

# Documento TOL7.437.672

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Medidas de seguridad. Accidente laboral. Incapacidad temporal

La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por la empresa en impugnación del recargo de prestaciones impuesto por el instituto nacional de la seguridad social aprecia la entidad gestora que fue causa del **accidente de trabajo** sufrido la falta de revisión médica del trabajador, con anterioridad a su reincorporación a su puesto de trabajo, después de ser alta en proceso de **incapacidad temporal** sufrido por patología lumbar derivada igualmente de la contingencia de **accidente de trabajo**, con infracción del artículo 37. 3º del real decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención.

PROCESAL: Agotamiento de la vía previa

**Jurisdicción:** Social

**Ponente:** [MARINA MAS CARRILLO](#)

**Origen:** Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias sede en Las Palmas de Gran Canaria

**Fecha:** 12/03/2019

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 250/2019

**Número Recurso:** 1353/2018

**Numroj:** STSJ ICAN 1590/2019

**Ecli:** ES:TSJICAN:2019:1590

### ENCABEZAMIENTO:

?

Sección: REY

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: [socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org](mailto:socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org)

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0001353/2018

NIG: 3501644420170009251

Materia: Recargo prestaciones por accidente

Resolución: Sentencia 000250/2019

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional N° proc. origen: 0000907/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 5 de Las Palmas de Gran Canaria

Recurrente: CANARIAS DE PIENSO S.A.; Abogado: JOSE LOSADA QUINTAS

Recurrido: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; Abogado: SERVICIO JURÍDICO

SEGURIDAD SOCIAL LP

Recurrido: Cecilio ; Abogado: GUSTAVO ADOLFO TARAJANO MESA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de marzo de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en

Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE

HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. MARINA MAS CARRILLO, ha

pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001353/2018, interpuesto por CANARIAS DE PIENSOS, S.A.,

frente a Sentencia 000158/2018 del Juzgado de lo Social N° 5 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N°

0000907/2017-00 en reclamación de Recargo prestaciones por accidente siendo Ponente el ILTMO./A. SR./

A. D./Dña. MARINA MAS CARRILLO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- La única instancia del proceso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente: "?

PRIMERO.- Que el día 7 de marzo de 2017 se giró visita por la Inspección de Trabajo al centro de trabajo de la empresa demandada, sita en la calle República de Nicaragua, 11-13 de la Urbanización Industrial Díaz Casanova en Las Torres (Las Palmas), en orden a investigar los tres accidentes de trabajo que, con fechas 25 de noviembre de 2013, 22 de abril de 2015 y 11 de noviembre de 2015, sufrió el trabajador D.

Cecilio , de categoría profesional de mozo de almacén-producción y con antigüedad en la empresa de 17 de septiembre de 2001.

SEGUNDO.- Que los accidentes de trabajo se produjeron de la siguiente forma: 1) En el accidente sufrido el 25 de noviembre de 2013, el trabajador realizaba tareas de limpieza en la máquina ensacadora. Al agacharse a limpiar la máquina le dio un tirón en la cintura, lo que le produjo baja médica del 25 de noviembre de 2013 al 2 de enero de 2014, 2) En el accidente sufrido el 22/04/2015 el trabajador se encontraba añadiendo correctores en la mezcladora. Se trata de una máquina dotada de embudo o tolva donde se va añadiendo la cantidad de compuestos necesaria para hacer las mezclas que saldrán en función de las necesidades del cliente. La operación consiste en efectuar paladas de unos 100 gramos de producto aproximadamente.

Realizando dicha operación, el trabajador sintió una molestia en la espalda, causando baja médica del 22 de abril de 2015 al 6 de noviembre de 2015; 3) En el accidente sufrido el 11 de noviembre de 2015, el trabajador se encontraba realizando trabajos de limpieza en la ensacadora. Al día siguiente de su reincorporación al trabajo notó un intenso dolor en la espalda al agacharse para limpiar parte del producto que había caído de un saco. En relación con el trabajo que realiza el actor en la ensacadora, no sólo consiste en la limpieza del producto que cae de los sacos sino que con cierta regularidad a lo largo de la jornada de trabajo, el operario debe extraer de la máquina un saco para efectuar el análisis del producto que contiene. Para ello ha de agarrar con las dos manos el saco, levantarlo de la máquina, y depositarlo en el suelo para su examen. Los sacos son de 25 Kgs. y en una jornada completa puede llegar a tener que retirar de la máquina entre 20 y 25 sacos.

TERCERO.- El trabajador accidentado ha sido reconocido médicamente en la empresa en las siguientes fechas: 8/2/2008, 3/02/2009, 29/01/2010, 20/01/2011, 12/03/2012, 25/01/2013, 14/03/2014 y 23/02/2015, siendo la declaración en todos los casos de apto para el puesto de trabajo. En la baja médica por su accidente de 22 de abril de 2015, fue objeto de una intervención quirúrgica en junio de 2015 (hernia discal lumbar, L4- L5), siendo alta médica el 6/11/2015 y reincorporándose a su puesto de trabajo el día 10/11/2015. Tras un día y medio de alta, sufrió el nuevo accidente, siendo nuevamente de baja el 11/11/2015. Tras dicha baja médica el trabajador no se ha podido reincorporar al trabajo al sufrir el 08/04/16 una nueva intervención quirúrgica por discopatía L4-L5, siendo declarado en incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de noviembre de 2016.

CUARTO.- Levantada acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se impuso a la empresa una sanción por falta grave en su grado medio, por entender que, de conformidad con el art. 37.3 del RD 39/1997 el trabajador debió ser reconocido médicamente tras el segundo período de incapacidad temporal y con anterioridad a su incorporación al puesto de trabajo. La cuantía de la sanción asciende a 8.196 euros, sin que conste que la misma haya sido impugnada judicialmente. Propuesto igualmente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social recargo del 40% de la prestación, dicho recargo fue igualmente propuesto por el Dictamen propuesta emitido por el INSS, recayendo resolución imponiendo tal porcentaje el 18 de agosto de 2017. En dicha resolución se señala que las prestaciones económicas derivadas de los accidentes de trabajo acaecidos son: 1) tres períodos de incapacidad temporal, entre el 25/11/2013 y el 29/11/2016, por importe de 28.105,25 euros; y 2) incapacidad permanente total, con efectos económicos desde el 30 de noviembre de 2016.

QUINTO.- Interpuesta reclamación administrativa previa el 7 de septiembre de 2017, el INSS codemandado dictó notificación de fecha de registro de salida 7 de septiembre de 2017, solicitando informe a la Dirección General de Trabajo, con el fin de resolver la citada reclamación, sin que conste específicamente resuelta."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: "Que se desestima en su totalidad la demanda interpuesta por CIA Canaria de Piensos, S. A., contra INSS y D. Cecilio , y, en consecuencia, he de absolver y absuelvo a los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra , confirmando así la resolución dictada por la Dirección provincial del INSS el 18 de agosto de 2017 por la que se impone a la empresa demandante recargo de prestaciones del 40% por los accidentes de trabajo sufridos por el trabajador D. Cecilio entre el 25 de noviembre de 2013 y el 29 de noviembre de 2016."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de suplicación, que ha sido impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por la empresa en impugnación del recargo de prestaciones impuesto por el INSS. Aprecia la entidad gestora que fue causa del accidente de trabajo sufrido la falta de revisión médica del trabajador, con anterioridad a su reincorporación a su puesto de trabajo, después de ser alta en proceso de incapacidad temporal sufrido por patología lumbar derivada igualmente de la contingencia de accidente de trabajo, con infracción del art. 37.3º del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

La empresa recurre en suplicación articulando tres motivos de revisión fáctica por el cauce de la letra b) del art. 193 LRJS, y otros dos de censura jurídica por el de la letra c) del mismo precepto legal.

El recurso fue impugnado por el trabajador demandando, no por el INSS.

SEGUNDO. En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL, la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación (SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional (SSTC 105/08, 218/06, 230/00), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos: "a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09) Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas (STS 30/06/08, RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico (SSTS 22/12/11, Rec. 216/10) b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar una nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo e) Fijar de modo

preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho ( STSJ<sup>a</sup> Canarias-LP- 22.12.16 rec 851 /16 entre otras)".

TERCERO.- Tres son los motivos que se formulan por el cauce de la letra b) del art. 193 LRJS .

El primero tiene por objeto que en el ordinal cuarto de los hechos probados de la sentencia se introduzca el siguiente texto en negrita: "Levantada acta de infracción por la inspección de trabajo y seguridad social, se impuso a la empresa una sanción por falta grave en su grado medio, por entender que, de conformidad con el art. 37.3 del RD 39/1997 el trabajador debió ser reconocido medicamente tras el segundo periodo de incapacidad temporal y con anterioridad a su incorporación al puesto de trabajo. La cuantía de la sanción asciende a 8.196 euros, no siendo firme, al ser impugnada judicialmente por la empresa. Propuesto igualmente por la iinspección de trabajo y seguridad social recargo del 40% de la prestación, dicho recargo fue igualmente propuesto por el Dictamen propuesta emitido por el INSS, recayendo resolución imponiendo tal porentaje el 18 de agosto de 2017. En dicha RESolución se señala que las prestaciones económicas derivadas de los accidentes de trabajo acaecidos son: 1) tres periodos de IT, entre el 25/11/2013 y el 29/11/2016, por importe de 28.105,25 euros; 2) incapacidad permanente total, con efectos económicos desde el 30 de noviembre de 2016".

El apoyo probatorio de la propuesta es el reporte de envió por sistema Lexnet de la demanda impugnando la sanción impuesta por infracción de la medida señalada, y el contenido de la misma (folios 123-127 autos). Se trata de documentos que justifican suficientemente la impugnación, por lo que siendo relevante el hecho de cara a modificar el fallo de la sentencia se estima el motivo.

El segundo pretende introducir un hecho probado nuevo que diga: "- El trabajador tenía programada cita médica para reconocimiento médico el día 12.11.2015 a las 10.15".

Apoyo probatorio en los folios 140 a 141 que son correos electrónicos intercambiados entre la directora de calidad de la empresa recurrente, que el mismo día 6 de noviembre de 2015, día del alta médica del actor, solicitó la actuación del servicio de vigilancia de la salud, constando otro correo horas después, comunicando cita para examen del trabajador para el día 12 de noviembre de 2015 a las 10.15 horas.

Se estima, el hecho resulta de los documentos con claridad, no habiendo sido impugnados de contrario, siendo relevante para modificar el fallo de la sentencia .

El tercer motivo pretende la introducción de un nuevo hecho probado séptimo que diga: "- No consta que las altas médicas de los procesos de IT del trabajador, de fechas 02.01.2014 y de 6.11.2015, fueran impugnadas por el trabajador." Se trata de un hecho negativo, del que no es necesario dejar constancia, pero que tampoco tiene trascendencia en orden a resolver los motivos dedicados a la censura jurídica.

CUARTO.- En un primer motivo dedicado a la censura jurídico sustantiva por el cauce de la letra c) del art. 193 LRJS , denunciando la infracción por errónea aplicación de los arts. 164 LGSS y art. 37 apartado 3º del RD 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

El motivo se apoya fundamentalmente en el hecho de que la empresa había previsto el reconocimiento médico del trabajador para el día 12 de noviembre de 2015, dos días después de su reincorporación efectiva al puesto de trabajo, tras el alta médica del segundo proceso de incapacidad temporal que obra descrito en los hechos probados de la sentencia. Este alta médica entiende la empresa debe considerarse suficiente para poder presumir la capacidad de trabajo. Por otro lado, la empresa ha demostrado un diligente cumplimiento de su obligación de proporcionar la posibilidad de reconocimiento médico de los trabajadores a su cargo, habiendo el demandado superado todos ellos desde el año 2008 con declaración de apto, el último en fecha 23 de febrero de 2015, dos meses antes de su última baja médica. Alega caso fortuito.

Como explicaba esta Sala en sentencia de 27-10-2011, recurso de suplicación nº 1207/2009 , respecto a la carga de la prueba en caso de responsabilidad derivada de accidente de trabajo: " 1.- No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario "crea" el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo "sufre"; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar ( art. 20 ET ) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias ( art.

15 LPRL ), estableciéndose el deber genérico de "garantizar la seguridad y salud laboral"de los trabajadores ( art. 14.1 LPRL ).

2.- La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.

Sobre el primer aspecto (carga de la prueba) ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impeditivas, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria (es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta).Sobre el segundo aspecto (grado de diligencia exigible), la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (vid. arts. 14.2 , 15 y 16 LPRL ), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL ("... deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad") y 15.4 LPRL ("La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"), que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención.

Además, la propia existencia de un dano pudiera implicar -se ha dicho- 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), como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los danos que se hubiesen producido ( art. 16.3 LPRL ).

3.- Pero -como adelantamos antes- 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 al 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.

4.- En último término no parece superfluo indicar expresamente que 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 en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, 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 dano 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 S(14 /Junio), al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 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 art. 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'. " Y como resume con claridad la sentencia del TS de 27 de abril de 2016 -RUD 393/2015 - en materia de carga de la prueba en caso de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad : "... esta Sala de casación se ha establecido reiteradamente como doctrina, -- con reflejo, entre otras, en la citada STS/IV 27-abril-2016 (rcud 2943/2014 ) --, que En general, sobre la problemática de la carga de la prueba en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y su solución por la jurisprudencia de esta Sala, cuyo doctrina se refleja en el art. 96.2 LRJS , se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008 ), que "la propia existencia de un daño pudiera implicar... 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)", aplicando la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual "la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual", que "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias" y que, en cuanto concretamente a la carga de la prueba, "ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impeditivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria (es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta)" y que "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 al 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", destacando expresamente que "La referida doctrina jurisprudencial se ha visto reflejada ulteriormente en el art. 96.2 LRJS ..., en el que se preceptúa que "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira" ( STS/IV 27- enero-2014 -rcud 3179/2012 ); doctrina que se ha aplicado también, como posibilita el texto legal, en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTS/IV 15-octubre-2014 -rcud 3164/2013 ) y que De la doctrina anterior, especialmente sobre la admisibilidad de prueba en contrario, se deduce, claramente, que por esta Sala en esta materia no se aplica el principio de responsabilidad objetiva".

El art. 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención , que se dice infringido por la empresa, establece en su apartado 3: "3. Las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores señaladas en el párrafo e) del apartado 1 serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada con arreglo a la normativa vigente y a lo establecido en los párrafos siguientes: a) Los servicios de prevención que desarrollen funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

- b) En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales : 1.º Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.
- 2.º Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.
- 3.º Una vigilancia de la salud a intervalos periódicos".

De la lectura del precepto, resulta tal y como explica la sentencia de instancia, que tras un periodo prolongado de ausencia por motivos de salud, caso de la incapacidad temporal, procede evaluar la salud del trabajador para descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para su protección. Es cierto que no dice que deba ser necesariamente anterior al inicio de la actividad, pero tal imperativo resulta de la propia finalidad de la norma, y de la obligación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales. En este caso, además del contenido funcional del puesto de trabajo del empleado, que conocido por el empresario suficientemente, debió ser causa de su inactividad hasta que el operario fuera evaluado por el servicio médico correspondiente, al suponer una sobrecarga de la columna lumbar por carga de pesos.

En este caso, la sentencia recoge en su hecho probado segundo que el trabajo del demandando en la ensacadora, hay que recordar que éste es mozo de almacén-producción, no sólo consistía en su limpieza sino en extraer un saco de la máquina con cierta regularidad, para efectuar el análisis del producto ensacado.

Estos sacos pesaban 25 kilos, y había que levantarlos agarrándolos con las dos manos, para dejarlos en el suelo, siendo la media de los que se levantaban al día de 20 a 25 sacos. Al conocimiento por la empresa de la necesaria ejecución de esta tarea, se suma la de que las dos bajas médicas sufridas por el trabajador, el 25 de noviembre de 2013 y el 22 de abril de 2015, habían derivado de problemas en la espalda iniciados en tiempo y lugar de trabajo, en concreto mientras el demandado se ocupaba en labores con la máquina ensacadora, y en una segunda ocasión trabajando en una máquina dedicada a la mezcla, siendo la contingencia de ambas bajas médicas la de accidente de trabajo. De la suma de ambos hechos, reiteramos conocidos por la empresa (debió emitir el preceptivo parte de accidente de trabajo en ambos casos), resulta la necesidad de proceder a la evaluación médica del trabajador inmediatamente después de ser alta de su proceso de incapacidad temporal, pues era presumible el riesgo. La carga de pesos de los kilogramos señalados es notorio que puede repercutir negativamente en su salud. Máxime cuando estos problemas de espalda habían generando anteriores bajas médicas. La previsibilidad del daño excluye cualquier supuesto de caso fortuito.

El alta médica emitida hace presumir la capacidad del trabajador, como sostiene la empresa, pero el artículo transcrito es imperativo, y tiene en cuenta el supuesto de reincorporación en estos casos de ausencia prolongada por causa de salud, debe entenderse que constando la posibilidad de hacerlo por haberse emitido alta médica. Por lo que la obligación era ineludible.

En cuanto a que el Reglamento que se infringe sólo viene referido a los servicios de prevención, recordar que el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su párrafo primero establece que "el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo". Luego, los servicios de prevención actúan la obligación, y responden de su negligente ejecución, pero sin eximir al empresario de su responsabilidad directa como tal.

Concurrente la infracción, la consecuencia lesiva descrita, proceso de incapacidad temporal finalizado con una declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual, resulta directamente consecuencia de la misma. No hay ningún elemento o circunstancia que rompa el nexo entre actividad laboral y la lesión en la espalda. El trabajador había sido alta médica tras varios meses de baja por el problema lumbar, habiendo sido incluso intervenido a nivel L4-5. Y tras dos días de llevar a cabo sus tareas habituales fue nuevamente baja médica por afectación en el mismo segmento, constando encomendadas funciones que suponen sobrecargaban de la columna lumbar por carga de peso. No



desacreditado este nexo trabajo-lesión que determina la declaración de la contingencia de las prestaciones como derivadas de accidente de trabajo, la relación de causalidad entre éstas y la omisión de valoración de médica previa del trabajador, se estima concurrente, y consecuentemente procedente el recargo impugnado que resulta conforme al art. 164 LGSS .

Se desestima el motivo.

QUINTO.- El último motivo que se encauza igualmente por la letra c) del art. 193 LRJS denuncia la infracción del principio de proporcionalidad que impone el art. 29 Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen del Sector Público en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Lo que la parte sostiene es que el actor había sido debidamente evaluado por el servicio de prevención desde el año 2008, siendo declarado apto año tras año. Constando un último reconocimiento médico dos meses antes de iniciar la segunda baja médica y en el mismo año de inicio de la tercera, lo que hizo que tras el alta médica cursada se le supusiera capaz de ejecutar su trabajo, y demuestra la falta de intencionalidad de causar el daño. En base a ello pide la minoración del porcentaje al 30%.

El art. 29 señalado dice en sus párrafos tercero y cuarto que: "3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.

b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.

c) La naturaleza de los perjuicios causados.

d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior." La norma invocada ciertamente alude a la culpabilidad o intencionalidad como criterio de graduación de la sanción. No obstante, dado que el recargo de prestaciones no tiene una naturaleza sancionadora sino carácter prestacional, aunque se trate de una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales; pero destacando sobre los aspectos punitivos en sus amplias vertientes, el tratamiento legal de indudable carácter prestacional ( STS de 18-09-2018, nº 837/2018, rec. 2367/2016 ), es más adecuado ponderar el porcentaje impuesto desde la perspectiva de la jurisprudencia dictada al efecto.

Así el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de marzo de 2014, recurso 788/2013 , decía: "Como señala nuestra sentencia de 19 de enero de 1996 (rcud. 536/95 ) EDJ 1996/13186 : "La doctrina más ajustada a derecho de las dos confrontadas es la contenida en la sentencia impugnada. El art. 93.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974 -LGSS -, que es el aplicable al caso (y la misma redacción tiene el art. 123.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994 -LGSS -) establece un recargo "de un 30 a un 50 por 100" de las prestaciones económicas por riesgos profesionales cuando ha existido infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador. " En el caso de autos la infracción por la que fue levantada acta por la Inspección de Trabajo y finalmente impuesta sanción de 8.196 euros a la empresa, aún pendiente de resolución en sede judicial al haber sido objeto de demanda de impugnación, fue la grave prevista en el art. 12.7 del RDLg 5/2000, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social , que se refiere a la adscripción de trabajadores a

puestos de trabajo cuyas condiciones fueran incompatibles con sus características personales. Esta falta fue sancionada en su grado medio ( art. 40.2.b LISOS ) en la cuantía mínima de la horquilla prevista, al concurrir como circunstancia agravante la gravedad del daño producido, en este caso una incapacidad permanente total para la profesión habitual ( art. 39.3 c LISOS ).

Entre las circunstancias a las que se refiere el art. 39 de la LISOS para graduar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, se encuentra además de la señalada, la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Tras la revisión de los hechos probados, es necesario tener en cuenta no sólo la importancia del daño causado al trabajador accidentado, sino también el proceder de la empresa respecto a la obligación infringida.

De este modo, debe ponderarse igualmente, que el demandante había sido declarado apto en todos los reconocimientos médicos encargados por la empresa año tras año desde 2008 hasta 2015. Y que en el mismo 2015, una vez reincorporado de la baja médica iniciada en abril de ese mismo año, la empresa había concertado nuevo examen y valoración médica para dos días después del inicio de la actividad laboral. Esta conducta no es conforme a la norma como se ha explicado anteriormente, que exige una mayor diligencia en su cumplimiento, pero demuestra que la actuación de la recurrente en materia de prevención de riesgos laborales y salud laboral, no fue la de quien descuida y se desentiende absolutamente de su responsabilidad en la materia.

No valorada en la sentencia de instancia la conducta general de la empresa en la medida explicada, cabe hacerlo en esta sede del recurso de suplicación, para estimar este motivo subsidiario, y proceder a compensar la gravedad del daño causado como circunstancia agravante, con el proceder habitual de la empresa en materia de revisiones de la salud del trabajador afectado, que permite atenuar su responsabilidad, de modo que resulta más ajustado a la gravedad de la infracción (que puede ser sancionada con una multa tan solo un euro inferior a la impuesta de apreciarse en su grado mínimo), minorar el porcentaje impuesto al 30% de recargo de las prestaciones de seguridad social, en atención al proceder empresarial descrito.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS (L 36/11), la estimación parcial del recurso supone la no condena en costas a la parte recurrente que no goza del beneficio de justicia gratuita.

Conforme al art. 204 LRJS (L 36/11), se decreta la devolución del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

SÉPTIMO.- A tenor del art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

### **FALLO:**

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por Compañía Canaria de Piensos, S.A., representada por el Letrado D. José Losada Quintas, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 4 de mayo de 2018 dictada en Autos nº 907/17, revocando la misma únicamente en cuanto al porcentaje del recargo de prestaciones impuesto que se minoró quedando en el de 30%, sin costas.

Se decreta la devolución del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal una vez firme esta resolución.

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € ; previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1353/18 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a .

Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo./a. Sr./a Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los Art. 266.1 de la L. O. P. J . y 212 de la L. E. C ., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.