

Documento TOL7.607.404

Jurisprudencia

Cabecera: Medidas de seguridad. Recargos de prestaciones. Accidente laboral

Al considerar el recurrente que se dan, los tres requisitos necesarios para imponer el **recargo de prestaciones**, tanto el elemento objetivo (que el trabajador sufrió **lesiones en el accidente de trabajo**), como el elemento subjetivo (incumplimiento de la empresa de alguna norma de seguridad) y el elemento causal (que el resultado lesivo fuere debido al incumplimiento de la norma de seguridad).

Se trata de responsabilidad empresarial cuasi - objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relacion a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de **accidente laboral** de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene (sentencia del tribunal supremo de 6 de mayo de 1998).

PROCESAL: Cosa juzgada material

Jurisdicción: Social

Ponente: [BEATRIZ RAMA INSUA](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Fecha: 15/10/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 3906/2019

Número Recurso: 2234/2019

Numroj: STSJ GAL 5978/2019

Ecli: ES:TSJGAL:2019:5978

ENCABEZAMIENTO:

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15036 44 4 2018 0000553

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002234 /2019-CON

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000286 /2018

Sobre: RECARGO DE ACCIDENTE

RECURRENTE/S D/ña Damaso

ABOGADO/A: MANUEL CASAL FRAGA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL

DE LA SEGURIDAD SOCIAL , PARQUET ALBANESE SL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL , CRISTOBAL PINTADO GONZALEZ

PROCURADOR: EDUARDO LUIS FARIÑAS SOBRINO

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR.D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a quince de octubre de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002234/2019, formalizado por el/la D/D^a Letrado D. Manuel Casal Fraga, en nombre y representación de Damaso , contra la sentencia número 446 /2018 dictada por XDO.

DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000286/2018, seguidos a instancia

de Damaso frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE

LA SEGURIDAD SOCIAL, PARQUET ALBANESE SL, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a

BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: D/D^a Damaso presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PARQUET ALBANESE SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 446/2018, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Damaso presta servicios por cuenta y dependencia de la empresa Parquet Albanese S.L., empresa dedicada a la actividad de construcción (CNAE 4121), con antigüedad de 04/11/1996, categoría profesional de Oficial de la (carpintero), y salario mensual de 1539,78 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias./

SEGUNDO.- La mercantil Parquet Albanese S.L. fue constituida con esta denominación en la escritura pública de constitución. D^a. Ruth tiene en ella el cargo societario de Administradora Única. D. Leovigildo es su esposo. D. Leovigildo es el titular del número de teléfono móvil que aparece referido en la información de contacto que figura en el membrete de la empresa Parquet Albanese S.L./

TERCERO.- En la tarde del día 03/07/2015 D. Leovigildo accedió a una obra en la que la empresa Parquet Albanese S.L. estaba realizando unos trabajos. Allí, encontrándose al demandante en tiempo y lugar de trabajo, D. Leovigildo golpeó al demandante con el puño en la cara, causándole una herida en el labio superior de un centímetro de longitud. D. Damaso sin recibir auxilio de otros operarios en la obra fue trasladado sin intervención de la empresa en ambulancia del servicio del 061 al Hospital CHAM./

CUARTO.- Como consecuencia de dicho accidente, el actor sufrió "una herida inciso-contusa en el labio superior derecho de 1 cm de longitud" por la que fue atendida en el servicio de urgencias, estando incurso en proceso de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo desde el 6.7.2015 y en que consta como diagnóstico policontusionado (contusiones múltiples). La sentencia nº 195/2018, de fecha 5 de mayo, dictada por en los autos 712/2015 de este juzgado estimó la demanda presentada por el actor frente al INSS, la TGSS, la mutua FREMAP y Parquet Albanese, S.L. declarando que la contingencia de la incapacidad temporal iniciada el 6.7.2015 es accidente de trabajo./

QUINTO.- Mediante resolución del INSS de fecha 12.1.2017 se reconoció al actor la pensión de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, y ello tras haber determinado el EVI en su dictamen propuesta de 9.12.2016 que padecía como cuadro cínico residual "agresión (considerada AT por sentencia): herida contusa en labio superior, trastorno de adaptación mixto como reacción al estrés" y señalando como limitaciones orgánicas y funcionales: "sintomatología psicopatológica de forma mantenida sin criterios de gravedad, precisando tratamiento médico de mantenimiento habitual con seguimiento médico especializado estrecho,: moderada disminución de la capacidad funcional". En posterior expediente de revisión el INSS dictó resolución de 19.1.2018 por la que confirmó el grado de incapacidad que tenía reconocido./

SEXTO.- El actor presentó demanda de extinción de contrato frente a la empresa Parquet Albanese S.L. que fue estimada por sentencia de 22.2.2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol (autos 514/2015), que declaró extinguida la relación laboral existente entre las partes. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa, dictándose sentencia por el TSJ Galicia en fecha 7.12.2016 (recurso suplicación 2836/2016) que desestimó dicho recurso, y confirmó la sentencia que había extinguido la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.

Ambas sentencias se tienen por reproducidas por obrar en autos./ SÉPTIMO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ferrol se dictó sentencia en fecha 29.9.2017 por el que se condenó a Leovigildo como autor penalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 147.1 del Código Penal, a la pena de 8 meses de multa a razón e 6 euros diarios y se le absolvió de un delito de coacciones. Dicha sentencia ha sido confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de 16.4.2018. Recibida dicha propuesta de recargo de prestaciones, el Instituto Nacional de la Seguridad Social instruyó expediente administrativo de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, en el que se dio traslado al trabajador y a la empresa para formular alegaciones. La empresa presentó el 23.9.2016

escrito de alegaciones. En fecha 13.10.2016 el INSS dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por Remigio el 26.6.2015; y declaraba, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo citado sean incrementadas en el 30% con cargo a la empresa APRESTOS DE LANERÍA, S.A. responsable del accidente./ OCTAVO.- El actor presentó ante el INSS en fecha 3.2.2017 solicitud de recargo del 50% de las prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente total derivadas de accidente de trabajo a la empresa Parquet Albanese, S.L. En fecha 7.2.2017 se acuerda iniciar el expediente y suspenderlo hasta que la Inspección de Trabajo emitiese informe, que es recabado por el INSS. En fecha 24.8.2017 la Inspección de Trabajo emite informe en que señala en relación a la sentencia de extinción que el tribunal se pronuncia en relación exclusivamente con el despido, pero no con la existencia de incumplimientos preventivos concretos, y dado que el reconocimiento de la contingencia como profesional no debe llevar aparejado de manera inmediata y siempre de forma general propuesta de recargo debido a lo gravoso de tal medida no considera que existan elementos de prueba suficientes para apreciar el mismo./ NOVENO.- En el expediente de recargo el EVI emitió dictamen propuesta el 29.11.2017 y se evacuó el trámite de audiencia a las partes formulando alegaciones el actor el 5.1.2018 y la empresa el 17.1.2018. Finalmente se dictó resolución de 16.2.2018 por la que se deniega la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el actor el 3.7.2015, no procedimiento incremento alguno sobre las prestaciones económicas derivadas de dicho accidente./ DÉCIMO.- Frente a dicha resolución, interpuso el actor reclamación previa que fue desestimada por resolución expresa de fecha 15.3.2018.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que, desestimando la demanda presentada por Damaso , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y PARQUET ALBANESE, S.L.

debo absolver y absuelvo a las demandadas de la pretensión deducida en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Damaso formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 30 de agosto de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 15 de octubre de 2019 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La parte actora vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende alterar: 1º/ modificando el hecho probado sexto, para que se le dé nueva redacción, añadiendo un segundo párrafo del siguiente tenor literal: "Existía una mala relación en términos laborales entre el actor y la empresaria y su esposo, con intento de sanciones a la que se alude en el hecho probado cuarto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol en los autos de P.O. nº 514/2015" Se ampara en los folios 190 y al 188 vtº, que es la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 07-12-2016 en el Recurso de Suplicación 2.836/2016.

La pretensión se rechaza. Cómo ya señalamos en autos Rec-num. 1543/11 de esta misma Sala y Sección, la modificación propuesta presenta un claro signo conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultando de la interpretación de los documentos que hace la parte recurrente, debiendo recordarse a este

respecto que la prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria. Por todo ello no procede aceptar la revisión.

SEGUNDO.- Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social alega infracción por inaplicación del art.164.1 del R.D. Legislativo 8/2015, en relación con el art. 15 de la Constitución Española, los arts. 4.2. letras d) y e), 18 y 19.1 del R.D. Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y los arts. 14 y 15 y concordantes de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el art 222.4 LEC sobre cosa juzgada material. Al considerar el recurrente que se dan, los tres requisitos necesarios para imponer el recargo de prestaciones, tanto el elemento objetivo (que el trabajador sufrió lesiones en el accidente de trabajo), como el elemento subjetivo (incumplimiento de la empresa de alguna norma de seguridad) y el elemento causal (que el resultado lesivo fuere debido al incumplimiento de la norma de seguridad). Que la Juzgadora a quo considera que no concurren, pues no se concretan las específicas normas en materia de riesgos laborales que han sido incumplidas por la empresa, indicando que no bastan las "genéricas referencias" a las normas de prevención, protección y seguridad en el trabajo contenidas en la demanda. Y tampoco se acredita la relación de causalidad.

TERCERO.- Para la solución a la controversia jurídica planteada en recurso, debemos una vez más decir que, como hemos expresado, en ocasiones anteriores, de acuerdo con la Jurisprudencia desarrollada por el TS: "..... a) El recargo ostenta un carácter sancionador y por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que, partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidos 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 (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 11 de julio de 1.997).

b) Se afirma que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1.993; 7, 8, 9 y 12 de febrero y 20 de mayo de 1.994).

c) Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1.998).

d) En orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su efecto sancionatorio.

Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide que sea objeto de aseguramiento público o privado (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo y 16 de noviembre de 1.993; 31 de enero; 7, 8, 9 y 12 de febrero, 23 de marzo, 25 de mayo y 22 de septiembre de 1.994) e) En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por el Juez de instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social de T.S.J. que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo interpuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la gravedad de la falta (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1.996). No se hace, por tanto, referencia en la doctrina jurisprudencial a la proporcionalidad de la cuantía del recargo con la gravedad del daño causado al trabajador accidentado o con su situación de necesidad derivada de las consecuencias de la contingencia profesional sufrida, sino con la gravedad de la infracción cometida por el empresario.

Dada la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones, la doctrina jurisprudencial viene exigiendo, entre otros requisitos que no vienen al caso, que por parte de la empresa no se haya adoptado alguna de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene exigibles, atendidas las características específicas de cada actividad laboral; así como que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, nexo causal que únicamente puede romperse cuando la infracción es enteramente imputable al propio interesado (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1.985 y 21 de abril de 1.988).

El llamado "deber de seguridad" o "deuda de seguridad" de la empresa con sus trabajadores se configura claramente en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 4.2, d) del Estatuto de los Trabajadores, establece que "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene", derecho que ratifica el artículo 19.1 de la Ley diciendo: "El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene", y así mismo debe mencionarse el artículo 2.º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 8 noviembre 1995 (RCL 1995\3053) en el que se alude a los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la Seguridad y de la Salud.

Igualmente el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, y, siguiendo una amplia tradición legislativa - artículo 5 de la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, artículo 65 del Real Decreto 29 diciembre 1922, por el que se aprobó el Reglamento Provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo del mismo año, artículo 27 del Texto Refundido aprobado por Decreto 22 junio 1956 (RCL 1956\1048, 1294) y artículo 55 del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de la misma fecha que el anterior, dispone: "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

1. Ha de partirse de la base de que la jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1825) (antes, art. 90 del Texto de 1974 [RCL 1974\1482]). Criterio ratificado por la STC 158/1985 de 26 noviembre (RTC 1985\158), al decir que dicho recargo "constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora" (en la misma línea, las SSTS 8 marzo 1993 [RJ 1993\1714] y 8 febrero 1994 [RJ 1994\815]). Y ello, aunque igualmente se haya entendido que pese a tan evidente carácter sancionador, respecto del accidentado tiene un sentido de prestación adicional de carácter indemnizatorio que viene a atribuirle una naturaleza dual (SSTSJ Murcia 18 abril 1994 [AS 1994\1503] y Andalucía/Málaga 16 septiembre 1994 [AS 1994\3341]) y se haya llegado a sostener por la citada STC 158/1985 que al conllevar -la medida sancionadora del recargo una mejoría de las prestaciones debidas al trabajador por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, para éste se convierte en una prestación sobreañadida de Seguridad Social.

2. En coherencia con tal planteamiento de naturaleza dual de sanción e indemnización, igualmente se ha afirmado la necesidad de que la existencia de la correlativa responsabilidad deba realizarse de manera restrictiva. Ahora bien, la reconocida vigencia de esta doctrina no significa que el precepto sancionador haya de inaplicarse o aplicarse con benevolencia, sino tan sólo que la operatividad del mismo se subordina al diáfano acreditamiento de una infracción normativa en materia de medidas de seguridad, sosteniéndose incluso que el recargo no puede fundamentarse en vulneración de un precepto que imponga obligaciones genéricas, en planteamiento -este último dudosamente razonable en su radicalismo, a la vista del literal texto del art. 123 de la LGSS ("... 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...") y que rechaza parte de la doctrina jurisprudencial (así, la STSJ Cataluña 7 febrero 1995 [AS 1995 \692]). Y que la medida punitiva también se condiciona a la indiscutible prueba del oportuno nexo de causalidad entre aquella infracción y el accidente de trabajo. Reiterando palabras de la ya clásica STS 8 abril 1969 (RJ 1969\1912) puede decirse que se impone sustituir "la expresión criterio restrictivo por criterio estricto, de indudable menor alcance gramatical"; doctrina -la del criterio

estricto- que ha sido literalmente mantenida en Suplicación (entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 21 febrero 1995 [AS 1995\445]).

3. De todas formas y dada la naturaleza sancionadora del recargo y de su obligada interpretación restrictiva (entendida en los términos anteriormente indicados), se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial que su imposición exige como requisitos generales los que siguen: a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia (STSJ Comunidad Valenciana 12 julio 1994 [AS 1994\3233]); b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo que ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma (STCT 14 abril 1986 [RTCT 1986\2416]); c) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa -a veces se requiere que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida-, porque la responsabilidad no es objetiva (SSTSJ Asturias 17 junio 1993 [AS 1993\2820], Comunidad Valenciana 12 julio 1994, Castilla y León/Valladolid 15 noviembre 1994 [AS 1994\4428], Andalucía/Málaga 21 febrero 1995); y d) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad, que son también los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 (RCL 1985\2683) OIT (SSTSJ Castilla-La Mancha 30 marzo 1994 [AS 1994\1311], Castilla y León/Valladolid 15 noviembre 1994 [AS 1994\4428], Cataluña 7 febrero 1995 y Andalucía/Málaga 21 febrero 1995).

4. Más en concreto y en el terreno de la casuística jurisprudencial, se ha afirmado que es deber del empresario no sólo de proporcionar los adecuados mecanismos de seguridad, sino de instruirlos sobre su utilización y obligar a su uso (SSTS 6 marzo 1980 [RJ 1980\800] y 30 enero 1986 [RJ 1986\304]), procediendo el recargo cuando los encargados o la empresa en ninguna ocasión han sancionado a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a tenerlos a su disposición (STSJ Murcia 3 diciembre 1991 [AS 1991\6539]) aunque tampoco sea exigible una vigilancia continua en cada una de las labores (STCT 21 enero 1986 [RTCT 1986\291] y SSTSJ Andalucía/Sevilla 9 octubre 1992 [AS 1992\6571] y 17 junio 1993 [AS 1993\3103]). Y que cuando es obligación del empresario facilitar al trabajador la formación suficiente en caso de tener que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos, la jurisprudencia ha venido considerando que la insuficiencia de la formación proporcionada es infracción y causa determinante del recargo SSTSJ Castilla-La Mancha 10 julio 1992 [AS 1992\3983], País Vasco 31 marzo 1993 [AS 1993\1310] y La Rioja 25 mayo 1995 [AS 1995\1798]), en criterio consagrado por el art. 47.8 de la LPRL (RCL 1995\3053), cuando afirma que "el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada... acerca de los riesgos del puesto de trabajo... y sobre las medidas preventivas aplicables...". E incluso, la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesaria para desarrollarlas, se considera igualmente causa suficiente para imponer el recargo de prestaciones, por tratarse de una actitud negligente de la empleadora que traslada sobre la misma la carga de acreditar la supuesta concurrencia de "caso fortuito" en el luctuoso evento o una imprudencia profesional por parte del trabajador (STSJ Cataluña 3 febrero 1993 [AS 1993\787]), siendo de destacar que coincide con el art. 48.4 de la LSL, que califica de infracción muy grave "la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o... sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo".

El artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 8-11-1995 dispone 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", protección que ha de producirse de forma "eficaz" (artículo 14.1). El artículo 14.2 está exigiendo al empleador no sólo las garantías de "seguridad posible", la "razonablemente practicable", sino también la aplicable en cada caso, y ha de "prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (artículo 15.4)". La omisión puede afectar a medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, y, en orden a la tipicidad de la concreta conducta sancionada, diversos Tribunales Superiores de Justicia admiten que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, contiene verdaderos tipos de conductas a los que por, las características de éstas, no es necesario exigir mayor concreción puesto que no se refiere a datos específicos sobre mecanismos materiales de seguridad, sino a comportamientos relativos al eficaz empleo de los mismos.

El deber genérico de la protección de la integridad física de los trabajadores viene impuesto como ya expresamos, además por los artículos 4.2 del ET (RCL 1995\997) y 19.1 del mismo Texto legal, y 16 del Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981 (RCL 1985\2683) (ratificado por España el 26 de julio de 1985)]. Siendo exigible al empleador el cuidado y cumplimiento de las normas de seguridad, debiendo organizarse el trabajo en la forma más adecuada a la integridad física de los trabajadores e incurriendo el empresario en responsabilidad, salvo que pruebe que, pese a haber adoptado todas las medidas de seguridad exigibles y haber instruido al trabajador al respecto, éste no las hubiere utilizado, concurriendo una infracción reglamentaria concreta.

Ha de subrayarse el hecho de que la obligación preventiva del empresario en el esquema de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, es la de adoptar "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" (artículo 14.2 de la Ley 31/1995). Si una medida es necesaria para obtener un nivel de riesgo tolerable, la misma ha de ser adoptada obligatoriamente, sin que quepa, como ocurría con la normativa anterior a la Ley 31/1995, que el empresario se limite a cumplir con concretas prescripciones reglamentarias, si se acredita que con ello el nivel de protección resulta insuficiente.

De éstos preceptos se infiere, y así lo mantiene el Tribunal Supremo, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, pues debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, pero también puntualiza que ello no quiere decir que el mero acaecimiento de un accidente no implica 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....."

CUARTO.- Del conjunto de los hechos probados se acredita que: D^a. Ruth figura en la escritura pública de constitución de la mercantil Parquet Albanese S.L., con el cargo societario de Administradora Única y que D. Leovigildo es su esposo, y además es el titular del número de teléfono móvil que aparece referido en la información de contacto que figura en el membrete de la empresa Parquet Albanese S.L. Y que en la tarde del día 03/07/2015 D. Leovigildo accedió a una obra en la que la empresa Parquet Albanese S.L. estaba realizando unos trabajos. Allí, encontrándose al demandante en tiempo y lugar de trabajo, D. Leovigildo golpeó al demandante con el puño en la cara, causándole una herida en el labio superior de un centímetro de longitud.

D. Damaso sin recibir auxilio de otros operarios en la obra fue trasladado sin intervención de la empresa, en ambulancia del servicio del 061 al Hospital CHAM. Y que como consecuencia de dicho accidente, el actor sufrió "una herida inciso- contusa en el labio superior derecho de 1 cm de longitud", estando en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde el 6.7.2015. Y mediante resolución del INSS de fecha 12.1.2017 se reconoció al actor la pensión de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual.

De conformidad con lo expuesto y a la vista del relato de hechos probados, contrariamente a lo resuelto por la juzgadora de instancia, consideramos, que procede la imposición del recargo por accidentes solicitado, en la cuantía del 30%, de las prestaciones que corresponden al trabajador lesionado. Por cuanto efectivamente tal como se razona en recurso, el deber genérico de la protección de la integridad física de los trabajadores viene impuesto como ya expresamos, además por los artículos 4.2 del Estatuto de los Trabajadores y 19.1 del mismo Texto legal, y 16 del Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981 (RCL 1985\2683) (ratificado por España el 26 de julio de 1985)]. Siendo exigible al empleador el cuidado y cumplimiento de las normas de seguridad, debiendo organizarse el trabajo en la forma más adecuada a la integridad física de los trabajadores e incurriendo el empresario en responsabilidad, salvo que pruebe que, pese a haber adoptado todas las medidas de seguridad exigibles y haber instruido al trabajador al respecto, éste no las hubiere utilizado, concurriendo una infracción reglamentaria concreta. Y ello por cuanto, la obligación preventiva del empresario en el esquema de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, es la de adoptar "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" (artículo 14.2 de la Ley 31/1995). Si una medida es necesaria para obtener un nivel de riesgo tolerable, la misma ha de ser adoptada obligatoriamente, sin que quepa, como ocurría con la normativa anterior a la Ley 31/1995, que el empresario se limite a cumplir con concretas prescripciones reglamentarias, si se acredita que con ello el nivel de protección resulta

insuficiente. Por todo ello, consideramos que procede estimar el recurso, al apreciarse la infracción normativa denunciada. En consecuencia,

FALLO:

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandante, contra la sentencia de fecha 18/12/2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm.2 de Ferrol, en autos 286/18, revocamos la sentencia recurrida. Y declaramos que procede imponer el recargo por falta de medidas de seguridad solicitado, en la cuantía del 30%, sobre las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo, sufrido por el demandante. Condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración, al pago del recargo en el porcentaje señalado, sobre dichas prestaciones. Y a la empresa demandada a que consigne en la TGSS, el coste de renta necesario para hacer frente al recargo.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar: - El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr.

Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

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