por no existir un riesgo específico, ni en relación con las concretas actividades del puesto de trabajo ni con el hecho de que realice trabajo a turnos y nocturno, más aún cuando la empresa ha puesto a disposición de la trabajadora una sala exclusiva y aislada para la extracción de leche.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Social, 25 de abril 2017

El Tribunal deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural, al haber ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural.

“Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 49.1 RD 295/2000, de 6 de marzo. Argumenta, en esencia, la demandante en su recurso que se acreditan los riesgos específicos del puesto de trabajo de enfermera de urgencias en relación a la situación de lactancia natural, dado que el turno de noche, con alteración del equilibrio biológico y disminución de producción de prolactina y de leche constituye un riesgo durante la lactancia, tal como consta en la guía de valoración emitida por el INSS; que hay riesgo de contacto con pacientes de hepatitis C y A; que hay riesgos psicosociales.”

“Pues bien, en el caso que nos ocupa, atendiendo a estos criterios jurisprudenciales, entiende la Sala que no concurren los requisitos exigibles para el acceso a la prestación reclamada. De un lado, no se acredita la concurrencia de un riesgo específico, ni en relación con las concretas actividades del puesto de trabajo ni con el hecho de que la demandante trabaje a

turnos, incluido el nocturno, todo ello en la línea de lo razonado por el Tribunal Supremo en las resoluciones anteriormente citadas.

Por otra parte, se ha acreditado que la empresa ha puesto a disposición de la demandante una sala de consulta para la extracción de la leche, con posibilidad de aislamiento que garantice su intimidad, así como una nevera para uso exclusivo alimenticio que permita conservar la leche en condiciones adecuadas.

Así, la negativa de la Mutua demandante de reconocer el derecho de la trabajadora al acceso a la prestación reclamada está justificada en el presente caso, por lo que el recurso ha de ser desestimado y confirmada la Sentencia de la instancia.”

¿La exposición a agentes biológicos conlleva directamente la apreciación de riesgo durante la lactancia?

No, la exposición a agentes biológicos por contacto no es un riesgo específico para la lactancia natural sino un riesgo genérico para cualquier trabajador, por lo que, al no quedar acreditado ningún riesgo para la lactancia ni que la posibilidad de extraer la leche sea negativa para la salud de la madre o del lactante, se deniega la prestación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 30 de noviembre 2017

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 30 de noviembre 2017, el Tribunal analiza el derecho de una trabajadora a la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, denegando dicha prestación a la trabajadora al no constar acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos en relación con la lactancia. Considera que la exposición a agentes biológicos por contacto no es un riesgo específico para la lactancia natural sino un riesgo genérico para cualquier trabajador, y que, respecto a la nocturnidad y turnicidad, no se ha acreditado que la toma directa pueda paliarse con la extracción de la leche ni que sea un método desaconsejado para la salud de la madre o del lactante, sino que es posible dicha extracción y conservación de la leche al prestar la actora servicios en la UVI medicalizada.

Como dice la STS de 22-11-2011, “... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados”.

“La sentencia ahora recurrida admite, o más bien parte de la premisa no razonada de que los riesgos descritos y admitidos como acreditados son suficientes para alcanzar la prestación de que se trata, pero realmente ha de decirse que en este caso no consta acreditada la

existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación, es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición de la trabajadora al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural.

Es cierto que en el hecho probado segundo se recoge como riesgos específicos de dicho puesto de trabajo (entre otros) relacionados con la lactancia: exposición a agentes citotáticos. No exposición a sustancias etiquetadas R64 o H632, por perjudicar a los niños alimentados con leche materna. Exposición a agentes biológicos en caso de contactos. Se recomienda evitar que la trabajadora realice turno de 24 horas, así como la no realización del trabajo nocturno. Pero de los indicados riesgos solamente la exposición a agentes biológicos, la nocturnidad y la turnicidad se considera por la Magistrada de instancia que afectan de forma específica a la demandante y al respecto se ha de indicar que la exposición a agentes biológicos por contacto no es un riesgo específico para la lactancia natural sino un riesgo genérico para cualquier trabajador que ha de evitarse mediante la aplicación de medidas de precaución y protocolos de trabajo, así como mediante la utilización del equipo de trabajo entregado a la demandante, conforme se recoge en el hecho probado quinto en el que se hace constar que la misma está provista de las correspondientes medidas de seguridad, como botas, guantes, ropa de trabajo, etc., y de las vacunas pertinentes.

En cuanto a la nocturnidad y turnicidad se ha de tener presente la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal entre otras en la sentencia de STS 21-3-2013, a la que antes se ha hecho referencia por lo que al no haberse acreditado en el presente caso que la toma directa no pueda paliarse con la extracción de la leche ni que sea un método desaconsejado para la salud de la madre o del lactante, sino que es posible dicha extracción y conservación de la leche al prestar la actora servicios en una UVI medicalizada se ha de concluir que no existen riesgos específicos que pongan en peligro la lactancia natural y, por ende, la actora no reúne los requisitos necesarios para lucrar la prestación interesada por lo que se ha de desestimar su demanda en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia que se ha de revocar, previa estimación del recurso.”

5.3 Discapacidad

5.3.1 Interpretación del concepto de “discapacidad” en el ámbito comunitario y la inclusión de las situaciones de enfermedad dentro de dicho concepto. Obligación de adopción empresarial de medidas de adaptación del puesto.

¿Puede considerarse que una enfermedad está comprendida dentro del concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78?

Sí, cuando se trata de una enfermedad curable o incurable que acarrea una limitación de larga duración, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, del 11 de abril de 2013.

La Sentencia se pronuncia sobre la posible existencia de una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y cómo se ha de delimitar el concepto de discapacidad frente al de enfermedad.

Asimismo, la Sentencia versa sobre la interpretación de medidas razonables que ha de adoptar el empresario en personas con discapacidad con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, así como si constituye una discriminación por motivos de discapacidad cuando debido a períodos de baja por enfermedad, se reduce el plazo de preaviso del despido.

Es preciso recordar que el concepto de «discapacidad» no se define en la propia Directiva 2000/78. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 43 de la sentencia Chacón Navas, que “debe entenderse que dicho concepto se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.”

La presente sentencia concreta el concepto de «discapacidad» en el sentido que deberá entenderse “a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.”

Además, se deduce del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU que las “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo»”.

Por consiguiente, procede estimar que, “si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”.

En cambio, “una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.”

Los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo.

Ni el artículo 5 de la Directiva 2000/78 ni el vigésimo considerando de ésta mencionan la reducción del tiempo de trabajo. No obstante, es preciso interpretar el concepto de

«pautas de tiempo de trabajo», que figura en dicho considerando, para determinar si el ajuste del tiempo de trabajo puede estar comprendido en ese concepto. Ni del vigésimo considerando ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2000/78 se desprende que el legislador de la Unión haya pretendido limitar el concepto de «pautas de tiempo de trabajo» a tales elementos y excluir de éste el ajuste de los horarios, en particular la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial.

Puesto que, por un lado, el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78 y el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU prevén medidas no sólo materiales, sino también organizativas, y, por otro lado, el término «pauta de tiempo» de trabajo ha de entenderse como la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, “no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de esta Directiva.”

Es preciso señalar que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores. Por tanto, en los asuntos principales, incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores. A este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

En relación al caso de que el trabajador se encuentre de baja por enfermedad derivado de la falta de adopción de medidas de ajuste razonable por parte del empresario, establece la sentencia que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se “opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva. Del mismo modo la normativa nacional que permite la extinción del contrato con preaviso, se opone a la directiva “cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

VI. RESPONSABILIDAD PENAL



VI. RESPONSABILIDAD PENAL

6.1 Incidencia en la vulneración de norma de Prevención en el Ámbito Penal

6.1.1 responsabilidad del Coordinador de Seguridad en la Obra; Concurso ideal de delitos: delito contra los derechos de los trabajadores del art. 317 C.P. y delito de homicidio imprudente del art. 142.1 del Código Penal.

¿Es posible imputar dos delitos cuando la falta de medidas de seguridad produce un siniestro?

Sí, concurre un concurso ideal de delitos, dado que no sólo se produjo el fallecimiento, sino que adicionalmente se puso en peligro a otros trabajadores deben aplicarse separadamente el delito contra la seguridad imprudente y el delito de homicidio imprudente.

Sentencia se la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3ª, de 13 de febrero de 2013.

Se dirime la responsabilidad penal del Arquitecto Técnico coordinador de seguridad de la obra, así como al gerente de la empresa que ejecutaba la empresa.

En el caso de autos la situación de riesgo que determinó la muerte del trabajador se produjo por realizar unos trabajos en obra carente de elementos de seguridad reglamentariamente previstos, cuya correcta instalación y supervisión correspondía a los condenados. En concreto, se describe la incorrecta instalación de tales elementos, barandilla perimetral, sistema anticaidas, y anclaje, trabajo a realizar por el fallecido y por los otros compañeros y lugar donde los mismos se ubicaban en el tejado de la obra; generando un riesgo también analizado, y provocando como resultado el fallecimiento del trabajador.

El Tribunal Supremo viene manteniendo reiteradamente, así por ejemplo en sentencia de fecha 14-7-99 , que: “cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 C.P .), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que -como dice el Tribunal de instancia- en la misma situación de peligro se encontraba la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos”.

En el caso de autos el fallecimiento del trabajador fue solo uno de los resultados posibles, pues los trabajos del tejado los hacía el fallecido con otros trabajadores que también desempeñaban su actividad en situación de peligro por lo que al apreciar el juez a quo la concurrencia de dos delitos fue correcta la aplicación del art. 77 del Código Penal.

De ese modo, se califican los hechos como constitutivos un delito del art. 317 C.P . y un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 del Código Penal, debiendo aplicarse las penas correspondientes a ambas infracciones separadamente conforme al núm. 3 del art. 77 del Código Penal, pues la aplicación de la pena prevista para el delito, infracción más grave, en su mitad superior excede de la que representa la suma de las correspondientes a ambas infracciones.

6.1.2 Responsabilidad penal por delito contra la seguridad de los trabajadores para las contrataciones de distinta actividad

¿Existe responsabilidad penal de la empresa contratista cuando la subcontratista incumple sus obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales?

Sí, porque la empresa contratista tiene obligación de vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención por parte de la subcontratista. No obstante, no concurre esta responsabilidad cuando se trate de empresas de distinta actividad, porque en ese caso la relación entre ellas no es contratista-subcontratista y sino de cliente-empresa especializada.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de mayo de 2013.

Audiencia Provincial Madrid, Sentencia de 21 de mayo del 2013, resuelve sobre la apelación de la Acusación Particular por supuestos delitos contra los derechos de los trabajadores y de lesiones por imprudencia grave, argumentando, que existía una relación de contratista-subcontratista entre las empresas recurridas; afirmando así la existencia de una vinculación laboral entre ambas empresas y aunque una de las recurridas, no se dedicara a la actividad constructiva, no se aseguró que la empresa a la que había contratado para la reparación del edificio, cumpliera con las medidas básicas de seguridad.

Los recurrentes invocan el artículo 120.4 del Código Penal por: existir una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, de modo que el autor de la infracción actuó bajo la dependencia del responsable civil o al menos la desarrollada, cuenta con la anuencia o conformidad del principal. El delito que genera la responsabilidad se halla inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación.

El artículo 24 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su párrafo nº 3, 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”.

Como señala la Sentencia de 29 de Junio de 2007 de la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, del citado precepto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se puede inferir con claridad, “que la obligación de vigilancia del cumplimiento por parte de los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales

precisa que las obras y servicios de los que dimana el riesgo debe ser propio de la actividad de la empresa que contrate la obra o el servicio.”

En este sentido cabe invocar lo que por “propia actividad” entienden las Sentencias de 22 de noviembre de 2002 y 11 de mayo de 2004 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al señalar: “Respecto del primero de los extremos señalados dijimos en sentencia de 18 de enero de 1995 que «para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa», y que «también la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial ». Tal doctrina ha sido seguida luego en sentencias de 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002; esta última reitera que lo determinante de que “una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo”.

En este caso nos encontramos con que la empresa, es una empresa textil y de los documentos aportados no resulta relación de contratistas-subcontratista entre ambas, sino más bien la del cliente que encarga una obra de reparación a una empresa especializada, por lo que la Audiencia Provincial considera en este caso que no existe cobertura legal para exigir ninguna obligación respecto de la implantación, vigilancia y control de medidas de seguridad de la empresa de distinta actividad.

6.1.3 Operatividad del delito de riesgo contra los derechos de los trabajadores para el caso de falta de medidas de seguridad suficientes

¿Qué elemento subjetivo contiene el delito contra la seguridad de los trabajadores?

Debe concurrir la consciencia de peligro, a pesar de lo cual se omiten las medidas de seguridad.

Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección nº2, de Valladolid, de fecha 21 de junio de 2013.

La sentencia alusiva al fallecimiento de un trabajador durante el derribo de un edificio, en la que se debate sobre la existencia o no de delito de riesgo contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 316 del Código Penal, pues el mismo se aplica frente a las infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales, para el caso de que estando legalmente obligados, no se faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad físicas.

Debe tenerse en cuenta que no toda infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales puede ser constitutiva de este delito pues “la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro.

Se está, en consecuencia, ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores” (TS 29-7-2002). Así pues, el ámbito ordinario de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y su trascendencia penal debe constituir el remedio extremo (TS 26-7-2000).

Como elemento subjetivo, este delito requiere la conciencia del peligro, a pesar de lo cual se omiten las medidas adecuadas y necesarias. Se trata de un delito doloso de peligro en cuyo concepto cabe también el dolo eventual, debiendo abarcar el dolo tanto la conducencia de la infracción de la norma de prevención, así como la creación de un peligro grave para la vida, salud o integridad de los trabajadores.

En el supuesto analizado por la sentencia, se observa que la empresa poseía un plan de prevención de riesgos laborales en el que se contemplan de forma específica las tareas de derribo, evaluación de riesgos y medidas de prevención, y que del mismo modo el empresario llevaba a cabo un seguimiento de las medidas de seguridad dando órdenes al respecto, no constatándose durante el juicio la ausencia de medidas de seguridad individuales y colectivas para el derribo, considerándose razonable el hecho de que cuando se produce el siniestro ya se habían retirado las anteriormente existentes porque la fase de derribo manual había concluido e iba a iniciarse la fase de derribo con maquinaria.

Es cierto que en las actas de infracción de la inspección de trabajo se indica que el plan de seguridad es muy escueto, aludiendo a lo que en principio recibió el inspector, al margen de la documentación posterior y los planos. Ahora bien, el que se pudiera reprochar a ese plan de prevención existente que no fuera completo por no haberse hecho de forma independiente al de la construcción o adoleciese de una mayor precisión, en aras de comprender y agotar todas las situaciones de integridad del riesgo; ello no tendría entidad para configurar el delito indicado, sin perjuicio de constituir una infracción en el orden laboral, al no acreditarse de forma inequívoca que ese plan de prevención tuviera unas carencias tan notorias y tan graves para la seguridad de los trabajadores, como para reconocer la presencia de una intencionalidad o dolo de peligro tal y como exige el precepto penal.

6.1.4 Responsabilidad penal por tráfico de mano de obra, extranjeros sin permiso de trabajo y delito contra la seguridad de los trabajadores

¿Qué incidencia tiene la contratación de trabajadores sin permiso de trabajo en una actividad sin medidas de prevención?

La contratación de trabajadores que carecen de permiso de trabajo no es delictiva si materialmente las condiciones laborales no se ven afectadas. Por el contrario, cuando no se respetan las condiciones laborales y, adicionalmente, se expone a los mismos a un riesgo laboral, por inexistencia de medidas de seguridad, concurren ambos delitos.

Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1, de lo Penal, del diez de septiembre del 2013

La Sentencia de la Audiencia Provincial versa sobre el recurso de apelación presentado por un “constructor” condenado como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 212,2 inciso segundo del Código Penal, de otro contra la seguridad en el trabajo del art. 316 y de otros dos de lesiones por imprudencia del art. 152.1, 1º también del Código Penal.

La Audiencia Provincial se plantea, de un lado, si la infracción de la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a trabajadores extranjeros carentes de permisos de residencia y trabajo encaja por sí sola en el tipo del segundo inciso del art. 312.2 del Código Penal, y de otro, si las condiciones laborales pactadas verbalmente por el acusado con sus empleados según la acusación (salario de 60 € al día) suponen infracción de los derechos reconocidos en la ley, convenio o contrato.

En cuanto al tipo objetivo, el precepto exige que se trate de un súbdito extranjero y que carezca de permiso de trabajo. Además, que las condiciones en las que se realiza el contrato, siendo indiferente que sea escrito o verbal, perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales. Esta última exigencia típica supone que los efectos perjudiciales para los derechos del trabajador a los que se refiere no son los que necesariamente se derivan del hecho de que el súbdito extranjero carezca de permiso de trabajo, sino que es preciso algo más, es decir, que han de tener su origen en las condiciones del contrato, con independencia de que éstas sean expresas o tácitas.

Y no cabe la menor duda de que la contratación de inmigrantes que carecen de permiso de trabajo supone un riesgo para los derechos de estas personas, pues se pueden encontrar en situaciones de inferioridad para exigir el respeto y la eficacia de aquellos. Sin embargo, el legislador optó, y así lo refleja ahora la Ley, por no considerar suficiente ese dato para configurar este tipo delictivo, sino que a la situación ya directamente derivada de la carencia del permiso de trabajo, añade la exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador. Dicho de otra forma, no sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato, aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad. Y aunque esa forma de contratación pueda ser sancionada administrativamente.

Si no consta que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para los derechos laborales de los empleados más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social, no puede sostenerse que se haya cometido el delito. En este mismo sentido, la STS núm. 1390/2004, de 22 de noviembre.

En relación al delito del art. 316 del Código Penal el apelante sostiene que su infracción de las normas de seguridad en el trabajo no fue tan intensa como pretende el Ministerio Fiscal, pues entregó algunos elementos de seguridad a sus empleados, como guantes y botas, y arnés a alguno de ellos.

El argumento no convence a la Audiencia Provincial, pues la ausencia de medidas de seguridad en el caso de autos es prácticamente absoluta. Empezando por el hecho de que la obra ni siquiera contaba con proyecto, falta de estudio o plan de seguridad, así como la falta de medidas tendentes a evitar el riesgo de caída de los operarios o de derrumbe de la obra que edificaban en altura.

Aunque se les hubieran entregado los arneses, cosa que no se ha acreditado, al menos en relación con todos los operarios, lo relevante es que no se les facilitó un lugar al que anclarlos para el caso de que ocurriera un siniestro como el que aconteció. Además, la falta de puntales bajo el forjado que se estaba construyendo, que fue determinante del derrumbe, era una circunstancia conocida y asumida conscientemente por el acusado, que se amparó en la dificultad de encontrar puntales tan altos como los que se requerían, dada la altura de la edificación.

6.1.5 Dualidad Penal: delito contra los derechos de los trabajadores y delito de lesiones imprudentes.

¿Puede derivarse responsabilidad penal por el desgaste del material, cuando éste es conocido?

Sí, cuando la no sustitución de determinadas piezas provocó, entre otros incumplimientos, el accidente.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) Sentencia núm. 120/2014 de 24 febrero.

Lesiones por imprudencia grave, pérdida de un ojo como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad.

Se aprecia un incumplimiento de la normativa en materia de seguridad en el trabajo, y que dicho incumplimiento cabe entenderlo como grave, y que frente al mismo no existe factor que excluya o debilite el grado de reproche penal formulado, que atiende, a un incumplimiento grave de la normativa laboral aplicable.

De ese incumplimiento, que afectaba a los dos trabajadores que se encontraban realizando la labor de sustitución de la pieza, se produjo un resultado lesivo grave en uno de ellos (en los términos recogidos en la sentencia). Y esa gravedad cabe cifrarla no sólo atendiendo al estricto resultado lesivo ocasionando (lesiones que han requerido tratamiento médico y quirúrgico y con una muy relevante repercusión en las secuelas, hasta el extremo de llevar a la “pérdida” de uno de los globos oculares y una incapacidad permanente total para sus ocupaciones habituales), sino a la grave infracción de la norma de cuidado o factor normativo.

Ante la dualidad penal mencionada (delito contra los derechos de los trabajadores y delito de lesiones imprudentes), el criterio acogido por la sentencia de instancia es el correcto,

en el sentido que la absorción o consunción sólo cabría, de ser el resultado lesivo una proyección de un previo incumplimiento de la normativa laboral que afectase a un único trabajador, pero cuando se proyecta el incumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo sobre varios trabajadores (dos en este caso) y el resultado lesivo se causa en uno o algunos de ellos, la figura penal aplicable no es el artículo 8.3 del Código Penal, sino el artículo 77 del Código Penal.

Esa gravedad de la conducta es recogida con claridad en la sentencia de instancia, donde se aprecia una absoluta desatención a las medidas de seguridad que debían asegurarse y adoptarse respecto a las actividades de riesgo que entrañaba la sustitución de determinadas piezas metálicas de los vehículos utilizados en la labor empresarial, para lo cual los dos empleados no tenían la cualificación ni la preparación debida, ni se habían adoptado protocolos de actuación ajustados al caso, ni se había previsto la intervención obligatoria de los mecánicos de la mercantil, ni se habían brindado los elementos de protección individual indispensables a los empleados (gafas protectoras), ni se habían establecido instrucciones, prevenciones y cautelas por parte de la empresa y tampoco por parte del encargado de la obra (que obviamente era conocedor de que esas piezas cada cierto tiempo habían de ser sustituidas por su desgaste, y su colocación requería la intervención de al menos dos trabajadores, que habían de ejercer sobre las mismas una energía física intensa utilizando instrumental que podía desprender esquirlas o trozos metálicos peligrosos para la integridad física de los trabajadores).

A ello cabe añadir, en cuanto al encargado, que aunque el mismo pudiera no estar en el momento preciso del accidente en el concreto lugar, estaba en la obra, sabía la labor que se estaba desarrollando, era conocedor de los desgastes del material y del tipo de maquinaria empleada, y debería haber adoptado medidas de prevención que evitasen esos concretos riesgos, de elevado poder lesivo, bien dando precisas indicaciones como encargado de lo que debía de hacerse o de lo que no debía hacerse, o bien de que se le avisara ante la contingencia para resolver lo procedente. Sin olvidar, por otra parte, que el mismo se encontraba diariamente en la obra, y no era desconocedor de la habitualidad de esa contingencia, dado el tipo de maquinaria que se utilizaba en la actividad cotidiana de la empresa como encargado de la obra que era (de ahí las omisiones que se le atribuyen en la sentencia, en su relato fáctico, en cuanto a su obligación de garantizar la seguridad en la obra, supervisando y controlando la actividad de riesgo que desarrollaban los trabajadores que allí estaban trabajando, de los que era responsable por cuanto dirigía los trabajos en dicho lugar).

No cabe debilitar el grado de reproche atribuido a ambos acusados por el supuesto sistema organizativo que tenía la empresa (interesadamente matizado en la vista oral, cinco años después de los hechos).

6.1.6 Delito contra la seguridad de los trabajadores

¿Quién puede ser declarado responsable penalmente en un delito contra la seguridad de los trabajadores?

La responsabilidad recaerá sobre la persona con capacidad para decidir sobre la contratación o imposición de las condiciones de trabajo, sujeto que no tiene por qué coincidir con el empresario.

Sentencia 137/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, de 24 de febrero del 2014.

La Sala estudia los recursos presentados por los dos acusados en relación a la aplicación indebida del art. 316 CP, planteando en ambos casos que no eran responsables de las medidas de seguridad de la obra.

Se ha de señalar que la Jurisdicción Penal viene actuando ante las conductas antisociales más graves, que no permiten la transacción, y especialmente cuando las víctimas carecen de la cobertura que otorgan las leyes laborales. En la esfera penal el concepto de sujeto activo responsable, será el que realiza la acción por sí o por medio de otro, los que inducen directamente a otro a ejecutarlo o los cooperadores necesarios, serán responsables los que tengan el dominio del hecho.

En los delitos contra los derechos de los trabajadores la responsabilidad recaerá sobre la persona con capacidad para decidir sobre la contratación o imposición de las condiciones de trabajo, o la que se aprovecha del resultado del mismo, concepto que puede no coincidir con quien ostente la condición de empresario en la legislación mercantil o laboral. La responsabilidad penal puede llegar a alcanzar al empresario, al director, al encargado, o a quienes ejercen un control real y efectivo, o quienes tengan facultades decisorias o de control.

Los recurrentes fueron en momentos sucesivos los arquitectos técnicos de la obra, teniendo como función su misión la ejecución material de la misma. Entre otros cometidos eran los que dirigían el trabajo y la forma de realizar el mismo, y por ello responsable de la adopción de las medidas de seguridad de los trabajadores en cada uno de los apartados del trabajo concreto. Además de esto, según está acreditado, por parte del coordinador de seguridad ya se había planteado la existencia de deficiencias al carecer de redes en prevención de las caídas en la obra, no adoptando ninguno de los recurrentes medidas al efecto.

La STS de 26.09.01 decía que: el tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales y solo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas.

Sin embargo la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, *por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pié de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario*, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo:

Infracción por su parte de normas de prevención de riesgos.

Omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo.

En condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales.

Efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores”.

En referencia al tipo penal del art. 316 se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente, en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, y al respecto debemos recordar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -Ley 31/95 de 8 de noviembre- en su art. 14.2 impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos”... el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio...”... el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas...”.

Resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, *sino también, desde una perspectiva penal los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el art. 318 del C.P.* Finalmente el elemento normativo del tipo se refiere a”... la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales...”, lo que permite calificar el delito como tipo penal en blanco -en este sentido STS núm. 1360/98 de 12 de noviembre - de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en “peligro grave su vida, salud o integridad física” la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo”.

Los acusados infringieron el art. 17 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos laborales, que establece que *“el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos*

de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos”.

Los acusados en el desarrollo de las labores de desencofrado no adoptaron las medidas preventivas adecuadas para evitar o amortiguar las caídas, no controlaron que se anclaran de modo eficaz las tablas sobre las que trabajaban los operarios, ni colocaron las redes protectoras. Ellos eran los técnicos encargados de los trabajos que se ejecutaban, los dirigían y controlaban, dando las órdenes oportunas, luego eran responsables de la forma en que se ejecutaban las mismas.

Como vino a consignar la STS de 19.10.2000 *“tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 15 de julio de 1992, que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales de Seguridad e Higiene en el Trabajo a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino atendiendo a cada situación con el debido cuidado”.*

6.1.7 Extensión del delito contra la seguridad de los trabajadores a otras figuras distintas a las del empleador: capataz y el recurso preventivo.

¿Quiénes son sujetos activos del delito contra la seguridad de los trabajadores?

Son responsables todas aquellas personas que, aunque no tengan la condición de empresario, posean funciones relacionadas con la seguridad dentro de la empresa, por tanto, pueden ser, entre otros, los encargados, contratistas y subcontratistas, los técnicos en prevención de riesgos laborales, el coordinador de la seguridad y salud, el coordinador de actividades preventivas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castilla-León, de 2 de abril del 2014.

La Sala profundiza en los sujetos que pueden incurrir en el tipo del art. 316 del Código Penal (delito contra la seguridad de los trabajadores) más allá del propio empleador.

Así pues, el recurrente, único acusado que ha resultado condenado, carece de la cualidad de empresario, pero debe recordarse que los sujetos *“legalmente obligados”* a que se refiere el art. 316 del Código, no son estrictamente los obligados por ley con carácter general, sino aquellos a los que la Ley obliga a observar precisamente la conducta tipificada como punible, de “no facilitar” y proceder legalmente de la forma obligada, que, de incumplirse, determina la puesta en peligro del trabajador. Por lo tanto, el principal sujeto activo del delito será el empresario o empleador que tenga a su servicio a trabajadores cuya seguridad se trata de garantizar.

Sin embargo, el delito también puede ser cometido por todas aquellas personas que, aunque no tengan la condición de empresario, posean funciones relacionadas con la seguridad dentro de la empresa, como pueden ser, entre otros, los encargados, contratistas y subcontratistas, los técnicos en prevención de riesgos laborales, el coordinador de la seguridad y salud, el coordinador de actividades preventivas.

Incluso puede ocurrir que no se aprecie tal responsabilidad en el empresario y sí en alguno o algunos de aquellos que tengan las funciones de seguridad dentro de la empresa, debiendo ser valorado cada supuesto.

En este caso el acusado era el capataz y el recurso preventivo, era el encargado de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad que se debían adoptar en la obra, en atención a las circunstancias que en este caso concurrían, tratándose del hormigonado con un camión bomba en las proximidades de una línea eléctrica, teniendo la obligación de estar presente mientras se realizaba dicha actividad peligrosa precisamente por la proximidad de una línea de alta tensión para vigilar que se evitaran los riesgos derivados de la electricidad (lo que no hizo, dado que se ausentó).

No es el acusado quien tiene que señalar si en este caso existían otros posibles responsables de la misma actividad delictiva, sino que sus posibilidades dentro de su derecho de defensa están relacionadas con defenderse de la imputación, de la acusación, y en este momento procesal, de la condena; y desde esta perspectiva, asumiendo todos los argumentos que se explican en la resolución recurrida, no cabe duda de la responsabilidad del acusado y recurrente en las infracciones penales que han sido enjuiciadas.

El Ministerio Fiscal, por su parte, explicó en su escrito de oposición al recurso, las razones por las que comparte la sentencia de la instancia en el sentido de que en este caso han de quedar descartados otros posibles responsables de la actividad delictiva, centrándose tal responsabilidad en la persona del capataz y recurso preventivo, condiciones que reunía precisamente el acusado.

**VII. REGIMEN ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR**



VII. REGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

7.1 Procedimiento administrativo sancionador

7.1.1 Caducidad del Expediente

¿La nulidad del acta de infracción como consecuencia de su caducidad supone la nulidad de la resolución sancionadora que pone fin al expediente sancionador?

Sí. Cuando caduca el acta de infracción, también lo hace el expediente administrativo sancionador y la Autoridad Laboral está obligada a decretar su archivo. Si no ha prescrito la infracción, se pueden incoar nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos, pero estas actuaciones deben ser distintas a las previamente incoadas, las cuales han de estar archivadas por caducidad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de febrero 2018

“En el supuesto enjuiciado las actuaciones previas de comprobación por parte de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social quedaron paralizadas a finales de octubre de 2.011, no obstante lo cual se practicó acta de infracción el 19 de enero de 2.015, lo que entraña tanto una interrupción muy superior a la permitida legalmente, cuanto una duración de la fase instructora que excede con creces de los nueve meses o, en caso de ampliación, dieciocho, a lo que se une que no consta la práctica de ninguna diligencia de investigación distinta de las llevadas a cabo antes de la paralización de la actividad inspectora. Por ende, el expediente administrativo sancionador había caducado, lo que obligaba a la Autoridad Laboral a decretar su archivo, acuerdo que, empero, no se adoptó, y sin que la modalidad que en el acta se dice utilizada -expediente- pueda enervar la conclusión expuesta, ya que ello equivaldría a privar de cualquier contenido a las previsiones legales sobre las consecuencias de la caducidad o perención del expediente. Por ello, el motivo se acoge y, con él, el recurso. Nótese que como también señala la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2.012 “(...) Sin perjuicio de lo anterior, si no ha prescrito la infracción presuntamente cometida, puede incoar unas ‘nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos’, como expresamente permite el párrafo 2º del art. 8.2 RD 928/1998 (RCL 1998, 1373, 1552). Pero estas actuaciones de comprobación, debemos convenir en ello, sólo serán ‘nuevas’, como exige el referido precepto, si se trata de otras distintas -incluso formalmente- a las previamente incoadas, que por tanto han de estar necesariamente archivadas por caducidad. Pero lo que no puede admitirse es que, a pesar de la superación de aquel plazo, la Administración actúe como si nada hubiera ocurrido y prosiga con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación, sin solución de continuidad. Porque ello supone desconocer los efectos propios de la caducidad”

“En conclusión: si el acta de infracción de 19 de enero de 2.015 es nula por haber decaído la posibilidad de que se extendiera al haberse superado con creces el plazo máximo de duración de las actuaciones previas de comprobación -caducidad-, también

lo es la resolución sancionadora del SPEE de 26 de mayo siguiente que puso fin al expediente sancionador. Lo anterior, al igual que el beneficio de asistencia jurídica gratuita de que goza el recurrente por mandato legal, hace que no haya lugar a la imposición de costas.”

7.1.2 Confidencialidad de los datos personales de los trabajadores durante el procedimiento de inspección de trabajo.

¿Pueden ser considerados personales los datos relativos al tiempo de trabajado y por ello no permitir a la Inspección Laboral su consulta inmediata?

Los datos que figuran en un registro de tiempo de trabajo constituyen datos personales dado que se trata de “información sobre una persona física identificada o identificable” (artículo 2.a Directiva 95/46). Sin embargo, la Inspección Laboral es una autoridad competente para la supervisión de las condiciones de trabajo y está debidamente autorizada para acceder a dichos datos personales, por lo que se le debe permitir la consulta inmediata.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2013.

Esta sentencia analiza si los datos de los trabajadores relativos al tiempo de trabajo pueden ser considerados datos personales en tanto que incluyen datos sobre del inicio y fin de la jornada laboral y periodos de descanso correspondientes.

Mediante resolución de 14 de marzo de 2012, la Autoridad Laboral Portuguesa declaró que la Compañía había incurrido en una infracción laboral grave al vulnerar las disposiciones sobre el registro del tiempo de trabajo previstas en el artículo 202, apartado 1, del Código do Trabalho, en la medida en que no había permitido que la Inspección Laboral procediera a la consulta inmediata, en el establecimiento de que se trata, del registro del tiempo de trabajo de los trabajadores del establecimiento. La gravedad de la infracción se explica por el hecho de que el registro del tiempo de trabajo permite determinar de forma inmediata y rápida la conformidad de la organización de la actividad de la empresa con la normativa reguladora del tiempo de trabajo. En consecuencia, se impuso a la Compañía una multa por importe de 2.000 euros.

En este contexto, el Tribunal do Trabalho de Viseu decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

¿Debe interpretarse el artículo 2 de la Directiva [95/46] en el sentido de que el registro del tiempo de trabajo, es decir, la indicación de las horas en que cada trabajador inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos no incluidos en ésta, queda comprendido en el concepto de datos personales?

La STJUE concluye que los datos que figuran en un registro del tiempo de trabajo, que se refieren a los períodos de trabajo diario y a los períodos de descanso de cada trabajador,

constituyen datos personales en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46, dado que se trata de “información sobre una persona física identificada o identificable”.

Adicionalmente, los Estados miembros deben establecer la obligación del responsable del tratamiento de los datos personales de aplicar las medidas técnicas y de organización destinadas a garantizar un nivel de seguridad adecuado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación.

La Compañía alega, no obstante, que la obligación de tener accesible el registro del tiempo de trabajo para permitir su consulta inmediata, resulta en la práctica incompatible con la obligación de establecer un sistema de protección adecuado de los datos personales contenidos en dicho registro. Precisa que esta obligación equivaldría a admitir que cualquier empleado de la empresa pueda acceder a tales datos, en contra de la obligación que impone el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 95/46 de garantizar la seguridad de los mismos datos. Para la Compañía, este acceso generalizado privaría a esta disposición de efecto útil.

Sin embargo, para el TJUE esta argumentación no puede prosperar, ya que la obligación de un empleador, como responsable del tratamiento de datos personales, de dar acceso inmediato al registro del tiempo de trabajo a la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo no implica en absoluto que los datos personales que figuran en dicho registro deban necesariamente, por este simple motivo, hacerse accesibles a quienes no están autorizados para ello. Como ha alegado acertadamente el Gobierno portugués, corresponde a los responsables del tratamiento de datos personales, adoptar las medidas técnicas y de organización necesarias para garantizar que sólo las personas debidamente autorizadas para acceder a los datos personales de que se trata puedan responder a una solicitud de acceso procedente de un tercero.

7.2 Pactos contractuales para la exoneración de responsabilidad en materia de seguridad y salud

7.2.1 Pactos entre contratistas y subcontratistas

¿Son válidos los pactos contractuales que exoneran de responsabilidad a la empresa principal de las obligaciones impuestas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante el período de una contrata?

No, según el artículo 42.3 de la LISOS, la empresa principal debe responder solidariamente con los contratistas y subcontratistas de las obligaciones impuestas por dicha Ley siempre que la infracción se produzca en el centro de trabajo del empresario principal. Los pactos que tengan por objeto la elusión de esta obligación son nulos y no producen efecto alguno.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de febrero del 2014.

La Sala se centra en determinar si la cláusula 4.3 del contrato suscrito entre la empresa principal y la subcontrata referida a la materia de cumplimiento de las normas de seguridad y salud se ha establecido en fraude de ley, vulnerando el contenido del art. 42.3 LISOS y, por tanto, constituye una infracción tipificada en el art. 13.14 de la misma ley.

Concretamente la cláusula de referencia establece lo siguiente: *si el incumplimiento imputable a la subcontratista o del personal a su cargo diera lugar a sanción en firme por la Inspección de Trabajo, Seguridad y Salud o cualquier otro organismo de la cual sería puntualmente notificado, el subcontratista asumirá totalmente el importe de dicha sanción, deduciéndose el mismo de la primera certificación o saldo pendiente de pago.*

La Sala desestima el recurso a través de la siguiente argumentación: Como fácilmente se aprecia, la obligación de responder solidariamente con los contratistas o subcontratistas que, respecto de la empresa principal, establece el artículo 42.3 de la LISOS, no es una mera solidaridad de orden civil en cuanto al abono de las sanciones que puedan imponerse por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, sino que la responsabilidad solidaria de la que hablamos lo es de determinadas obligaciones relativas a los trabajadores de otras empresas que, por el hecho de trabajar para el empresario principal y en el centro de trabajo de éste, que por tanto se beneficia de estos trabajos, pasan a ser por estas circunstancias obligaciones no solo del empresario contratado por el principal sino también obligaciones de este empresario principal, que en este concepto es quien dirige y organiza su centro de trabajo, impartiendo instrucciones al empresario subcontratista y a sus trabajadores, a los que en virtud del artículo 24 transcrito tiene la obligación de informar sobre los riesgos, impartirles instrucciones y vigilar que cumplan la normativa de prevención de riesgos laborales, es decir que se trata de una responsabilidad solidaria que le hace responder junto al subcontratista por más que la infracción la cometan los trabajadores del empresario subcontratista.

Si el empresario principal impone a los empresarios con los que contrata que estos asuman siempre y en todo caso el pago del importe de las sanciones y otras consecuencias económicas impuestas por la Administración al primero que deriven del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes y responsabilidades que respecto del subcontratistas y sus trabajadores se establecen en el artículo 42.3 respecto del empresario principal, qué duda cabe que esta imposición a lo que da lugar es, siempre y en todo caso, a que finalmente dicho empresario principal logre eludir al final las consecuencias de los mencionados incumplimientos o cumplimientos defectuosos que por mandato del artículo 42.3 le son legalmente exigibles, porque al cargar siempre sobre el empresario subcontratista el pago de las sanciones y demás consecuencias económicas por la vía del descuento o retención en las cantidades pendientes de pago a éste último, le es de todo punto indiferente a dicho empresario principal que la Administración le imponga a él las sanciones o le reclame las correspondientes cantidades económicas, y de otra parte ese mecanismo lo que fomenta y propicia, sin duda alguna, es que el empresario principal se pueda desentender de las cargas y

obligaciones de formación, instrucción y vigilancia que respecto de las subcontratistas y los trabajadores de éstas que operen en el centro del trabajo del primero, le impone el artículo 24 de la LPRL, ya que cumpla o no dichas cargas y obligaciones y le sean o no impuestas las correspondientes sanciones y otras consecuencias económicas en virtud de la responsabilidad solidaria establecida por el artículo 42.3 de la LISOS, en cualquier caso quien finalmente las asumirá económicamente será siempre el empresario subcontratista y nunca el empresario principal, que de esta manera logra eludir la mencionada responsabilidad solidaria, lo que constituye un supuesto acabado de fraude de ley, ya que mediante los pactos que se imponen al empresario subcontratista - decimos que se imponen porque es imposible dar por cierto que tales pactos se acepten voluntariamente por ningún subcontratista - y que constituirían la llamada "norma de cobertura", se consigue eludir o evitar el cumplimiento de las obligaciones que como empresario principal se imponen en el artículo 24 de la LPRL, consiguiendo con ello un resultado contrario a la responsabilidad solidaria fijada por una norma imperativa de Derecho Público como es el artículo 42.3 de la LISOS.

La libertad de pactos prevista en el artículo 1255 del Código Civil que invoca la Sentencia apelada no ampara desde luego cláusulas en fraude de ley como las analizadas en esta Sentencia, como por otra parte dispone el precepto mencionado cuando fija como límite de aquellos pactos las leyes, la moral y el orden público, y de otra parte la apreciación del carácter fraudulento de las cláusulas no requiere de la prueba de una suerte de ánimo fraudulento específico, sino que ese carácter se acredita mediante un análisis racional de los términos de la cláusula, su alcance y los efectos que produce en relación a las normas imperativas de aplicación al caso.

El derecho de repetición que regula el Código Civil - que ampara al contratista principal si la Administración le impone una sanción basada en la responsabilidad solidaria referida y éste considera que las consecuencias de los incumplimientos son en todo o en la mayor parte del subcontratista y le reclama civilmente con ese fundamento, e igualmente ampara al subcontratista en el supuesto de que sea este último el sancionado por la Administración con arreglo a la referida responsabilidad solidaria y reclame por idénticas razones contra el empresario principal - se mantiene y se puede ejercer por quien se considere perjudicado y en nada impide su ejercicio ni el artículo 42.3 de la LISOS ni el artículo 24 de la LPRL, pero ese derecho de retención nada tiene que ver con las sedicentes repercusiones y retenciones impuestas por el empresario principal en las cláusulas controvertidas, que son manifiestamente contrarias a Derecho.

La cláusula 12.8 del contrato, en la medida en que pone a cargo del subcontratista todas las consecuencias derivadas de un accidente de trabajo aun cuando ésta tenga lugar en el centro de trabajo del empresario principal, no solo elude las obligaciones del artículo 24 de LPRL y es además contraria a la responsabilidad solidaria que fija el artículo 42.3 de la LISOS, sino que además infringe la normativa sobre prestaciones económicas y los responsables de tales prestaciones en los casos de accidentes de trabajo, recogida en los artículos 123, 126 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en relación con el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que constituye también una infracción del artículo 13.14 de la LISOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de junio de 2013.

La Sala analiza una cláusula contractual suscrita ente las mercantiles Construcción S.A., y Infraestructuras, S.A., para la ejecución de la obra de infraestructura de la ampliación de la línea 2 del Metro de Madrid, con motivo de la inspección por accidente leve sufrido por un trabajador de una de las empresas subcontratistas, indicando literalmente que *“El incumplimiento por parte de ... (cada una de las subcontratistas) su personal o sus subcontratistas de la normativa de seguridad y salud, y en particular del plan de seguridad de la obra, facultará a la Contrata a la imposición de penalizaciones proporcionales a la gravedad del incumplimiento y de sus consecuencias. A estos efectos, la Contrata podrá retener los pagos y certificaciones en curso, e incluso resolver el pedido, atendiendo a la gravedad del incumplimiento, sin que... (la subcontratista) tenga derecho a indemnización alguna. Todo ello, sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios que el incumplimiento de... (la subcontratista) ocasione a la Contrata”, y que “La subcontratación no implicará vínculo contractual alguno entre UTE Línea 2 y el subcontratista, siendo este último el único responsable de la actuación del subcontratista”.*

Para el juzgador de instancia, aun admitiendo que la cláusula en concreto puede estar pensada para otra cosa, lo cierto es que su tenor literal no puede considerarse afortunado precisamente porque no excluye de la exoneración de responsabilidad, lo previsto en materia de PRL. En la forma en que está redactado (sin excluir las responsabilidades específicas de la normativa de riesgos), produce el incumplimiento del art. 13.14 LISOS, consistente en *“la suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley”, que establece: “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 (...). Los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno”.*

El Juzgador de instancia confirma la infracción sancionada razonando lo siguiente: *“La aplicación del apartado 3 que es el aquí controvertido a la cláusula contractual incluida entre la contrata y los subcontratistas de la misma, ha sido interpretado de forma diversa por las partes. Mientras la Administración considera que se trata de una forma de exclusión de la responsabilidad prevista en la Ley, la recurrente considera que es una cláusula pensada para el tráfico mercantil y que no prejuzga la responsabilidad en materia de riesgos laborales, que, por otro lado, tiene una determinación específica en la cláusula 6.7.*

Del mismo modo, a juicio de la Sala Contencioso Administrativa, la cláusula controvertida, vulnera el artículo 42.3 de la LISOS, porque faculta a la empresa principal, por su sola voluntad, a repercutir a la contratista las sanciones que se le pueden imponer en materia de prevención de riesgos laborales por incumplimientos del contratista que desempeña su

labor en su centro de trabajo, quedando indemne la empresa principal del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación en la materia de los que puede desentenderse, ya que la única empresa que termina pagando las sanciones es la contratista que no solo paga la suya, la que pudiera corresponderle por el incumplimiento de sus obligaciones en la prevención de los riesgos laborales, sino que además paga la correspondiente al incumplimiento de sus deberes por parte de la empresa principal.

Por ello precisamente al amparo de las normas del Código Civil que respetan el principio de la libertad de pactos se ha pretendido eludir el artículo 42.3 de la LISOS, que es la norma denominada eludible o soslayable, persiguiendo y consiguiendo, conforme a lo razonado un resultado contrario a la misma.

En definitiva, la empresa principal tiene unas obligaciones legales en la prevención de riesgos laborales de carácter imperativo o *“ius cogens”* que no puede eludir en méritos de un acuerdo o pacto suscrito con la contratista ya que los contratantes si bien conforme al artículo 1255 del Código Civil pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, ello es así *“siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”* y la normativa de riesgos laborales es materia de orden público y no de carácter dispositivo.

La responsabilidad del empresario principal deriva de la infracción y omisión del deber de vigilancia que le incumbe en los casos del art. 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, conforme al cual: *“3. 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”;* de acuerdo con ello, cabe imponer sanciones a ambas empresas, a cada una con base en un concepto distinto, sin que la responsabilidad de la empresa principal pueda en ningún caso derivarse, como sí hace la citada estipulación, a la empresa constructora, aunque sea en cuanto al pago de la sanción, por su incumplimiento del deber de vigilancia.

VIII. RECARGO DE PRESTACIONES



VIII. RECARGO DE PRESTACIONES

8.1 Aspectos Administrativos del Recargo de Prestaciones

8.1.1 Efectos económicos del recargo de prestaciones.

¿A partir de cuándo debe producirse los efectos del recargo de prestaciones?

El efecto temporal del recargo a costa de la empresa debe retrotraerse a los tres meses anteriores a que el trabajador o la Autoridad insten el reconocimiento de la IPT.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 16 de septiembre de 2016.

Por otra parte, también hemos afirmado, porque así se desprende del art. 123 LGSS, que el recargo va unido de manera inseparable a una prestación de Seguridad Social causada por contingencias profesionales, pero resulta igualmente claro que el recargo en sí puede tener vida propia, aunque sólo sea porque cabe que la acción tendente a su reconocimiento resulte afectada de prescripción por el transcurso de cinco años (SSTS 19-7-2013, 12-11-2013 y 18-12-2015). La primera de las precitadas resoluciones estableció: “de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente del trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social reconocido la frecuente contaminación por asbesto de muchos de sus empleados.

Por otra parte, de conformidad con el art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social, la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo en relación con el caso de que se trate. El número 3 del precepto citado añade que en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza.

8.1.2 Naturaleza jurídica del recargo de prestaciones.

¿Tiene naturaleza sancionadora el recargo de prestaciones?

El recargo de prestaciones tiene una naturaleza mixta: prestacional y sancionadora. Por ese motivo es compatible con las sanciones administrativas derivadas de los mismos hechos y las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Sala de lo Social, del 23 de julio de 2013.

La Sala de lo Social estudia su competencia jurisdiccional para la imposición de recargo de prestaciones derivados de la extensión de la responsabilidad solidaria a las personas físicas que ostentaban el cargo de administradores.

Se le había impuesto a la empresa infractora un recargo de prestaciones derivado de AT del 50%, confirmado en sede judicial. Al ir a ejecutarse el mismo, la empresa devino insolvente. A partir de ese momento, se inicia procedimiento de levantamiento del velo de dicha sociedad, en orden a establecer los administradores efectivos de la misma, para hacer posible el cobro efectivo del recargo impuesto.

Derivado de lo anterior, se determina la responsabilidad directa y solidaria de los administradores de la sociedad infractora. De modo que la primera y fundamental consecuencia derivada de lo anterior, es que los empresarios reales en el momento del AT eran los administradores solidarios. Se analiza si nos encontramos ante el cumplimiento de una prestación, de carácter “sui generis” y de naturaleza mixta prestacional y sancionadora, o, por el contrario, ante un procedimiento sancionador puro, lo que repercutiría de forma directa sobre la competencia jurisdiccional discutida, en uno u otro sentido.

Resuelve el Tribunal estableciendo que el recargo de prestaciones se configura en nuestro ordenamiento con carácter especial o mixto, en un doble sentido prestacional y sancionador, siendo éste último la lógica consecuencia del anterior y no su razón básica de existencia. Lo anterior se corrobora en varios aspectos legales regulados, a saber:

El propio encuadramiento del Art. 123 LGSS dentro del Capítulo III de la misma, bajo la rúbrica “Acción protectora SS”.

El Art. 42.3 LPRL, establece la compatibilidad entre la posible sanción procedente y el recargo propiamente dicho, cuando dice: “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador será compatibles con las indemnizaciones por daños y perjuicios causados y el recargo de prestaciones económicas del sistema de SS...”.

La propia lógica jurídica, partiendo de un sistema único e integrado de nuestro ordenamiento jurídico, que nos permite acudir, en orden a la efectividad de la propia prestación, a otras disposiciones sustantivas de diferente orden jurisdiccional, sea civil o mercantil, en relación directa con la teoría del levantamiento del velo y lo establecido en los Arts. 6.4 y 7.2 CC.

Entendemos que el recargo de prestaciones que nos ocupa, no tiene un carácter meramente sancionador y, por lo tanto, todas las actuaciones encaminadas a dar efectividad y ejecutoriedad al mismo, en defensa última, no lo olvidemos, de los intereses del trabajador directamente afectado por el AT que lo origina, deben sustanciarse en este orden social, conforme al Art. 2 e) LRJS.

8.1.3 Prescripción del recargo.

¿Cómo debe interpretarse el artículo 43.2 de la LGSS sobre la interrupción del plazo de prescripción para el reconocimiento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (5 años)?

La interrupción del plazo de prescripción de 5 años para la imposición de recargo de prestación por omisión de medidas preventivas se mantiene hasta que la declaración de la prestación que es objeto de recargo sea judicialmente firme.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de noviembre del 2013.

La Sala fija cómo debe interpretarse el artículo 43.2 de la LGSS sobre la interrupción del plazo de prescripción para el reconocimiento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (5 años) dirimiendo si dicha interrupción se extiende desde la fecha en que se incoa el correspondiente expediente administrativo hasta que recaee resolución expresa del INSS con independencia de la fecha de su emisión o si, por el contrario, en caso de emitirse la resolución una vez transcurridos los cinco años, el derecho a la imposición del recargo ya está prescrito.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión específicamente referida al plazo para la imposición de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, el TS analiza de manera genérica los efectos que tiene la superación de los 135 días que la Administración (INSS) tiene para resolver los procedimientos de oficio, previsto en el artículo 14 de la OM de 18 de enero de 1996. El TS, reiterando la tesis sostenida en la STS de 17/07/2013, concluye que la superación de dicho plazo no determina la caducidad del expediente administrativo, sino que determina de resolución del expediente por silencio administrativo negativo,

Respecto al objeto de debate añade sobre la interrupción del plazo para la imposición de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, el TS indica que: “el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho:

- el accidente de trabajo;
- la infracción de las medidas de seguridad y
- el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo”.

“cuando la resolución administrativa no se dicta en plazo el interesado no pierde el derecho, pudiendo acudir a los tribunales tras entender desestimada su pretensión por silencio administrativo. (y, precisamente) la finalidad del plazo de 135 días es permitir al trabajador reaccionar ante la falta de respuesta en un procedimiento que tiene por finalidad dotarle de una mayor protección y resarcirle por la contingencia profesional acaecida. Y por tanto, transcurrido el plazo de 135 días, el interesado podría acudir a la vía judicial.

“Lo que se indica es que el tiempo de interrupción de la prescripción no puede quedar sometido a la mera inactividad administrativa cuando la ley establece tanto el citado principio de impulso procedimental, como las consecuencias de la falta de resolución en plazo”.

De ese modo, la Sala de lo Social del TS concluye que la interrupción del plazo de prescripción de 5 años, para la imposición de recargo de prestación por omisión de medidas preventivas, se mantiene hasta que la declaración de la prestación de base que es objeto de recargo sea judicialmente firme (en caso de que se hubiera impugnado).

Y que una vez iniciada la prescripción, existen “diversos supuestos interruptivos”, entre los que el Tribunal destaca:

En el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite (art. 43.3 LGSS) y, por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil (...).

8.1.4 Plazo de prescripción para reclamar el abono del Recargo de Prestaciones.

¿La apertura del procedimiento penal interrumpe el plazo de prescripción para reclamar el abono del recargo de prestaciones?

Sí, aunque en el procedimiento administrativo de recargo de prestaciones no exista prejudicialidad penal devolutiva, sí se suspende el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo de prestaciones hasta que finaliza la causa penal.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Social, de 1 de octubre de 2014.

La Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Social analiza en el plano formal, la posible prescripción para reclamar el recargo de prestaciones por accidente de trabajo, y en cuestión de fondo, la concurrencia de los requisitos del art. 123 LGSS. En cuanto a la prescripción:

El accidente de trabajo se produjo el 15-4-2005. El actor interpuso denuncia por los mismos hechos ante el Juzgado de Instrucción el 15-4-2008, dando lugar a la incoación de las diligencias previas, que fueron sobreesidas provisionalmente mediante auto de fecha 9- 11-2009. La reclamación previa se presentó el 19-9-2012.

La sentencia del TS de 2-10-2008, recurso 1964/2007 explica que “en materia de recargos de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva (...) Ahora bien, la Sala igualmente ha afirmado que la inexistencia de tal efectivo suspensivo no comporta que ese proceso penal o el procedimiento administrativo para sancionar las responsabilidades administrativas por incumplimiento de las normas de prevención que haya podido motivar el accidente no suspendan el plazo de prescripción de la acción para reclamar el abono del recargo. Así los

hemos afirmado siquiera obiter dicta en nuestra sentencia de 12/03/07 y ya con profusión argumental los reiteramos en las de 18/10/07 y 13/02/08”.

En el supuesto de autos se inició el procedimiento penal el 15-4-2008, interrumpiendo la prescripción de la acción de recargo prestacional, la cual solo volvió a computarse desde el archivo de la causa penal el 9-11-2009, no habiendo transcurrido el plazo de cinco años cuando se formuló la reclamación previa de autos y por lo tanto sin que se aprecie la prescripción.

¿Se produce la suspensión del procedimiento de recargo de prestaciones por existencia de un procedimiento penal abierto por los mismos hechos?

No, puesto que no existe prejudicialidad penal en el procedimiento de recargo de prestaciones en la medida en que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa o penal tienen naturaleza distinta y son compatibles entre sí, no produciéndose la vulneración del principio non bis in ídem.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social del 3 de julio de 2013

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social del tres de julio de 2013. La Sentencia estudia concurrencia entre sanciones de orden penal, administrativo y laboral derivadas de un Accidente de Trabajo. En concreto, la parte recurrente alega que el acta de infracción no es firme porque el expediente sancionador se suspendió debido a la tramitación de un proceso penal sobre estos mismos hechos (un accidente laboral), por lo que no cabe imponer el recargo prestacional hasta que se alce la suspensión del expediente sancionador.

Contradicción derivada de la sentencia del TS de 2-10-2008, que establece que “en materia de recargos de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva, de forma que la tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medida de seguridad, pese a lo previsto en el art. 16.2 OM 18/01/96, pues tal paralización no se contempla en el 1300/1995 del que aquella es desarrollo y resulta contraria al art. 86.1 LPL, a la par que el art.3.2 RD Legislativo 5/2000 limita a contemplar la paralización del procedimiento para el aspecto sancionador”.

Y la sentencia del TS de 17-5-2004, la cual argumenta que: “La Ley de Seguridad Social en el art. 123.3 declara expresamente la compatibilidad del recargo de prestaciones con las derivadas de un hecho punible. La Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, (dictada en desarrollo del RD 1300/1995 de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social), en su art. 16.2 dispone que, «cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento»”.

Si bien, cabe destacar que el RD 1300/1995, en cuyo desarrollo se dictó la Orden que preceptúa la suspensión del expediente sancionador, no contiene norma alguna en la que se base dicha suspensión. Del mismo modo, el artículo. 86.1 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral, con referencia ya al proceso ante los órganos jurisdiccionales, señala que «en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos». La legalidad del mandato de la Orden Ministerial depende de la existencia de un sustrato legal que le sirva de fundamento pues, de no existir, debe prevalecer el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

La Orden de referencia podría tener su apoyo en el otro precepto cuya infracción se denuncia, el artículo 3.2 del RD-Legislativo 5/2000, que reproduce literalmente el mandato del artículo 3.1 de la Ley de 7 de abril de 1988 que con anterioridad estableció la regulación de las faltas y sanciones en el orden social. Este precepto establece que «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones». Como se ve la orden de paralización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, que es el regulado en dicha norma, si bien, el de imposición de recargo por falta de medidas de seguridad no tiene esta consideración. Ciertamente es que la naturaleza jurídica del recargo es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes, y además no afecta al principio “non bis in idem”.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la suspensión prevista en el artículo 3.2 del RD-Legislativo 5/2000, no es de aplicación en materia de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Ello es así porque la cuantía de su importe, es compatible, por mandato legal, con las que puedan derivarse de la causa penal. Pero es que además el proceso penal siempre tiene por objeto sancionar conductas individuales, siendo en este caso concreto de accidente de trabajo, a la persona o personas que intencionada o culposamente pudieran ser responsables de la ausencia de las medidas de seguridad determinantes del siniestro. Mientras que el recargo de prestaciones se impone a la empresa como tal, tanto si hay una persona física responsable como si no la hay. Lo determinante para la imposición del recargo es la ausencia de las medidas de seguridad, requisito objetivo, independiente de la persona física responsable de su ausencia.

La suspensión del expediente de recargo prestacional debido a la suspensión del expediente administrativo sancionador por la tramitación de una causa penal, carece de sustento legal, puesto que se trata de dos cuestiones diferentes, visto que la suspensión del expediente administrativo sancionador por estar en curso una causa penal por los mismos hechos, deriva de las exigencias del principio “non bis in idem” pues una condena penal y una sanción administrativa por el mismo supuesto, vulnerarían dicho principio.

Sin embargo, la condena penal o la imposición de una sanción administrativa laboral es compatible con el recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, cuya naturaleza es distinta de aquéllos.

Por lo que la suspensión solicitada por la parte recurrente causaría un grave perjuicio a los trabajadores accidentados, que se verían privados del incremento en el importe de la prestación de la Seguridad Social como consecuencia del recargo, durante un prolongado lapso temporal, hasta que se resuelve el procedimiento penal y el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

8.1.5 Vinculación del procedimiento administrativo sancionador en el procedimiento de recargo de prestaciones.

¿Es posible imponer un recargo de prestaciones a una empresa como consecuencia de un accidente de trabajo cuando no se ha impuesto sanción administrativa por faltas de seguridad?

Sí, puesto que en el procedimiento de recargo de prestaciones pueden alegarse otros incumplimientos que hayan tenido relevancia causal en el resultado lesivo y que no hayan sido objeto de sanción.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de abril 2018

Esta sentencia analiza si puede imponerse un recargo de prestaciones a una empresa como consecuencia de un accidente de trabajo cuando no se le ha impuesto sanción administrativa por faltas de medidas de seguridad.

El supuesto de hecho parte de un accidente sufrido por un trabajador que para realizar tareas de encofrado utilizó una escalera de mano en lugar de la plataforma elevadora móvil prevista a tal efecto. Concretamente el trabajador utilizó la escalera para enganchar una pieza metálica a una grúa, y para ello, socó el pie derecho del peldaño de la escalera y lo puso sobre la armadura de ferralla del muro perpendicular a aquél donde estaba apoyada la escalera, y procedió a retirar la rebaba con un martillo y un cincel teniendo las dos manos ocupadas y creando un evidente desequilibrio. Esta posición provocó el deslizamiento de la escalera, que no había sido fijada y el trabajador cayó al suelo sufriendo la fractura del hueso calcáneo izquierdo.

Pues bien, en este caso el Juzgado de lo Social revocó el acta de infracción levantada por la ITSS por vulneración de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales en razón del accidente de trabajo por considerar que el siniestro se produjo por imprudencia temeraria de la víctima.

Así, se plantea si lo contenido en dicha sentencia firme vincula en el procedimiento de recargo de prestaciones.

En este sentido, el Tribunal señala que *“en lo que concierne a la existencia de infracción, es preciso distinguir, como punto de partida, dos conceptos que en ocasiones se solapan: el de infracción laboral en materia de prevención de riesgos laborales recogido en los arts. 11 a 13 LISOS, en relación con los arts. 1.1 y 5.1 de esa misma Ley, y el de incumplimiento de las obligaciones por parte del empresario en esa misma materia plasmado en el art. 123 LGSS. El primero aparece definido como toda acción u omisión de los sujetos responsables que conlleve la violación de normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo, siempre que se encuentre tipificada como tal en la Sección 2ª del Capítulo II de la LISOS, que contiene un catálogo cerrado de conductas ilícitas.*

La segunda noción es más amplia pues a los efectos de lo establecido en el art. 123 LGSS existe incumplimiento de obligaciones preventivas siempre que el empresario no ha obrado con la diligencia exigible para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, aun cuando su conducta no resulte subsumible en ninguna de las infracciones administrativas tipificadas en los arts. 11 a 13 LISOS. Resultando claro que la infracción presupone el incumplimiento de las obligaciones impuestas, no todo incumplimiento quedará ahorrado en el catálogo de infracciones que, como tal, exige de la necesaria tipicidad y configuración legal estricta, bastando para el recargo con que se haya producido un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad”.

Por otra parte, el hecho de que la Inspección de Trabajo que investiga un accidente de trabajo califique determinadas actuaciones del empresario como constitutivas de una o más infracciones en materia preventiva, y que la sanción impuesta por la Autoridad Laboral sea anulada mediante sentencia firme por haber quedado desvirtuados los hechos que le sirven de base, no obsta a que en el procedimiento de recargo de prestaciones puedan alegarse y acreditarse otros incumplimientos constitutivos o no de infracción administrativa con relevancia causal en el resultado lesivo.

En último término, y en lo que respecta a los hechos en los que se fundamenta la infracción, el órgano que conoce del pleito de recargo podrá apartarse de los constatados en el sustanciado para la impugnación de la sanción, sin más requisito que motivar su decisión atendiendo a los concretos medios de prueba practicados en el proceso.”

¿Qué incidencia tiene una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que analiza la causa del accidente?

Produce un efecto de cosa juzgada que puede incidir en la configuración del artículo 123 LGSS.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2015

El objeto del proceso en ambos litigios está constituido por los mismos hechos.

En este orden de cosas ha de destacarse que la STSJ Cataluña 15/10/13 [rec. 7287/12],

firmó ya cuando se pretendió aportarla al procedimiento que concluyó con la recurrida STSJ Castilla/La Mancha 23/01/14, entendió que la acreditada «falta de coordinación» entre las empresas involucradas en el AT sufrido por el Sr. Martín en 08/01/10 «no es la causa determinante del accidente laboral» y que éste fue debido a que «el trabajador, lejos de cumplir las instrucciones recibidas llevando el camión al muelle de descarga, lo detuvo en medio del patio, en zona no habilitada al efecto... procediendo a abrir las puertas del camión», una de las cuales fue movida por el fuerte viento [en localidad próxima llegó a rachas de 109 kms/hora] y le causó fuerte traumatismo craneoencefálico determinante de su muerte [HDP].

Pues bien, si el presupuesto básico para que proceda la imposición del recargo de prestaciones es que haya mediado relación causal entre la infracción apreciada y el accidente sufrido, de manera tal que el suceso dañoso haya sido determinado por el incumplimiento empresarial, la circunstancia de que la referida sentencia del TSJ Cataluña hubiese entendido que tal requisito no había concurrido determina que tal declaración -firme, repetimos- por fuerza no debiera haber sido desconocida por el TSJ Castilla La Mancha, como tampoco puede serlo ahora por esta Sala, en ineludible aplicación del art. 224.1 LECiv, determinando que haya de resolverse en el sentido pretendido por el recurso, esto es, el dejar sin efecto el recargo de prestaciones interpuesto, al estar el mismo privado de su elemento más decisivo: la relación causa/efecto entre la infracción y el resultado dañoso.

Y ha de tenerse necesariamente en cuenta aquella resolución de la Sala de lo Social de Cataluña, porque -como resolvió la STS 12/07/13, oportunamente invocada por el Ministerio Fiscal- aunque median diferencias entre las dos instituciones (recargo/indemnización civil) que son objeto de decisión en los respectivos procedimientos, existe «un elemento constitutivo de ambos institutos -recargo e indemnización- que tiene que ser objeto de decisión en las dos controversias: (...) la relación de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y las lesiones derivadas del accidente (...) Las diferencias existen, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer (...).

Sentencia esta última que precisamente decide -en el sentido referido, aunque inverso al de autos que la sentencia que declaró la procedencia del recargo tiene efecto positivo sobre la reclamación de responsabilidad adicional por daños y perjuicios, porque «fue una resolución que decidió sobre el recargo, por lo que tuvo que decidir también sobre la existencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y las lesiones que constituyen el daño derivado del incumplimiento de las normas de prevención».

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2017

El motivo debe ser estimado porque la sentencia recurrida, como se ha indicado, aunque tiene expresa referencia y consideración a los hechos de la sentencia firme que mantuvo el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, no obstante se aparta de la misma cuando concluye en que la empleadora no ha incurrido en incumplimiento en materia de prevención y seguridad del trabajador y, en definitiva, no respeta la sentencia firme en ma-

teria de recargo que reconoce dicho incumplimiento empresarial en consideración a que, aunque la enfermedad fue diagnosticada en 1997, no se cambió el puesto de trabajo del demandante hasta 1999 y en el nuevo puesto de trabajo el demandante seguía estando en contacto con aquella sustancia, sin que las mascarillas de cartón que se le entregaron fueron suficientes para prevenir el riesgo. Es más, en dicha sentencia se viene a reconocer que el hecho de que la empresa hubiera cumplido en gran parte sus obligaciones en materia de vigilancia y protección de la salud ello no sirve nada más que para imponer el recargo en su grado mínimo, pero no para exonerar a la empresa totalmente. En definitiva, la sentencia firme en materia de recargo mantiene un incumplimiento en la normativa de protección de los trabajadores en el ámbito laboral y respecto de su salud y su repercusión en la enfermedad que sufre el demandante por la que, finalmente, fue declarado afecto de incapacidad permanente total, mientras que en la aquí recurrida se ha llegado a una conclusión contraria y al margen de aquel pronunciamiento firme.

¿Qué incidencia tiene la revocación de la sanción administrativa sobre el recargo de prestaciones?

Los hechos declarados probados en la jurisdicción contencioso-administrativo vincula al orden social

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 2017

Hemos de determinar la incidencia que una sentencia firme, anulando la sanción impuesta a la empresa por la Autoridad laboral por infracción de medidas de seguridad puede tener en la sentencia en la que se resuelva sobre el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art. 123 LGSS.

Sostiene la citada STS 730/16: *“En este último precepto legal se dispone: La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social”.*

8.1.6 Silencio administrativo negativo en el caso de transcurso del plazo de 135 días para resolver el procedimiento administrativo de recargo de prestaciones

¿Qué sucede si la Administración no resuelve un recargo de prestaciones en el plazo legalmente establecido?

En caso de que la Administración no resuelva en el plazo legalmente establecido, ello no significa que se produzca la caducidad de este procedimiento, sino que los interesados deben entender sus pretensiones desestimadas por silencio administrativo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de la Sala de lo Social, de fecha 21 de junio de 2013.

Esta sentencia resuelve una controversia sobre el derecho de recargo de prestaciones de los causahabientes del trabajador fallecido por accidente de trabajo en la actividad de remolque de un carguero.

La precitada sentencia resulta de especial interés puesto que reitera la doctrina del Tribunal Supremo establecida en sentencias del 9 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006, 17 de abril de 2007, 26 de septiembre de 2007 y 6 de noviembre de 2007; que establece que el plazo de la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es de 135 días, conforme al Anexo del RD 286/2003 de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, si bien el incumplimiento de dicho plazo no produce la caducidad del procedimiento, tal y como preceptúa el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, a tenor del cual en *“los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras, o en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad”* cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que *“en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”*. Según esta doctrina del Supremo, dicho artículo no es de aplicación al recargo pues el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o beneficiarios, por lo que no puede configurarse como un acto que supone efectos desfavorables o de gravamen sobre el empresario, puesto que la obligación que ciertamente deriva del acto administrativo de reconocimiento para el empresario se rodona al derecho correlativo que ese reconocimiento produce en la esfera del perjudicado. De modo que el procedimiento no se desarrolla en el marco de una relación bilateral entre la Administración y el empresario infractor, sino en el marco más complejo de la denominada actividad arbitral de la Administración, en la que ésta decide una controversia entre dos privados, y a esta actuación ha de aplicársele la regla del número 1 artículo 44, conforme el cual *“en caso de que no pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.”*

De este modo, la consecuencia del no pronunciamiento de la Administración en un procedimiento de recargo de prestaciones, en el plazo de 135 días no es en ningún caso la caducidad del procedimiento, sino que los interesados deben entender sus pretensiones desestimadas por silencio administrativo.

8.1.7 Petición de indemnización por daños y perjuicios adicionales cuando no se ha apreciado omisión de medidas preventivas y ausencia de recargo de prestaciones a la seguridad social.

¿Qué efectos tiene una sentencia absolutoria respecto al recargo de prestaciones en una demanda de daños y perjuicios que analiza el mismo accidente?

Tiene efecto de cosa juzgada positivo, aun cuando el juzgador debe garantizar el fondo del asunto.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 18 de junio de 2014.

La Sala debate el alcance que, en aplicación del efecto positivo de cosa juzgada, puede tener lo resuelto en un pleito sobre recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad sobre un nuevo pleito entre las mismas partes en el que el trabajador, declarado sucesivamente en situación de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, demanda a la empresa indemnización adicional de daños y perjuicios derivados de dicha incapacidad.

Se da la circunstancia que en la primera sentencia -de la que derivaría la cosa juzgada en sentido positivo y que es la dictada por el extinto Tribunal Central de Trabajo en fecha 2 de julio de 1985 - se absolvió a la empresa del abono del recargo solicitado *“por estimar que no concurrió en la conducta empresarial infracción concreta de normas de seguridad”*. Presentada demanda en reclamación de daños y perjuicios por el ahora recurrente, en casación unificadora, y por otros demandantes, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell de 15/2/2011 estimó las pretensiones de esos otros codemandantes pero desestimó la del ahora recurrente. Y la explicación de ese diverso trato reside en que solamente el recurrente contaba con esa sentencia adversa del TCT. Recurrida en suplicación dicha sentencia de instancia -tanto por la Empresa, condenada a pagar indemnizaciones a todos los demandantes menos al recurrente, como por este último, ambos recursos de suplicación son desestimados.

En el recurso de casación para la unificación de doctrina se aporta como sentencia de contraste, la dictada por el TSJ del País Vasco. En ella se trata también de una reclamación de daños y perjuicios de un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, demanda que es desestimada en la instancia sin entrar en el fondo del asunto al aplicar la excepción de cosa juzgada, habida cuenta de que, previamente, el trabajador había demandado a la empresa para que le abonara recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, demanda desestimada en la instancia mediante sentencia que no apreció tal infracción empresarial y que fue confirmada en suplicación.

La segunda sentencia de instancia -la que desestima la demanda de indemnización adicional por daños y perjuicios- es también recurrida en suplicación, recurso que es estimado por la sentencia citada del País Vasco, cuyo fallo dice así: *“declarándose la nulidad de la misma, se reponen las actuaciones al tiempo anterior a dictar sentencia para que el Órgano Jurisdiccional de instancia, con plena libertad de criterio, dicte otra sin declarar la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada”*.

Como puede deducirse entre la sentencia recurrida y la de contraste no existe la identidad requerida para poder apreciar la existencia de contradicción. No es cierto que la sentencia recurrida *“no entra en el fondo del asunto por existir cosa juzgada”*. Al contrario, remontándonos al FD de la sentencia de instancia, ya comenzaba diciendo: *“Entrando a conocer del fondo de la cuestión planteada (.../...) comenzaremos por la resolución de la pretensión formulada por el trabajador y la incidencia que sobre la misma puede tener la citada resolución de 2 de julio de 1985”*. Y tras un amplio análisis de la jurisprudencia sobre la cosa juzgada en sentido clásico o negativo y en sentido positivo concluye diciendo:

“Respecto de la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada en los procedimientos laborales debe destacarse la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 28 de abril de 2006, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2969/2004, en la cual se señala, citando una anterior resolución de la misma Sala de fecha 29 de mayo de 1995, que “resultaría incomprensible a los destinatarios de la justicia, por ser incompatible con los más elementales principios de la lógica y del sentir común de la ciudadanía, el hecho de que se mantuviesen los dos pronunciamientos diversos... Es decir, las cosas no pueden, al mismo tiempo, ser y no ser para los órganos judiciales por mucho que esta incoherencia esté seriamente fundamentada en una interpretación estricta de las normas con rigurosa técnica jurídica”, aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada que es apreciable de oficio por los Tribunales.

En el presente caso, la sentencia dictada por el Tribunal Central de Trabajo en procedimiento sobre recargo de prestaciones en prestaciones de incapacidad permanente, en el que fueron parte el trabajador y la empresa, estimó el recurso formulado por la demandada por estimar que en la enfermedad contraída por los trabajadores con motivo de la prestación de servicios en la empresa no concurría una infracción concreta de normas de seguridad por parte de la empresa.

Por ello, el primer elemento que debe concurrir para solicitar la indemnización de daños y perjuicios reclamada por el trabajador es que el resultado dañoso originado deriva de una conducta negligente o descuidada del empresario por incumplimiento de las normas de seguridad establecidas y la citada sentencia determinó, en relación a la prestación laboral del trabajador en la empresa, la inexistencia de una infracción concreta de normas de seguridad por parte de la misma, *“la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada debe conllevar la desestimación de la pretensión formulada por el trabajador”*.

Y es ésta la sentencia que se confirma íntegramente en suplicación por la sentencia recurrida con esta conclusión: *“En el presente caso no operaría el efecto negativo de la cosa toda vez que el anterior procedimiento que concluyó por sentencia firme del Tribunal Central de Trabajo de 2 de julio de 1985 tenía por objeto el recargo por falta de medidas de seguridad previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social en relación a las prestaciones por incapacidad permanente que se le habían reconocido al trabajador, mientras que en el caso ahora enjuiciado se está ejercitando una acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos a resultas de la enfermedad profesional que contrajo mientras prestó servicios para la empresa. Pero sí es de apreciar*

el efecto positivo de la cosa juzgada, pues en aquel proceso se discutió si la empresa había incumplido normas en materia de seguridad y en el presente se pretende un resarcimiento por los daños y perjuicios producidos por haber incumplido la empresa las normas sobre seguridad e higiene vigentes, infracción que se había producido mientras el recurrente prestó servicios para la empresa. Lo resuelto en el primer proceso aparece como antecedente lógico de lo que es objeto del presente, existiendo identidad entre los litigantes, pues tanto el trabajador como empresa han sido parte en ambos”.

Y si pasamos ahora al análisis de la sentencia de contraste ocurre que la misma contiene exactamente la misma doctrina: en primer lugar, niega que exista cosa juzgada en sentido negativo y por ello anula la sentencia de instancia y le devuelve los autos para que entre en el fondo del asunto.

Y ello lo hace tras afirmar que no concurre cosa juzgada en sentido negativo, pero sí puede haberla en sentido positivo, aunque no se pronuncia directamente sobre si la hay o no sino que remite al juez de instancia para que lo haga. Dice así la sentencia de contraste: *“Si lo que el Órgano Jurisdiccional de instancia quiso señalar, como es muy probable, que no existía responsabilidad empresarial puesto que esta materia ya se había examinado, debió acoger este argumento de una manera más específica, pero al efectuar un pronunciamiento en su parte resolutoria con apreciación de la excepción de cosa juzgada, está enervando el examen del fondo, y es sobre él sobre el que debe pronunciarse y, si así se estima, establecer la determinación de falta de responsabilidad por ya haberse examinado el supuesto o tener una presunción o precedente suficiente sobre tal cuestión. Ahora bien, al haber operado sin un pronunciamiento sobre el fondo, aunque hubiese sido para estimar la falta de culpabilidad, está realizando un pronunciamiento contrario a la excepción de la cosa juzgada, al no concurrir los elementos de identidad del art. 1.252 del C.C.”.*

Así pues, no hay contradicción doctrinal porque la sentencia recurrida estima que hay cosa juzgada en sentido positivo y la sentencia de contraste estima también que sí puede haber cosa juzgada en sentido positivo -pero que no la hay en sentido negativo- y por ello obliga al juzgador de instancia a pronunciarse expresamente sobre ello.

¿Qué efecto tiene una Sentencia de otra jurisdicción que analiza la responsabilidad civil de la empresa?

En la Sentencia del Orden Civil constaba acreditado la culpa exclusiva de la víctima, lo que tiene un efecto de cosa juzgada sobre el Recargo de prestaciones.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2018

En estas sentencias se establece que siendo un presupuesto básico tanto del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad como del resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad civil, derivados ambos de contingencias profesionales, la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario y las lesiones que constituyen el daño derivado de su inobservancia, y

operando este elemento constitutivo común de la misma forma en los dos institutos, lo establecido al respecto en sentencia firme recaída en el procedimiento referido a uno de ellos produce efecto de cosa juzgada positiva en el posterior seguido por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Por tanto, una vez que mediante sentencia firme se resolvió que el accidente laboral que sufrió el trabajador demandado se produjo sin mediar incumplimiento alguno en materia preventiva por parte de su empleador susceptible de generar responsabilidad civil por los daños sufridos, y que la causa exclusiva del mismo fue la imprudencia de la víctima, que exoneraba de cualquier responsabilidad a la empresa, tal pronunciamiento tenía que ser asumido y respetado en el proceso en el que se enjuiciaba la responsabilidad por el recargo de prestaciones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 222.4 LEC, en relación con los arts. 9.3 y 24.1 CE, cuya aplicación no podía ser obviada con base en la sentencia de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo que ya fue tomada en consideración por la sentencia primigenia y recayó en un proceso con un objeto litigioso distinto en el que no se debatió ni resolvió acerca del mencionado nexo causal.

8.1.8 Caducidad del procedimiento administrativo sancionador y Recargo de Prestaciones.

¿Qué incidencia puede llegar a tener la caducidad de una Acta de Infracción contra una empresa (por un accidente de trabajo), sobre el recargo de prestaciones?

Se entiende que estos procedimientos son de naturaleza distinta. El acta de infracción, que solo afecta a la empresa, tiene por objetivo “sancionar”, mientras que el recargo de prestaciones es “prestacional”, de forma que no debe perjudicar al trabajador; el cual se vería afectado ante la inactividad de la Administración Pública.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2014.

La caducidad de procedimiento Administrativo sancionador, el cual únicamente afecta a las partes del mismo -Administración y empresa- no puede conllevar repercusiones para el trabajador que no fue parte en el mismo, en cuanto a las consecuencias de un procedimiento de recargo cuya naturaleza es prestacional además de sancionadora, de forma que no es posible perjudicar al productor por la inactividad de la Administración en la imposición de una sanción que solo afecta a la empleadora, siendo por ello que la caducidad prevista en el art. 44.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas consecuencias se aplican al procedimiento sancionador, no puede afectar a un procedimiento de naturaleza diversa como es el de recargo, de tal modo que el Acta de Infracción, sometida a contradicción, operará efectos en la incoación, tramitación y culminación del expediente Administrativo de recargo, con independencia de que no sea ya factible la imposición de sanción alguna por estos mismos hechos, máxime si partimos, como es el caso, de que la sanción no ha sido anulada por razones de fondo sino por caducidad del procedimiento, lo que no obsta para que las infracciones se hayan producido en su caso.

8.2 Sujetos Responsables

8.2.1 Responsabilidad del empresario

¿Cuándo puede imponerse el recargo de prestaciones al empresario?

El empresario es responsable siempre que se cumplan los tres requisitos: (i) se haya producido una lesión; (ii) el empresario haya incumplido sus obligaciones en materia de prevención de riesgos; (iii) exista un nexo causal entre el incumplimiento del empresario y el accidente producido. El hecho de que la actuación del trabajador o de terceros pueda haber provocado el accidente no exime de responsabilidad al empresario si se dan los tres requisitos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 21 de mayo del 2014.

La Sala desestima el recurso interpuesto por el Servicio Aragonés de Salud, desestimando su pretensión de que se deje sin efecto el recargo del 30% de las prestaciones económicas de la Seguridad Social interpuesto por el INSS, como consecuencia del accidente laboral sufrido por una trabajadora.

Para ello, la Sala recorre la vigente legislación, así como la doctrina jurisprudencial, mencionado lo siguiente. La Directiva marco 89/391 (CEE), de 12 junio 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, en su art. 5.1, dispone: “el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, y en el art. 8.1 establece: “el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales”.

Por su parte la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su art. 14, rubricado: “Derecho a la protección frente a los riesgos laborales”, estatuye: “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”.

En cuanto al deber empresarial de protección, el art. 15 establece que el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el art. 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.

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 estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha establecido reiteradamente que el empresario no cumple solo con la dotación del equipo sino que también ha de velar por que 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 solo 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”.

La doctrina jurisprudencial, al interpretar el art. 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social (“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”) tiene reiteradamente establecido que tal norma tiene un carácter sancionador, de lo que se deducen dos claras consecuencias: su aplicación restrictiva y su carácter, en principio al menos, intransferible, solo imponible a la empresa infractora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo: “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. 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”.

8.2.2 Responsabilidad en caso de atraco.

¿Qué incidencia tiene el riesgo de atraco sobre el Recargo de Prestaciones?

La no evaluación o planificación de la misma del riesgo de atraco implica la infracción de la norma de prevención de riesgos laborales.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2014

Si bien es cierto que cualquier persona puede sufrir un robo en las mas diversas circunstancias -caminando por la calle, encontrándose en su domicilio, estando parada en un semáforo.....- no es menos cierto que el lugar donde presta servicios -la oficina de la Caja de Ahorros- sufre de forma frecuente, con mucha mayor probabilidad que en otros lugares, y, en ocasiones con una violencia extrema, atracos durante las horas en que permanece abierta al público, concurriendo circunstancias que agravan el riesgo, como es la presencia en ocasiones de numerosos clientes, cuyo comportamiento puede influir en el de los atracadores, la necesaria colaboración que se exige por parte de los atracadores a los empleados que han de facilitar el dinero, abrir la caja fuerte, abrir las cajas de seguridad, etc., y cuyo comportamiento asimismo puede influir notoriamente en que el desenlace del atraco se produzca sin daños a las personas.

Es irrelevante que dicho daño y la causa eficiente del mismo -el atraco- puedan producirse en lugares y circunstancias ajenas al trabajo, pues tal dato no destruye el carácter de “riesgo laboral”, predicable, como se ha venido repitiendo, de la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, circunstancia ésta, -la de presentarse la causa eficiente tanto dentro como fuera del trabajo- que concurre en otros muchos “riesgos laborales”, la posibilidad de una caída, el frío o calor excesivos, la humedad, etc... teniendo la consideración de riesgos laborales cuando existe la posibilidad de que actúen en el lugar de trabajo y causen un daño.

El riesgo de atraco en una gasolinera tiene el carácter de riesgo laboral, dadas las condiciones en que se presta el trabajo, especialmente a determinadas horas, en las que hay únicamente uno o dos empleados, teniendo en cuenta que el dinero recaudado se suele guardar en la propia gasolinera, que en ocasiones se encuentra en lugares solitarios, que suele ser fácil huir dada la proximidad a vías de circulación rápidas... estando especialmente constatado dicho riesgo en el supuesto examinado, en el que la gasolinera había sufrido seis atracos con anterioridad, el último pocos días antes del causante del accidente del actor por lo que han de adoptarse todas las medidas de prevención normativamente exigibles.

8.2.3 Responsabilidad de la empresa contratista-subcontratista.

¿Cabe imponer un recargo de prestaciones a la empresa principal, que no fue responsable del accidente de trabajo sufrido por un trabajador perteneciente a una subcontrata?

Sí, el objetivo que se persigue es que la contratación o subcontratación de trabajos (correspondientes a la propia actividad) no constituya un mecanismo para que la empresa principal eluda sus responsabilidades. Además, se busca asegurar siempre el cobro del recargo por el perjudicado, previniendo posibles insolvencias del subcontratista.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Sala de lo Social, del 24 de julio de 2013.

La Sala de lo Social resuelve sobre la imputación de responsabilidad en el ámbito de subcontratas de servicios, así como el valor de los resultados de la actividad inspectora.

La sentencia se pronuncia sobre la aplicación del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

En primer lugar, siendo estrictamente cierto que, en los supuestos de subcontratas de obras, la figura del empresario infractor a la que se refiere el artículo 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social es susceptible de atribuirse a la empresa principal, siempre que la misma sea la responsable del incumplimiento de seguridad que sea causa inmediata y eficiente del accidente, no es menos verdad sin embargo que la posición de garante fundamental del derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo corresponde al empresario o empleador del trabajador (artículos 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, y 14.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales).

En segundo lugar, el plan de seguridad y salud elaborado por la empresa subcontratada y al que se adhirió la empresa adjudicataria, señalaba que la seguridad de las personas que intervengan en los trabajos en vía es responsabilidad del propio contratista, por lo que éste deberá designar una o más personas encargadas de esa seguridad, y porque en la Norma de ADIF sobre seguridad en los trabajos ferroviarios más frecuentes se establece esa misma responsabilidad.

En tercer término, el lugar de las obras en las que se produjo el accidente no estaba protegido con señales luminosas y acústicas que sirvieran para advertir a los trenes en circulación de los tajos que se realizaban, y las empresas recurrentes no habían instalado el sistema de alarma automática contemplado en el plan de seguridad de la obra, sistema que advertía al personal del tajo de la proximidad de la llegada de un tren y que a la Sala se le revela como sistema perfectamente eficiente para prevenir el accidente que se produjo, incumpliendo con ello los deberes sobre seguridad en el trabajo que se contemplan en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 485/1997, de 14 de abril , sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad en el trabajo.

En cuarto término, el tajo en el que tuvo lugar el accidente del trabajador, tajo que se ejecutaba en zona calificada como de peligro y riesgo, se había iniciado sin la debida planificación y coordinación de seguridad, puesto que los trabajos en ese tajo comenzaron a ejecutarse tras ponerse a disposición del conductor de la máquina mixta dos trabajadores que iban a retirar traviesas, mas sin la presencia del recurso preventivo de la entidad subcontratada ni del piloto de seguridad de ADIF, incumpliendo con ello la específica previsión existente en el plan de seguridad de la obra, así como las obligaciones contempladas en el artículo 11 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre , sobre disposiciones mínimas de seguridad en las obras de construcción, que impone a los

contratistas y subcontratistas la responsabilidad de la correcta ejecución de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad.

El accidente se produjo cuando se había abierto un segundo tajo, contrariando así lo establecido en el plan de seguridad de la obra, donde se preveía la existencia de un único tajo que iría avanzando día a día en un único sentido y que, caso de que hubiere necesidad de abrir un nuevo punto de obra, se nombraría un nuevo recurso preventivo, e incumpliendo con ello lo dispuesto en la Adicional Única del Real Decreto antes citado, donde se establece que el plan de seguridad determinará la forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos. Es indudable, ya para terminar, que el piloto de seguridad tenía asignada una función preventiva primordial, al ser el responsable de avisar de la llegada de unidades móviles y, de ser necesario, de ordenar la retirada de los trabajadores de las zonas de peligro. Pero es igualmente cierto en relación con ello lo que el citado piloto no se encontraba presente en el segundo tajo de la obra de la estación de Dueñas, esto es, en el tajo en el que tuvo lugar el accidente del trabajador, obra que se inició sin la presencia y, acaso, sin el conocimiento del piloto; que éste, en el momento del siniestro, atendía las obras del primer tajo, obras que se realizaban entre las vías 2 y 4 y, en consecuencia, fuera de la zona de peligro, ya que el Talgo circulaba por la vía 1; y que, como ya se advirtió, no se corresponde con la razonabilidad de las cosas el que, atribuyéndose como se atribuye en los escritos de recurso a la función del piloto de seguridad un rol causal del accidente laboral exclusivo y excluyente de cualquier otro, no se haga sin embargo consideración de ninguna índole a ese respecto ni en el informe del siniestro elaborado por la Administración regional de Trabajo ni en el elaborado por la Inspección de Trabajo.

A partir de ese capital estado de cosas, estiman en síntesis las patronales recurrentes que fue ADIF quien imponía las medidas de seguridad a las que debían quedar sujetos los trabajos que se efectuaban en las vías férreas en las que se produjo el accidente del trabajador; que era la citada entidad quien autorizó la realización de los trabajos y quien estableció las condiciones de todo tipo en las que los mismos habrían de llevarse a cabo; que era ADIF la entidad encargada de controlar el tráfico de trenes por la zona de obras y la obligada a designar el piloto de seguridad que debía dirigir los trabajos en función del tráfico ferroviario; que ese piloto, en cumplimiento de las normas de seguridad de ADIF, era el encargado de avisar a los trabajadores ocupados en el tajo de la llegada de trenes y ordenar la retirada de los mismos durante la circulación de esos trenes por la zona de los trabajos; que el piloto de seguridad había advertido convenientemente a los trabajadores de la zona de obras de la llegada de unidades móviles, ordenando su alejamiento de la zona de circulación, lo cual no se llevó a cabo con ocasión de la llegada del tren Talgo que arrolló al trabajador; que de haberse producido la oportuna advertencia de la llegada de ese tren, no habría tenido lugar el siniestro; y que, en atención a todo ello, la figura de empresario infractor a la que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social no puede ser atribuida sino a la empresa responsable del incumplimiento de seguridad que constituyó la causa idónea y eficiente del mortal accidente producido, esto es, a ADIF.

Antes de resolver, la Sala recuerda que *“la versión de la realidad de la contienda que se trabó por la magistrada de instancia y, más en concreto, que la versión sobre las*

circunstancias en las que se produjo el mortal accidente del trabajador, se obtuvo de lo informado al respecto por la Inspección de Trabajo de Palencia. Que los hechos constatados por los funcionarios de esa Inspección que se plasman en las actas por los mismos levantadas gozan, salvo prueba en contrario, de presunción de certeza, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1997, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en el artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Que el informe inspector que nutrió la convicción de la magistrada de instancia sobre la verdad procesal de la contienda, como ya se anticipó, se elaboró tras visita al lugar del accidente girada tres fechas después del mismo, tras las manifestaciones vertidas al funcionario actuante por responsables de la obra en la que tuvo lugar el siniestro y por responsables de seguridad en ese tajo, pertenecientes a las empresas recurrentes y a ADIF, y teniendo en cuenta asimismo el informe sobre el accidente que emitiera el técnico de prevención de la Oficina Territorial de Trabajo de la Junta de Castilla y León.” En fin, y que la información ofrecida por la Inspección de Trabajo en su informe es soslayada casi absolutamente en los escritos de suplicación.

Señalado lo anterior, a juicio de la Sala hubo en el presente caso infracción empresarial de normas de seguridad atribuible a las patronales recurrentes, infracción trascendente en tanto que productora de un incremento del riesgo inherente al quehacer profesional y omisión eficiente para la génesis del accidente sufrido y del daño a su través causado.

Por todo ello, no incurrió la sentencia de instancia en las infracciones normativas a la misma atribuida, debido ser objeto de ratificación.

¿Qué requisitos deben darse para imponer la responsabilidad solidaria a la empresa principal y las posibles subcontratas por recargo de prestaciones?

Son varios los requisitos que se deben dar; destacando los siguientes tres requisitos: (i) la empresa principal y la subcontrata deben tener la misma actividad, (ii) el accidente debió producirse en el centro de trabajo de la empresa principal y (iii) la producción del accidente se debiese a una infracción imputable a la empresa principal dentro de su esfera de responsabilidad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Social, Sentencia del 26 de julio de 2013.

La Sentencia resuelve la cuestión de la imputabilidad del recargo de prestaciones a la empresa principal, cuando el accidente de trabajo surge por falta de medidas de seguridad en la empresa subcontratada.

Los tres requisitos exigidos para que se pueda imponer la responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto al recargo de prestaciones impuesto a la contratista por la falta de medidas de seguridad que han causado un accidente de trabajo son los siguientes:

Que el servicio subcontratado se integre en la “propia actividad” de la empresa principal, es decir, que sea inherente a su ciclo productivo.

Caben, tomándolas de la jurisprudencia dos interpretaciones posibles del concepto de “propia actividad”. La que entiende que es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que solo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán propia actividad de ella.

Que el accidente de trabajo haya tenido lugar en el centro de trabajo de la empresa principal y que la contrata esté en vigor.

El Real Decreto 171/2004, de 30 enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, señala en su artículo 2 que a los efectos de lo establecido en ese Real Decreto, se entenderá por centro de trabajo, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Por empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo. Y por empresario principal el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo.

Que la producción del accidente se haya debido a una infracción imputable a la empresa principal dentro de su esfera de responsabilidad.

Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo “...es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

Por consiguiente, el empresario principal puede ser empresario infractor a los efectos del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, si la infracción es imputable a la misma y el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad.

¿Qué incidencia ejerce una Sentencia que exonera del recargo a una de las contratas respecto al resto de contratas?

La relación de causalidad establecido en cualquiera de ellos produce efecto de caso juzgado positiva sobre el mismo accidente de trabajo, a pesar de que en el ámbito administrativo se haya sancionado por incumplimiento en materia de PRL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2018

La anterior doctrina es recordada en nuestra sentencia de 22 de junio de 2015, anteriormente citada, en la que, en sentido inverso, se reitera el efecto positivo de cosa juzgada de un proceso respecto del otro, recordándose que “para que proceda la imposición del recargo de prestaciones es [necesario] que haya mediado relación causal entre la infracción apreciada y el accidente sufrido, de manera tal que el suceso dañoso haya sido determinado por el incumplimiento empresarial, la circunstancia de que la referida sentencia del TSJ Cataluña hubiese entendido que tal requisito no había concurrido determina que tal declaración -firme, repetimos- por fuerza no debiera haber sido desconocida por el TSJ Castilla La Mancha, como tampoco puede serlo ahora por esta Sala, en ineludible aplicación del art. 224.1 LECiv, determinando que haya de resolverse en el sentido pretendido por el recurso, esto es, el dejar sin efecto el recargo de prestaciones interpuesto, al estar el mismo privado de su elemento más decisivo: la relación causa-efecto entre la infracción y el resultado dañoso.

Del mismo modo, la sentencia de esta Sala, de 13 de abril de 2016, casa la sentencia recurrida, en la que se había rechazado la existencia de responsabilidad civil imputable a la empresa demandada, al considerar que dicha resolución judicial debió aplicar al que resuelve el efecto de cosa juzgada entre lo declarado y devenido firme en un proceso de recargo en las prestaciones por ausencia de medidas de seguridad, diciendo que “El punto de partida de dichos efectos ha de ser necesariamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 77/1983, 192/2009, 139/2009 ó 16/2008, en todas las que el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE es el punto de partida, o lo que es lo mismo, la necesidad de que las resoluciones judiciales que abordan unos mismos hechos en distintas resoluciones judiciales, tengan en cuenta los factores concurrentes y decidan de manera razonada desde esa perspectiva de tutela lo que resulte ajustado a derecho”.

8.2.4 Extensión de responsabilidad en el caso de sucesión de empresa y aplicación retroactiva del recargo de prestaciones

¿La existencia de sucesión de empresa exime a la empresa adquirente, de un posible recargo de prestaciones, por un accidente acaecido antes de la sucesión?

No, la empresa entrante será responsable solidaria con el anterior titular en el pago de prestaciones causadas antes de la sucesión empresarial.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de mayo 2018

“Esta es la situación que concurre en el presente caso, en el que no existe petición o solicitud alguna de la viuda del trabajador fallecido, sino que consta la actuación de la Inspección de Trabajo, que en Acta de 30/09/2010 propuso la aplicación a la empresa Uralita S.A. del recargo en todas las prestaciones de Seguridad Social que se abonaran como consecuencia de la enfermedad profesional, en un 50%, lo que motivó que por Resolución del INSS de 20/12/2010 se tomara la decisión de imponer tal recargo, tal y como se describe en los hechos probados de la sentencia de instancia. Es cierto que, también sin solicitud de la viuda interesada, después de que en fecha 4/02/2012 se le reconociera por el INSS la prestación de viudedad derivada de la contingencia profesional, se produjo otra resolución del INSS en fecha 4/02/2012, en la que se volvía a declarar la responsabilidad de la empresa Uralita en el pago del incremento del 50% sobre las prestaciones derivadas del fallecimiento del causante, pero para determinar los efectos de ese recargo en la prestación de viudedad, habrá de tenerse en cuenta la primera de las actuaciones inspectoras a las que nos hemos referido, llevada a cabo el 30/09/2010 y dándole valor equivalente a la solicitud de la interesada -su esposo ya había fallecido con anterioridad al 27/01/2010- retrotraer los efectos del recargo del 50% en la prestación de viudedad a los tres meses anteriores a esa fecha, esto es, desde el 30/06/2010.

En este punto, no es posible acoger otra fecha anterior a la mencionada, como de alguna manera se propone en el escrito de impugnación del recurso por la parte recurrida, puesto que no hay ninguna evidencia en los hechos probados de la sentencia de instancia, a los que se atuvo la recurrida, de los que se pueda extraer que hubo una solicitud anterior del propio trabajador fallecido o que existiera un reconocimiento de incapacidad y de recargo de las prestaciones que fuera anterior a la fecha indicada.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2015.

La Sala resuelve en este recurso de casación para la unificación de si resulta responsable del recargo por falta de medidas de seguridad una empresa -Transporte, S.A.- que sucedió, años después del reconocimiento de la prestación de seguridad social sobre la que incide dicho recargo, a aquella en la que prestó servicios el trabajador, fallecido -SL-.

El recurso de casación para la unificación de doctrina que formulo la empresa Transporte, S.A. denuncia como infringidos los artículos 44 del Estatuto de los Trabajadores y 127 LGSS, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2.011 que viene a resolver un supuesto básicamente idéntico al de autos, por enjuiciarse en él la situación de trabajador que fallece a consecuencia de enfermedad profesional y respecto de la que se declara la procedencia de recargo de prestaciones, al apreciarse incumplimientos empresariales causalmente ligados a la contingencia, pero en la que este Tribunal Supremo excluyó la sucesión en el recargo por parte de nueva empresa que absorbe a aquella para la que el trabajador había prestado servicios, habida cuenta de que la sucesión empresarial se había producido después del cese en el trabajo y antes de que se reconociese la contingencia profesional.

En dicha sentencia se llega a la conclusión de que, en términos generales, se produce la subrogación por parte de la nueva empresa de la responsabilidad en el abono de los recargos de prestaciones de seguridad social previstos en el artículo 123 LGSS en casos de transmisión o sucesión empresarial.

Así se dice en ella que entender que: *“... a los efectos de que tratamos -la sucesión en la responsabilidad derivada del recargo- ha de primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva; o lo que es igual, de forma opuesta a nuestros precedentes, entiende ahora la Sala... que la consecuencia inducible de las previsiones del art. 123.2 han de ceder frente a las derivables del art. 127.2 LGSS”.*

En relación con la aplicación del artículo 127.2 LGSS, en nuestra sentencia de Pleno se afirma que *“... aunque el art. 44 ET dispone que en los supuestos de cambio de titularidad de una empresa el nuevo empresario queda «subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior» y asimismo establece la responsabilidad solidaria «durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión», no hay que olvidar que tal afirmación se hace expresamente «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social», y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que «en los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior ... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».*

Por otra parte también se añade como premisa para la aplicabilidad del art. 127.2 LGSS que en el art. 123.2 de la misma norma no se contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones, *puesto que se refiere exclusivamente a la imposibilidad de transmitirla por negocio jurídico específico ad hoc y destinado a «cubrirla, compensarla o transmitirla». Y la tercera, es que muy contrariamente el tema de la sucesión empresarial tiene respuesta concreta en el art. 127.2 LGSS, al señalar que « [e]n los casos de sucesión... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión».*

Desde esa perspectiva prestacional del recargo, la sentencia de Pleno continúa razonando que cabe sostener esa naturaleza desde la propia terminología que se contiene en el artículo 123 LGSS, al establecer que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad *«las prestaciones económicas ... se aumentarán» en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a efectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión».*

Los argumentos de nuestra STS del Pleno se cierran en cuanto a la legislación interna desde la propia perspectiva del significado del artículo 127.2 LGSS cuando dispone que *“en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”*, debiendo entenderse que las expresio-

nes literales utilizadas en él no deben interpretarse de una manera formal y alusiva “a las prestaciones [recargo] «reconocidas» [impuesto] con anterioridad a la subrogación, sino al material de «generadas», habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que -concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que - por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial”.

Por último, la repetida sentencia del Pleno afirma que a la misma solución en cuanto a la discutida responsabilidad empresarial se refiere, habría que llegar desde el criterio que proporciona la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenido en la STJUE de 05 de Marzo de 2015, resolviendo procedimiento prejudicial en torno a la aplicación de la Directiva 78/855 CEE, actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE, pero que mantiene idéntica literalidad en los preceptos que el Tribunal de Justicia interpreta -arts. 3.1; 13; y 19 -.

La sentencia del TJUE fue dictada para resolver una cuestión prejudicial que planteó el Tribunal do Trabalho de Leiria (Portugal) en relación con la posible transmisión hacia la sociedad absorbente de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, siendo así que tales infracciones se habían apreciado como tales por la Autoridad correspondiente antes de la fusión por absorción, aunque las multas se impusieron después de ella. En esa sentencia entonces lo que lleva a cabo el Tribunal es una interpretación del alcance del art. 19.1.a) de la Directiva 78/855, en el que se dispone que “1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la absorbente”.

En su interpretación, el TJUE lleva a cabo tres afirmaciones:

- a) que la Directiva 78/855 no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo»;
- b) que «el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar»; y
- c) que «... la institución de la fusión, tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción».

Desde tales premisas el TJUE llega a la conclusión de existencia de subrogación en la responsabilidad analizada en el caso por incumplimientos previos a la fusión, con los siguientes argumentos:

- a) Que «si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría»;
- b) Que «esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855 »;
- c) Que esta conclusión no perjudica los intereses de los accionistas de la sociedad absorbente, puesto que los mismos «pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener... una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad».

La sentencia del Pleno concluye afirmando que esa doctrina del TJUE coincide en el caso allí analizado con el art. 127.2 LGSS en la interpretación del precepto ya expresada, de forma tal que el precepto así entendido resulta del todo conforme al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia que lo interpreta, lo que consiente su aplicación.

La sentencia del Pleno que venimos resumiendo en los razonamientos anteriores contiene finalmente una descripción sobre la proyección general que cabe inferir de la doctrina de la Sala sobre la subrogación en la responsabilidad derivada del recargo, aunque en el caso allí analizado se tratara de una fusión por absorción, y en ese punto se dice que:

- a) Igualmente alcanza a los supuestos de fusión por constitución, habida cuenta de la plena equiparación de efectos que establecen tanto la normativa española [art. 23 LME] como la comunitaria [art. 23 Directiva 78/855].
- b) También a los de escisión, habida cuenta de que por disposición legal tiene idéntico régimen jurídico -en cuanto a los efectos sobre el activo y pasivo- que la fusión [art. 73 LME].
- c) Con mayor razón ha de sostenerse la solución en todos los fenómenos de «transformación» [arts. 3 a 21 LME], pues a pesar de que en ellos la sociedad adopta un tipo social diverso, en todo caso conserva su propia personalidad jurídica, de forma que ni tan siquiera es sostenible que se haya producido subrogación de la empresa, sino que con tal transformación únicamente se alcanza una novación formal de la sociedad que deviene irrelevante a los efectos de que tratamos.
- d) También en el caso de «cesión global de activo y pasivo» [arts. 81 a 91 LME], fenómeno por virtud del cual se transmite en bloque -por sucesión universal- todo

el patrimonio de una sociedad inscrita a cambio de una contraprestación, pues mutatis mutandis son aplicables las mismas consideraciones que efectuamos en el caso de la fusión; y con mayor motivo ha de mantenerse el criterio cuando la cesión se realiza a favor de los propios socios, por cuanto que los mismos no resultarían ajenos a los incumplimientos empresariales determinantes de las patologías a que el recargo de prestaciones atiende”.

En el supuesto que aquí se resuelve, no hay constancia exacta en los hechos probados de la sentencia de instancia o en la fundamentación de la sentencia recurrida sobre la concreta naturaleza mercantil de la transmisión llevada a cabo desde una empresa a la otra, pero sí elementos suficientes para entender que, de conformidad con la doctrina descrita, corresponde a la empresa Transporte S.A. la responsabilidad en el abono del recargo de las prestaciones de seguridad social derivadas de enfermedad profesional correspondientes al trabajador fallecido, desde el momento en que consta que la referida empresa Transporte S.A. -que se constituyó en 1.993- es la sucesora de “SL”, empresa para la que prestó servicios el trabajador, y es sabido que ésta a su vez en 1989 se fusionó con (MTM) y otra empresa más, pasando a denominarse FESA S.A., que asumió el papel de empleadora respecto a los trabajadores, que después cambió de denominación a Gec en el año 1993 y finalmente Transporte S.A. en el año 1998, denominación con la que opera la demandante en la actualidad.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

La Sala debate la posible responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria en relación a la muerte de un trabajador por enfermedad profesional, y el pago del recargo de prestaciones por parte de estas.

Hemos de recordar de forma prioritaria que la materia de que tratamos no se rige por el art. 44 ET, sino por el art. 127.2 LGSS. En efecto, aunque el art. 44.1 ET dispone que en los supuestos de cambio de titularidad de una empresa el nuevo empresario queda “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior” y asimismo establece la responsabilidad solidaria “durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión” [apartado 3], no hay que olvidar que tal afirmación se hace expresamente “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social” [mismo apartado 3], y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que “en los casos de sucesión ...el adquirente responderá solidariamente con el anterior... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”.

Con lo que resulta:

- que las prescripciones de ambos preceptos son independientes, aunque complementarias;
- que la responsabilidad prestacional se rige por el art. 127 LGSS y -conforme a tal precepto- la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores; y

- que aunque -por ello- pudiera cuestionarse en autos la aplicación de la solidaridad que contempla el precepto de que tratamos, porque la prestación sobre cuyo recargo debatimos -fallecimiento por enfermedad profesional- fue reconocida con mucha posterioridad a la sucesión, de todas formas esta ardua cuestión -determinación del momento en que razonablemente ha de entenderse «causada» una prestación, tratándose de una enfermedad profesional tan insidiosa y de manifestaciones tan tardías como la asbestosis no se suscita ni en el recurso ni en su impugnación.

En la STS 18/07/11, en los Fundamentos Jurídicos Quinto, apartado 3, se dejó claro en relación a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones que, “... si bien el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional que en cierto modo apuntaría a la posible extensión de su responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresa, tal como proclama el art. 127.2 LGSS, de todas formas su función preventivo/punitiva, la determinante idea de «empresario infractor» que utiliza el art. 123.2 LGSS, la consiguiente afirmación jurisprudencial de que «sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo, la exclusión de responsabilidad por el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y la no asegurabilidad de aquélla- siquiera este mandato del art. 123.2 LGSS sea actualmente cuestionado por mor de las previsiones contenidas en los arts. 15.5 y 43.2 LPRL), llevan a concluir que la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, tal como sostiene la sentencia recurrida”.

A las consideraciones precedentes cabría añadir que la conclusión se encuentra también reforzada por un argumento sistemático, cual es el de que la LGSS regula de forma diferenciada -siquiera en la misma sección, relativa al «régimen general de las prestaciones»- la responsabilidad en orden a las prestaciones [arts. 126 y 127] y en orden al recargo de la prestación art. 123.2; lo que no deja de ser según la Sala significativo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 2 de diciembre del 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestima el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa, ERTAS, S.L, para la impugnación de resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que impone a la demandante un recargo del 40% de las prestaciones causadas por el fallecimiento por intoxicación debida a la exposición al amianto.

Un trabajador que prestó servicios en la fábrica de Valladolid de la empresa LITA, S.A. desde el 19 de diciembre de 1972 hasta el día de su fallecimiento, el 9 de enero de 2009, como consecuencia de la progresión tumoral de mesotelioma pleural derecho, enfermedad derivada de la inhalación de fibras de amianto.

Cabe tener en cuenta que el 15 de diciembre de 2005 se formaliza contrato de compra de actividad industrial y comercial de la fábrica de Valladolid entre la empresa Entos,

S.A., como vendedor, Lita, S.A. por ostentar derechos y obligaciones; y Naturonda, S.L., como comprador, grupo empresarial al que pertenece ERTAS, S.L., siendo esta última la empresa recurrente.

La empresa recurrente aduce que se ha interpretado erróneamente el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social ; pues que no se ha tratado de un simple o mero cambio de nombre o denominación de la misma empresa que ha venido explotando la fábrica de Valladolid, sino de una verdadera y efectiva sucesión de empresas y no constando que la recurrente Ertas S.L. haya incurrido en incumplimiento alguno desde que en diciembre de 2005 se hizo cargo de la fábrica de Valladolid, no se le puede imponer el recargo de las prestaciones en cuestión.

La Sala entiende que admitido que quien ha explotado la fábrica de Valladolid no sea la misma empresa que periódicamente y que por el contrario ha existido una real y efectiva sucesión de empresas, la norma aplicable a la cuestión litigiosa no es la que dice la recurrente sino el artículo 127.2 de la Ley general de la Seguridad Social que impone a la empresa adquirente, en casos de sucesión en la titularidad de la explotación, responsabilidad solidaria con el anterior titular en el pago de prestaciones causadas antes de la sucesión; parece evidente que también debe responder de las causadas después de la sucesión, lo que aquí ocurre porque el causante de las prestaciones por causa de muerte falleció el 9 de enero de 2009 siendo ya trabajador de la recurrente; y en cuanto al incremento de tales prestaciones que no tiene un carácter exclusivamente sancionador no es imponible solamente a la empresa infractora sino que participando de la naturaleza de las prestaciones que incrementa y aunque se haya originado el incremento por enfermedad contraída antes de la sucesión, la empresa adquirente debe responder solidariamente de tal incremento de conformidad con el citado artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

Asimismo la empresa denuncia infracción del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social , ya que al amparo en citado artículo los efectos del recargo no pueden imponerse con una retroactividad más allá de los tres meses desde que la viuda del trabajador fallecido formuló la solicitud de recargo, por lo que si la viuda del trabajador fallecido formuló la solicitud el 23 de mayo de 2011, el recargo debe imponerse con efectos de 23 de febrero de 2011; puesto que en el anterior fundamento de derecho hemos mantenido la naturaleza fundamentalmente prestacional del recargo que establece el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

8.2.5 Responsabilidad de la Administración Pública

¿Se puede imponer a una Administración Pública un Acta de Infracción?

Contra la Administración Pública no cabe imponer un Acta de Infracción, como si de una empresa privada se tratase.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2014.

Debido a que la empresa es Administración Pública, no puede iniciarse tramitación de expediente sancionar sino requerimiento bajo la forma del Real Decreto 707/2002, de 19 julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

La entidad recurrente parte de una premisa fáctica que no consta acreditada, cual es la de que la actora había recibido formación suficiente en materia de prevención de riesgos laborales. Efectivamente, si se declara probado que se le había promocionado un curso básico de prevención, sin que haya dato alguno que precise la fecha en que se hubiera realizado ese curso ni el contenido que hubiera podido tener. En relación con ello, la puerta corredera cuya utilización ocasionó el accidente ha de ser considerada “equipo de trabajo” a efectos de lo dispuesto en el Real decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, ya que se incluyen en ese concepto cualquier instalación utilizada por los trabajadores de los equipos de trabajo (art. 2.a.), de manera que a la trabajadora se le debió proporcionar la formación específica prevista en el artículo 5 de ese R:D, que bajo el epígrafe de “Obligaciones en materia de formación e información”, establece lo siguiente: “1. De conformidad con los arts. 18 y 19 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, el empresario deberá garantizar que los trabajadores y los representantes de los trabajadores reciban una formación e información adecuadas sobre los riesgos derivados de la utilización de los equipos de trabajo, así como sobre las medidas de prevención y protección que hayan de adoptarse en aplicación del presente Real Decreto.

8.2.6 Derivación de Responsabilidad a la Mutua y Servicio de Prevención del recargo de prestaciones impuesto a la empresa por el incumplimiento de sus obligaciones

¿Cabe depurar responsabilidades frente a la Mutua y el Servicio de Prevención por incumplir estas con sus obligaciones?

En un principio sería posible, siempre y cuando la empresa a la que se le impuso el recargo de prestaciones, acreditase el incumplimiento de las obligaciones que tiene la Mutua y los Servicios de Prevención.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, del 13 de marzo de 2014.

La Sala estudia entre otras cuestiones, la argumentación de la parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido lo dispuesto en el art 1902 del C. Civil pues entiende que ninguna responsabilidad se le puede imputar a la Mutua por las dolencias que padece

el actor y que por la misma no se ha infringido ninguna norma de seguridad e higiene en el trabajo que fueran causantes de aquellas.

La Sala desestima dicha argumentación, compartiendo los razonamientos de la sentencia de instancia ya que han existido por la Mutua incumplimientos en materia de prevención.

Así y en primer lugar no se detectó el riesgo existente para el actor, produciendo por ello una comisión por omisión, pues en junio de 1996 se realizó un mapa de riesgos donde se valoró el riesgo de ruido donde el actor prestaba sus servicios como “poco probable”, prescindiéndose para tal valoración de cualquier medición del nivel sonoro utilizando criterios subjetivos por simple observación.

Tampoco se realizó una valoración específica del nivel de ruido soportable por el trabajador una vez que sufrió la primera baja por incapacidad temporal por trauma acústico en el año 1996.

No se recomendó por la Mutua hasta el año 2002 protectores auditivos, sin que se planteara un cambio de puesto de trabajo hasta el año 2002, esto es seis años después de haber sufrido el primer trauma acústico.

En los reconocimientos médicos anuales el actor fue declarado apto para el puesto de trabajo hasta el año 2001, incumplándose con ello lo señalado en el art 37 .3 g) del RD 39/1997 *“El personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas.”*

Concurriendo una relación de causalidad entre la falta de medidas de prevención y el daño sufrido, pues si los servicios de la Mutua hubieran obrado adecuadamente y con la diligencia debida en su servicio de prevención los daños sufridos por el trabajador hubieran sido menores.

8.3 Actuación de los Trabajadores y Concurrencia de Culpas

8.3.1 Imprudencia del Trabajador.

¿Qué incidencia tiene la temeridad del trabajador sobre la demanda de daños y perjuicios?

Como norma general, sólo la imprudencia temeraria del trabajador puede eximir a la empresa de responsabilidad en el recargo de prestaciones, cuando se determine que la empresa ha cumplido con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos y el daño se haya cumplido por culpa exclusiva de la víctima, pero no así la imprudencia profesional.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2018

Así, pues, no se ha producido una absoluta eliminación del elemento culposo (Sentencia del TS -Sala I- 03/12/98), por cuanto su existencia es un «principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia, siendo la causa de los daños ajena a su actuar y no previsible (Sentencia del TS -Sala I- 13/12/90

En palabras de la Sentencia del TS 03/10/95 se exige, de forma inexcusable la concurrencia de una conducta empresarial, de un ilícito o incumplimiento laboral, relacionado directamente, por tanto, con el haz de derechos y obligaciones que derivan del contrato de trabajo que une a las partes.

Parece preferible aplicar la teoría -más tradicional, en la jurisprudencia- de la “absorción”, por virtud de la cual el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural (en general, por aplicación del art. 1258 CC; y en especial, por aplicación de la obligación de seguridad) y el resarcimiento de los daños ha de encontrar ineluctable cobijo en la normativa contractual.

Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del artículo 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que “en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.

No procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas, sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto “desmotivador” en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones (de sanción cuantitativamente mayor). Planteamiento que se ajusta a la Directiva 89/391/CEE, tal como se deduce de la STJCE 2007/141 de 14 de Junio, al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el artículo 5.1, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, que tal precepto no era conculcado por el artículo 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable.

Pues bien, en el caso de autos, ha ocurrido un accidente -aplastamiento de un pie por la rueda de un camión- y la causa directa del mismo ha sido la imprudencia temeraria del actor; y lo es, porque cualquier persona sabe que no se debe uno bajar de un vehículo en marcha, pues es peligroso, dadas las altas posibilidades que se tienen de sufrir algún daño; y más lo es en una persona -como el recurrente- que está en posesión de los carnets C1 y C -para conducir camiones- y que, por lo tanto, se le presume un mayor conocimiento de las normas de seguridad vial. Y, además, el siniestro se ha producido exclusivamente por este comportamiento, sin que tenga que ver nada de lo que rodea a su empresa, ya que no sobrevino por una mala conservación de las herramientas o vehículos, o por la falta de entrega de los EPIS o de una falta de formación sobre el extremo que ha causado ese acontecimiento súbito, sino que lo ha sido única y exclusivamente por una imprudencia, que, a la postre, es la causa directa e inmediata del accidente, pese a que lo fuese por un tropezón del propio trabajador. Por lo tanto, se descarta imputar culpa alguna a la empresa y, con ello, responsabilidad en los daños sufridos por el desgraciado percance.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2014.

El trabajador venía prestando servicios para la empresa, con categoría profesional de encofrador. El día 10 de noviembre de 2005. El accidente se produjo sobre las 18,30 horas, cuando el trabajador, realizando las labores propias de encofrador, procedía a colocar una plataforma móvil de recepción de materiales desde el forjado del nivel 3 hasta el forjado del nivel 4, para lo cual había sido izada y debidamente eslingada por el operario de la grúa nº 4, que no tenía visión del lugar donde se estaba depositando la plataforma. El operario de la grúa nº 5, pese a tener conocimiento de que su radio de acción había sido invadido por la grúa nº 4, abandonó la grúa nº 5, al considerar que había finalizado su jornada laboral, lo que comunicó al encargado y operario de la grúa nº 4, dejándola en posición de “veleta”.

Los operarios de ambas grúas no tenían visibilidad sobre los trabajos realizados ni tampoco había un señalista que realizara las oportunas indicaciones. En un momento determinado, habida cuenta que se trataba de un día lluvioso y ventoso, se movió el brazo de la grúa nº 5, impactando bruscamente con el cable de suspensión que sostenía la plataforma de la grúa nº 4, lo que provocó que esta arrastrase a la misma, se saliera bruscamente de su emplazamiento impactando contra el cuerpo del trabajador, que cayó desde una altura de diez metros, sufriendo lesiones que provocaron su fallecimiento.

El responsable de seguridad no se encontraba presente en el módulo de la obra en el momento del accidente.

La Inspección de Trabajo realizó el preceptivo informe del accidente en fecha 2 de febrero de 2006, sin levantar Acta de Infracción, haciendo constar que *“El problema que se plantea es conocer la razón por la que las grúas superpuestas, entraron en contacto y si la causa fue una mala instalación de las mismas, hecho que hay que rechazar de plano, ya que según consta de forma indubitada en el informe realizado por el Técnico del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la Generalitat, estaban correctamente instaladas*

cumpliendo todos los requisitos establecidos por los organismos competentes. Hay que considerar pues como causa del siniestro un elemento externo, como pudiera ser el viento, fuerte en rachas según los informes emitidos por el Centro Meteorológico Territorial, sobre las condiciones atmosféricas existentes. Sin embargo, el viento es un elemento previsible y controlable por los operarios al servicio de las grúas, que por otra parte llevan avisadores automáticos cuando las circunstancias lo requieren.

Tras lo expuesto, y vistas las declaraciones de los responsables del control de las grúas, el accidente es causado por haber quedado una de ellas, la dominada, en situación de veleta al haber abandonado la misma el operario conductor por haber finalizado la jornada laboral. A juicio de esta inspección nunca debió dicho operario dejar la grúa en veleta mientras estaba trabajando por encima otra. Su decisión a juicio de esta inspección constituyó una grave imprudencia, y sin duda la causa del accidente”.

La Dirección Provincial del INSS, acordó denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Disconforme la viuda del trabajador fallecido, interpuso demanda que fue estimada en instancia declarando la existencia de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el trabajador, y condenó a la Empresa a abonar un recargo del 40% de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de dicho accidente.

La empresa, interpone Recurso de Suplicación, que es desestimado por la Sala de lo Social del TSJ, al entender que el accidente se produjo por la imprudencia no temeraria de otro trabajador, compañero del finado, que abandonó la grúa en una posición incorrecta en un día ventoso, lo que la empresa pudo y debió haber evitado.

En ese sentido, de acuerdo con el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el accidente se produjo cuando la grúa 5 que había sido abandonada en posición de veleta por su gruista, impactó por causa del fuerte viento que soplaba ese día con el cable de suspensión de la grúa 4 que sostenía la plataforma móvil de recepción de materiales, que iba a ser colocada en el nivel 4 del forjado desde el nivel 3. La plataforma golpeó al trabajador y lo lanzó al vacío desde una altura de 10 metros lo que provocó su fallecimiento.

Siendo estos los hechos más trascendentes, es evidente que el accidente se produjo por una actuación imprudente del gruista que tenía a su cargo la grúa 5 y que no debió abandonarla en posición de veleta atendidas las condiciones climatológicas existentes ese día -fuerte viento- y las circunstancias en que estaba trabajando la grúa 4, que había invadido el espacio de la 5. Estamos, por tanto, ante una imprudencia profesional, no temeraria, de uno de los trabajadores de la empresa que pudo y debió evitarse, sobre todo cuando consta que todo ello sucedió con conocimiento del encargado de la empresa al que el gruista de la 5 le comunicó que había finalizado su jornada laboral y que abandonaba su puesto de trabajo.

Así las cosas, la imposición del recargo responde al espíritu y finalidad del artículo 123 de la LGSS en relación con las disposiciones el apartado 4 del artículo 15 de la LPRL

en cuanto dispone que *“La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador”*.

Es por ello que se confirma la sentencia de instancia y se desestima el recurso de suplicación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 13 de marzo del 2014.

La Sala se centra en determinar si la concurrencia de culpa, en el acontecimiento de un accidente de trabajo, por parte de un trabajador, es suficiente para no imputarle responsabilidad a la empresa, al ser precisa la relación de causalidad entre la acción u omisión del empresario, el resultado lesivo y la culpabilidad del empresario.

Se trata de un trabajador, el cual cuando se encontraba trabajando en una máquina de la Línea de limpieza, una vez finalizado el trabajo de imprimación procedió a limpiar los rodillos de la máquina, introduciendo su mano derecha por una abertura entre ellos de aproximadamente 50 mm, produciéndose un atrapamiento de esta con los rodillos, al girar estos hacia dentro y no estar la máquina en situación técnica de parada.

La empresa era conocedora de que la limpieza de los rodillos se hacía con el equipo en funcionamiento. La ficha de seguridad de la máquina se encontraba colgada en el equipo de trabajo. Al día siguiente del accidente se colocó en la máquina un cable de emergencia. Consta que se formó al trabajador. Que en las Instrucciones de seguridad de la Línea de Plástico y Limpieza figura *“Cualquier operación que suponga aproximarse a la banda de la bobina o partes móviles se realizara con la máquina parada (viruteros, limpieza de los rodillos, etc)*.

Que, en la ficha de seguridad, figuraba que *“cualquier intervención sobre los elementos de la máquina o material se realizara con la máquina parada para evitar atrapamientos de operativo de limpieza, y precintado”*.

Pues bien, con estos datos la resolución del INSS declaró la responsabilidad de la empresa demandante, en el accidente de referencia, imponiéndosele el pago del incremento del 30 por ciento de las prestaciones causadas por el accidente a favor del trabajador en razón del incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, art 14 y 17 de la Ley 31/95, Decreto 1215/97 de 18 de julio: art 3 y Anexo I (Disposiciones mínimas de los equipos de trabajo) apartado 8, Anexo II apartados 5.6. y 14, debe ser confirmada, ya que remitiéndonos a la doctrina contenida en la STS de 12 de julio de 2007, concurren en este supuesto la infracción de la normativa de seguridad e higiene a que se refiere la resolución impugnada y el nexo causal entre la medida omitida y el accidente, sin que sea aplicable en los recargos la presunción de inocencia a favor del empresario, y sin que la culpa leve del trabajador al introducir los dedos y manos en el rodillo de la máquina en marcha sirva para compensar la conducta incumplidora de las normas de seguridad del empresario, dándose en el supuesto como mucho una concurrencia de culpas que posibilita aplicar el recargo en la cuantía mínima del 30% como ha ocurrido, ya

que el empresario conocía y permitía la limpieza de la máquina en marcha, cuyos rodillos giraban hacia dentro, desaconsejado para evitar accidentes, y sin que la máquina tuviera dispositivo de parada que pudiera ser activado en caso de accidente, lo que se colocó inmediatamente después.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Social, de 3 de abril del 2014.

La Sala hace un recorrido sobre los requisitos necesarios para la imposición de un recargo de prestaciones, para concluir en el fallo con una interpretación en sentido amplio del recargo de prestaciones, excluyendo únicamente los casos de imprudencia temeraria.

Los hechos acontecidos se refieren a un accidente de trabajo que se produce al mover unos tableros de madera que se usan para realizar el suelo o piso de las carrocerías de los vehículos. Los tableros tienen unas dimensiones aproximadas de 2,50 por 1,50 y se encontraban apoyados en una de las paredes del taller.

El motivo principal del accidente de trabajo fue la manipulación de una carga excesiva colocada incorrectamente y no sujeta por ningún dispositivo o elemento que impidiese su desplazamiento y caída, deslizándose los tableros de manera que cayeron sobre el trabajador fracturándose dos vértebras.

Nos se habían adoptado medidas preventivas de ninguna índole durante la constitución, disposición de las cargas, apilado y desapilado de las mimas, señalización, mantenimiento, iluminación, limpieza etc.

Por la ITSS se levantó Acta de Infracción por la que se impuso a la Compañía un recargo de prestaciones del 30%.

Los requisitos tradicionales que recuerda el Tribunal son los siguientes:

La producción de un siniestro, sea accidente de trabajo, sea enfermedad profesional, que haya causado un daño por causa del que se haya reconocido una prestación de Seguridad Social. Como se ve, no basta con la producción de un daño, sino que es preciso que por causa del mismo se reconozca una prestación de Seguridad Social.

Que se haya infringido alguna norma de seguridad y salud en el trabajo. Si no se ha incumplido la normativa de seguridad y salud en el trabajo, no cabe imponer el recargo, pues, como su denominación indica, el recargo sanciona la infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, infracción sin la que no procede su imposición. El problema estriba en determinar cuándo ha existido infracción de medidas de seguridad y cuándo no. Concretamente, la cuestión es precisar si debe incumplirse una norma legal o reglamentaria o basta con haber infringido normas de seguridad previsible y razonable para evitar un riesgo fácilmente imaginable.

Que el resultado lesivo haya sido consecuencia de la infracción o infracciones cometidas, que exista el necesario nexo causal entre el siniestro y la infracción imputada. Así pues,

el accidente causante de la lesión debe tener su causa en la infracción de normas de seguridad, de forma que si aquéllas se hubieran cumplido el siniestro no habría ocurrido o no habría tenido tan graves consecuencias. La relación de causalidad sólo la rompen la fuerza mayor extraña al trabajo, el acto de tercero ajeno a la empresa y la imprudencia temeraria del trabajador lesionado.

Así, la Sentencia analizada viene a establecer la procedencia del recargo cuando el accidente es imputable a la inobservancia empresarial de medidas de seguridad, aunque concorra algún tipo de culpa del accidentado, pues el nexo causal no lo rompería la conducta de éste, cuando ha existido una infracción de la patronal causante del siniestro. Adicionalmente, aunque pudiera reconocerse al trabajador un derecho a negarse a trabajar en condiciones inseguras, el no uso de ese derecho no constituye culpa concurrente que pueda compensar la del patrono, pronunciamiento interesante, porque se trataba de un trabajador empleado en labores de seguridad y vigilancia.

Concluye la Sentencia que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, debiendo adoptarse las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. Por ello, para el TSJ de Castilla La Mancha, la negligencia del trabajador no libera al patrono de responsabilidad por las infracciones que haya podido cometer y, que el recargo procederá imponerlo, Siempre que la infracción del empresario haya influido en la producción del siniestro o de sus resultados, aunque haya mediado la imprudencia profesional del empleado perjudicado, así como que sólo cuando haya mediado imprudencia temeraria por parte del perjudicado quedará liberado del recargo el patrono, pues éste viene obligado a prever las negligencias profesionales de sus empleados, pero no a anticipar conductas temerarias de los mismos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 13 de enero de 2014.

La Sentencia versa sobre el recurso interpuesto por una empresa condenada a un recargo de prestaciones por accidente de trabajo. La empresa argumenta como alegación para la improcedencia del recargo, la concurrencia de culpas con el trabajador accidentado así como la vulneración del principio “non bis in idem” al haber sido sancionada la empresa en sede Administrativa y en sede penal.

Sin embargo, según expone la Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha, cuando se produce concurrencia de culpas, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello, la indemnización a cargo del agente externo.

De ese modo, *“el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos”*.

“la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene” cuando no opera como causa exclusiva del accidente “entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador”.

Respecto a la alegación de vulneración del principio “non bis in idem”, al concurrir con la sanción administrativa, así como con la pena impuesta a la empresa en el ámbito penal, existe reiterada jurisprudencia en sentido contrario, contenida en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como por vía de ejemplo, la de 2-10-2000, según la cual: *“La esencial regla de independencia y compatibilidad «ex» art. 123.3 LGSS, cabe entenderla reflejada y refrendada en el ulterior art.42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando dispone que «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema»*. Este precepto claramente distingue tres tipos de responsabilidades que declara compatibles:

- *Las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador;*
- *las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados; y las indemnizaciones de recargo de prestaciones económicas.*

De ese modo, se desestima la demanda planteada por la empresa, al concluir la Sala de lo Social TSJ C. La Mancha, que la concurrencia de culpas con el trabajador por imprudencia no exonera al trabajador del recargo, al haberse constatado la omisión de medidas preventivas tendentes a incluso prever esas negligencias o imprudencias profesionales, y adicionalmente, el recargo de prestaciones es compatible con responsabilidad en otras sedes (administrativo, penal y civil) sin que ello suponga una vulneración del principio non bis in idem.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 29 de noviembre del 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Albacete desestima el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa sobre Recargo de Prestaciones por falta de medidas de Seguridad, en relación a una caída de un Trabajador, por uso incorrecto de una escalera.

Tal y como expresa la Sala, para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad se requiere:

Incumplimiento por parte de la empresa de alguna medida de seguridad en relación al supuesto concreto y particular que se examina, teniendo en cuenta tanto la obligación

directa que sobre seguridad adecuada pesa sobre la empresa, en virtud del art. 4.2.d) del E.T.; como aquella otra encaminada a controlar su efectividad, en el sentido de controlar el uso por los trabajadores de los medios puestos a su alcance o disposición.

Relación de causalidad entre el daño producido y la infracción cometida, traducida en la omisión de la medida de seguridad.

Existencia de culpa o negligencia por parte de la empleadora, sin perjuicio de que la responsabilidad de ésta se configure de forma “cuasi objetiva”, y no desaparezca por la concurrencia de la mera imprudencia profesional del trabajador.

En concreto, y además de las normas de carácter general aplicables, anteriormente relacionadas, también resultó vulnerado el apartado 1.6 del Anexo I del Real Decreto 1215/1997, en el que, con relación al tema que nos ocupa, esto es, la utilización de escaleras de mano, establece que: *“Si fuera necesario para la seguridad o salud de los trabajadores, los equipos de trabajo y sus elementos deberán estar estabilizados por fijación o por otros medios. Los equipos de trabajo cuya utilización prevista requiera que los trabajadores se sitúen sobre ellos deberán disponer de los medios adecuados para garantizar que el acceso y permanencia en esos equipos no suponga un riesgo para su seguridad y salud. En particular, salvo en el caso de las escaleras de mano y de los sistemas utilizados en las técnicas de acceso y posicionamiento mediante cuerdas, cuando exista un riesgo de caída de altura de más de dos metros, los equipos de trabajo deberán disponer de barandillas o de cualquier otro sistema de protección colectiva que proporcione una seguridad equivalente. Las barandillas deberán ser resistentes, de una altura mínima de 90 centímetros y, cuando sea necesario para impedir el paso o deslizamiento de los trabajadores o para evitar la caída de objetos, dispondrán, respectivamente, de una protección intermedia y de un rodapié. Las escaleras de mano, los andamios y los sistemas utilizados en las técnicas de acceso y posicionamiento mediante cuerdas deberán tener la resistencia y los elementos necesarios de apoyo o sujeción, o ambos, para que su utilización en las condiciones para las que han sido diseñados no suponga un riesgo de caída por rotura o desplazamiento. En particular, las escaleras de tijera dispondrán de elementos de seguridad que impidan su apertura al ser utilizadas.”*

Exigencias que no fueron convenientemente cumplimentadas por la empresa demandada, por cuanto que resulta acreditado que el accidente padecido por el trabajador se produjo como consecuencia del desplazamiento de la escalera en la que se encontraba trabajando, a unos tres metros del suelo, desplazamiento provocado por la falta de la necesaria sujeción, junto con las características del suelo en el que estaba apoyada, y que demandaba, al ser metálico y por lo tanto más resbaladizo, un plus de medidas preventiva a fin de evitar lo que desgraciadamente se produjo, esto es, el desplazamiento de la escalera y la caída del trabajador. Datos los indicados que evidencian el claro nexo causal entre la actuación de la empresa y el resultado lesivo producido en la persona del trabajador, y por lo tanto, la alegación de una posible actuación imprudente de este en ningún caso podría conducir a dejar sin efecto el recargo impuesto, tal y como al efecto se mantiene por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sustentada en diversas Sentencias, como, por vía de ejemplo, la de fecha 20-01-2010 según la cual: *“Cuando se produce esta concurrencia de culpas, de forma que las dos actuaciones (la del empresario y la de la*

víctima) determinan la producción del resultado fatal, no cabe exonerar de responsabilidad al empresario, sino que, a partir de una generalización de la regla del artículo 1103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo. Como señala la sentencia de 21 de febrero de 2002, “el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos”.

Por su parte, nuestra sentencia de 12 de julio de 2007 señala en la misma línea que: *“la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, cuando no opera como causa exclusiva del accidente, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador”.*

¿Es responsable el empresario si el accidente es consecuencia de un acto temerario de un compañero?

La imprudencia temeraria de otro trabajador siempre que sea difícil de prever y de evitar exonera al empresario.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 28 de febrero de 2019

La cuestión de si la infracción sancionable con el recargo debe ser dolosa o culposa o si bastará con cometerla para su imposición.

Los arts. 1º y 5º de la LISOS omiten cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Los tipos descritos en los arts. 11 y siguientes, tampoco exigen la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, ni tan siquiera distinguen entre infracciones culposas o dolosas.

Sin embargo, la doctrina constitucional (sentencia 76/90, de 26 de abril, entre otras) y la jurisprudencia vienen exigiendo la traslación al ámbito de la potestad administrativa sancionadora de los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal, principios entre los que se encuentra el de la culpa, que impide toda clase de responsabilidad objetiva y exige la concurrencia siempre de dolo o culpa, aunque sea levísima, para poder sancionar (sentencias del Tribunal Supremo de 24 enero y 8 febrero 1990 y de 18 enero 1999, entre otras).

La jurisprudencia, sentencia del Tribunal Supremo (III), de 21 de enero de 1998, viene exigiendo que sea el infractor quien acredite la falta de culpa, quien pruebe que obró con la

diligencia que era exigible, sin que baste, por consiguiente, para la exculpación en supuesto de comportamientos típicos y antijurídicos, con la alegación de la ausencia de culpa.

La culpa está conectada con la diligencia que es exigible al deudor en casa supuesto. En esta materia es exigible la máxima diligencia objetiva y técnicamente. Por ello, como se deriva del art. 5º de la Directiva 89/391, de la Comunidad Europea, sólo impedirán la existencia de culpa y el nacimiento de la responsabilidad aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad. Sin embargo, el error o la imprevisión no liberarán de culpa leve, porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.

¿Procede el recargo de prestaciones en los casos en los que se pueda acreditar la formación suficiente del trabajador siniestrado?

No, sólo procedería el recargo procede en los casos en los que la empresa incumpliese la obligación de información y formación del trabajador relativo a la normativa de Prevención de Riesgos Laborales.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 25 de abril del 2013.

La Sentencia del 25 de abril del 2013, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social estudia el recurso interpuesto por una trabajadora, por supuestos incumplimientos empresariales que contribuyeron a la causación de un siniestro.

El accidente de trabajo se produjo por haber perdido el control sobre la motosierra, un alumno que no tenía experiencia en el manejo de la misma, habiendo estado la actora dentro del radio de acción del equipo de trabajo.

La recurrente se basa en la carencia de la evaluación de riesgos del puesto de monitora, falta de constancia de la puesta a disposición a la trabajadora de las guías de prevención o manual de instrucciones de la motosierra, falta de puesta a disposición de los Epis a los alumnos de la escuela y puesta a disposición de ropa de seguridad en número insuficiente.

Reiterada doctrina jurisprudencial viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes:

- Que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible 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 empleado,
- que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y

- que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

Como ha venido afirmando la Sala Cuarta, en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración. E igualmente, del juego de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Concluye la Sala que la causa del siniestro no puede circunscribirse a una deficiente labor de prevención imputable a la empleadora pues la trabajadora, pese a existir especificación concreta en las normas de seguridad que incidía en la necesidad de comprobar la inexistencia de personas ajenas a las actividades de utilización de la motosierra a menos de dos distancias del árbol, y pese a contar aquélla con la cualificación y experiencia profesional precisa y necesaria para desarrollar la actividad didáctica encomendada, incumplió tal previsión rebasando la línea de seguridad. Y que, por ende, la conexión entre ambas premisas hace desaparecer el necesario nexo causal ente el resultado lesivo y el incumplimiento empresarial que ha de concurrir.

¿Se puede minorar el recargo de prestaciones por concurrir imprudencia del trabajador?

Cuando concurre la imprudencia profesional (no temeraria) del trabajador, aunque la empresa sigue siendo responsable, puede modularse la cuantía del recargo de prestaciones por la imprudencia del trabajador que ha intervenido en la causación del daño.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, del 18 de febrero de 2013.

La Sala valora la contribución causal de un trabajador accidentado, que actuó con clara negligencia, dando instrucciones de movimiento a un camión mientras permanecía en la cisterna sin intentar trasladarse a un puesto de seguridad, lo que hace atemperar la responsabilidad.

Aunque la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en este supuesto concreto, entidad suficiente para excluir totalmente la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá

prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador, si la tiene para ponderarla.

Es claro que, en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar la graduación de la responsabilidad del empleador, e incluso, su exoneración.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de febrero de 2013, Sala de lo Social.

En el caso de autos se acredita que existieron deficiencias en la adopción de medidas de seguridad ya que la causa inmediata del accidente es la falta de coordinación entre el conductor del camión y el trabajador accidentado durante la colocación del embudo entre la boca del silo y entrada de la cisterna, no poniendo para su utilización un sistema anti caídas adecuado durante la realización de las maniobras.

Asimismo, se describe que como causa secundaria se establece el diseño incorrecto de los silos antiguos, pero en todo caso la reestructuración de las normas de carga ha de canalizarse a través de un principio preventivo de eliminación de riesgos.

Así pues, es claro la existencia de una falta de prevención y de medidas de seguridad que subsanen la realización de la carga y descarga en los denominados silos antiguos, debiendo haber velado la empresa por la elaboración de un procedimiento de trabajo seguro y un plan de prevención adecuado, ya que no solamente se acredita que no se utiliza un arnés seguridad, sino que el proceso y diseño de instrucciones de trabajo son inadecuadas.

Se acredita que el accidente sobreviene porque el lugar de trabajo es inseguro, porque son inadecuadas las instrucciones dadas al citado puesto, porque no se dotó al trabajador de un arnés seguridad, y en todo caso por la falta de señales cisternas y el proceso de carga de los silos. Como consecuencia del accidente se han implantado nuevas medidas de seguridad.

A ello no puede dejar de unirse y valorarse de forma ponderada la contribución causal del trabajador en el evento que actuó con clara negligencia dando instrucciones de movimiento al camión mientras permanecía en la cisterna y no intentó trasladarse a un puesto de seguridad, lo que hace atemperar la responsabilidad, como así lo ha hecho en una cuantía porcentual mínima la autoridad laboral al imponer una infracción leve, ya que el exceso de confianza derivado de la habitualidad de la práctica hacen que no extremen las cautelas necesarias manteniéndose sobre la cisterna, en vez de situarse en un lugar seguro.

Por consiguiente, se entiende que se vulneran los principios de protección de la Ley De Prevención De Riesgos Laborales por la inobservancia de las mínimas normas de seguridad, lo que hace que se evalúe la actuación como ilícita e irregular e indebida con el recargo del 30% en las prestaciones derivadas de las consecuencias del accidente de trabajo sobrevenido, ponderada con al intervención -contribución causal del trabajador.

8.3.2 Concurrencia de nexos de causalidad.

¿Es necesario que concorra nexo causal entre el accidente de trabajo y el incumplimiento de medidas de seguridad del empresario para atribuir responsabilidad a la empresa?

Sí, no obstante, se entiende la concurrencia del nexo causal cuando la medida llevada a cabo por el empresario no impidiese el siniestro.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre del 2014.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesta por la empresa demandada en relación a la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en su grado mínimo, el 30 %, y analiza el “riesgo laboral por atraco” en una gasolinera.

En este caso, el actor prestaba sus servicios como expendedor-vendedor para Gasolinera SL, desde el 19 de abril de 1995. El día 28 de febrero de 2009, mientras se encontraba trabajando, sobre las 21:30h fue víctima de un atraco perpetrado por tres encapuchados que, tras quitarle la cartera, le dieron una paliza con lesiones muy graves en la cabeza, provocándole derrame cerebral.

La empresa demandada había sufrido anteriormente otros seis atracos, estando presente el demandante en alguno de ellos. Cuatro días antes de producirse el atraco y agresión, el centro de trabajo del actor había sufrido un intento de atraco, no habiendo adoptado la empresa ninguna medida de seguridad.

El centro de trabajo no tiene cabina o recinto de seguridad para realizar el cobro a los clientes, no dispone de autoservicio ni de vigilante de seguridad, ni tampoco sistema de alarma conectado con una central de alarmas, que fue instalado con posterioridad al atraco sufrido por el actor.

En la evaluación de riesgos revisada se prevé el riesgo de atraco asociado al puesto de trabajo. El actor ha sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por accidente laboral, con efectos económicos del 22 de junio de 2010, habiendo permanecido en situación de IT desde el 1 de marzo de 2009.

La Sala aprecia la omisión de una concreta medida de seguridad -adoptada con posterioridad- que es la existencia de una alarma conectada a una central de alarmas que, además de su función disuasoria, aunque es posible que no hubiera evitado el atraco, si habría podido aminorar sus consecuencias, ya que al activar la conexión con la central de alarmas se hubieran personado en el lugar las fuerzas de seguridad y habrían podido evitar la salvaje paliza que recibió el trabajador, a consecuencia de la cual ha sido declarado en situación de IPA. A este respecto hay que señalar que la LPRL, en su artículo 16, bajo el epígrafe de “Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la acción preventiva”, dispone en el apartado 2 b) que si los resultados

de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dada la imposibilidad de eliminar el riesgo de atraco, el empresario venía obligado a adoptar aquellas medidas de seguridad que supusieran una disminución de dicho riesgo.

Alega la empresa falta de nexo causal, pues aun existiendo la medida omitida –instalación de una alarma- el accidente se hubiera producido.

A este respecto señala la Sala del TS que: *“el carácter inevitable del atraco no desvirtúa su consideración de riesgo laboral ya, que los principios de la acción preventiva, regulados en el artículo 17 de LPRL, señalan como primer principio general, en su apartado a), el evitar los riesgos pero, consciente el legislador de que en ocasiones los riesgos no se pueden evitar, en el apartado b) del precepto dispone que el empresario ha de evaluar los riesgos que no se puedan evitar.*

Hay que poner de relieve que las Directrices europeas para la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, elaboradas por los servicios de la Dirección de la Salud Pública y Seguridad en el trabajo, habiendo desempeñado un papel importante en su elaboración el Comité consultivo de Seguridad, Higiene y Protección de la Salud en el Trabajo, dentro del Programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000), contemplan en el Anexo 1 A -“ejemplos demostrativos de situaciones y actividades laborales que requieren una evaluación de riesgos- en el apartado 11, “Factores varios”, en concreto en el apartado 11.1, “los peligros causados por otras personas, por ejemplo, violencia contra el personal que atiende al público, los guardias de protección personal...”, y es evidente que el atraco supone ejercer por terceras personas ajenas a la empresa -Caja de Ahorros- una violencia sobre las personas que en ella prestan sus servicios”.

De ese modo, existe una directa relación de causalidad entre la medida omitida -no conexión de la alarma de la gasolinera a una central de alarmas - y el accidente ocurrido, pues el activar la alarma y provocar la presencia de las fuerzas de seguridad hubiera, cuando menos, aminorado las consecuencias de la agresión sufrida por el trabajador, al que dieron una paliza tras sustraerle el dinero, lo que supone la permanencia de los atracadores durante cierto tiempo en la gasolinera.

8.4 Graduación del Recargo

8.4.1 Determinación del porcentaje del recargo aplicable. Criterios de determinación.

¿El porcentaje aplicado por el juez de instancia puede ser revisado?

Sí, el juez de instancia tiene un amplio margen de apreciación en la determinación de la cuantía porcentual, pero su resolución es revisable con arreglo al criterio jurídico general de gravedad de la falta

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, del 14 de marzo de 2014.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, resuelve el recurso sobre el porcentaje fijado en un recargo de prestaciones, solicitando las partes por un lado que se incremente el recargo a un 50 por 100 mientras que la otra parte solicita que quede sin efecto el mismo.

Respecto del concreto porcentaje a aplicar, ha de entenderse correcto el fijado en la instancia recurrida ante la imposibilidad de determinar de forma rotunda la incidencia de los riesgos a que estuvo sometido el trabajador en la causa de su enfermedad *dada la posible combinación en su etiología de factores genéticos y ambientales*. A ello se añade el hecho de que *no se haya acreditado la existencia de esa misma patología en otros trabajadores de la empresa*, por lo que resulta prudente mantener tal recargo en el porcentaje del 30 por 100, pues además, el juez de instancia tiene un amplio margen de apreciación en la determinación de la cuantía porcentual, y esta decisión jurisdiccional solo es revisable con arreglo al criterio jurídico general de gravedad de la falta cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal, lo que en este caso no cabe apreciar dadas las circunstancias.

8.4.2 Desconocimiento de la causa del accidente

¿Puede exigirse responsabilidad al empresario si no se conoce la causa del accidente de trabajo?

Si el empresario ha cumplido con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y no se ha podido determinar la causa del accidente no se le puede exigir responsabilidad. Por el contrario, aunque no se conozca la causa, si no ha cumplido con dichas obligaciones sí que será responsable del accidente de trabajo.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de abril 2018.

“Consta probado que la labor que tenía asignada el trabajador afectado el día del accidente consistía en colocar las grapas de sujeción a la grúa de los paneles metálicos antes de retirar las barras de protección y los puntales, tareas que había realizado con asiduidad y reiteración en el pasado y para la que había recibido los correspondientes cursos de formación. El evento dañoso sobrevino cuando el actor quitó uno de los puntales, después de la retirada de las barras de sujeción, circunstancia en la que se le cayó encima una de las chapas metálicas de encofrado que no había asegurado mediante grapas a la grúa, sufriendo lesiones en la cadera.”

“Pues bien, en el presente caso en el que en el proceso de impugnación de la sanción administrativa ha recaído sentencia con posterioridad a las dictadas en el litigio de recargo tanto en instancia como en suplicación se observa que en el fundamento de derecho quinto de la sentencia anulatoria de la sanción se afirma con valor fáctico que “la empresa

informó a sus trabajadores, incluido el accidentado de que las tareas de desencofrado debían efectuarse desde la plataforma elevadora y no desde una escalera manual, y así figura en el Plan y en el Estudio de Seguridad y Salud, y por ese motivo había una plataforma elevadora en la zona donde se produjo el accidente”, y en los fundamentos de derecho cuarto y quinto indica con ese mismo valor que el trabajador lesionado reconoció en el acto de juicio que la empresa le informó de la necesidad de emplear la plataforma elevadora para realizar las labores de desencofrado y que fue él quien decidió no utilizarla por la escasa entidad de la tarea y para acabar antes, así como que cometió una imprudencia al sacar un pie de la escalera para trabajar con mayor comodidad, siendo esa la causa de que desequilibrara la escalera. A la vista de estos hechos la sentencia concluye que la empresa no cometió ningún incumplimiento en materia de elección, instalación y utilización de los equipos de trabajo y que el accidente se produjo por imprudencia temeraria de la víctima.”

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 14 de enero de 2013.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 14 de enero de 2013. La Sala estima la ausencia de medidas de seguridad de una empresa, la cual dejó de evaluar de manera correcta y suficiente los riesgos propios de su propia actividad, al no existir constancia de estudio técnico ni de método preventivo previsto para el almacenamiento, apilamiento, carga y manipulación de placas de mármol, lapidas de granito etc.

Para la Sala, resulta patente que la empresa ha incurrido en falta de medidas de seguridad en primer lugar y de manera ya determinante, porque dejó de evaluar de manera correcta y suficiente los riesgos propios de la actividad propia de su objeto, desconociendo con ello un principio esencial de la actividad preventiva tal como se define en el art. 15.1 b/ de la LPRL 31/95.

No es esta cuestión secundaria, porque dejar de detectar y evaluar un concreto riesgo, implica que éste deja de combatirse, en cuanto que se renuncia a aplicar las medidas de prevención particular o general que pudieran mitigar o eliminar el riesgo.

El hecho de que las placas de granito cayeran sobre el trabajador significa que a todas luces su apilamiento era indebido, porque de haber sido el correcto el efecto no se habría producido.

Ante tal evidencia la empresa pretende introducir un elemento de duda, señalando que en realidad las causas del accidente se desconocen, de lo cual intenta derivarse que pudo deberse también a la manipulación del propio trabajador.

Sin embargo, y a pesar de que es posible que la mecánica exacta del evento sea desconocida porque los hechos no fueron presenciados por terceros, pero precisamente porque no existe prueba alguna de la intervención de factores externos, incluida la propia acción del trabajador, que tampoco se explica cómo podría haber concurrido sobre unas placas del peso indicado, es por lo que debe tenerse como causa suficiente del resultado descrito: que el apilamiento y sujeción de los elementos descritos era insuficiente, y no existía evaluación del riesgo originado, ni por tanto posibilidad de actuar sobre el mismo.

IX. RESPONSABILIDAD Y DAÑOS



IX. RESPONSABILIDAD Y DAÑOS

9.1 Responsabilidad del empresario

9.1.1 Requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo.

¿Qué requisitos son determinantes para considerar que concurre responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo?

Se deben cumplir tres requisitos: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de octubre 2017

“El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social “cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e 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”.

“Este mismo concepto de responsabilidad por “el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales” se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...”. En el apartado 4 del artículo 15 señala “que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. Finalmente, el artículo 17.1 establece “que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”.

“Reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes:

a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible 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 empleado (STS 26 de marzo de 1999),

- b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y*
- c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998). “*

“Consta además como hecho probado que en la evaluación de riesgos se contempla el riesgo de caída de la plataforma a causa de resbalones provocados por desperdicios de animal y asimismo que en el procedimiento de trabajo el trabajador de desplaza por la plataforma o podio, por lo que existía riesgo de caída que hacía necesario que, aunque la plataforma no superase los 2 metros de altura, el empresario adoptase otro tipo de medidas, como podría ser que los trabajadores trabajasen anclados con arnés.”

9.1.2 Principio de culpabilidad.

¿El empresario tiene que responder del accidente de trabajo cuando no se ha probado ningún tipo de negligencia por su parte?

No, para poder reclamar la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad empresarial es necesario que pueda imputarse a la empresa algún tipo de culpa o negligencia. Ello no obsta para que el accidente pueda calificarse de accidente de trabajo y se tenga acceso a las prestaciones propias de Seguridad Social.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Social, de 3 de abril del 2014.

El trabajador reclama una indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido para lo que se analiza si concurre o no culpabilidad empresarial.

La Sala del TSJ de Castilla y León analiza la posible existencia de culpabilidad empresarial en un accidente de trabajo. Dicha culpabilidad es denegada por la Unidad de Seguridad y Salud Laboral de la Junta de Castilla y León, tras un informe de investigación del accidente de trabajo, concluyendo que la causa principal del accidente fue el exceso de confianza de los trabajadores en un trabajo rutinario.

La Sala argumenta al respecto que: el actor tiene como profesión la de Oficial Primero soldador calderero y presta sus servicios para la empresa demandada desde el 1 de octubre de 1.997, categoría de soldador que también tiene Jose Ángel con antigüedad de 15 de diciembre de 1.999 según se recoge en el informe de la Inspección de Trabajo.

Son pues trabajadores cualificados y experimentados en relación con las tareas que estaban ejecutando por lo que no parece pueda imputarse a la empresa culpa alguna in eligendo o in vigilando como fundamento de su responsabilidad, responsabilidad por omisión de alguna medida de seguridad que no han apreciado ni la Inspección de Trabajo ni el Técnico de la Unidad de Salud Laboral de la Junta de Castilla y León, ni tampoco se ha apreciado en el expediente que a instancias del actor se incoó para imposición en su caso de recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad que concluyó por Resolución de 18 de marzo de 2012 denegando la existencia de responsabilidad empresarial y que no consta haya sido impugnada; así pues parece evidente que el accidente nada tiene ver que una posible falta de diligencia por parte de la empresa, sino exclusivamente con una mala praxis en la operación de soldadura, soldadura manifiestamente defectuosa e insuficiente para amarrar la carga que se pretendía, amarre que realizó el actor que debió percatarse por su cualificación profesional y por su experiencia que tan defectuosa soldadura no podía soportar la carga que amarró; como sostiene tanto la Inspección de Trabajo como el Técnico de la Unidad de Seguridad y Salud Laboral de la Junta de Castilla y León, no se puede achacar responsabilidad alguna a la empresa por posible incumplimiento de la vigente normativa reguladora en materia de prevención de riesgos laborales de tal suerte que el accidente solo se puede atribuir al exceso de confianza y a las prisas en ejecutar las tareas así como al carácter defectuoso de las piezas utilizadas y al defecto de la soldadura provisional lo que solo es atribuible a los cualificados y experimentados trabajadores que ejecutaron la tarea.

No obstante, ello no impide la calificación de un accidente como de trabajo y por tanto no impide que resulten de aplicación las prestaciones propias de la Seguridad Social la imprudencia profesional del trabajador accidentado cuando ésta sea consecuencia del ejercicio habitual de su trabajo y de la confianza que ello pueda suponer y tampoco la concurrencia de culpabilidad civil e incluso criminal de un compañero de trabajo (artículo 115.5.a y b de la Ley General de la Seguridad Social) pero cuando como en el caso enjuiciado concurre no solo negligencia por parte del trabajador que efectuó una soldadura manifiestamente defectuosa, sino también por parte del propio trabajador accidentado que realizó el amarre a la pieza soldada sin percatarse, no obstante su cualificación y experiencia, del carácter manifiestamente defectuoso de la soldadura como pone de relieve el informe del Técnico de Unidad y Seguridad Laboral de la Junta de Castilla y León, se ha de concluir que ninguna responsabilidad cabe exigir con amparo en los artículos 1.101, 1.902 o 1.903 del Código Civil a la empresa, responsabilidad que no es objetiva, sino subjetiva o culpabilística, es decir que exige que la acción u omisión de la que se dice deriva la consecuencia dañosa sea imputable a título de culpa o negligencia;

De ese modo, en el presente caso no hay dato alguno que permita imputar negligencia de la empresa en la ejecución de la soldadura en cuestión, ni que en la ejecución de tal tarea se haya producido algún tipo de omisión de medida de seguridad que pudiera resultar aplicable por lo que este primer apartado del cuarto motivo va a ser rechazado.

9.1.3 La posible negligencia del trabajador carece de relevancia a efectos de actuar como factor corrector a la baja, puesto que se presenta como consecuencia de la negligencia empresarial.

¿Es responsable la empresa por un accidente cuya causa es desconocida y el trabajador estaba debidamente informado?

Sí, aun cuando el trabajador introduzca su mano en un lugar inadecuado, el deber de seguridad exige la absoluta protección del trabajador.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 4 de mayo de 2015.

La demandante era trabajadora de una ETT para prestar servicios en la empresa usuaria, desarrollando el puesto de manipuladora. Con anterioridad al accidente ya había trabajado en dicha máquina, en concreto cuando ocurrió el accidente llevaba una semana realizando la misma función.

El día 15-06-2007 sufre un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo, a consecuencia del que se le declara en junio de 2009 en situación de IPT para su profesión habitual de peón manipuladora.

La empresa usuaria se dedica a la actividad de fabricación y diseño de todo tipo de material de cartón, en el momento de producirse el accidente la demandante desarrollaba sus funciones en una máquina contracoladora, que poseía informe de adecuación conforme al RD 1215/97.

El puesto de trabajo de Manipulado estaba evaluado por la sociedad de prevención de riesgos laborales Fremap para los puestos entre otros de manipulado y contracolado.

En el Informe de Investigación de cómo se produjo el accidente elaborado por la sociedad de Prevención Fremap constan los siguientes datos: *“la trabajadora sin que se conozca la causa - se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección alcanzándola los rodillos la mano y quedando atrapada. La máquina posee a cada lado de la misma unos botones para parar la misma en casos de emergencia, un trabajador paró la máquina y la trabajadora comenzó a tirar de su mano para sacarla de entre los rodillos pero como la abertura era muy pequeña, los trabajadores tuvieron que subir los rodillos al máximo pero aun así no era suficiente por lo que tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo.”*

La demandante había recibido de su empleadora (ETT) la formación e información de Prevención de riesgos laborales referidas a las tareas de manipulado exigida para desempeñar las tareas correspondientes al citado puesto de trabajo.

La máquina tiene una protección metálica que estaba puesta cuando ocurrió el accidente, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego; a su vez, la máquina está provista de 2 botones laterales para en caso de emergencia pararla, en el momento del accidente la máquina fue parada por un compañero.

Tras el accidente la máquina ha sufrido cambios pero los rodillos continúan usándose en la empresa, habiendo pasado inspecciones y revisiones.

La sentencia de suplicación confirmatoria de la de instancia, aplica la tesis que denomina culpabilista, señalando que *“la responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 Código Civil], por concurrir culpa o negligencia empresarial y que, en consecuencia, precisa de la concurrencia de esa culpa en el agente y sea causa del daño, entendida por la jurisprudencia en los siguientes términos; en el ámbito de actuación empresarial que es objeto de examen (es decir, el del citado artículo 97.3), la responsabilidad del empresario (responsabilidad llamada civil y depurada en el marco de la Jurisdicción Social), con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional”*. Concluyendo que si la máquina era la adecuada y la trabajadora había recibido la correspondiente formación e información, no existía base para la exigencia de la responsabilidad por daños, afirmando que *“En el presente caso tenemos un supuesto en que se produce un accidente como consecuencia del uso por la trabajadora de una máquina profesional puesta a su disposición, como instrumento de trabajo, por el empleador. La responsabilidad empresarial puede establecerse desde dos perspectivas alternativas, en disyunción, exclusiva, bien por el dato objetivo de deficiencias, de cualquier índole, en la máquina, bien desde el subjetivo de la deficiente información y formación al trabajador -en ambos supuestos con nexo de causalidad entre la deficiencia y el accidente-. Pues bien, se establece en la sentencia que no existía deficiencia alguna en la máquina, adecuada y coherente con el trabajo, que estaba evaluada a estos efectos, por la sociedad de prevención de riesgos laborales Fremap, y que la actora había recibido la correspondiente formación e información de prevención de riesgos laborales para las tareas de manipulado que realizaba, tareas que además ya había realizado antes del accidente, y por tanto no hay base para establecer la responsabilidad civil que se pretende.”*

Se analiza en contradicción, las distintas tesis sobre el alcance de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y sobre la carga de la prueba.

A partir de la STS/IV 30-junio-2010, dictada en Pleno, -- en la que se fundamenta la sentencia de contraste-, se clarifica la anterior doctrina de esta Sala y se establecen las nuevas bases de la jurisprudencia, basadas en normas preexistentes del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Estatuto de los Trabajadores y normativa de prevención de riesgos laborales, reconociendo que *“Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional»; y lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa - por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva, siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia se van a mantener.*

Se razona, en esencia:

- En materia de deuda de seguridad y de las correlativas obligaciones de empresario y trabajador, ya se destacaba en la STS/IV 26-mayo-2009 que *“La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia, pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la “dirección y control de la actividad laboral” (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del “deber de protección” mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, -- e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime “del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona” (art. 14.2 y 4 LPRL) -- y, en suma, preceptuarse que “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador” (art. 15.4 LPRL), que “Es el empresario el que tiene la posición de garante (“empresario garante”) del cumplimiento de las normas de prevención (arts. 19.1 ET) y 14 LPRL)” y que “El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero “según sus posibilidades”, como dice expresamente el art. 29.1 LPRL. Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada”.*

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado evidencia que el empresario, como deudor de seguridad, no ha cumplido con su obligación de proporcionar a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad e higiene al no acreditar haber adoptado *“las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueren”* para impedir el accidente, puesto que aunque el deudor de seguridad concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, no protegió a la trabajadora frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias, no acreditando haber agotado toda la diligencia exigible, evidenciándose el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable.

En efecto, de los hechos declarados probados, resulta que la trabajadora sufre un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo y, en concreto *“herida abierta de codo, herida abierta de muñeca complicada, herida abierta de antebrazo complicada, lesión por aplastamiento de codo y antebrazo, úlcera crónica de la piel”*; que estaba trabajando *“en una máquina contracoladora -que poseía Informe de adecuación de 06.09.2002 conforme al RD 1215/97 realizada por la empresa E... “ (distinta de la constructora de la máquina) y que dicha máquina “ constaba de unos rodillos que prensan el cartón, disponiendo por delante de los rodillos, a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm., de una placa de metal de protección “ y “ tiene una protección metálica que estaba puesta cuando ocurrió el accidente, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego “; que la trabajadora “ sin que se conozca la*

causa -se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección alcanzándola los rodillos la mano y quedando atrapada “; que “ La máquina posee a cada lado de la misma unos botones para parar la misma en casos de emergencia, un trabajador paró la máquina “; y que los compañeros de trabajo de la accidentada “tuvieron que subir los rodillos al máximo pero aun así no era suficiente por lo que tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo”.

Aunque fuera por lugar inadecuado (la abertura destinada a meter los pliegos de cartón), la actora pudo introducir la mano y al menos parte del brazo (“aplastamiento de codo y antebrazo”) por debajo de la protección y sin levantar la placa de metal de protección, ubicada a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm. de los rodillos, aprisionándole la mano los rodillos la muñeca, el antebrazo y el codo, y tras el accidente sus compañeros de trabajo “ tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo “;

La máquina no disponía de mecanismos no solo para impedir tal acceso de mano y brazo de los trabajadores sino tampoco para su detención automática cuando se atascara.

Aunque existían dos botones de detención manual de la máquina no se acredita que estuvieran en una ubicación adecuada para que la actora pudiera haberlos utilizado y se constata que fue uno de los compañeros de trabajo el que tuvo que parar la máquina; y

El motivo de la conducta de la trabajadora *“se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección”.*

El empresario, como deudor de seguridad (en este caso tanto la empresa de trabajo temporal como la empresa usuaria), no cumplieron con su obligación de proporcionar a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad e higiene al no acreditar haber adoptado *“las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueren”* para impedir el accidente. Aunque el empresario -deudor de seguridad- concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, no ha protegido a la trabajadora *“frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias”, no estando acreditando que haya agotado toda la diligencia exigible.*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 28 de septiembre de 2012. Esta sentencia estudia la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación a una trabajadora que alega daños causados por un reconocimiento médico situado en el ámbito de la relación de empleo que unía a la trabajadora con la Administración, que como todo empleador viene obligada al cumplimiento de determinadas obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

En concreto, a la actora le fue realizada una extracción de sangre en el centro Citoclínico de León, por una persona que no estaba facultada para realizar tal actuación; con motivo de esta punción se le afectó al sistema nervioso de la actora, concretamente produciendo un síndrome de distrofia simpática refleja.

Se alega responsabilidad de la Administración en cuanto a que las personas que ha elegido para el reconocimiento médico a que fue sometida la actora no estaban facultadas para realizar dicha actuación.

La cuestión se centra en si corresponde responsabilidad patrimonial de la Administración cuando esta tiene concertada la vigilancia de la salud con una mutua privada de

La Sentencia estudia los requisitos del art. 139 de la Ley 30/92 que dispone: textualmente: “1. *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.* 2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas...*” y el art. 141.1 dice que “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Dichos preceptos establecen, en sintonía con el art. 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Por tanto para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso: Que se aprecie una relación de causalidad entre la acción/omisión y el resultado lesivo. Que el daño sea antijurídico, o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo y ello supone: a) que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y b) que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño. Que el daño sea indemnizable: a) daño efectivo; b) evaluable económicamente; y c) individualizable en relación a una persona o grupo de personas.

En materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo. Por ello, la Lex Artis constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en este ámbito, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción

de dicha Lex Artis. Si sólo bastara la lesión se incurriría en una excesiva objetivación de la responsabilidad. Al respecto cabe citar la Sentencia de la Sección Sexta de la Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 en la que se recuerda: “*Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano*”.

Independientemente de ello concluye la Sentencia que: “*acreditado que la Administración procedió a concertar el servicio de vigilancia de la salud con una sociedad de prevención debidamente autorizada no se aprecia que concurra ni la culpa in eligendo ni in vigilando alegada por la actora. La responsabilidad reclamada, de existir y apreciarse habría correspondido a las partes codemandadas*”.

9.1.4 No hay omisión de medidas preventivas, el accidente se produjo por “caso fortuito”

¿En caso de estar ante un accidente fortuito (no producido por la infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo), cabe responsabilidad empresarial?

Dependerá siempre del caso en concreto. No obstante, en accidentes fortuitos, no procede el recargo de prestaciones.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social, de 1 de julio de 2014.

La Sala analiza, si en el accidente de trabajo acontecido, existió culpabilidad por acción u omisión por parte de la empresa, o si por el contrario, la causa se basa en la propia equivocación del accidentado. Tratándose de un error humano, ello no haría nacer la responsabilidad de la empresa que había adoptado todas las medidas de seguridad exigibles.

La Sala ya dictó en Sentencia de 10 de mayo de 2013 al respecto: el accidente de trabajo no se produce por la infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, achacando la resolución del INSS y de la Inspección de Trabajo tal infracción al hecho de que en la realización de los trabajos, y pese a constar en el Plan de Prevención, conforme al artículo 16.1 de la Ley 31/1005 en relación con los artículos 3, 4, 5, 8 y 9 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, no se respetó la distancia de seguridad adecuada para la realización de las tareas de almacenamiento, al no existir esa distancia cuando el trabajador acciona el puente grúa y levanta la misma por uno de sus extremos y el trabajador se encuentra bajo la misma, en contra de lo indicado por el fabricante del puente grúa y de lo establecido en el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de seguridad y salud para la utilización de los trabajadores de los equipos de trabajo, artículos 3.1.c) y 3.2.d), y en particular para velar por la seguridad y salud del trabajador que realiza las correspondientes operaciones, la empresa no ha contado con una organización del trabajo que le permita realizar en el caso analizado las operaciones

de apilado o colocación de la carga con seguridad, garantizando que en todo momento que el trabajador conserve el control directo o indirecto de la misma.

Y decimos esto partiendo de que el trabajador había recibido la información concreta de la forma de efectuar su trabajo, en concreto en lo que atañe a guardar la correspondiente distancia de seguridad.

Y es que el accidente no se produce por la infracción de las medidas de seguridad que hemos expuesto, sino por la falta de entendimiento de los compañeros de trabajo, que podemos calificarlo como caso fortuito (artículo 1.105 del Código Civil, que define el caso fortuito y la fuerza mayor), tal y como sostiene la recurrente, que en lugar de dar una respuesta negativa la dio positiva en relación al desenganchado de una parte de la carga, lo cual no se hubiera evitado con las correspondientes instrucciones de coordinación, pues coordinados o no, la equivocación del compañero del actor podría haber existido, a saber no hay relación de causalidad directa entre las infracciones que se le achacan a la empresa y el daño causado.

Es más, la empresa, había dado cumplimiento al artículo 15.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en tanto en cuanto sí tenía previstas las distracciones o equivocaciones de los operarios, en tanto en cuanto éstos tenían un mando a distancia del puente grúa, que de haberlo utilizado, desde la distancia de seguridad, la caída de la carga no hubiera alcanzado al trabajador accidentado.

Es decir, en el supuesto examinado no concurre relación de causalidad entre las infracciones que se le achacan a la empresa y el resultado dañoso, en contra de lo que mantiene el recurrido, lo que excluye la aplicación del recargo examinado, debiendo estimar el recurso interpuesto y confirmar la decisión de instancia.

Basta añadir que tampoco cabe achacar el accidente a una *“culpa in vigilando”* en la empresa porque, habiendo sido formado el trabajador en los riesgos de la actividad que desarrollaba, no es exigible que tuviera que encargar a otro trabajador la vigilancia de que cumpliera las normas que se le dieron en cuanto a la forma de desarrollar aquella actividad. Se dice sobre ese deber de vigilancia en la sentencia de esta Sala de 6 de mayo de 2010: *“aunque la deuda de seguridad no se agota con darles los medios normales de protección sino que viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo 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 aquellos”*.

Hay que concluir que, como se alega por la empresa, que no ha concurrido culpa ninguna de ella en la producción del accidente porque no ocurrió debido a una acción u omisión suya, habiendo quedado demostrado, como impone el antes mencionado art. 96.2 LRJS, que adoptó todas las medidas necesarias para prevenir y evitar los accidentes en la actividad que desarrollaba el trabajador accidentado y que fue el error de éste lo que provocó el evento.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 29 de abril de 2014.

La resolución judicial debate el alcance del deber de vigilancia y la culpa in vigilando. Pero aún afirmada esta por consentir la empresa la situación de los tractores con el desnivel mencionado, aún en terreno llano, con lo que cumpliría las medidas de prevención para la limpieza del apero, ha de concurrir el tercer requisito, que es la relación de causalidad entre el daño y la infracción de ese deber genérico de vigilancia, debiendo dejar sentado que la resolución judicial no tiene que ajustarse a la resolución administrativa sancionadora, salvo los supuestos del artículo 42.5 del Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que es lo que parece entender el recurrente en relación a que únicamente se podrían examinar las infracciones que se recogen en el acta de infracción de 9 de junio de 2011. Y en cuanto a dicha relación de causalidad, hemos de decir, con el recurrente, que el accidente no acaece como consecuencia de esa infracción expuesta, sino por obra de la actuación del propio trabajador.

No consideramos, en contra de lo mantenido por la resolución recurrida, que el evento dañoso tenga su causa en la situación en que se colocó el tractor, y que ya hemos descrito, sino en la actuación del trabajador, que, en contra de la formación recibida, tal y como hemos dejado expuesto, para la realizar la operación de limpieza del apero, y en clara infracción del artículo 29 de la Ley 31/1995 y 19.2 del ET, no activó la palanca de bloqueo o de selección de velocidades, ya que no estaba en la posición “P” (de parada o bloqueo de estacionamiento), sino en la posición “B”, que pertenece al grupo de velocidades y el inversor en “punto muerto” o “neutro”, el freno de mano no estaba totalmente accionado, el motor del tractor estaba en marzo y la toma de fuerza desconectada, según se declara probado en el ordinal séptimo, en contra de lo indicado en el manual de seguridad y salud y en el número 14 del apartado 1 del anexo II del Real Decreto 1215/1997, que determina que *“Las operaciones de mantenimiento, ajuste, desbloqueo, revisión o reparación de los equipos de trabajo que puedan suponer un peligro para la seguridad de los trabajadores se realizarán tras haber parado o desconectado el equipo, haber comprobado la inexistencia de energías residuales peligrosas y haber tomado las medidas necesarias para evitar su puesta en marcha o conexión accidental mientras esté efectuándose la operación”*, teniendo en cuenta que el trabajador estaba convenientemente formado y contaba con experiencia en las labores desarrolladas.

Consideramos que parar el tractor con todas las medidas accionadas, que estaban a su servicio, es una norma de elemental cuidado para realizar labores de manipulación del apero, y esa elemental norma de cuidado no se respetó por el trabajador, sin que tal actuación pueda calificarse como imprudencia simple o imprudencia profesional, sino que tal actuar supone un desprecio a las mínimas normas de diligencia y cuidado en el desempeño de su trabajo, asumiendo por ello unas consecuencias no improbables sino todo lo contrario, teniendo en cuenta la formación recibida por el trabajador y las normas de actuación puestas en su conocimiento, unido a su experiencia profesional. Si bien a la empresa se le achaca no prohibir la práctica de los trabajadores de situar el tractor en un nivel más alto para realizar las labores de limpieza del apero, al trabajador se le achaca incumplir las normas de seguridad, que

en principio preveían que las labores de limpieza se desarrollaran en terreno llano, y efectuar en la forma descrita, que debe excluir la responsabilidad de la empresa en el triste suceso, pues la actuación del fallecido excluye la necesaria relación de causalidad entre el siniestro y la infracción que se le achaca a la empleadora ya descrita, pues como nos ilustra la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008 el trabajador “asumió indudablemente riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas...”, tal y como hemos descrito.

9.2 Indemnización por Daños y Perjuicios

9.2.1 Cálculo de la indemnización por daños y perjuicios.

¿Cuáles son las reglas generales en la determinación de la indemnización de Daños y Perjuicios?

Son varias las reglas generales para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios, debiéndose estar al caso concreto.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2014

La Sala hace, un estudio pormenorizado sobre las cuestiones generales de la indemnización adicional y las reglas generales en la determinación del importe indemnizatorio, que son las siguientes:

Responsabilidad empresarial en contingencias profesionales.– Puede ser cuádruple: a) las prestaciones, que suponen responsabilidad objetiva con indemnización tasada, atendidas por las cotizaciones del empresario; b) el recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS, por posible incumplimiento de las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad; c) las mejoras voluntarias de la acción protectora; y d) como cierre del sistema, la responsabilidad civil de naturaleza contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (art. 1902 CC), por concurrir culpa o negligencia empresarial.

Culpa en la Responsabilidad contractual.– Aunque la responsabilidad civil contractual requiere culpa, la exigencia culpabilista no lo es en su sentido clásico, porque la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT/EP), para enervar su posible responsabilidad el empleador haya de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias.

Competencia del orden social.– Alcanza tanto a la posible responsabilidad civil contractual (por ilícito laboral surgido “dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial”), como cuando se yuxtapone a responsabilidad extracontractual (la relación de trabajo es tan sólo antecedente causal del daño), porque el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural.

Alcance general de la reparación económica.– El trabajador tiene derecho a la reparación íntegra, de forma que «la indemnización precedente deberá ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social», sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido.

Fijación en instancia y posible revisión.– Aunque la fijación del importe indemnizatorio es misión del órgano de instancia, pese a todo es fiscalizable en vía de recurso extraordinario, cuando aquélla ha aplicado sus propios criterios de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada.

Categorías básicas a indemnizar.– La exigible especificación de los daños y perjuicios únicamente puede llevarse a efecto distinguiendo entre los que corresponden a las categorías básicas: el daño corporal (lesiones físicas y psíquicas), el daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual), el daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso) y el lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas laborales).

La «compensatio lucri cum damno».– Cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden compatibles pero complementarias, lo que supone que haya de deducirse del monto total de la indemnización lo que se hubiese cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto; con dos aclaraciones: a) con ello se persigue tanto evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador como el de quien causó el daño o la posible aseguradora; y b) la compensación de las diversas indemnizaciones solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

Reglas generales en la determinación del importe indemnizatorio:

Justificación vertebrada.– La indemnización debe fijarse de una forma estructurada que permita conocer los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión.

Fuente a utilizar para calcular las respectivas indemnizaciones.–

Daño emergente.– En lo que al daño emergente se refiere, la determinación de su importe indemnizatorio habrá de realizarse atendiendo exclusivamente a lo oportunamente pedido y a la prueba practicada, tanto respecto de su existencia como de su importe.

Lucro cesante.– Tratándose de lucro cesante, tanto por IT como por IP, la responsabilidad civil adicional tiene en su caso carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las posibles mejoras voluntarias, si el importe de aquél supera a la suma de unas y otras, que en todo caso habrán de ser tenidas en cuenta al fijar la indemnización (en los términos que se precisarán), porque hay un solo daño que indemnizar y el mismo puede alcanzarse por las diversas vías, «que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Pero muy contrariamente –como razonaremos– no se deducirá del

monto indemnizatorio por el concepto de que tratamos –lucro cesante– el posible recargo por infracción de medidas de seguridad.

Daño corporal/daño moral.– Para el resarcimiento de estos dos conceptos, el juzgador puede valerse el Baremo que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM, que facilita aquella –necesaria– exposición vertebrada, teniendo en cuenta:

Se trata de una aplicación facultativa, pero si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto –tal como esta Sala lo interpreta y aplica– deberá razonarlo, para que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el Baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida –y singular– exigencia culpabilística en la materia (inexistente en los riesgos «circulatorios») y de los principios de acción preventiva.

No incidencia del recargo por infracción de medidas de seguridad.– Del referido cómputo de las prestaciones –en el cálculo del lucro cesante– ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, dada su naturaleza esencialmente sancionadora y finalidad preventiva, y porque en caso contrario se desvirtuaría la finalidad pretendida por el art. 123 LGSS.

En otro orden de cosas, para facilitar la exposición de cómo determinar el importe indemnizatorio de cada categoría básica a indemnizar (daño corporal; daño moral; lucro cesante), parece conveniente tratar la materia distinguiendo los tres grandes apartados de secuelas que acto continuo referiremos, y remitir a la prueba lo relativo al posible daño emergente.

Por las secuelas físicas (Tabla III).–

a). *Aplicación del Baremo.*– Como las «indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» se determinan ya con inclusión de los daños morales, en este apartado la utilización del Baremo –en su Tabla III– se presenta de manifiesta utilidad, en su simplificada atribución de puntos por concreta secuela y de valor por punto en función de la edad del damnificado. Conviene precisar que su importe no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.

b). *Régimen jurídico aplicable.*– Como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son –en principio– los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria; aunque también resulta admisible –frente a la referida regla general de actualización

y sólo cuando así se solicite en la demanda– aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas (alta por curación), si bien es claro que ambos sistemas– intereses/actualización– son de imposible utilización simultánea y que los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios.

Por la Incapacidad Temporal (Tabla V).–

- a). El lucro cesante.– En la aplicación de la Tabla V del Anexo se ha de tener en cuenta: 1º) el lucro cesante ha de cifrarse –generalmente– en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación; 2º) también ha de computarse –si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento– el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria; 3º) igualmente ha de considerarse –a efectos de determinar el lucro cesante– el incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo que resultara aplicable durante el periodo de IT, aunque en este caso la prueba del incremento salarial pactado incumbe al accidentado; 4º) no procede aplicar a efectos de incremento los que en el Anexo figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, pues ya se ha partido –a efectos del lucro cesante– del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir; 5º) la cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.
- b). El daño moral.– La determinación del daño moral para la situación de IT ha de hacerse –tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala– conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los días de baja no impeditivos.

Por la Incapacidad Permanente (Tabla IV).–

- a). El lucro cesante.– En este punto los criterios pueden resumirse del siguiente modo: 1º) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva; 2º) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida –a la que añadir en su caso la mejora voluntaria– y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como –entre otros– (a) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior, (b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (c) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables; 3º) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior (por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras), el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para

así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta; y 4º) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social (con las mejoras, en su caso), también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos (teniendo en cuenta futuras posibilidades –reales– por nuevo empleo), caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

b). El daño moral (cambio de doctrina).– Este es el aspecto primordial en el debate de esta Sentencia. La doctrina se rectifica y el factor corrector de la Tabla IV («incapacidad permanente para la ocupación habitual») exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador– la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo– a reparar el indicado daño moral.

Concluye la Sala IV del Tribunal Supremo modificando pues la doctrina hasta ahora establecida por la Sala I argumentando de la siguiente forma:

“La justificación de esta formal diferencia entre la doctrina de ambas Salas –aunque con el mismo objetivo material de resarcir íntegramente los daños– se evidencia cuando se observa que la interpretación que al presente abandonamos (atribuyendo doble finalidad al factor corrector por IP), al ser utilizada por la Sala I no hace sino traducirse en un incremento de la indemnización; mientras que la aplicación hasta ahora efectuada por la Sala IV, en la práctica comportaba la poco deseable consecuencia de reducir el montante resarcitorio. Lo que tiene una sencilla explicación: la Sala I contempla las indemnizaciones por Baremo como algo por completo independiente de la posible existencia de prestaciones por IT e IP (cuando el damnificado sea trabajador en alta en la Seguridad Social), por lo que las mismas nunca se tienen en cuenta –no se deducen– a la hora de aplicar el tan referido Baremo, declarando además expresamente la citada Sala –una y otra vez– que todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, de forma que ese imputado porcentaje de «lucro cesante» en el factor corrector de IP (Tabla IV) es del todo compatible con una posible prestación de la Seguridad Social por la misma IP (compatibilidad absoluta); mientras que en la Sala IV aplicamos el Baremo, ciertamente de manera orientativa, pero en todo caso teniendo siempre presentes –como si se tratase de vasos comunicantes– las prestaciones de Seguridad Social (compatibilidad relativa), de manera que todos los factores del Anexo que hagan referencia al lucro cesante no pueden computarse a efectos de la indemnización adicional a fijar, porque se sobreentiende que ya están satisfechos por las prestaciones (IT; IP), o que lo están por tales prestaciones y por la diferencia que declaremos entre esas prestaciones y lo que se deja de percibir por salario. Y por ello se había venido entendiendo hasta la fecha que el importe porcentual que se atribuyese al lucro cesante –dentro del factor corrector por IP de la Tabla IV– por fuerza debía deducirse de la cantidad –total– que el Juez hubiese acordado de entre la mínima y máxima previstas en el Baremo por la citada IP; doctrina ésta que es la que precisamente el presente Pleno rectifica.

Finalmente, debe indicarse que existe un Voto Particular, que entiende que la doctrina de la Sala no se debió modificar por no ser competencia de la Sala IV sino de la Sala I.

¿Se puede revisar en vía de recurso la indemnización fijada por el Juzgador de instancia?

La determinación del importe de la indemnización corresponde al Juzgador de Instancia y sólo puede ser revisada en sede de recurso si la decisión judicial es manifiestamente irrazonable o arbitraria.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 1 de abril de 2014.

En la relación con la cuantificación la indemnización, el principio del que debemos partir es que la fijación de ese importe corresponde al juzgador de instancia y sólo puede ser revisada en sede de recurso si la decisión judicial es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25 de enero de 2010 afirma que “conforme a nuestra doctrina el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable”.

En el supuesto que se examina la empresa entiende que una indemnización razonable no debería superar los 25.000 € para la viuda o que, en cualquier caso, las reconocidas por la sentencia se debe reducir en un 50%. Pero más allá de esa valoración subjetiva no razona que parte de las tablas de baremo no se deberían de aplicar o arrojan un resultado desproporcionado. Téngase en cuenta que en la Tabla I se fijan las indemnizaciones básicas por muerte, incluidos los daños morales; y en la II se establecen unos factores de corrección. Así, en la Tabla I la indemnización para el cónyuge superviviente se cuantifica en una horquilla que va desde 114.691,14 € para menores de 65 años, 86.018,34 € de 66 a 80 años y 57.345,56 € para mayores de 80 años, por lo que la indemnización de 104.837,52 € que la sentencia reconoce a la viuda de Sr. Arturo no se considera desproporcionada, y lo mismo cabe decir de la reconocida a cada de sus hijos. Finalmente, no está de más señalar que la STS de 5 de marzo de 2013 en el caso de un trabajador fallecido por asbestosis reconoce una indemnización por muerte que también se calcula según el baremo, a favor de cónyuge y de la hija mayor de 25 años, en la que se incluyen los daños morales.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15 de marzo 2018

“A este respecto hay que poner de relieve que en el hecho octavo de la demanda la demandante no solo señala que solicita el quantum indemnizatorio según el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, regulado en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad Civil y seguro de la circulación de vehículos, aprobado por RD Ley 8/2004, señalando el capítulo en el que aparece regulado, sino que también ha procedido a desglosar el importe de cada situación, a saber: 1º: IT -y dentro de la misma, los periodo de baja hospitalaria y baja impeditiva-. 2º: las secuelas -dentro de ellas el perjuicio funcional, el perjuicio estético y los puntos del baremo que corresponden a cada uno de los citados perjuicios, así como el valor del punto-. 3º: Repercusión de las secuelas sobre la capacidad laboral. 4º: Per-

juicio del dolor -los puntos del baremo que corresponden a la citada repercusión de las secuelas, así como el valor del punto-. 4º: Perjuicio del dolor -los puntos del baremo que corresponden al citado perjuicio, así como el valor del punto-. 5º: Perjuicio económico -fija un 10% sobre la indemnización por IPT-. 6º: Lucro cesante -fija el salario que percibía con anterioridad a sufrir el accidente y el que percibe con posterioridad, así como los años durante los que previsiblemente percibirá el nuevo salario, hasta la jubilación a los 65 años-. En definitiva, aparece de forma pormenorizada, motivada y razonada la cantidad que se reclama, los conceptos por los que se establece el quantum reclamado y la norma que los ampara, debiendo señalarse a mayor abundamiento que las recurridas, en el respectivos escritos de impugnación al recurso de suplicación formulado por la actora en ningún momento se opusieron a los minuciosos cálculos efectuados para la fijación del importe de la indemnización reclamada -en el recurso se reitera la petición de la indemnización formulada en la demanda- sino que simplemente niegan que exista responsabilidad por daños y perjuicios, sin contemplar la posibilidad de que la sentencia de suplicación pudiera estimar la existencia de dicha responsabilidad y formular, con carácter subsidiario, un motivo de recurso destinado, en su caso, a combatir el importe de la indemnización fijado por la demandante. Estas circunstancias no concurren en la sentencia de contraste en la que la única motivación que aparece para justificar el quantum indemnizatorio fijado es la genérica remisión a “las cuantías que los TSJ vienen fijando”, sin determinar qué criterios se han seguido en el caso concreto, o a que sentencia del TSJ se refiere la remisión efectuada.”

¿La edad es un factor que puede modular la indemnización por daños y perjuicios, o su aplicación puede considerarse discriminatoria?

La edad puede ser utilizado como un factor corrector en las indemnizaciones por daños y perjuicios en las que se aplica el baremo de los accidentes de circulación, ya que una parte de la indemnización corresponde a la pérdida o reducción de la capacidad de ganancia (discapacidad laboral), por lo que el juzgador de instancia podrá valorar este factor para determinar la cuantía de la indemnización.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, del 15 de enero de 2014.

La Sala debate la aplicación del baremo de la Ley 30/1995 y del factor de corrección de lesiones en relación a la avanzada edad de la víctima en aplicación del principio de igualdad (discriminación por razón de edad).

La parte recurrente argumenta que no puede aplicarse el baremo y para ello exponen varias razones:

1ª) la edad de la actora en el momento de la declaración de incapacidad (80 años en el momento de la incapacidad total y 83 en el de la absoluta) y el hecho de que la enfermedad permaneció latente y asintomática muchos años; 2ª) el baremo establecido para la reparación de los accidentes de circulación no es aplicable a las contingencias profesionales y, en especial, a una enfermedad que no era previsible en el momento en que se contrajo.

El Tribunal Supremo concluye que no sería contrario al principio de igualdad tener en cuenta la edad de la víctima a la hora de valorar determinados daños y en concreto el denominado perjuicio de disfrute que se asocia a la discapacidad vital. En este sentido, en las sentencias de 17 de julio de 2007 y 14 de julio de 2009 ya se señaló que dentro del factor de corrección por lesiones permanentes de la Tabla IV existen dos elementos que se asocian a la discapacidad y que hay que diferenciar: por una parte, se compensa la pérdida o reducción de la capacidad de ganancia (discapacidad laboral) y, por otra, la pérdida o reducción o la incapacidad para otras actividades de la vida (discapacidad vital, dentro de la que se encuentra el denominado *préjudice d'agrément*), correspondiendo al prudente arbitrio del juzgador la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad incluida en el factor se imputa a discapacidad laboral y cuál a la vital, y por tanto la avanzada edad de la beneficiaria sí podría modular el importe de la indemnización.

9.2.2 Compensación de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo.

En caso de haber percibido varias indemnizaciones derivadas de un mismo hecho causante ¿pueden compensarse?

Como regla general, las indemnizaciones derivadas de un mismo hecho causante pueden compensarse en virtud del principio *compensatio lucri cum damno* y en cumplimiento del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, pero no se produce de manera automática, sino que es necesario que sea efectuada por el juez que deberá valorar si la indemnización corresponde a conceptos homogéneos o no. De este modo la parte correspondiente al lucro cesante de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo pueden compensarse con lo percibido como prestaciones de Seguridad Social que resarcen la pérdida de ingresos. Sin embargo, no puede compensarse el daño moral con las prestaciones de seguridad social o el complemento a las mismas fijado por convenio para las situaciones de incapacidad permanente o temporal.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de septiembre 2017

“A propósito de la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo se debaten dos cuestiones. Primeo, se impugna la póliza de seguros puesto que no aparece suscrita por el tomador. En segundo término, se cuestiona que el importe de la mejora voluntaria (prevista por convenio colectivo, abonada por Compañía Aseguradora) pueda descontarse de la suma indemnizatoria.”

“A) El factor corrector de la tabla IV del baremo de accidentes de tráfico alude exclusivamente al daño moral y debe percibirse íntegro, sin que de su importe puede deducirse cantidad alguna por imputación a incapacidad ya compensada mediante prestaciones de la Seguridad Social o mejoras voluntarias de éstas.”

De este modo calculados los daños morales con arreglo al Baremo, de tales cuantías no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por el complemento de las mismas; y ello con independencia de que se tales prestaciones afecten a la situación de incapacidad o a las lesiones permanentes.

B) Lo dicho nos lleva a estimar el recurso y, tal y como también propone el Ministerio Fiscal, casar y anular la sentencia recurrida puesto que se opone a la doctrina que venimos manteniendo a partir de la citada STS 23 junio 2014 (RJ 2014, 4761) (rec. 1257/2013).

C) Conforme al art. 228.2 LRJS, si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada.

Esto significa que el recurso de suplicación formalizado por el demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social ha de estimarse en el extremo que se corresponde con el segundo de los motivos de su casación unificadora. Es decir: los 48.000 € que ha percibido como consecuencia de la mejora voluntaria contemplada en el convenio colectivo no deben descontarse de la indemnización por daños y perjuicios derivados de su accidente laboral.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de noviembre del 2014.

Tanto en el caso de Autos, como en la Sentencia se trata de indemnizaciones por daños derivados de sendos accidentes de trabajo, con resultado de muerte, las dos sentencias, desde la instancia, aplican el Baremo del automóvil para determinar su cuantía, y también en ambas se debate la procedencia o no de descontar las prestaciones de viudedad y orfandad ya percibidas. Y aunque las dos parecen sustentarse en una sentencia de esta Sala IV del 17 de julio de 2007, la recurrida considera correcto ese descuento, aplicándolo de manera prácticamente automática, mientras que, por el contrario, la de contraste lo niega.

La cuestión debatida, ha sido tratada con carácter general en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, y fue unificada por dos sentencias de Pleno o Sala General, ambas de fecha 17 de julio de 2007, pudiendo resumirse esa nueva doctrina, en los siguientes puntos:

“La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada “*compensatio lucri cum damno*”, compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del

mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.

Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social.

Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad

laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa.

Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante”.

Para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo, resulta oportuno -que no obligatorio- la utilización, como criterio de orientación analógica -nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo-, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (hoy Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).

Ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad; y en principio, y sin perjuicio de la obligada reparación íntegra y total del daño causado, las prestaciones de la Seguridad Social actúan de forma tasada la responsabilidad objetiva del empresario y compensan la pérdida de ingresos profesionales (lucro cesante) del trabajador accidentado, bien para descontar su capital-coste de una previa capitalización del lucro cesante en algunos supuestos, bien para descontar su importe mensual del verdadero lucro (el salario percibido hasta el accidente) cesante en el mismo período de tiempo”.

De ese modo, concluye la Sala que la sentencia recurrida, al proceder a descontar automáticamente las prestaciones de viudedad y orfandad, no se atuvo a la buena doctrina.

9.3 Daños morales

9.3.1 Existencia de acoso e indemnización por daños morales derivada de la situación de acoso laboral.

¿Es responsable civil el empresario por actos de acoso ejercidos por sus empleados y/o familiares que trabajen en la empresa?

Sí, cuando la misma es conocida por éste y prolongada en el tiempo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social de 8 de abril del 2014.

La Sala analiza los requisitos necesarios para que una conducta pueda ser calificada como acoso laboral, así como los sujetos responsables de tal situación y la procedencia de una indemnización adicional en concepto de daños morales.

La demandante, ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa A con categoría de auxiliar administrativo. Fue despedida por causas disciplinarias con efectos de 20.3.13, reconociéndose por la empresa en acto de conciliación judicial la improcedencia del cese y comprometiéndose al abono de una indemnización de 6.000 euros.

La citada empresa, dedicada a la actividad de clínica dental, tiene como administrador único a Don Constancio y como empleada bajo la condición de higienista dental al cónyuge de éste, Doña Celestina.

Era frecuente que la Sra. Celestina interrumpiese a la actora cuando esta se encontraba hablando con clientes o terceros en la recepción de la clínica afirmando que lo que aquella estaba diciendo carecía de importancia o eran tonterías y tratándola despectivamente. Consta igualmente que la misma demandada tiró en alguna ocasión a la actora fichas de forma despectiva y que le obligaba a llevarse a casa el calzado de trabajo a diferencia del resto de trabajadoras. Asimismo, que cuando les regalaban bombones o pasteles para repartir entre las empleadas, no llamaba a la demandante y que intentaba dejarle poco espacio físico en la recepción.

En una ocasión la Sra. Celestina dejó encerrada a la actora en la clínica a sabiendas de que ésta se encontraba en ella.

Cuando fue advertida de la circunstancia por otra empleada le dijo que ya la abriría la empleada de la limpieza cuando llegase, lo cual ocurrió 15 minutos después. La actora, al igual que otras trabajadoras, manifestó al Sr. Constancio en diversas ocasiones su malestar por el trato que recibía de su esposa, a lo que éste contestaba que tenían que tener paciencia porque ella era así, recomendando a la actora unos medicamentos homeopáticos para ayudarla con su cuadro ansioso.

La actora acudió a consulta médica el 7.3.13 alegando ansiedad con episodios de llanto y mal humor, negándose a recibir la baja que le propuso el facultativo y siendo remitida a la Unidad de Salud Mental. Se encuentra en tratamiento psicológico desde abril de 2013, habiendo sido diagnosticada de trastorno adaptativo ansiosodepresivo, con sintomatología de desánimo, apatía, ansiedad somática y cognitiva, irritabilidad y frustración en relación a problemas laborales, con distorsiones cognitivas, baja autoestima y actitud de lamento y pesimismo.

La sentencia de instancia estima la demanda y declara el derecho a indemnizar por daños morales en 10.000 a la actora, condenando a la causante del acoso, no así a la empresa ni administrador único.

Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Doña Celestina, siendo impugnado por el Ministerio Fiscal.

Se cuestionan dos temas en el recurso: la inexistencia de acoso y la indemnización en su caso.

Para analizar dichas circunstancias, se analizan los requisitos legales a fin determinar si en la conducta de la empleadora pueden apreciarse indicios de “*acoso laboral*” o mobbing hemos de señalar los elementos que caracterizan esta conducta, pudiendo señalar cuatro elementos esenciales:

El hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas. No hay que confundirlo con una mera situación de tensión en el trabajo o mal clima laboral, tampoco concurre ese elemento por el hecho de que se adopten por parte del empleador determinadas decisiones que vulneren derechos laborales del trabajador, tales como traslado de puesto de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, cambio de funciones, etc., movilidad geográfica, traslados, etc. Estas actuaciones empresariales, aunque sean declaradas como no ajustadas a derecho, no constituyen por sí solas maltrato psicológico.

En efecto, para que concurra este primer elemento, es necesario que la víctima sea objeto de un conjunto de actuaciones que configuran, en su conjunto, un panorama de maltrato psíquico o moral, una denigración o vejación del trabajador.

La violencia puede manifestarse de distintas formas, consistiendo básicamente en acciones tendentes a aislar al empleado de su ámbito laboral, privándole de trabajo efectivo o asignándole tareas excesivas o manifiestamente imposibles de realizar, para agobiarlo, desacreditando al trabajador como inútil o incompetente, impidiéndole la comunicación con sus compañeros de trabajo, privándole de los medios de trabajo, deteriorando su entorno físico, como mantenerle en una estancia inadecuada y aislada del resto, etc.

Carácter intenso de la violencia psicológica. Se viene exigiendo, para determinar la existencia de acoso moral, que la situación de violencia sea grave, llegando a utilizarse los términos violencia intensa o extrema, lo que quiere decir para calificar una conducta, como acoso moral, no basta que exista una violencia psicológica leve o menor, incapaz por sí misma de provocar daño en persona normal, sino que se requiere que el hostigamiento tenga un alto grado de intensidad.

En caso de que no concurra tal intensidad y la persona resulte afectada, la patología tendría ver más con la propia personalidad del afectado con la real hostilidad del entorno laboral.

Prolongada en el tiempo. Significa que no basta con que la violencia se manifieste como un mero episodio aislado y se produzca en un momento muy concreto o de forma esporádica. Para que se aprecie la existencia de acoso es preciso que el hostigamiento intenso o extremo tenga una determinada duración, que Instituto Nacional de Seguridad

e Higiene y el profesor Leyrnan cifran en seis meses. Este plazo ha de ser interpretado de flexible, ya que lo importante es la idea de continuidad en la violencia, ordenada a un fin determinado: la destrucción psicológica o moral trabajador.

Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral. Este elemento es el que sirve de nexo o conductor, dotando de entidad y sustantividad propias al conjunto de actos aislados y espaciado el tiempo, que integran la conducta de acoso. Hay que tener en cuenta que la intencional puede ser un elemento plenamente consciente o premeditado o puede existir de forma larvada, formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima, el propio acosador puede no racionalizar conscientemente, pero que pueden manifestar de forma más o menos subconsciente la intencionalidad oculta de su entorno de trabajo.

Estos cuatro elementos son apreciados en este caso, descriptivos del acoso, en todos los estadios de la cuestión.

Existe un quinto elemento, respecto a cuya exigencia discrepan los autores y la jurisprudencia al ahora de construir el concepto de acoso. Dicho elemento se refiere a si es exigible o no que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado, circunstancia que concurre en la mayoría de los supuestos examinados por las sentencias que se han ocupado de la cuestión, pues el inicio de la tipificación jurídica del concepto de acoso moral ha venido muy marcado por nociones propias de la psicología, de la psiquiatría y de la medicina del trabajo, centrándose más en los aspectos de prevención de riesgos laborales que en la afectación de esta conducta a los derechos fundamentales y laborales del trabajador. Ello obedece a que los primeros casos de mobbing que ha llegado a los Tribunales han tenido como eje central el daño psicológico grave producido al trabajador afectado y ha sido esencial la prueba pericial psicológica que ese daño ha causado a la salud mental de la víctima.

Los autores distinguen dos figuras, el acoso simple y el acoso moral, basadas en la distinción entre daño a la integridad o salud psíquica, por un lado, y daño moral, por otro.

Los partidarios de la concurrencia en el concepto de acoso laboral del quinto elemento entienden que únicamente puede hablarse de acoso laboral cuando este causa daño psíquico a la víctima, mientras que los partidarios de la no exigencia de dicho elemento entienden que el atentado contra la integridad moral del trabajador se produce, no solo cuando concurre daño psíquico, que afecta a la salud mental del trabajador, sino también cuando la persona afectada por el hostigamiento presenta dolor moral intenso, consecuencia de la vejación y denigración de que es objeto, pues esto constituye también un daño en su integridad moral.

Todo ello está declarado probado en los hechos probados de la sentencia y por tanto procede confirmar la tesis del Juez de instancia.

Respecto a la cuantificación de los daños y perjuicios, señala la Sentencia que es facultad soberana de los jueces de instancia, a menos que resulte arbitrariedad; así la STS

17/6/2007 resume tal doctrina en el sentido de que *“ha sido tradicional la jurisprudencia al entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada (STS (IV) de 11 (sic)-2-99 Rec. 2085/98), como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad. Como se entendió que esa cuantificación dependía de la valoración personal del juzgador de la instancia, se vedó con carácter general la revisión de su criterio por medio de un recurso extraordinario, salvo que se combatieran adecuadamente las bases en que se apoyara la misma o que, se hubiesen utilizado las reglas de un baremo, aplicación susceptible de revisión por ir referida a la de una norma, como apuntó el TS (I) en sus sentencias de 25 de marzo de 1991 y de 19 de julio de 2006. Pero esa discrecionalidad, cual se ha dicho, no se puede confundir con la arbitrariedad”*.

No puede entenderse en el presente caso arbitraria la fijación de una indemnización de 10.000 € por una clara actuación de acoso moral con resultado de agravación de la situación psicopatológica del trabajador, fijada como señala la sentencia en base a la ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso, la naturaleza de la lesión, el tiempo que duró el comportamiento lesivo, y puede añadirse la finalidad perseguida por los medios utilizados para ello.

9.3.2 Aplicación del baremo de circulación.

¿La indemnización por daños morales correspondiente a los días no improductivos es la misma que la de los días de hospitalización?

No, el daño moral derivado de los días improductivos es mayor y, por tanto, la cuantía de la indemnización también.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, del 6 de septiembre del 2013.

A través de esta Sentencia el Tribunal Superior de Justicia, analiza el sistema de cómputo y valoración de las secuelas derivadas de un accidente de trabajo, con aplicación por analogía del baremo de circulación.

El trabajador sufrió un accidente de trabajo a resultas del cual permaneció hospitalizado 37 días, y 723 días más improductivo para el trabajo, durante los cuales percibió el subsidio de incapacidad temporal-

Por lo que se refiere al daño moral -por el sufrimiento psicofísico durante la IT-, desde la STS 15/07/07 y hasta las más recientes, se ha entendido que su importe básico por tal concepto había de situarse en el correspondiente al día “no improductivo” -salvo que se acreditase un daño mayor-; y que tratándose de los días de baja hospitalaria -por su mayor sufrimiento de todo orden- que el resarcimiento se identifica con la cantidad prevista para tal supuesto en el Anexo correspondiente.

Pero una reconsideración del tema nos lleva a matizar este criterio, reargumentando su presupuesto y ampliando sus soluciones, porque con el mismo se resarcían de igual manera dos supuestos diferentes: Los días de baja no improductivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta] y aquellos otros que sin comportar estancia hospitalaria de todas formas sean improductivos [para la actividad u ocupación habitual]; supuestos en los que -es obvio- el sufrimiento psíquico es de muy diferente intensidad.

Desde el momento en que las cantidades previstas en la Tabla V como «indemnización básica» para la IT se declaran «incluidos los daños morales»- [apartado «A»)], no cabe la menor duda de que la cantidad prevista para los días no improductivos para el trabajo [aquellos que son posteriores al alta laboral, pero anteriores a la completa curación] son los únicos en los que no se contempla el perjuicio económico [al no ser improductivos permiten al accidentado trabajar y obtener el habitual salario] y que por lo mismo resarcen exclusivamente el dolor moral inherente a dolencias -no permanentes- que todavía persisten y obstan la declaración de sanidad completa.

Pero ese resarcimiento legalmente cuantificado se presenta en su mínima expresión, precisamente porque también se corresponde con el mínimo de sufrimiento -dolor moral- padecido en todo el proceso de curación, al afectar a la fase de sanidad en la que la víctima está capacitada «para desarrollar su ocupación o actividad habitual». Y es precisamente esta consideración la que lleva a entender que la cantidad resarcitoria que ha de atribuirse a tal etapa «no improductiva» ha de ser inferior -como hasta ahora hemos venido entendiendo- no solamente a la que en justicia ha de corresponder a los días de «estancia hospitalaria» [a los que asimilar los de inmovilización o permanencia obligada en el domicilio], sino que igualmente ha de serlo respecto de la que deba atribuirse a los días simplemente «improductivos» y sin estancia hospitalaria, pues no cabe duda de que -en un orden natural de las cosas- el sufrimiento psico-físico de la víctima ha de ser mayor cuando se está incapacitado que cuando se está en condiciones de desarrollar la ocupación habitual.

No plantea excesiva dificultad identificar el resarcimiento del daño moral correspondiente al día «no improductivo» con el importe que el Baremo indica, pues como por definición tales días no determinan perjuicio económico atribuible a la falta de trabajo, la cantidad legalmente fijada ha de atribuirse exclusivamente a daño moral.

Y aunque la previsión legal del resarcimiento de los restantes días [«improductivos» e «improductivos con estancia hospitalaria»] no deje de contener un cierto factor económico [se les califica de «indemnización básica, incluidos daños morales»], pese a todo no hay que olvidar que estas cantidades se corresponden a una responsabilidad objetiva y de la que estamos tratando -por AT- requiere culpabilidad empresarial; elemento subjetivo éste que justifica no se minoren las previsiones de la Tabla V a los efectos de determinar el resarcimiento del daño moral en la situación de IT, aceptando por ello - simplificada- sus tres categorías e importes indemnizatorios para días -sin sanidad- no improductivos, improductivos y con permanencia hospitalaria.

Esas tres situaciones son:

- la incapacitante para el trabajo habitual acompañada de estancia hospitalaria, para la que el Baremo aplicable del automóvil fija 66€/día;
- la que también incapacita (impeditivo), aunque no requiera estancia hospitalaria, para la que el mismo Baremo señala 53,66€/día; y
- la que, sin necesitar tampoco ingreso o estancia hospitalaria, ni siquiera impide el desempeño de las ocupaciones habituales (no impeditivo), para la que el repetido Baremo establece 28,88€/día.

9.4 Despidos y otras extinciones del contrato de trabajo.

9.4.1 *Despido por embriaguez habitual o toxicomanía si afecta negativamente en el trabajo.*

¿Es procedente el despido de un trabajador por embriaguez no habitual si produce grave riesgo para la vida y la integridad física de los trabajadores?

Como regla general, la embriaguez sólo es causa de despido en caso de que cumpla las exigencias previstas en el artículo 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que sea habitual y repercuta negativamente en el trabajo. No obstante, también será causa de despido la embriaguez no habitual si pone en especial riesgo la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores de la empresa o de terceros, por suponer un incumplimiento cualificado de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte del trabajador, siendo considerado en ese caso como transgresión de la buena fe del artículo 54.2.d) del ET.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de febrero 2017

El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación, al considerar que no existe infracción de ley y analiza la procedencia o improcedencia del despido de un trabajador por embriaguez, basándose en las exigencias de habitualidad y repercusión en el trabajo.

“La Sala estima el recurso razonando, en síntesis, lo siguiente: a) Si bien el Convenio de aplicación es el de la madera, la categoría de chofer o conductor no es ni mucho menos una categoría nuclear o esencial del proceso productivo, lo que explica que la embriaguez se considere falta leve si es ocasional; b) A la hora de valorar la gravedad o culpabilidad de la conducta hay que tener en cuenta que la categoría del trabajador que es la de conductor y la doctrina ha venido estimando que en los casos de conductores la embriaguez no exige el requisito de habitualidad; c) Es una norma de todos conocida (art. 12RDL 339/90, vigente hasta 01/01/2016) que no puede conducirse un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, por el riesgo que ello entraña para la vida e integridad física del propio trabajador y demás ocupantes del vehículo, para la de los usuarios de la vía y

para los bienes de la empresa (camión). Por lo que, concluye afirmando que el oficio de conductor exige un deber de diligencia mínimo que impone la abstención del consumo de bebidas alcohólicas, por el elevado riesgo de dañar bienes jurídicos de trascendental importancia, como la vida, la integridad física del propio conductor o de terceros usuarios de la vía, y la trasgresión de esa mínima diligencia exigible es un incumplimiento grave y culpable, merecedor del despido.”

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Social, del 16 de enero de 2013.

La Sala aborda el despido disciplinario de un trabajador, por embriaguez, desde el punto de vista de la necesidad de las exigencias de habitualidad y repercusión en el trabajo, todo ello en relación al potencial riesgo que la embriaguez puede producir en materia de prevención de riesgos laborales.

En relación a la repercusión en el trabajo, según el tribunal no se exige que se produzcan daños o perjuicios concretos, sino que el precepto pretende limitar las facultades del empleador en la esfera privada del trabajador exigiendo que el estado de embriaguez o toxicomanía se produzca durante la prestación laboral.

Por lo que se refiere a la característica de habitualidad que el artículo 54.2.f del Estatuto de los Trabajadores exige para la tipificación de la falta laboral susceptible de sanción de despido, ha de entenderse que la misma se refiere en general a la embriaguez como perturbadora del correcto desarrollo de la prestación laboral, pero no impide que la conducta aislada consistente en el trabajo en condiciones de intoxicación etílica o por otras sustancias pueda configurar un ilícito de gravedad suficiente para justificar un despido cuando por su entidad y circunstancias encaje en el supuesto previsto en la letra d del artículo 54.2 (transgresión de la buena fe contractual). Esto sucede cuando la situación de embriaguez o toxicomanía se produzcan en situaciones concretas que pongan en especial riesgo la vida y la integridad física de los trabajadores de la empresa o de terceros, comprometiendo incluso con ello la posible responsabilidad patrimonial de la empresa, o incluso en determinados supuestos cualificados de peligro para los bienes materiales, puesto que en tales supuestos no estamos ante una mera falta de producción o disminución del rendimiento, sino ante la generación de un riesgo grave que toda empresa está obligada a evitar adoptando cuantas medidas sean precisas para ello.

Destaca la calificación de la Sala de que *“no se trata por tanto de un mero problema de pérdida de rendimiento por la empresa debido a la incapacidad del trabajador para prestar su servicio, que es el caso regulado en el artículo 54.2.f, sino ante un supuesto más grave, de incumplimiento cualificado de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte del trabajador (artículo 29 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales) y dicho incumplimiento, en aquellos casos en los que pone en riesgo bienes básicos, como la vida, la salud o la integridad física del propio trabajador o de terceros, tiene el carácter de falta muy grave.”*

9.4.2 Despido disciplinario por vulneración de las normas de Prevención de Riesgos Laborales.

¿Es procedente el despido disciplinario de un trabajador por fumar en los vestuarios de la empresa?

Sí, porque existe una prohibición legal de fumar en los centros de trabajo y puede afectar a la salud e integridad física de terceras personas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2013.

Es procedente el despido de un trabajador por fumar en un lugar prohibido por razones de seguridad e higiene, constando tal prohibición debidamente señalizada.

El trabajador es localizado en los vestuarios masculinos fumando, al haber provocado un pequeño incendio por acumulación de colillas en la pared del vestuario que debe ser sofocado por el personal de limpieza de la fábrica.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia declara procedente el despido y destaca lo siguiente:

- El tipo de actividad a la que se dedica la empresa: envasado de alimentación
- El lugar donde se fuma (vestuarios) puede dañar la salud de terceros y además es una fuente de ignición en un lugar con material susceptible de arder.
- La prohibición deriva de un mandato legal de fumar en centros de trabajo (ley 28/2005)
- Los importantes perjuicios que se pueden derivar a la empresa, como multas cuantiosas en caso de tolerarse la conducta
- La necesidad de que se fijen carteles informativos acerca de la prohibición de fumar, así como que el trabajador ha recibido formación e información sobre la prohibición

La Sala concluye estimando el recurso de la empresa con los siguientes argumentos: *Pues bien, inicialmente, es necesario puntualizar que la empresa pertenece al sector de alimentación, lo que enfatiza la necesidad de la mayor higiene, considerada in extenso; pero es que, además, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, higiene se define, según las diversas acepciones, como: "1. Parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la prevención de enfermedades. 2. fig. Limpieza, aseo de las viviendas, lugares públicos y poblaciones. Privada: Aquella de cuya aplicación cuida el individuo. Pública: Aquella en cuya aplicación interviene la autoridad, prescribiendo*

reglas preventivas", y claramente contrario a ella fumar en un vestuario donde acuden diversas personas cuya salud puede verse afectada, produciendo, en contra de la limpieza ambiental, una emisión de humo oloroso, que ensucia o perjudica al medio ambiente, contaminando el aire y, más, en un entorno cerrado.

De otra parte, no cabe desconocer que en un vestuario existen normalmente prendas combustibles, lo que desaconseja la existencia de cualquier medio de ignición como puede ser un cigarrillo encendido, que afecta a la seguridad.

Finalmente, se debe enfatizar la existencia de la Ley 28/2005, que prohíbe fumar en los centros de trabajo públicos y privados, con lo que la empresa no puede ser tolerante con dicha práctica pues media un imperativo legal, puede afectar gravemente a terceros, podría ser sancionada, y no se está en presencia de un club privado de fumadores (disposición adicional novena de la Ley). Ante lo anteriormente dicho, la Sala entiende que existe causa de despido, ya que el Convenio Colectivo califica la conducta como falta muy grave (art. 37 de la C.E.), la tipicidad se cumple y, considerando los intereses en juego, es claro que se respeta la teoría gradualista, tratándose de un acto que, al margen de un deseo o adicción personal, prescinde de los efectos para terceros, se muestra insolidario.

¿Es procedente el despido disciplinario de un trabajador por no utilizar los Equipos de Protección Individual?

Sí, si la empresa había puesto a disposición del trabajador los equipos de protección individual, había recibido órdenes de usar dichos equipos de protección y había recibido formación en materia de seguridad y salud laboral, ya que supone una manifiesta transgresión de la buena fe contractual.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2014.

La Sala declara procedente un despido de una trabajadora que sufrió un accidente al cortarse, por no utilizar los guantes de protección que la empresa puso a su disposición. Así pues, argumenta la Sala que la demandante había recibido órdenes de los responsables del centro, en donde trabaja, de utilizar los equipos de protección individual que la empresa había puesto a su disposición, entre ellos el guante de seguridad.

Según el TSJ de Madrid, tal conducta debe entenderse como un incumplimiento contractual en materia de seguridad y salud laboral, que puso en grave peligro su propia integridad física, tal y como se revela tras la profunda herida que con ocasión de proceder a cortar ese día unas rodajas de bonito sufrió en el dedo índice de la mano derecha.

En suma, con su forma de actuar no sólo creó un grave riesgo para su salud, sino que éste se actualizó no obstante haberse podido evitar sin dificultad si se hubiera valido de los medios de protección individual entregados.

En relación a “la Teoría gradualista del poder sancionador”, doctrina que esta Sala de suplicación ha aplicado múltiples veces, no puede hacerlo en este caso. Así, la jurisprudencia tiene sentado que siempre que la tarea jurisdiccional consista en valorar la extinción del contrato de trabajo por causas de índole disciplinaria resulta ineludible: “(...) valorar las especiales circunstancias que concurren en cada supuesto, llevando a cabo una tarea individualizadora a fin de determinar dentro del cuadro sancionatorio correspondiente, si en virtud de los datos objetivos y subjetivos concurrentes, conducta observada, antigüedad, puesto desempeñado, naturaleza de la infracción, etc., y entre ellos el recíproco comportamiento de los intervinientes, procede o no acordar la sanción de despido, que es la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que pueden imponerse en el mundo del trabajo y que para cumplir los más elementales principios de Justicia han de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del asalariado, con objeto de buscar en su conjunto la auténtica realidad que de ella nace “.

En definitiva, el ejercicio de la potestad sancionadora, cualquiera que sea el ámbito en que se actúe, debe sujetarse al principio de proporcionalidad, por cuanto que la función preventiva y ejemplificadora propia de las sanciones únicamente tiene sentido jurídico dentro de una sistemática coordinación de los principios constitucionales de garantía, entre los que se incluye el de proporcionalidad, ordenado a lograr, como proclama la jurisprudencia examinada, “entre las consecuencias gravosas de la sanción que soporta el contraventor y las consecuencias perjudiciales de la infracción, una correspondencia proporcional, equitativamente ahormada “.

Pues bien, quien, no obstante la formación recibida en materia de seguridad y salud laboral, y contar con equipos de protección individual apropiados a los riesgos de su puesto de trabajo, hace caso omiso de todo ello y prescinde del guante de protección que la empresa le había facilitado para cortar pescado, máxime habiendo sido advertida en varias ocasiones sobre la obligación de su uso, de suerte que sufre un accidente laboral que le provoca un corte profundo en el dedo índice de la mano derecha, denota una conducta ajena a la preservación de su propia integridad física y, además, contraria a la legítima confianza depositada en ella por la empresa, lo que entraña una manifiesta trasgresión de la buena fe contractual, desde el mismo momento que ésta es responsable de velar por su seguridad y salud en el trabajo, deuda que se vería seriamente obstaculizada si su empleador llegase a tolerar acciones imprudentes como la expuesta.

Por ello, no es posible que se acoja a la doctrina gradualista sobre despidos disciplinarios, desde el mismo momento que la demandante era plenamente conocedora de los riesgos del puesto que desempeña, el deber de prevenirlos mediante la utilización de los medios de protección individual proporcionados y, por último, la situación de peligro que creaba cada vez que omitía cumplir la expresada obligación hasta que, final y desdichadamente, tuvo lugar el evento dañoso antes reseñado.

9.4.3 Prioridad de permanencia de los miembros del Servicio de Prevención y su disposición por el Acuerdo de despido colectivo.

¿La garantía de prioridad de permanencia alcanza a los miembros del Servicio de Prevención si es afectado por un despido colectivo?

Sí, por ser afectado por razón de edad y además porque para llevar a cabo la extinción del contrato de trabajo por razones objetivas de un miembro del Servicio de Prevención será necesario acreditar que se suprimen todos los puestos de trabajo de su mismo nivel.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, de 18 de julio de 2014.

La Sala estudia el alcance de la garantía de prioridad de permanencia, en relación a un trabajador afectado por un despido colectivo, y que ocupaba el puesto de Técnico Superior en el Servicio de Prevención de Riesgos de la empresa.

Alega el trabajador recurrente, que en virtud del art. 30.4 de la Ley 31/1995, sobre Riesgos Laborales, los miembros del Servicio de Prevención –que por imperativo del citado cuerpo legal debe existir en la empresa- gozan de las mismas garantías que el art. 69 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a los miembros del Comité de Empresa, siendo una de esas garantías, la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.

Es importante recordar, ante todo, que el art. 30.4 de la Ley de Riesgos Laborales declara que las garantías establecidas por el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores para los miembros del Comité de Empresa son igualmente aplicables a los miembros del Servicio de Prevención. El problema es, determinar el significado y alcance de la letra b) del citado art. 68 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, no es cierto que cualquier objetivo razonable perseguido por un pacto de despido colectivo pueda operar como límite a la garantía de prioridad en la permanencia regulada en el art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores. Tan es así que dicho precepto legal comienza afirmando que los miembros del Comité de Empresa tendrán las garantías que luego se enumeran “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos”. Ello significa que las circunstancias legalmente idóneas para enervar la eficacia de esas garantías deben estar previstas en el correspondiente convenio colectivo.

En segundo lugar, sería necesario acreditar que todos los puestos de trabajo del mismo nivel que el ocupado por el miembro Técnico del Servicio de Prevención -y, por tanto, todos los puestos de trabajo ocupados por personas legalmente habilitadas para ser el Técnico Superior del mencionado Servicio de Prevención- habían de ser suprimidos por causas tecnológicas o económicas. La garantía del art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores tiene como finalidad poner a reparo a determinados trabajadores que desempeñan, en

interés colectivo, funciones particularmente delicadas y potencialmente conflictivas con el empleador. Partiendo de esta premisa, no es difícil comprender que debe rechazarse una interpretación del citado precepto legal que, permite la ineficacia de la garantía de prioridad de permanencia en supuestos distintos de aquél en que deban ser suprimidos todos los puestos de trabajo correspondientes a la categoría del trabajador protegido por esa misma garantía; y ello porque tal interpretación implica privar al art. 68.b) del Estatuto de los Trabajadores de la finalidad que persigue.

X. EN ESPECIAL EXPOSICIÓN AL AMIANTO



X. EN ESPECIAL: EXPOSICIÓN AL AMIANTO

10.1 Exposición al Amianto

10.1.1 Nexo causal para declarar la responsabilidad.

¿Qué impacto tiene las dolencias sobre la graduación del recargo?

En el caso del Amianto las grandes dolencias producidas, al margen de la calificación jurídica, le hace acreedora del 50%.

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2017

La sentencia aquí recurrida, aplicando criterios muy semejantes a los que ya empleó la sentencia de suplicación que casó y anuló la Sentencia del TS 4ª 17-3-2015, por una parte, confirma el recargo, al aceptar una clara existencia de relación de causalidad” entre las infracciones de carácter general que advierte, pero por otra, reduce su porcentaje al 40%, según dice, en la medida en que ha de aceptarse que en aquél momento inicial (se refiere a los años 40 y 50 del pasado siglo) no existía ni el conocimiento exacto de la peligrosidad de la enfermedad, ni las normas preventivas...exigieran un nivel de protección como el que posteriormente se impuso”

Sin embargo, a nuestro entender, este último argumento no se compadece con los análisis que, sobre las gravísimas dolencias causadas por el empleo del amianto durante aquellos años, ha efectuado esta Sala, por ejemplo, en las Sentencias del TS 4ª, Pleno, de 30-06-2010 (el empresario como deudor de seguridad), y más en particular, precisamente en relación a los problemas originados por el uso de asbesto, entre otras, en las de 18-5-2011 18-7-2012, ni con las razones que igualmente hemos empleado en la tal repetida Sentencia del TS 4ª 17-3-2015, todas cuyas manifestaciones nos conducen también aquí a entender que la gravedad de la infracción empresarial, incluso al margen de que esa calificación jurídica hubiera sido establecida o no en una resolución administrativa y sancionadora ad hoc, ha resultado correctamente apreciada como tal por el órgano judicial de instancia, que, en definitiva, igual que sucedía en nuestro reiterado precedente; también ha ratificado en este caso el recargo impuesto por el INSS en vía administrativa, todo lo cual justifica plenamente la misma solución: esto es, la de estimar el recurso de la trabajadora, con la consecuente revocación de la sentencia impugnada y la confirmación de la resolución de instancia.

¿Qué debería acreditar el empresario para enervar su responsabilidad en caso de enfermedad profesional?

El empresario debe haber aportado toda diligencia exigible, incluso llevar a cabo actuaciones impositivas u obstativas a la producción del daño

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2016

El empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL, pero en todo estos casos es el empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente.

En efecto, en el presente caso, actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las esenciales y preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que aún se haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

10.1.2 Concurrencia de diagnósticos y minoración de la indemnización por daños y perjuicios.

¿La concurrencia de diagnóstico de exposición al amianto y tabaquismo permite reducir la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios?

Sí, en caso de que quede probado que la exposición al amianto ha concurrido junto con un hábito de tabaquismo de larga duración permite aplicar la compensación de culpas del artículo 1101 y 1902 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Social, 22 de julio de 2014.

La Sala analiza la argumentación de la parte recurrente en relación a la defunción de un trabajador y las labores profesionales que hacía el difunto, solicitando que se reduzcan en un cincuenta por ciento las indemnizaciones fijadas por el Juzgador en Primera Instancia, por entender que, si el trabajo fue causa de la muerte del trabajador, también lo fue su hábito tabáquico y por lo que, no sabiéndose la proporción en que uno u otro elemento concurrieron al efecto, lo razonable sería fijar que ambos concurrieron en la misma entidad.

Ahora bien, en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida se aprecia que concurre tanto el hábito tabáquico como la exposición al amianto como causas generatrices de la defunción del citado difunto y ello partiendo de lo constatado en el hecho probado tercero.

Por tanto, ya no se trata de que el empresario deba probar la concurrencia de elemento excluyente o minorador de su responsabilidad, como impone el art 96, número 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social, sino que aquí ya queda constatado tal dato.

Pues bien, partiendo de que, de los tres diagnósticos constatados, como se ha dicho, uno puede ser síntoma de los otros, la asbestosis no deriva del hábito tabáquico y de ambos pueden derivar tanto la EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) como el cáncer padecido, a lo que se añade el muy relevante dato de que las posibilidades de adquisición de esta última patología se aumentan de forma muy considerable al concurrir ambos factores (exposición al polvo de amianto y hábito tabáquico de larga data) entendemos que no es procedente fijar la compensación de culpas en la forma en que pretende la recurrente (imputar la misma relevancia a ambas causas) sino que es más ajustado a tal circunstancia, imputar mayor relevancia a la primera de esas dos causas que a la segunda, por lo que fijamos que se ha de reducir la indemnización en un veinticinco por ciento, al entender que en ese percentil concurrió la otra causa en la muerte del finado, causa dependiente de su voluntad, por lo que sí que procede la compensación de culpas alegada en base al artículo 1101 y 1902 del Código Civil y la jurisprudencia de excusable cita por conocida.

XI. SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD



XI. SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD

11.1 Responsabilidad patrimonial por acoso laboral y moral

11.1.1 *Bossing*

¿Qué es el *bossing*? ¿Está reconocida como conducta singularizada?

El *bossing* es un comportamiento negativo entre compañeros o entre sus superiores e inferiores, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objeto y/o el efecto de hacerle el vacío.

Esta conducta se integra dentro del mobbing, pero aún no ha sido reconocida de forma singularizada.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 6 de febrero de 2013.

La sentencia de la sala, revocando el pronunciamiento de instancia, estima la reclamación de acoso moral y responsabilidad patrimonial del recurrente frente a la Universidad MH.

El acoso moral o mobbing, define una situación de hostigamiento que sufre un trabajador sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma prolongada y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y puede provocar que abandone el empleo al no poder soportar el estrés a que se encuentra sometido.

Este asunto del acoso laboral o mobbing, posee dos vertientes distintas de examen ya sea desde el punto de vista médico o jurídico, pero que, en último término, ambas necesariamente confluyen, de modo que han de coincidir las dos para que pueda afirmarse que existe en el caso concreto esa situación objetiva de acoso.

Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo». Se trata de un fenómeno laboral, muy antiguo aunque de reciente actualidad, que es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/2007 de 9 febrero, que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución española, y que en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial es calificado como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones- y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente).

Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado - que no colectivo del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos -objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral.

Los citados elementos del acoso permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona - básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés - mal entendido empresarial.

La Sala es consciente como ha señalado la doctrina y Jurisprudencia de la dificultad de probar la existencia de acoso laboral, pero ello no exime a la parte que afirma su existencia del esfuerzo probatorio que lo compruebe y que permita al Juzgador alcanzar la convicción de su existencia.

Se denomina a esta práctica “bossing” (palabra que proviene de “boss” -patrón o jefe-), cuando tales prácticas no se desarrollan entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. En concreto, se ha afirmado que una de las prácticas de “bossing” consiste en la “política de empresa” de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización, de reducción de personal, etc., o con el simple objetivo de eliminar trabajadores incómodos.

Recientemente el término ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como “un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y

durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío”. Entre las conductas de persecución psicológica o acoso moral se encuentran las que pretenden atentar contra la reputación de la víctima (ridiculizándola públicamente por múltiples causas), contra el ejercicio de su trabajo (encomendándole tareas de excesiva dificultad, o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados de su tarea) o, como puede considerarse en el presente caso, manipulando su comunicación e información con los demás compañeros o sus superiores”.

Pese a esta delimitación jurisprudencial del acoso moral o psicológico (mobbing), sin embargo es de señalar que esta figura no se contempla en nuestro ordenamiento de forma singularizada y específica, aun cuando se ha recogido en nuestra jurisprudencia, que venido estableciendo la ilicitud de las prácticas que engloban esta figura, si bien desde diversas perspectivas, tanto en las referencias normativas aplicadas cuanto en la determinación de las conductas que llevan a su apreciación.”

11.1.2 La indemnización de daños morales, psíquicos y físicos a cargo de la administración, sin que exista acoso moral en el trabajo o mobbing. Se modula y estima parcialmente al no corresponderse todos los comportamientos con el trastorno de estrés laboral.

La reubicación de un trabajador por problemas estructurales (remodelación del edificio) de forma prolongada ¿puede ser indicio de una actuación atentatoria contra su dignidad?

Si, un aislamiento físico del resto de una unidad de trabajo, puede suponer una exclusión y aislamiento profesional.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de noviembre de 2014.

El Tribunal estima parcialmente el recurso contencioso administrativo presentado por un médico contra la Orden de la Consejería de Sanidad que desestimaba una la reclamación administrativa previa.

El Tribunal rechaza la concurrencia de acoso laboral, si bien, estima el abono de una indemnización de daños y perjuicios al considerar injustificada la ubicación física y aislada de un médico a los sótanos del hospital, bajo el pretexto de obras de remodelación.

En primer lugar, cabe señalar que no existe prueba sobre la fecha concreta en la que comenzaron las obras de remodelación del hospital, ni tampoco sobre la fecha aproximada en la que como consecuencia de las mismas el actor fue trasladado al sótano o semisótano, siendo la declaración más concreta sobre este particular la proporcionada ante el Juzgado de lo Social por un testigo que lo sitúa - “desde el año 2001”-, ni, en fin, sobre la fecha en que le cambiaron de ubicación -si la primavera del año 2006 ó de 2007, según los escritos del actor-.

Sin embargo, de lo que no cabe duda es que el actor, anterior Jefe de la Unidad de admisión, pasó a ocupar hasta el año 2013 un habitáculo situado en una zona de paso del semisótano del edificio, con una ventana que no proporcionaba luz natural suficiente, con mal olor por encontrarse sobre una arqueta, sin aire acondicionado y, señaladamente, aislado del resto de los componentes de la Unidad, ubicación que, según el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del año 2003 y en función del nivel de riesgo, hubiera exigido la adopción de medidas correctoras.

La Sentencia del Juzgado de lo Social de 30 de junio de 2005 señala que desde el cese como Jefe de la Unidad “se le acopla en una especie de sala-pasillo, ubicado en la planta baja o semisótano del edificio, que conforme a los planes de reforma del Hospital acogerá terminadas las obras el Servicio o Unidad de Reproducción, según reza el rótulo, quedando el resto del personal adscrito a la Unidad de Admisión y Documentación Clínica, de forma tal que el actor es la única persona que ocupa dicho habitáculo, en el que, al parecer, ya estuvo otro facultativo antes que él y, en la actualidad, es el local más próximo a los archivos de historias clínicas, aunque no es el actor quien tiene que ir a buscarla, sino que se le suministran por personal administrativo”.

Desde hace varios años, el Hospital está en obras para su reforma y ampliación, consecuencia de las cuales la ubicación de los distintos servicios cambia de sitio, habilitándose pasillos, almacenes y similares como lugar de trabajo de los facultativos, pocos de los cuales, al decir del miembro de la Junta de Personal, tienen un espacio de trabajo “decente”, incumpléndose, por tal causa, sistemáticamente, el plan de prevención de riesgos con que cuenta el Hospital.

Para el Tribunal, efectivamente las obras pueden justificar provisionalmente determinados cambios de ubicación del puesto de trabajo, declarando la parte demandada que como consecuencia de las obras “*muy poca gente tiene despacho decente, que hay gente en pasillos...*”, que las normas sobre prevención se “*incumplen generalizadamente en casi todos los puestos... que hay mucha gente en malas condiciones*”.

Ahora bien, lo que en este caso diferencia un problema estructural, que sería incompatible con la situación de acoso que se denuncia, del propósito deliberado de subestimar al actor mediante su aislamiento profesional, con la consiguiente autoexclusión, inequívocamente se desprende:

Del largo e injustificado periodo de duración de dicha ubicación. Consta en autos que en esa zona no se actuó hasta el año 2008 -la reclamación es del año 2006- en que se revisó el funcionamiento de la instalación de climatización, así como el cierre estanco en arqueta de saneamiento ubicada en el suelo, y aunque en mayo de 2005 el Gerente contestaba al Juzgado de lo Social, que la ubicación solo duraría en tanto finalizaban las obras de reforma, aún en enero de 2008 el Gerente seguía contestando a las reiteradas quejas del actor desde junio de 2006 que “*En breves fechas se realizará el traslado físico a una nueva ubicación*”, y que “*No procede, por tanto, ninguna valoración por parte del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales*”. Sin embargo, la única prueba no contradicha eficazmente sobre el definitivo traslado del actor a una nueva ubicación la proporcionó la parte demandada en el acto del juicio, que lo refirió al año 2013.

De las circunstancias personales del propio actor, al ser el único facultativo -antiguo Jefe de Unidad ubicado en dicha zona de paso y ser, además, el único integrante de la Unidad de Admisión situado en el semisótano, encontrándose el resto en otra Planta superior.

Del argumento que -más allá de la realización de las obras- se ofrece a posteriori por el Gerente para justificar dicho destino: la proximidad al Archivo donde se encuentran las historias clínicas cuya codificación tiene encomendada el actor. Este argumento, por su extravagancia e incompatibilidad con una justificación mínimamente razonable, sólo puede encubrir (“*res ipsa loquitur*”) una intencionalidad denigratoria de la autoestima del actor ya que no sólo era el único codificador situado junto al Archivo, sino que, además, su labor no exigía en modo alguno tal proximidad habida cuenta que no es el codificador el que materialmente extrae o introduce las historias clínicas en sus estanterías. De ahí que resulte verosímil la declaración del testigo de que el Gerente se jactaba de tener recluido al actor en el sótano.

Por lo demás, este aislamiento físico del resto de la Unidad de quien fue su anterior responsable, con la consiguiente dificultad de comunicación, al entender de la Sala propició su autoexclusión y aislamiento profesional en el concreto particular denunciado sobre los cursos de formación, pues aunque es cierto que no se ha aportado prueba de concretas solicitudes y concretas denegaciones, sin embargo, el sistema de información de los cursos -mediante comunicación dejada en una mesa de la Unidad en la Planta superior dificultó innecesariamente el acceso del actor a una información pronta y eficaz, no siendo admisible la evasiva respuesta en su día remitida al Juzgado de lo Social por el Gerente de que no consta en la Unidad “documentación acreditativa de los cursos que pueden haber realizado, ni solicitud de formación alguna de éste último”.

La descrita situación, conocida por la Administración sanitaria de la que el Gerente forma parte, sin que pese a ello se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerla fin, desembocó en un padecimiento diagnosticado como trastorno adaptativo en el contexto de stress laboral.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que:

- no todos los comportamientos descritos en la demanda se corresponden objetivamente con la figura de mobbing pues no revelan ánimo de acoso o de presión laboral o atentatorio frente a la dignidad personal de recurrente, por más que éste pudiera percibirlos como tal;
- que, sin embargo, la ubicación en el semisótano se ha prolongado en el tiempo más allá de cualquier hipótesis razonable; y
- que aun así, no se deduce que el trastorno adaptativo vinculado, al menos en parte, a su anómalo aislamiento haya alcanzado singular intensidad o gravedad - consta su evolución favorable-, son circunstancias que lleva al Tribunal fijar una indemnización modulada al actor por los daños morales, físicos y psíquicos padecidos.

11.2 Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

11.2.1 Responsabilidad patrimonial de la administración por accidente de trabajo de un funcionario público, durante acto de servicio.

¿Qué incidencia tiene el efecto del material suministrado por la Administración, si este es defectuoso?

Deben compensarse los daños producidos al funcionario, pues si bien se impone a el funcionario la asunción de los riesgos derivados de la ordinaria prestación de servicios, salvo que se produzca un anormal desarrollo de la actuación administrativa.

Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de octubre de 2014.

La Sala de lo Contencioso Administrativo estima parcialmente un recurso interpuesto contra la Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior sobre la reclamación de un guardia civil, que solicitaba una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración por accidente de trabajo.

Los hechos que han provocado el accidente sufrido por el actor, se califican por la Audiencia Nacional como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, al no observarse la diligencia debida para minimizar los riesgos en el manejo de las armas de los miembros de la Guardia Civil. La Audiencia Nacional argumenta, que ya habían acontecido accidentes de tiro, con la misma munición, previamente, ignorando la Administración estos hechos acontecidos.

La Administración hizo caso omiso a las conclusiones del informe emitido en relación con dicho accidente, elaborado por el Servicio de Armamento y Equipamiento Policial, que señalaban “ *que debía retirarse de inmediato el lote así como hacer un estudio riguroso sobre la idoneidad de toda la munición calibre 9 mm. Parabellum suministrada a la Guardia Civil por la citada empresa*”. Los mandos competentes de la Guardia Civil desatendieron este dictamen, pues no sólo no retiraron el lote de la munición causante del accidente sino que ni siquiera consta que efectuaran el estudio pertinente a efectos de determinar los defectos o los peligros del uso de esta munición.

En ese sentido, el artículo 106.2 de la CE, garantiza el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la Ley, a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El citado precepto constitucional ha dado un paso más en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, iniciado mediante los artículos 120 , 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosas, de 16 de diciembre de 1954 , y posteriormente en los artículos 40 y concordantes, del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 ; hoy sustituido por el artículo 139.1 de la Ley 30/92 , donde se recogen los requisitos que necesariamente han de concurrir para que proceda la indemnización reclamada por dicha vía, cuales son:

Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos, del particular afectado.

Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño.

Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido.

Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Que no tenga obligación jurídica de soportar el daño, y

Que la reclamación se interponga en el plazo de un año.

En materia de responsabilidad patrimonial instada por funcionarios públicos por hechos acaecidos en el ámbito de su actuación como tales, la doctrina jurisprudencial ha delimitado los condicionamientos especiales del ámbito de esta responsabilidad, que a los efectos que aquí interesa, ha fijado los presupuestos necesarios para la existencia de esta responsabilidad, en cuanto que el funcionario público está llamado a asumir los riesgos derivados de la prestación ordinaria del servicio; concepto que ha sido alegado por la Administración en el supuesto de autos para denegar la pretensión instada, lo que nos obliga a un examen de los principios generales que la doctrina jurisprudencial tiene establecidos en esta materia como presupuestos para la decisión de la cuestión litigiosa.

En cuanto a la lesión patrimonial sufrida por los funcionarios públicos en el ámbito de su actuación como tales, la doctrina jurisprudencial establece la posibilidad de indemnización por los perjuicios sufridos cuando los mismos acaecen en virtud de un funcionamiento anormal del servicio público, tal y como reconoce la sentencia de 20 de mayo de 2009 , al decir: “*Constituye doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad de un funcionario público impone la asunción de los riesgos derivados de la ordinaria prestación de servicio, excluyendo la responsabilidad de la Administración por todo daño sufrido como consecuencia de dicha circunstancia, sin que la misma deba responder sino en supuestos de anormal desarrollo de la actuación administrativa, pues el funcionario público ha de asumir los riesgos derivados de la prestación del servicio que tiene encomendado y que asume voluntariamente*”.

Y en similar sentido y con carácter más extenso, se expresa en la sentencia de 6 de julio de 2005, al disponer: “*Como en aquella sentencia declaramos, la clave para resolver el enunciado conflicto está en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, si ésta última es o no imputable al funcionario o servidor público. Y es que en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto*

de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido también en la Sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000, aunque la doctrina expuesta no tuviese reflejo por razones procesales en su parte dispositiva.” Y continua precisando los conceptos: “Por el contrario, y en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1 del artículo 139 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado “.

De ese modo, la AN concluye que a la vista los diversos informes y declaraciones incorporados al expediente administrativo, citados en los Antecedentes de Hecho de esta Sentencia, que no hay ninguna duda de que el accidente fue debido a un fallo en el mencionado lote de la munición.

Finalmente, consta que el actor adoptó las medidas de seguridad pertinentes cuando realizó el tiro de comprobación con la citada munición. De este modo, no cabe apreciar una actitud negligente en el demandante que pudiera romper el necesario nexo causal entre el accidente y las lesiones causadas.

¿El empleado público es responsable patrimonial de los daños producidos en sus empleados por no haber cumplido con sus obligaciones en materia de Seguridad y Salud?

Sí, cuando la Administración no haya facilitado la información y los medios necesarios para evitar el daño y, por tanto, se reproche antijurídico. No será responsable patrimonial en caso de que ese daño no pueda considerarse antijurídico, por lo que no cabrá solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial adicional a la compensación prestacional a la que tiene derecho el trabajador en la vía laboral.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 2 de octubre del 2013.

La Sala analiza acciones de responsabilidad patrimonial frente a una Administración como empleadora, o por sí lo contrario queda vedada dicha posibilidad por el hecho de ser empleado público y debiendo considerarse compensado con las prestaciones contempladas con el Régimen de prestaciones de la Seguridad Social o sistema de aseguramiento equivalente.

Esta cuestión ha sido zanjada mediante reciente Sentencia del Tribunal Supremo y además desechando el planteamiento de una de las entidades aquí demandadas, el SERGAS. Se trata de la STS de 3 de noviembre de 2008. ...”el debate se reduce, por consiguiente, a la comprobación de si la lesión es antijurídica o si, por el contrario, como sostienen

las Administraciones recurrentes, los Trabajadores están jurídicamente obligados a soportarla”. Ya en este punto, hemos de subrayar que, como indica la sentencia recurrida con apoyo en nuestra jurisprudencia, por más que el daño se haya producido en el desarrollo de la relación de servicio que unía a la Trabajadora con el Servicio Gallego de la Salud, no estaba obligada a sacrificarse ni, por lo tanto, debe arrastrar las secuelas que padece sin más reparación que la que proporcionan las pensiones e indemnizaciones derivadas de su status funcional, por la sencilla razón de que el desplome del ascensor en el que se trasladaba de una planta a otra de su centro de trabajo no forma parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión, libremente asumidos. La lesión fue, a todas luces, antijurídica.

Esta condición de la lesión y, por ende, la inexistencia de obligación de la perjudicada de cargar con las consecuencias se hacen aún más patente, si cabe, cuando se repara en que la citada funcionaria no tuvo, en su condición de empleada pública, la más mínima intervención en el anormal funcionamiento del servicio determinante del daño que se le ha infligido.

Zanjada la plena compatibilidad teórica y jurídica de las prestaciones del régimen de aseguramiento del empleado público con la posible indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración empleadora, hemos de reparar en que la piedra de toque para determinar “si el daño es antijurídico radica en si la lesión o enfermedad sufrida formaba “parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión”.

El riesgo asumido y que debe aceptarse sin responsabilidad extraestatutaria es el inherente a las funciones del empleado público siempre que se desarrollen en las condiciones jurídicamente exigibles de seguridad. Desde el momento que se tolera una situación de relajación de las condiciones de seguridad, durante largo tiempo y con potencialidad letal, el empleador debe asumir a título propio las responsabilidades patrimoniales derivadas de un deficiente funcionamiento pues el círculo de riesgo asumido por el empleado público es el delimitado por el contenido de sus obligaciones pero sin extenderse a los riesgos o complicaciones que se vinculan a las deficiencias en medios o condiciones de seguridad omitidas por el empleador. Ni el trabajador debe soportar riesgos de origen ilícito, ni el empresario puede obtener el beneficio de la impunidad sobre la base del incumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene de los trabajadores.

La Inspección de Trabajo concluyó en su informe que, el trabajador manipulaba habitualmente un producto denominado m Endo Agar Les que se clasifica como cancerígeno de categoría 2 por Orden de 5 de Octubre de 2000). De hecho el cáncer que le ocasionó la muerte está vinculado a la manipulación de agentes cancerígenos como los utilizados en el trabajo por el fallecido.

En suma, el trabajador falleció como consecuencia de un tumor maligno localizado en el pulmón derecho, directamente vinculado en su origen y desarrollo al hecho de trabajar con sustancias cancerígenas desde el año 1992 (concretamente manejó el producto m Endo Agar Les, clasificado como carcinógeno de 1ª y 2ª categoría por aplicación del R.D.665/1997), situación debida al incumplimiento de las medidas de seguridad con los

trabajadores por parte de la Consellería de Sanidad de, que aunque ajeno a voluntad dolosa alguna si respondió a la laxitud constitutiva de grave negligencia en su condición de Administración empleadora.

Así pues, a juicio de la Sala, en primer lugar, hay causalidad física puesto que el fallecimiento del trabajador se produjo por el tumor pulmonar vinculado a factores cancerígenos con los que tuvo que trabajar de forma habitual durante largo tiempo, a ciencia, paciencia e incluso resistencia de la Administración (como evidencian los litigios encaminados a obtener complementos o condiciones de seguridad por toxicidad y lesividad del puesto de trabajo). En segundo, hay causalidad jurídica pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dada la forma en que se desarrollaba su labor, por lo que la falta de las medidas precisas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño. Y en tercer y último lugar, el juicio de reproche subjetivo y consiguiente responsabilidad recae sobre la Administración que debía velar, mediante la adopción de las medidas oportunas, por la salud e integridad del trabajador, sin que este pudiera hacer nada por evitar el daño más allá de su queja (individual y colectiva, bien ante la Inspección de Trabajo, bien ante los Tribunales de lo social) puesto que las medidas de seguridad adecuadas no podían ser de su conocimiento ni incumbencia, sino de quienes conocían o estaban en condiciones de conocer el riesgo objetivo que conllevaba el trabajo.

11.3 Responsabilidad de las personas físicas y jurídicas

11.3.1 Principio non bis in idem y compatibilidad de la responsabilidad social, administrativa y penal

¿Es responsable administrativa la empresa por una infracción de prevención si existe una condena penal al gerente y al Director de Producción?

Sí, pues son sujetos diferentes, las personas físicas y la jurídica

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 12 de marzo de 2014.

La Sentencia desestimatoria trata sobre la posible existencia de la infracción del principio “non bis in idem” y la compatibilidad en los casos de accidente de las responsabilidades en los distintos órdenes jurisdiccionales (social, administrativo y penal) así como la compatibilidad entre la condena simultánea de las personas físicas y jurídicas.

La discrepancia fundamental se plantea respecto a la procedencia de la condena en sede penal y administrativa a la persona jurídica, cuando ya han sido condenados en esos mismos órdenes y por los mismos hechos, determinadas personas jurídicas (gerente, el responsable de producción, la responsable de medio ambiente, calidad y prevención, y el encargado de turno).

Se analiza si existe identidad de los sujetos (personas físicas y persona jurídica) y por tanto se incurre en bis in idem o si no existe tal identidad, y por tanto son compatibles ambas responsabilidades a unos y otros.

En este sentido, la jurisprudencia no acepta sin más, que habiendo sido condenadas en vía penal algunas personas del entorno de la empresa se produzca la infracción del principio non bis in idem, si además es sancionado administrativamente el ente jurídico como tal.

En el presente supuesto las personas físicas referidas han sido condenadas por delito contra los derechos de los trabajadores en relación con un delito de homicidio por imprudencia establecido en el artículo 142.1 del Código Penal, en relación con infracción de normas de prevención de riesgos laborales (artículo 316 CP), pero con referencia expresa al artículo 318 por atribuirse los hechos delictivos a las personas encargadas del servicio y responsables de los mismos, teniendo en cuenta también el resultado producido, de muerte, que ha sido el objeto del castigo penal, en tanto que la infracción administrativa se tipifica con independencia del resultado, por la falta de adopción de medidas preventivas o falta de formación de los trabajadores.

Así pues, para que opere el principio “non bis in idem” debe concurrir una triple identidad: objetiva, subjetiva y causal; la identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que le enjuició, y en el supuesto que analizamos falta uno de los elementos concurrentes, pues los sujetos afectados no son los mismos, ya que se impuso a la empresa recurrente una sanción de 120.000 euros por la comisión de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de unos hechos que habían sido objeto de un procedimiento penal tramitado por el Juzgado de lo Penal número 7 de Zaragoza en el que fueron condenados el gerente, el responsable de producción, la responsable de medio ambiente, calidad y prevención y el encargado de turno.

En este sentido el Tribunal Supremo concluye que la condena por las infracciones administrativas recayó sobre la sociedad mientras que la Sentencia penal condenó a la persona física que dirigiendo la realización de la obra no adoptó las medidas capaces de prevenir el hecho que posteriormente dio lugar al fallecimiento del trabajador que empleaba la sociedad aquí recurrente.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 11 de febrero de 2014.

La Sentencia, un recurso de casación en interés de la ley, estudia el principio la aplicabilidad del principio “non bis in idem” para un caso de accidente de trabajo.

Los antecedentes del asunto, por lo que ahora específicamente interesa, son como sigue: Mediante sentencia, dictada de conformidad, del Juzgado de lo Penal de Zaragoza de 9 de marzo de 2006 fueron condenados por un delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 318 CP) en concurso ideal con un delito de imprudencia grave con resultado de muerte (art. 142 CP) el Jefe de Seguridad y el Delegado de Seguridad de una empresa.

Con posterioridad se inició expediente administrativo sancionador contra esta entidad mercantil, por incumplimiento de los deberes de prevención de riesgos laborales (art. 12.16.b) del Real Decreto Legislativo 5/2000). Dicho expediente concluyó con la imposición de una multa de 30.000 Euros, que fue confirmada en alzada por orden de la Viceconsejería del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón de 14 de abril de 2011.

Disconforme con ello, acudió la entidad mercantil sancionada a la vía jurisdiccional.

La sentencia analizada estima el recurso contencioso-administrativo, por entender que entre la sanción penal y la sanción administrativa existe identidad de sujeto, hecho y fundamento y, por consiguiente, el doble castigo implica una vulneración del principio non bis in idem (art. 133 LRJ-PAC).

Se aporta a efectos de contraste la sentencia de 28 de octubre de 1991, en la que se sancionan hechos idénticos ante la Jurisdicción Penal y la Administrativa de forma que una misma conducta ha sido sancionada dos veces, pero según el TS, lo que no confirma dicha Sentencia es que esa doble sanción de unos mismos hechos se haya producido afectando a un único sujeto, porque en el presente supuesto la condena por las infracciones administrativas recayó sobre la sociedad mientras que la Sentencia penal condenó a la persona física que dirigiendo la realización de la obra no adoptó las medidas capaces de prevenir el hecho que posteriormente dio lugar al fallecimiento del trabajador que empleaba la sociedad aquí recurrente.

El TS, acogiendo el criterio del Ministerio Fiscal, concluye que el recurso de casación en interés de ley no tiene por finalidad proclamar explícitamente aquello que ya está claro en el texto mismo de la ley o que ha sido ya suficientemente aclarado por la jurisprudencia, concluye que esto último es lo que sucede en el presente caso: *si bien la interpretación del requisito de la identidad de sujeto seguido por la sentencia impugnada es indudablemente errónea, se trata de una cuestión suficientemente clara en sede jurisprudencial. De aquí que la sentencia impugnada deba ser vista como un caso aislado en que se aplicó incorrectamente el mencionado principio non bis in idem, sin que sea necesario hacer corrección interpretativa o doctrinal alguna de alcance general por esta peculiar vía impugnatoria.*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 2 de octubre del 2013.

La Sala analiza acciones de responsabilidad patrimonial frente a una Administración como empleadora, o por sí lo contrario queda vedada dicha posibilidad por el hecho de ser empleado público y debiendo considerarse compensado con las prestaciones contempladas con el Régimen de prestaciones de la Seguridad Social o sistema de aseguramiento equivalente.

Esta cuestión ha sido zanjada mediante reciente Sentencia del Tribunal Supremo y además desechando el planteamiento de una de las entidades aquí demandadas, el SERGAS. Se trata de la STS de 3 de noviembre de 2008. ...*el debate se reduce, por consiguiente, a*

la comprobación de si la lesión es antijurídica o si, por el contrario, como sostienen las Administraciones recurrentes, los Trabajadores están jurídicamente obligados a soportarla". Ya en este punto, hemos de subrayar que, como indica la sentencia recurrida con apoyo en nuestra jurisprudencia, por más que el daño se haya producido en el desarrollo de la relación de servicio que unía a la Trabajadora con el Servicio Gallego de la Salud, no estaba obligada a sacrificarse ni, por lo tanto, debe arrastrar las secuelas que padece sin más reparación que la que proporcionan las pensiones e indemnizaciones derivadas de su status funcional, por la sencilla razón de que el desplome del ascensor en el que se trasladaba de una planta a otra de su centro de trabajo no forma parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión, libremente asumidos. La lesión fue, a todas luces, antijurídica.

Esta condición de la lesión y, por ende, la inexistencia de obligación de la perjudicada de cargar con las consecuencias se hacen aún más patente, si cabe, cuando se repara en que la citada funcionaria no tuvo, en su condición de empleada pública, la más mínima intervención en el anormal funcionamiento del servicio determinante del daño que se le ha infligido.

Zanjada la plena compatibilidad teórica y jurídica de las prestaciones del régimen de aseguramiento del empleado público con la posible indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración empleadora, hemos de reparar en que la piedra de toque para determinar *"si el daño es antijurídico radica en si la lesión o enfermedad sufrida formaba "parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión".*

El riesgo asumido y que debe aceptarse sin responsabilidad extraestatutaria es el inherente a las funciones del empleado público siempre que se desarrollen en las condiciones jurídicamente exigibles de seguridad. Desde el momento que se tolera una situación de relajación de las condiciones de seguridad, durante largo tiempo y con potencialidad letal, el empleador debe asumir a título propio las responsabilidades patrimoniales derivadas de un deficiente funcionamiento pues el círculo de riesgo asumido por el empleado público es el delimitado por el contenido de sus obligaciones pero sin extenderse a los riesgos o complicaciones que se vinculan a las deficiencias en medios o condiciones de seguridad omitidas por el empleador. Ni el trabajador debe soportar riesgos de origen ilícito, ni el empresario puede obtener el beneficio de la impunidad sobre la base del incumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene de los trabajadores.

La Inspección de Trabajo concluyó en su informe que, el trabajador manipulaba habitualmente un producto denominado m Endo Agar Les que se clasifica como cancerígeno de categoría 2 por Orden de 5 de octubre de 2000). De hecho, el cáncer que le ocasionó la muerte está vinculado a la manipulación de agentes cancerígenos como los utilizados en el trabajo por el fallecido.

En suma, el trabajador falleció como consecuencia de un tumor maligno localizado en el pulmón derecho, directamente vinculado en su origen y desarrollo al hecho de trabajar con sustancias cancerígenas desde el año 1992 (concretamente manejó el producto *m Endo Agar Les*, clasificado como carcinógeno de 1ª y 2ª categoría por aplicación del R.D.665/1997), situación debida al incumplimiento de las medidas de seguridad con los trabajadores por parte de la Consellería de Sanidad de, que aunque ajeno a voluntad

dolosa alguna si respondió a la laxitud constitutiva de grave negligencia en su condición de Administración empleadora.

Así pues, a juicio de la Sala, en primer lugar, hay causalidad física puesto que el fallecimiento del trabajador se produjo por el tumor pulmonar vinculado a factores cancerígenos con los que tuvo que trabajar de forma habitual durante largo tiempo, a ciencia, paciencia e incluso resistencia de la Administración (como evidencian los litigios encaminados a obtener complementos o condiciones de seguridad por toxicidad y lesividad del puesto de trabajo). En segundo, hay causalidad jurídica pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dada la forma en que se desarrollaba su labor, por lo que la falta de las medidas precisas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño. Y en tercer y último lugar, el juicio de reproche subjetivo y consiguiente responsabilidad recae sobre la Administración que debía velar, mediante la adopción de las medidas oportunas, por la salud e integridad del trabajador, sin que este pudiera hacer nada por evitar el daño más allá de su queja (individual y colectiva, bien ante la Inspección de Trabajo, bien ante los Tribunales de lo social) puesto que las medidas de seguridad adecuadas no podían ser de su conocimiento ni incumbencia, sino de quienes conocían o estaban en condiciones de conocer el riesgo objetivo que conllevaba el trabajo.

11.4 Régimen interno de responsabilidad en las subcontratas

11.4.1 Comunicación de responsabilidades en el supuesto de subcontratas y posibilidad de reparto proporcional de la sanción en relación a la contribución de cada sociedad.

¿Es posible que la subcontrata repita contra la contrata principal la sanción impuesta a ésta?

Sí, por cuanto como deudor solidario se convierte en un nuevo acreedor contra el principal en proporción a su culpa.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castilla y León, Tribunal de la Sección Primera de lo de Civil, del 18 de julio del 2013.

La Sentencia trata sobre la responsabilidad solidaria de dos empresas (contrata y subcontrata) por infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales, tras un Accidente Laboral. La Contrata procedió al pago de la totalidad de la sanción interpuesta por la Inspección de Trabajo ante el embargo por la Seguridad Social de sus saldos bancarios, exigiéndole a la Subcontrata el 50% de la sanción pagada.

La Subcontratada se opuso a la demanda por improcedencia de la reclamación alegando la exclusiva responsabilidad de la contrata en el acaecimiento del accidente laboral. Así pues, la acción ejercitada por la actora se corresponde, como así se deriva del relato fáctico contenido en la demanda, con el ejercicio del derecho de repetición del que ha pagado frente otro responsable solidario que no lo ha hecho.

Este derecho de repetición encuentra, como así nos lo recuerda la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de enero de 1999*, su fundamento legal en lo dispuesto en el *párrafo segundo del art. 1.145 del Código Civil*, (el que hizo el pago solo puede reclamar de sus codeudores, en este caso codeudor, la parte que a éste corresponda), así entre los deudores solidarios rige la mancomunidad, desapareciendo la solidaridad inicial, lo que implica, como nos aclara la citada sentencia del Alto Tribunal, no una subrogación del que paga, (relación ex extra) en la posición jurídica del acreedor, sino el nacimiento del derecho de regreso frente al codeudor (relación ad intra).

Claro está que en virtud de lo señalado, el deudor solidario que ha pagado se convierte en un nuevo acreedor, distinto del primitivo, si bien el deudor contra el que ejercite la acción, (responsable solidario que no ha pagado), podrá oponer las excepciones que estime oportunas y que deriven de la naturaleza de la obligación y las demás personales que tenga frente a ese nuevo acreedor.

Esta relación interna no está regulada por las normas laborales de prevención de riesgos, sino que ha de ser resuelta con criterios jurídico-civiles.

Estos dos aspectos de la solidaridad entre las empresas intervinientes en el accidente, externa e interna, conviene distinguirlas.

El pronunciamiento efectuado por la jurisdicción social en relación al accidente de autos, se ha limitado a la esfera externa de la solidaridad, es decir a la responsabilidad de los causantes del accidente frente al perjudicado. La sanción a las empresas intervinientes lo es en razón de no haber adoptado las medidas preventivas y de seguridad preceptivas. Esas medidas pudieron haber impedido el accidente o pudieron haber disminuido sus consecuencias dañosas. Por el sólo hecho de no haber sido adoptadas tales medidas colocó al trabajador en una situación de riesgo evitable y precisamente por no haberlo evitado es por lo que el INSS declara la responsabilidad de ambas empresas en el accidente. Tanto la sentencia del juzgado de lo social, como la de la Sala de lo Social del TSJ, establecen una conexión causal entre el accidente y la falta de adopción de medidas.

Ahora bien desde el punto de vista interno de la responsabilidad solidaria, como ya hemos indicado y así lo declaran entre otras, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2002*, *de 4 de julio de 2003* y *de 15 de junio de 2005*, que en el caso de concurrencia de comportamientos activos y omisivos de una pluralidad de agentes del daño con eficacia causal valorada en la producción del accidente laboral, responden solidariamente; precisando, acto seguido, que esta responsabilidad solidaria debe entenderse sin perjuicio de las reclamaciones que puedan formularse los condenados entre sí, las cuales pertenecen al ámbito de su relación interna, que es ajena al proceso en que la condena solidaria se impone. La jurisprudencia ha sido siempre muy clara al permitir a los condenados solidariamente en un proceso anterior, acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de regreso, distinto de la subrogación, para debatir la distribución entre ellos del contenido de la obligación, a tenor de la regla general del *artículo 1137 del Código*. La *STS de 26 de junio de 2008* añade que del engarce entre el *párrafo segundo del artículo 1145* y los *artículos 1137* y *1138 del Código Civil*,

se extrae la conclusión de que mientras para las relaciones externas entre acreedor (perjudicado) y deudores (responsables civiles) cada uno de éstos últimos es deudor por entero, para las relaciones internas entre deudores, en cambio, debe aplicarse el citado artículo 1138 C.c., dividiéndose entonces la deuda entre todos ellos, en principio por partes iguales, aunque esta presunción legal, no obstante, puede destruirse mediante prueba en contrario.

Así pues, no cabe obviar que en el informe del accidente, se constata que el lesionado padecía una apnea del sueño (debía tener estrictamente prohibido terminantemente prohibido subirse a una altura), y según los informes médicos había tenido un traumatismo esternal por una caída debida a un mareo, pero a su vez, teniendo en cuenta la valoración impropia del peligro por parte del trabajador y su poco sentido común, al subirse en altura teniendo dicha patología, supone a su vez que ha habido una supervisión inadecuada respecto identificación del riesgo y a la vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad. La Sentencia del Juzgado de lo Social, por otra parte no consideró probado la existencia de una presunta orden empresarial de prohibición de subir a los andamios para el trabajador accidentado, ni tampoco la exclusiva imprudencia del trabajador en el accidente sufrido. Sin embargo, entre los hechos en que se basa para desestimar la demanda, en el punto 4 parece dar por probado la instrucción empresarial que el accidentado tenía la prohibición de trabajar en altura. Sin embargo, el testigo, que estaba presente en el momento del accidente lo negó, al igual que en el anterior proceso ante la Jurisdicción Social. La sentencia de lo Social razona debidamente los motivos de sus conclusiones probatorias, acudiendo a las fuentes de prueba de mayor proximidad a los hechos, evitando las distorsiones interesadas que se producen en su tramitación, pues está claro que el interés prioritario para las partes del presente pleito en el anterior proceso de Seguridad Social, era la exoneración de su responsabilidad por el accidente considerando la culpa exclusiva del trabajador accidentado.

Por otro lado, no se puede olvidar que el encargado de obra junto a la vigilancia de la ejecución técnica de la obra tiene además la labor de control de las medidas de seguridad, así como el suministro de los medios auxiliares de obra de las diferentes contratas como en el caso de los andamios.

De todos ello se deduce que la infracción de normas de prevención de riesgos es más grave en el caso de la Contrata que en el caso de de la Subcontrata, dado que el accidente del trabajador se produjo cuando estaba efectuando un trabajo bajo su dirección empresarial, sin haber tomado medidas para evitar que el trabajador accidentado trabajase en altura, sin que tampoco aportase el reconocimiento médico practicado al trabajador en el último año por carecer de él, lo que teniendo en cuenta los antecedentes médicos del trabajador supone un plus adicional del responsabilidad, teniendo además la Contrata la obligación más inmediata de vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad por parte del accidentado.

Respecto a la responsabilidad de la Subcontrata, no cabe olvidar que el siniestro se produjo en una obra suya, y que además suministró el andamio que utilizó el trabajador accidentado, teniendo la superior vigilancia en el cumplimiento de las normas de seguridad

del encargado de obra de la Subcontrata. Es decir, la situación de riesgo generada por la Contrata fue notoriamente superior a la que provocó la Subcontrata y por tanto su contribución causal al accidente debe considerarse mayor y en consecuencia, la inicial distribución igualitaria de la deuda debe adaptarse a la cuota de responsabilidad que tiene cada uno, considerándose adecuada la proporción del 75% para la Contrata y 25% para la Subcontrata.

11.5 Ejercicio de la acción de Daños y Perjuicios.

11.5.1 El día a quo de la acción de prescripción para reclamar la reparación de daños y perjuicios por accidente de trabajo se sitúa en el momento en que las secuelas y dolencias estén consolidadas sin que exista debate administrativo o judicial alguno.

¿Cuándo se inicia el plazo de prescripción para reclamar daños derivados de un accidente de trabajo?

Cuando haya finalizado las actuaciones penales, o haya adquirido firmeza la Resolución que determine las contingencias definitivamente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 3 de diciembre del 2013.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cáceres estima el recurso de una empresa, por prescripción, en relación a la acción de reparación del daño ejercitado por un trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones basado en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil y sustentada en el ámbito laboral en los artículos 123 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social, derivando dicha reparación del contrato de trabajo del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y concretamente, sobre el supuesto de si haber contraído el demandante una enfermedad profesional es consecuencia del incumplimiento por parte de la empleadora de las normas de prevención de riesgos laborales.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 4 de julio de 2006, examina la censura jurídica que formula el recurrente por infracción del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo la doctrina sobre el día inicial del cómputo, y resume así dicha doctrina: *“La fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el artículo 1968 del Código Civil, se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas. Esta fecha, cuando se trata de accidente de trabajo y acción de reclamación de daños y perjuicios de él derivados, no puede iniciarse en el supuesto de existencia de actuaciones penales hasta el fin de la causa penal. Así lo declaró esta Sala en su sentencia dictada en Sala General de fecha 10 de diciembre de 1998. Pero no existiendo proceso penal previo, la acción exigiendo responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su*

patrimonio biológico. Tal conocimiento no puede entenderse derivado del mero parte de alta médica, que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse. Es cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuales van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuales los perjuicios que de ellas se van a derivar.

Por tanto debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios”.

Esta tesis viene reforzada también por el hecho de que los daños derivados de un accidente de trabajo son únicos, de modo que esta Sala ha señalado en sus sentencias de 2 de febrero de 1998, 9 y 17 de febrero de 1999 que del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, haya podido percibir el beneficiario y éstas cantidades no son conocidas hasta tanto sea firme la resolución que declara la invalidez del beneficiario, pues antes se ignorarán las cantidades a deducir del total importe de los perjuicios sufridos por el trabajador accidentado.

En el mismo sentido hemos de citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21.06.2011, que se remite a su vez a la de fecha 04.07.2006 que hemos transcrito en parte, que a su vez sigue el criterio de sentencia de 20.04.2004, así como la de 18.03.2007 que, aún a efectos de apreciar la falta de contradicción entre las sentencias invocadas, venía a examinar la problemática derivada del cómputo del plazo del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores en una reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, indicando sobre el particular que “... la doctrina de la Sala es que la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones se inicia, según el artículo 1968 del Código Civil desde el momento en que pudieron ser ejercitadas y, en materia de daños y perjuicios, siempre que no exista un proceso penal previo, esa fecha es aquella en que adquiere firmeza la correspondiente resolución en materia de Invalidez y el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que ha producido...”.

Y por su lado, la sentencia de fecha 12.02.2007, en supuesto en que medió impugnación judicial de la resolución del INSS dictada en expediente de incapacidad, vino a reseñar que “... en cuanto al tema de fijación del dies a quo del plazo prescriptivo en dichos supuestos, la acción no puede considerarse reconocida antes de que se dictase la sentencia del Juzgado o la Sala de lo Social declarativa de la invalidez pues solo hasta ese momento se supo con certeza cuales eran las dolencias y secuelas que el actor padecía a consecuencia del accidente, sin que sea óbice el que la resolución del INSS en vía gubernativa sea muy anterior, ya que la misma no fue firme hasta que recayó sentencia en vía judicial y solo desde su firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo, solución que por lo demás también se atiene a lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil ...”.

Pues bien, en todas estas resoluciones del Alto Tribunal existe un único denominador común para la fijación del dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo del año, que

es acorde con la doctrina de la actio nata, lo sitúa en el momento en que las secuelas y dolencias, en este caso derivadas de enfermedad profesional, estén consolidadas sin que exista debate administrativo o judicial alguno.

Y en este caso, teniendo en cuenta los propios hechos tenidos en cuenta por el órgano de instancia, este momento es cuando se notifica al trabajador la resolución del INSS que le declara afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional, constatándole unas dolencias adquiridas en el desarrollo de su actividad laboral, que el trabajador no discute, no reconociendo pues efectos interruptivos del plazo de prescripción al hecho de que al actor se le diagnosticara un mieloma derivado de enfermedad común y con causa en ello solicitara el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta, pues obviamente la acción nace desde el momento en el que el daño se ha producido como consecuencia de la actuación negligente de la empresa, y el alcance del daño queda plenamente acreditado, que en el supuesto examinado se sitúa en la fecha de la notificación administrativa indicada.

XII. SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y MUTUAS DE ACCIDENTES



XII. SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y MUTUAS DE ACCIDENTES

12.1 Servicios de Prevención y Mutuas de Accidentes

12.1.1 Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los servicios prestados por la Mutua.

¿Es responsable el INSS de los perjuicios causados por irregular praxis sanitaria de una Mutua?

No, el INSS no tiene entre sus funciones la prestación de asistencia sanitaria por lo que no puede asumir la responsabilidad por el funcionamiento de unos servicios sanitarios sobre los que no tiene atribuida competencia alguna. No obstante, aunque las Mutuas son sujetos privados, pueden ser objeto de reclamaciones en el ámbito de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 21 de junio 2017

Se anula la declaración de que la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por un particular por defectuosa asistencia sanitaria es extemporánea, en tanto que el recurrente dirigió su reclamación expresamente frente a una Mutua de accidentes de trabajo, y no contra el Estado ni contra el INSS, una vez que la Administración estimó que carecía de competencia para resolver, está ya fuera de lugar que se haya entrado a conocer apreciando que la reclamación era extemporánea, lo que además de ser también incongruente, supone que se está condicionando la resolución a adoptar por la Mutua. El órgano jurisdiccional competente para resolver ese tipo de reclamaciones viene determinado por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ correspondiente, y no por la Audiencia Nacional.

“Por todo cuanto antecede, el INSS no puede pronunciarse sobre los supuestos perjuicios causados por la irregular praxis sanitaria en que han podido incurrir los servicios médicos de la Mutua Montañesa, ya que, entre las funciones de gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social que tiene encomendadas el INSS, no se encuentra la de prestar asistencia sanitaria, por lo que la entidad gestora no puede asumir una responsabilidad por el funcionamiento de unos servicios sanitarios sobre los que no tiene atribuida competencia alguna.

Respecto a la actuación concreta del INSS en la tramitación de este expediente, el reclamante no efectúa alegación alguna que pueda determinar la aplicación del artículo 140 de la LRJPAC relativo a la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, por lo que no se puede hablar en este caso de responsabilidad patrimonial de la Administración atribuible al INSS en los términos previstos en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP -PAC.”

“El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad pa-

trimonial de las administraciones públicas, ya que realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud, en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, porque tienen atribuida la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y, por ello, se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas”

“Como vemos entre las facultades que ostenta el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales no figura que sea responsable del seguimiento de la calidad de la prestación sanitaria ni de la actuación de los profesionales médicos contratados por las Mutuas, respuesta consecuente al hecho de tratarse de entidades privadas no integradas en la estructura organizativa de la Administración que, como bien recoge la propuesta de resolución desestimatoria del recurso de alzada, folios 134 a 137 del expediente, responden directamente de obligaciones como la de autos, y en su defecto mancomunadamente los empresarios asociados, acorde con el R.D. 1993/1995, de 7 de diciembre. En consecuencia, aplicando esta misma doctrina al caso de autos, procede declarar la conformidad a derecho de la resolución impugnada, en cuanto que la Administración Central -Ministerio de Trabajo- no resulta responsable de la prestación asistencial de la Mutua al estar en un supuesto ajeno a la relación de tutela, sin entrar a conocer si en el supuesto de autos ha existido una actuación médica deficiente o inadecuada por parte de dicha Mutua, como mantiene la parte actora, acción contra la Mutua que en consecuencia queda imprejuzgada, por lo que procede la desestimación de este recurso; sin perjuicio del derecho de la recurrente para obtener respuesta a su demanda a través de la vía correspondiente y ante el órgano competente, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en Sentencias de 14 de marzo y 16 de octubre de 2007.”

12.1.2 Delimitación de las competencias de las Mutuas de Accidentes de Trabajo

¿Las Mutuas pueden ejercer funciones como Servicios de Prevención Ajeno?

No, las Mutuas no pueden desarrollar las funciones que según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales deben ser ejercidas por los Servicios de Prevención Ajeno. No obstante, sí pueden realizar las actividades de prevención incluidas en el ámbito de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso, de 30 de julio de 2014.

La Sala debate la legalidad de los puntos 1 a) y b) y 2 de la resolución de 13 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el Plan General de Actividades Preventivas de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas para el año 2013, a aplicar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en tanto en cuanto puede vulnerar los artículos 31.3 y 32 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales al atribuirle a las Mutuas una actividad propia y reservada a los servicios de Prevención.

El artículo 24 de la Ley 31/95 impone al empresario la obligación de proteger la seguridad y salud de los trabajadores y coordinarse con otros empresarios en materia de prevención de riesgos laborales cuando sus trabajadores concurren en un mismo centro de trabajo. Es decir, regula una acción preventiva que debe ser llevada a cabo por los servicios de prevención o por el empresario con sus propios medios, tal y como determina el artículo 31.3, e impide que lo realicen las mutuas de accidentes, de acuerdo con el art. 32 Ley 31/1995. En el art. 30 Ley 31/1995 y el art. 10 RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, se establecen las distintas modalidades de organización preventiva en las empresas, que pueden ser:

Asumiendo el empresario la prevención (empresas de hasta 10 trabajadores y sin una actividad peligrosa);

Designando un trabajador debidamente capacitado; constituyendo un servicio de prevención propio, o

Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

A los efectos que nos ocupan podemos distinguir dos tipos de actividades preventivas:

Actividades de prevención incluidas en el ámbito de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social, que pueden realizar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en los términos establecidos en el artículo 68.2.b) del T.R.L.S.S aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Esta previsión tiene su desarrollo en el artículo 13.1º del Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, en la redacción dada por el RD 1622/2011, según el cual: *“Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, podrán desarrollar actividades para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes y de los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas (...)*

De estas actividades, que no implican atribución de derechos subjetivos a favor de dichos colectivos, quedarán excluidas aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Las mutuas podrán establecer centros e instalaciones para la dispensación de las actividades previstas en este apartado. La creación, modificación y supresión de éstos requerirán autorización previa del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en los términos establecidos en los artículos 26 a 29.

La prestación de estas actividades se contempla actualmente en la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, cuyo art. 2º dispone que:

De conformidad con lo establecido en el artículo 13.1 del Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, dichas entidades, en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, podrán desarrollar actividades para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes, y de los trabajadores por cuenta propia adheridos que tengan cubiertas las contingencias citadas, en los términos y condiciones establecidos en el inciso primero del artículo 68.2.b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el referido reglamento, en esta orden y en las disposiciones de aplicación y desarrollo.

Estas actividades, que no implican atribución de derechos subjetivos a favor de dichos colectivos, complementarán sin sustituir las obligaciones directas que los empresarios asumen en cumplimiento de lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a través de cualesquiera de las modalidades de organización de la actividad preventiva. Las actuaciones se orientarán preferentemente a coadyuvar en las pequeñas empresas y en las empresas y sectores con mayores indicadores de siniestralidad a la mejor incardinación en los planes y programas preventivos de las distintas administraciones competentes, al desarrollo de la I+D+I, a la divulgación, educación y sensibilización en prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

Actividades de prevención de riesgos laborales comprendidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con las cuales, tras la modificación operada en el RD 1993/1995 por el RD 1622/2011, la mutuas pueden participar, con cargo a su patrimonio histórico, en sociedades mercantiles de prevención constituidas a este único fin (art. 13.2º RD 1993/1995), estando vedado que desarrollen directamente las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos.

El Reglamento sobre Colaboración regula el objeto y denominación social, y establece que la actividad de prevención así prestada se desarrolla con total independencia y autonomía de los servicios de prevención de la mutua incluidos en el ámbito de la colaboración con la seguridad social. A estos efectos, deberá disponer de la organización, las instalaciones, el personal propio y los equipos necesarios. Y en este sentido, ningún trabajador al servicio de la mutua podrá percibir retribución, incentivo o complemento salarial alguno de la sociedad de prevención por ningún concepto, ni los trabajadores de ésta podrán percibirlos de la mutua. Este tipo de actividades preventivas deben organizarse por los empresarios, en cumplimiento de su deber de prevención de riesgos laborales, a través de alguno de los sistemas previstos en los artículos 30 a 32 Ley 31/1992. Esto es, designando uno o varios trabajadores encargados de realizar tales actividades, constituyendo un servicio de prevención propio, o concertando el servicio con una entidad especializada ajena a la empresa (servicio de prevención ajeno).

El artículo 32 precisa (en el mismo sentido que el art. 13.2 RD 1993/1995), que “Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no podrán desarrollar directamente las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos. Ello sin perjuicio de que puedan participar con cargo a su patrimonio histórico en las sociedades mercantiles de prevención constituidas a este único fin, en los términos y condiciones que se establezcan en las disposiciones de aplicación y desarrollo”

Partiendo de lo expuesto, hemos de concluir que cuando el artículo 13.2 RD 1993/1995 y el artículo 32 Ley 31/1992 establecen que las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no podrán desarrollar directamente las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, se refieren a las actividades preventivas comprendidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Pero ello no excluye la posibilidad de realizar las actividades de prevención incluidas en el ámbito de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.2.b) del T.R.L.S.S, el art. 13.1º RD 1993/1995 y Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, que son las actividades que regula la resolución impugnada.

12.1.3 Responsabilidad de la empresa en materia de PRL cuando tiene subcontrata la gestión de los riesgos con una empresa especializada.

¿La Empresa es responsable en el ámbito de prevención de riesgos laborales, cuando ha contratado con una empresa ajena el cumplimiento de la normativa de prevención?

Sí, la Empresa, en todo caso, siempre tiene la obligación de un seguimiento permanente de la actividad preventiva, por lo que el hecho de contratar un Servicio de Prevención Ajeno no le exime de responsabilidad.

Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4, de lo Penal, del diez de septiembre del 2013.

La Sentencia desestimatoria, trata sobre los límites de la responsabilidad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en el supuesto de que se contrate a una empresa ajena, para que se encargue del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

La empresaria recurrente afirmaba, que se preocupó de respetar la normativa laboral en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, limitándose su responsabilidad a la fabricación y venta de pan, puesto que de la prevención y salud laboral se encargaba la empresa contratada a tal objeto. Pero, de seguirse esta línea argumental, tal y como razona la Audiencia Provincial, sería entonces suficiente para aceptar la exoneración de toda responsabilidad del titular de la explotación -en este caso, un negocio de panadería con la contratación de una tercera empresa a la que se encomendase la evaluación y supervisión de los riesgos laborales, permitiéndose así aquél, con ello, el desentenderse de la cuestión, con interesado olvido de preceptos como, entre otros, el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando afirma, en su apartado segundo, que:

En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. 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.

