

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**CONSECUENCIAS LEGALES DERIVADAS DE UN
ACCIDENTE LABORAL**

Tutora:

Almudena Fernández Carballal

Profesora Titular de Derecho

Administrativo, Doctora en Derecho.

Autor:

Javier de Cabo Serrano

Alumno del Grado en Derecho.

GRADO EN DERECHO

Curso 2014-2015



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	3
Enunciado del supuesto de hecho.	4
1. Introducción.....	6
2. Marco normativo de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Incumplimientos en el supuesto de hecho.	6
3. Propuesta de solución del caso práctico.	9
3.1. ¿Cuántas vías se abren tras un accidente de trabajo? ¿Son compatibles entre sí? ¿Se suspende la tramitación de alguna de ellas en tanto no se resuelva otra?.....	9
3.2. ¿Cuáles son los órganos competentes para resolver las diferentes materias que se plantean?	12
3.3. ¿Hay responsabilidad penal en el hecho expuesto? En el caso de que existiera esta responsabilidad: ¿de quién sería?, ¿cuáles serían los delitos y sus penas?.....	14
3.4. ¿La responsabilidad civil, de existir, dónde y cómo se resolvería?	20
3.5. ¿Quién es el responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social?.....	24
4. Bibliografía.....	28
5. Jurisprudencia consultada.....	29

Abreviaturas utilizadas

AS: Repertorio Aranzadi Social

AA.VV.: Autores varios

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LECrIm: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LOITSS: Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LPRL: Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social

RD: Real Decreto

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

RTC: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Enunciado del supuesto de hecho.

Consecuencias legales derivadas de un accidente laboral.

Construcciones Oleiros SL fue contratada para la construcción de un edificio en la calle del Orzán, en A Coruña. Don Domingo Fernández Blanco es el representante legal y administrador de la empresa constructora; don Pedro Rodríguez Testón era el aparejador de la obra y coordinador de seguridad; don Sergio Pardo Méndez era el arquitecto de la obra (la persona que realizó el proyecto y, a la vez, el estudio de seguridad) si bien no consta que tuviese encomendado el control de seguridad en la ejecución de los trabajos.

Don Domingo Fernández, en su condición de administrador de la empresa, y jefe de la obra, en la cual estaba todos los días, dispuso unos tableros a modo de plataforma para cubrir el hueco del ascensor que se utilizaba ordinariamente para la subida y bajada de materiales, práctica que no estaba prohibida por ninguna norma.

Don Pedro Rodríguez permitió tal actuación sin llegar a verificar la solidez y resistencia de los tableros. Esto propició que sobre las 11:00 horas, aproximadamente, del día siete de mayo de 2006, el trabajador don Jorge García González -oficial de primera albañil, de 24 años, con una antigüedad en la empresa de dos años y en el oficio de cinco-, que era el encargado de trasladar la carretilla con materiales al hueco del ascensor, introducirla en el mismo y engancharla al cable para ser izada por el citado hueco a través de un maquinillo a los pisos superiores, se cayese por el susodicho hueco al haberse roto un tablero de la plataforma desde una altura de 3,7 metros. Según el informe de investigación del accidente, la causa del mismo era "la rotura del tablero, por no tener el espesor adecuado (2,7 cm), pudiéndose deber al estado de conservación del mismo."

A consecuencia de esta caída, el trabajador don Jorge García sufrió fractura multifragmentaria de la segunda vértebra lumbar con desplazamiento intracana, precisando intervención quirúrgica, tratamiento rehabilitador y medicamentoso y revisiones periódicas. El tratamiento duró 690 días, de los cuales 110 estuvo hospitalizado y 580 impedido, habiéndole quedado como secuelas: trastornos de erección, una cicatriz de unos 20 cm en la región dorso lumbar, paraparesia de los miembros inferiores con marca autónoma leve-moderada, material de osteosíntesis en la columna vertebral, así como vejiga neurógena leve-moderada, precisando de ortesis antiequino.

En el estudio de seguridad, elaborado por don Sergio Pardo, aparecían como medidas colectivas de protección de los huecos existentes las barandillas. Dicha medida se vio sustituida por la plataforma en cuestión. No existían medidas colectivas de protección en otros huecos de la obra ni omisiones en el plan de seguridad. Ni tampoco que se avisara al trabajador del peligro que implicaba la labor que estaba realizando.

Construcciones Oleiros, SL estaba asegurada en materia de responsabilidad civil con VitalSegur España; don Pedro Rodríguez tenía, a su vez, una póliza de responsabilidad civil profesional con HNS Seguros, SA; y finalmente, don Sergio Pardo había suscrito una póliza que cubría estos riesgos con ATF Insurance España, SA.

Una vez ocurrido el accidente, la guardia civil se traslada al lugar de los hechos e informa al Juzgado. La empresa, a su vez, hace un parte de accidente. La Inspección de Trabajo, acompañada de un técnico del Instituto Galego de Seguridade e Saúde Laboral, levanta acta con propuesta de sanción por infracción grave, comunicando, además, que correspondía recargo de prestaciones en el 30%. La empresa manifiesta su disconformidad tanto con el acta de infracción como con la propuesta de recargo y, al existir diligencias penales en trámite, solicita la suspensión de ambos expedientes.

El trabajador permaneció en situación de baja por incapacidad temporal durante un año, pasando a continuación a la situación de incapacidad permanente en el grado de total. El trabajador, disconforme con el grado de incapacidad permanente total, formula demanda, ante el Juzgado de lo Social de su domicilio, instando la absoluta. Si bien la sentencia de instancia resulta desestimatoria, finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dos años después de la presentación de su demanda, pero antes de que se dicte sentencia en las otras vías abiertas (diligencias penales, infracción administrativa y recargo de prestaciones), resuelve a su favor el recurso de suplicación que interpuso, declarándolo acreedor de incapacidad permanente absoluta.

Poco tiempo después de esta sentencia en materia de incapacidad, se reanuda el procedimiento de recargo de prestaciones, dictándose resolución que declara la responsabilidad de la Empresa, condenándola a un recargo del 30% en todas las prestaciones de Seguridad Social, por apreciarse falta de medidas de seguridad en el accidente laboral. La empresa y el trabajador expresan su disconformidad con esta resolución, la primera porque pide que se declare su falta de responsabilidad; el segundo, porque solicita un porcentaje superior (el 50% o, subsidiariamente, el 40%).

Cuestiones:

1. ¿Cuántas vías se abren tras un accidente de trabajo? ¿Son compatibles entre sí? ¿Se suspende la tramitación de alguna de ellas en tanto no se resuelva otra?
2. ¿Cuáles son los órganos competentes para resolver las diferentes materias que se plantean?
3. ¿Hay responsabilidad penal en el hecho expuesto? En el caso de que existiera esta responsabilidad: ¿de quién sería?, ¿cuáles serían los delitos y sus penas?
4. ¿La responsabilidad civil, de existir, dónde y cómo se resolvería?
5. ¿Quién es el responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social?

1. Introducción.

Este trabajo tiene como objeto dar respuesta a las cuestiones sobre las responsabilidades que se derivan de un accidente laboral que se han planteado en el caso práctico. No obstante, para dar una perspectiva más amplia de la materia, en ocasiones se ha superado el contenido estricto de las preguntas.

Con el fin de permitir una mejor comprensión, se inicia con un análisis sumario, pues uno más prolijo sobrepasaría los límites del trabajo, de las disposiciones relativas a la prevención de riesgos laborales en el ámbito de la construcción.

2. Marco normativo de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Incumplimientos en el supuesto de hecho.

La Ley 31/1998, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales constituye, como su propia Exposición de Motivos afirma, el pilar fundamental de la política de prevención de los riesgos derivados del trabajo. Esta norma determina el cuerpo básico de garantías y responsabilidades para asegurar un nivel de protección de la salud de los trabajadores adecuado, existiendo un considerable número de disposiciones legales, reglamentarias y convencionales que la complementan.

La LPRL reconoce en su artículo 14 el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, haciendo recaer en el empresario un deber correlativo de garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con su trabajo, para lo que integrará la prevención en su actividad y adoptará cuantas medidas sean necesarias, estando obligado a desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva.

Esto se complementa con el artículo 17.1 de la LPRL, que impone al empleador la obligación de adoptar las medidas para «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» y el artículo 18, que le obliga a adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias, en relación a los riesgos que afecta a su trabajo y las medidas de seguridad y protección que se adopten.

Lo dispuesto en la normativa se considera un criterio mínimo para asegurar la seguridad laboral, pudiendo ser necesario, en función de los riesgos que entrañen las actividades concretas que desarrolle el trabajador, disponer de otras medidas protectoras a mayores.

El artículo 24 de la LPRL establece en su apartado 1, la obligación de cooperación y coordinación cuando se dé una concurrencia de empresas en un mismo lugar de trabajo, y en su apartado 2, la obligación para el empresario titular del centro de trabajo de asegurarse de que aquellos empresarios que desarrollan su actividad en su centro de trabajo cumplen las medidas de prevención legalmente previstas.

Para atender a estas obligaciones preventivas, el empresario deberá contar con los servicios de prevención. el artículo 30 dice: «En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa». Los trabajadores que designe deberán estar convenientemente capacitados y disponer de tiempo para la prevención de riesgos, si bien en las empresas de menos de 6 trabajadores, podrá ser el empresario quien personalmente asuma esas funciones.

La LPRL no instaura obligaciones únicamente para los empresarios, sino también a los propios trabajadores, de manera que el artículo 29.1 de la LPRL establece el deber de cada trabajador de «velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario».

En el ámbito concreto de las obras de construcción resulta de aplicación el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, por el que se transpone en nuestro ordenamiento la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio. La finalidad de esta norma es prevenir y evitar los especiales riesgos que la actividad de construcción genera, principalmente por la concurrencia de diferentes empresas en una misma obra.

También son de aplicación otros reglamentos específicos como el RD 1215/1997, de 18 de julio, en materia de trabajos temporales en altura, el RD 485/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo o el RD 773/1997, de 30 de mayo, de utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

En la ejecución de una obra es habitual que intervenga una pluralidad de sujetos, y en la normativa se presupone la existencia del promotor o persona física o jurídica por cuya cuenta se realiza la obra de construcción, de uno o varios profesionales que por encargo de aquél la diseñan y proyectan total o parcialmente (proyectista), y de uno o varios profesionales de la construcción que la ejecutan (contratistas, subcontratistas, trabajadores autónomos) bajo la dirección y control del técnico designado al efecto por el promotor (director facultativo)¹.

La cuestión de cuál es la posición del promotor en relación a la prevención de riesgos laborales es controvertida, dada la falta de claridad con la que se define la figura en la normativa. Aunque no es empresario laboral, dado que los trabajadores de la obra no dependen contractualmente de él, lo cierto es que el RD 1627/1997 le impone ciertas obligaciones sustantivas concretas. Además viene siendo considerado titular del centro de trabajo, de lo que se derivan obligaciones en relación con la coordinación y

¹ Vid. LUJÁN ALCARAZ, J., *La seguridad y salud laboral en las obras de construcción*, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 3/2007, Edit. Aranzadi, Pamplona. 2007.

vigilancia de los trabajos cuando concurren varias empresas en un mismo lugar (artículo 24 de la LPRL)².

El artículo 5 del RD 1627/1997 establece que es obligación de la empresa promotora del edificio que se elabore en la fase de redacción del proyecto el estudio de seguridad y salud, encargándose en este caso al arquitecto que redactó el proyecto, don Sergio Pardo Méndez. En este documento deben determinarse las medidas preventivas específicas de protección a adoptar, señalando las medidas que resulten necesarias para eliminar los primeros y controlar y reducir los segundos, teniendo en cuenta cualquier actividad que se vaya a llevar a cabo en la obra. La falta de alcance y contenido de este estudio es una infracción grave en la LISOS.

Este documento servirá como base para la redacción del plan de seguridad y salud en el trabajo (artículo 7 del RD 1627/1997), cuya elaboración corresponde a cada contratista que intervenga en la obra y debe ser aprobado por el coordinador de seguridad en fase de ejecución (en este caso don Pedro Rodríguez, aparejador de la obra). En él las empresas que intervienen en la ejecución de la obra concretarán las medidas de protección que adoptarán con arreglo a sus propios métodos de trabajo.

En el supuesto de hecho ocurren dos vulneraciones de la normativa de prevención de riesgos laborales. Por una parte, el hecho de que jefe de obra, don Domingo Fernández, ordenase la colocación de unos tableros a modo de plataforma que no ofrecían las condiciones de seguridad adecuadas, apartándose sin justificación de lo dispuesto en el estudio y el plan de seguridad, donde se exigía la instalación de barandillas. Por otra, que don Pedro Rodríguez, aparejador y coordinador de seguridad, permitiese dicha actuación sin tomar el cuidado de verificar su solidez y resistencia y no ordenase la retirada de los tableros al comprobar que no reunían las condiciones de estabilidad requeridas.

Esta actuación es contraria a lo dispuesto en el artículo 2 b) de la parte A del Anexo IV del RD 1627/1997 establece que «El acceso a cualquier superficie que conste de materiales que no ofrezcan una resistencia suficiente sólo se autorizará en caso de que se proporcionen equipos o medios apropiados para que el trabajo se realice de manera segura».

Por otra parte, el artículo 3 de la parte C del mismo Anexo dispone: «a) Las plataformas, andamios y pasarelas, así como los desniveles, huecos y aberturas existentes en los pisos de las obras, que supongan para los trabajadores un riesgo de caída de altura superior a 2 metros, se protegerán mediante barandillas u otro sistema de protección colectiva de seguridad equivalente. Las barandillas serán resistentes, tendrán una altura mínima de 90 centímetros y dispondrán de un reborde de protección, un pasamanos y una protección intermedia que impidan el paso o deslizamiento de los trabajadores. b) Los trabajos en altura sólo podrán efectuarse, en principio, con la ayuda de equipos concebidos para tal fin o utilizando dispositivos de protección colectiva, tales como barandillas, plataformas o redes de seguridad. Si por la naturaleza del trabajo ello no fuera posible, deberá disponerse de medios de acceso seguros y utilizarse cinturones de seguridad con anclaje u otros medios de protección equivalente. c) La

² Vid. ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9/2014, Edit. Lex Nova, Valladolid 2014.

estabilidad y solidez de los elementos de soporte y el buen estado de los medios de protección deberán verificarse previamente a su uso, posteriormente de forma periódica y cada vez que sus condiciones de seguridad puedan resultar afectadas por una modificación, período de no utilización o cualquier otra circunstancia».

En relación con los deberes de información, (artículo 15 del RD 1627/1997 y 18 de la LPRL), la empresa Construcciones Oleiros, S.L. debió garantizar que sus trabajadores recibían una información adecuada de las medidas adoptadas en la obra para garantizar su seguridad y salud.

3. Propuesta de solución del caso práctico.

3.1. ¿Cuántas vías se abren tras un accidente de trabajo? ¿Son compatibles entre sí? ¿Se suspende la tramitación de alguna de ellas en tanto no se resuelva otra?

Las vías que se abren tras un accidente de trabajo para discernir las consecuencias jurídicas que de éste puedan derivarse son cuatro:

- La responsabilidad penal, por un delito específico contra la seguridad y la salud en el trabajo del artículo 316 del Código Penal y, existiendo un efectivo resultado lesivo, por un delito de lesiones de los artículos 147 y siguientes o, en último término, de homicidio del artículo 138.
- La responsabilidad administrativa, con la finalidad de imponer las sanciones por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales que aparecen tipificadas en la LISOS.
- Las responsabilidades en materia de Seguridad Social, que surgen al producirse un accidente de trabajo y que comprenden prestaciones por asistencia sanitaria y por incapacidad (artículo 38 en relación con el 115 de la LGSS), así como el recargo de prestaciones con origen en un accidente de trabajo cuando la lesión se derive de una negligencia de seguridad (artículo 123 de la LGSS).
- La responsabilidad civil, al respecto de las obligaciones de carácter indemnizatorio que surgen de lo previsto en el artículo 1101 del CC para la responsabilidad contractual, en el artículo 1902 del CC para la extracontractual y en el artículo 109 del CP para la responsabilidad civil *ex delicto*.

Cada una de estas responsabilidades opera de manera independiente, puesto que tienen un fundamento y un régimen jurídico diferente. Su finalidad es esclarecer e imputar las obligaciones a las que puede dar origen un accidente de trabajo en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico. Las dos primeras tienen un carácter sancionador y punitivo, mientras que las dos últimas son de naturaleza indemnizatoria y su finalidad es resarcir el daño causado, con la excepción de la figura del recargo de prestaciones, que

se encuentra a medio camino, dado que pese a ser una medida inequívocamente sancionadora, supone una retribución para el trabajador que ha padecido el accidente.

Hay dos principios con un papel relevante en cuanto a la compatibilidad entre las diferentes vías: el principio *non bis in ídem* y el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto³. El primero de ellos impide la imposición de dos sanciones por la comisión de unos mismos hechos por parte de unos mismos sujetos. El artículo 3.1 de la LISOS lo recoge, disponiendo que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento».

La responsabilidad penal es prioritaria en este sentido. El desarrollo de actuaciones en el ámbito penal provoca la suspensión del procedimiento para imponer sanciones administrativas. Cuando la Administración aprecie que los hechos pudieran ser constitutivos de delito deberá pasar el tanto de culpa a los Tribunales y paralizar el procedimiento hasta que exista sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso. Sólo en caso de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, la Administración podrá continuar con el expediente sancionador, si bien quedando vinculado por los hechos que hayan resultado probados en el orden penal (artículo 3.2 y 3 de la LISOS). Como excepción, no se suspenderá el cumplimiento de las actuaciones administrativas para paralizar la actividad empresarial que produzca un riesgo grave e inminente o para hacer efectivos los requerimientos de subsanación (artículo 3.4 de la LISOS).

Además, la existencia de un proceso penal en trámite impide el nacimiento de un procedimiento de responsabilidad civil autónomo, como establece el artículo 111 de la LECrim: «Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme». De haberse iniciado por alguna razón antes que el proceso penal, el proceso civil continuará hasta que esté pendiente de sentencia, momento en que el Secretario Judicial deberá decretar su suspensión mediante Auto por estar pendiente una causa criminal, como establece el artículo 40 de la LEC.

El segundo de los principios mencionados busca que la indemnización que el trabajador reciba se ajuste al daño que efectivamente ha sufrido, cumpliendo con una función de reparación pero evitando que se produzca un enriquecimiento injusto o sin causa. Ello no impide la concurrencia de una indemnización civil con las prestaciones en orden de la Seguridad Social tiene reconocidas el trabajador accidentado, como afirma el artículo 127.3 de la LGSS: «Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente». Sin embargo, siendo compatibles, estas responsabilidades son a su vez complementarias.

³ Víd. CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013. 6ª ed. Pág. 326.

Si bien es cierto que en un primer momento la Sala primera del TS aceptó el criterio de acumulación no coordinada de indemnizaciones, en base al concurso de acciones de Seguridad Social y responsabilidad extracontractual⁴, la jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal ha venido recalando que, a pesar de que son vías independientes, resulta necesario considerar el sistema de responsabilidades que se derivan de un accidente laboral de manera global y entender que por un solo acto dañoso sólo puede existir una única pretensión indemnizatoria. En este sentido, la STS de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501), de la Sala cuarta: «no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Aunque más tardíamente, esta posición fue aceptada también por la Sala primera del TS⁵.

En la jurisprudencia han predominado dos criterios para hacer efectiva la compatibilidad de ambas prestaciones: en un primer momento, el criterio de complementariedad, de forma que las indemnizaciones pueden superponerse hasta el límite de la reparación del daño total; y más recientemente, el criterio de homogeneidad, que supone la coordinación de las diferentes vías indemnizatorias, teniendo en cuenta los distintos componentes del daño, a saber, lesiones físicas, daño moral, daño emergente y lucro cesante por pérdida de la capacidad para trabajar⁶.

El criterio de homogeneidad resulta especialmente interesante a la hora de afrontar las dificultades que en la práctica provoca la necesidad de hacer compatibles ambas acciones resarcitorias, dado que descontar de forma automática las prestaciones recibidas por la Seguridad Social suponía, en muchas ocasiones, la imposibilidad de otorgar una indemnización alguna al trabajador accidentado, al restarse de forma automática la cantidad consignada por capitalización para el pago de la pensión resultante como consecuencia de su situación de incapacidad permanente⁷.

Esta es la postura que el Alto Tribunal adoptó en la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/8300), «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

⁴ Así, la STS de 3 de marzo de 1998 (RJ 1998/1044), referenciada en CASAS PLANES, M. D., *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, afirma: «el orden civil es compatible con el orden social, que nada vincula a aquél lo decidido por éste, por lo que las cantidades obtenidas por las prestaciones laborales, nada tienen que ver con las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual».

⁵ Por todas, STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000/5500) y STS 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4626).

⁶ Vid. USERO FERNÁNDEZ, J., *Aspectos procesales del accidente de trabajo en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*, Revista de Información Laboral núm. 5/2014, Lex Nova, Valladolid, 2014.

⁷ Cfr. CASAS PLANES, M. D., *La responsabilidad civil del empresario*, derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 86.

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», conclusión a la que llega a partir de la consideración de que «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».

Con respecto al recargo de prestaciones, predomina la confusión y la falta de unanimidad en torno a esta figura tanto en sede doctrinal como en la jurisprudencia. Por una parte, será compatible, como deja claro el artículo 123.3 de la LGSS, con cualquier otra sanción que se imponga, sea penal o administrativa, sin contravenir el principio *non bis in idem*⁸.

Más controvertida resulta la cuestión de si es preciso descontar la cantidad percibida por el trabajador en concepto de recargo de prestaciones a fin de determinar la responsabilidad civil a la que debe atender el empresario. En este sentido, el TS prefiere la tesis de que una suma que tiene evidente carácter sancionador no puede ser deducida⁹, como manifestó en la STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673): «La razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del denominado recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art. 123 LGSS deriva de su propia finalidad, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción».

3.2. ¿Cuáles son los órganos competentes para resolver las diferentes materias que se plantean?

Como ya hemos indicado, la Inspección de Trabajo deberá pasar el tanto de culpa a los Juzgados de Instrucción, que serán los órganos que impulsen la instrucción de la causa hasta la apertura del juicio oral, de acuerdo con el artículo 14.2 de la LECrim. Para el conocimiento y el fallo de la causa serán competentes los Juzgados de lo Penal que, como establece el artículo 14.3 de la LECrim, están encargados de determinar las responsabilidades penales por delitos señalados con una pena privativa de libertad inferior a cinco años, como es el caso.

⁸ Lo que se explica porque los presupuestos para la imposición de sanciones administrativa son diferentes a los que se requieren para imponer el recargo de prestaciones. En el primer caso es preciso que se haya producido una infracción administrativa tipificada en la LISOS, lo que activa el ejercicio de la potestad sancionadora estatal; mientras que en el segundo se parte del incumplimiento del deber general de seguridad del empresario hacia sus trabajadores que se produce cuando «no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo» (artículo 123.1 de la LGSS).

⁹ Cfr. Cfr. CASAS PLANES, M. D., *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 92.

El procedimiento para imponer las sanciones administrativas que pudieran ser pertinentes por la falta de medidas de seguridad se iniciaría de oficio a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 52 de la LISOS), que tras realizar una visita al centro de trabajo y comprobar las circunstancias en la que ocurrió el accidente levantará la correspondiente acta de infracción (artículos 7.4 y 13 de la LOITSS). El órgano competente para ejercer la potestad sancionadora en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia es la Dirección General de Trabajo y Economía Social dependiente de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social, ante el que se tramitará el expediente sancionador.

En el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se instará también al órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene (artículo 7.8 de la LOITSS).

El órgano competente para resolver sobre las responsabilidades de Seguridad Social es el Instituto Nacional de Seguridad Social. El artículo 143.1 de la LGSS dice que «corresponderá al INSS, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas». Esta referencia reglamentaria fue atendida por el RD 1300/1995¹⁰, cuyo artículo 2 crea los denominados Equipos de Valoración de Incapacidades, conocidos por las siglas EVIs. Estos son órganos administrativos técnicos de carácter pluridisciplinar cuya función de aplicar al caso concreto la definición genérica de incapacidad permanente contributiva¹¹.

Es el artículo 136 de la LGSS el que define la incapacidad permanente como «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». Los grados en los que puede darse son cuatro: parcial, total, absoluta y gran invalidez. (Artículo 137 de la LGSS). La diferencia entre ellos estriba en el grado en que se vea reducida la capacidad del sujeto para desarrollar su trabajo y en el tipo y la cuantía de la prestación a la que dan derecho.

Se excluye la exigencia de un periodo mínimo de cotización cuando la incapacidad permanente sea debida a un accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional (artículo 139.1 de la LGSS). En el supuesto de hecho, el reconocimiento por el TSJ de Galicia de una incapacidad permanente absoluta al trabajador le supone el derecho a percibir una pensión por el 100 % de su base de cotización, frente a la pensión

¹⁰ Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

¹¹ Vid. CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Las prestaciones económicas por incapacidad permanente contributiva en el régimen general*, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y AA.VV., *Derecho de la Seguridad Social* Netbiblo, 2013, pág. 99.

por el 55 % de la base reguladora, o excepcionalmente por el 75 %, que le garantizaría la incapacidad permanente en grado total que se le reconoció en un primer momento.

De acuerdo con el artículo 126 de la LGSS, se procederá en cada caso a la declaración de responsabilidad por las prestaciones de Seguridad Social «a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión».

El órgano que conocerá de la impugnación de la resolución administrativa del INSS que resuelva en la materia de prestaciones de la Seguridad Social, incluido el recargo de prestaciones, serán los Juzgados de lo Social, de conformidad con el artículo 2 o) y s) de la LRJS.

Los Juzgados de lo Penal serán los órganos competentes para conocer de las demandas relativas a la responsabilidad civil extracontractual *ex delicto* para indemnizar a don Jorge García por el daño causado, como establecen los artículos 109 del CP y 112 de la LECrim. Estos preceptos permiten, asimismo, que el perjudicado se reserve la acción de indemnización de daños para ejercerla una vez finalizado el procedimiento penal en la jurisdicción social.

El artículo 2 b) de la LRJS ha despejado completamente las dudas competenciales que al respecto se planteaban anteriormente entre la jurisdicción civil y la social¹², estableciendo que «Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (...) b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente».

3.3. ¿Hay responsabilidad penal en el hecho expuesto? En el caso de que existiera esta responsabilidad: ¿de quién sería?, ¿cuáles serían los delitos y sus penas?

Los hechos expuestos tienen como consecuencia la responsabilidad penal del jefe de obra, el aparejador y la empresa constructora por un delito de lesiones del artículo 152.2º del Código Penal en concurso ideal con un delito contra la seguridad y la salud en el trabajo del artículo 317 del CP.

En cuanto al primero de los delitos, el apartado 1 del artículo 152 dice: «El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos

¹² Vid. Fundamentos Jurídico. 2º y 3º de la STS de 15 de enero de 2008 (RJ 2008/1394), del Pleno de la Sala de lo Civil del TS, que consideran los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto hasta el momento.

anteriores será castigado: 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de as lesiones del artículo 147.1. 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150».

Este artículo recoge el tipo imprudente del delito, haciendo una remisión a los artículos 147. 149 y 150, donde se recogen las modalidades dolosas.

La gravedad de las secuelas que sufre el trabajador accidentado, don Jorge García, hace que sin duda estemos ante un delito de lesiones recogido por el apartado 1 del artículo 149 del CP, un tipo delictivo agravado por motivo del resultado que tiene la nota de la permanencia, no son, en principio, lesiones reversibles¹³. Dice el artículo 149.1 del CP: «El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años».

La víctima del accidente, don Jorge García, padece la inutilidad de un órgano o miembro principal, puesto que las lesiones que ha sufrido conllevan dificultades importantes en la movilidad de las extremidades inferiores («paraparesia de los miembros inferiores con marca autónoma leve-moderada»), imposibilidad para mantener el control de la vejiga («vejiga neurógena leve-moderada») y dificultades para mantenerse de pie y desplazarse («necesita para ello de una prótesis, un ortesis equino»). Además, sufre de impotencia pues se le han causado trastornos de erección.

Se trata de un supuesto de comisión por omisión, o de omisión impropia, contemplado en el artículo 11 del CP, pues se infringe un deber especial del autor de adecuar su actuación a la salvaguarda de la salud y la integridad física del trabajador, impuesto por la LPRL y las normas que la desarrollan. Se equipara la omisión a la acción porque existía una obligación legal específica que colocaba a los autores en una posición de garante con respecto al trabajador. Esta omisión de la diligencia debida por los obligados de seguridad se evidencia por la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (aspecto objetivo), así como por el desconocimiento voluntario del deber de seguridad y cuidado (aspecto subjetivo)¹⁴.

La imprudencia lesiva puede ser grave, en cuyo caso es constitutiva de delito (152 del CP, 142 en último extremo), o leve, constitutiva de falta (artículo 621 del CP), En el supuesto de hecho, la imprudencia con la que se produjo la omisión de la conducta debida no puede sino considerarse grave. Son tres los elementos a tener en cuenta para determinar el grado de imprudencia: dominio del hecho, infracción del deber de cuidado y previsibilidad del resultado¹⁵. La previsibilidad que se les podía exigir a don Pedro y don Domingo no es la comúnmente exigible, aquella que tendría el hombre medio, sino la que específicamente podían haber tenido como profesionales conocedores de los riesgos inherentes a la construcción.

¹³ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.) y AA.VV., *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, 6ª Ed., pág. 110.

¹⁴ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 29/2012, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2012.

¹⁵ *Ibidem*.

El resultado lesivo para la salud del trabajador es consecuencia de la omisión del deber de cuidado que correspondía a don Domingo Fernández Blanco, tanto en calidad de administrador como de jefe de obra, y don Pedro Rodríguez, autores del delito. Ha sido precisamente esa omisión del cuidado debido la que creó el peligro no permitido que finalmente acabó causando la lesión.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido aceptada en nuestro ordenamiento penal, una vez superado el principio *societas delinquere non potest*, en el apartado 1 del artículo 31 bis del CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho». Se sigue el modelo de responsabilidad penal de la transferencia o de la atribución y no el relativo al hecho propio¹⁶, exigiendo que de la actuación se derive un provecho o beneficio ilícito para la empresa, como lo es un ahorro de costes en dispositivos de seguridad individual o colectiva.

Sin embargo, la imputación de responsabilidad objetivamente, por el mero provecho, no es acorde al principio de culpabilidad, por lo que deberán concurrir en los hechos dolo o culpa, dominio del hecho, actuación contraria a la norma, falta del debido control y los demás elementos requeridos por el título de imputación. En el supuesto de hecho concurren puesto que el Administrador societario se encontraba en la posición del mismo autor inmediato de los hechos.

El artículo 31 del CP extiende la autoría de los de los delitos cometidos por personas jurídicas a personas físicas que actúan en lugar de las primeras: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo se encuentra regulado en el artículo 316 del Código Penal, que dispone: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no 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 física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

La norma penal del artículo 316 del CP es un tipo penal en blanco, que hace una doble remisión a otras normas del ordenamiento para determinar quién es el sujeto obligado y cuál es la conducta concreta a la que está obligado. Para averiguar quiénes son estas personas legalmente obligadas a las que se les imputa el deber de seguridad y salud en el trabajo, y por tanto son sujetos activos del delito, hay que acudir a la legislación laboral de prevención de riesgos. Pese a ello, se cumple el requisito de legalidad puesto que contiene los elementos esenciales del ilícito: el núcleo del injusto,

¹⁶ NAVARRO MASSIP, J., *La personas jurídicas y su responsabilidad penal*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2014, Pamplona 2014.

la puesta en peligro grave; la pena a imponer, la acción omisiva, no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas; y la exigencia de relación causal¹⁷.

Tanto en la LPRL como en el ET se impone al empresario un deber de seguridad sobre los bienes jurídicos de los trabajadores¹⁸. Sin embargo, el concepto de empresario que maneja el derecho penal no tiene necesariamente que coincidir con el que se utiliza en otras ramas del Derecho, pues aquel le interesa conocer quién es realmente el empresario de facto, esto es, la persona que según un criterio material se identifica con la titularidad y ejercicio de un poder de dirección sobre los trabajadores¹⁹. Por tanto, no siempre será el empresario en un sentido formal el que resulte penalmente obligado a una conducta de salvaguarda del bien jurídico.

El delito del artículo 316 del CP es un delito especial propio, dado que sólo pueden ser sujetos activos del mismo los legalmente obligados a un deber de seguridad concreto: facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas²⁰.

Sobre la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido que contempla el legislador, ni la doctrina ni la jurisprudencia es unánime al respecto, existiendo dos corrientes: la que entiende que el bien que se protege es un derecho autónomo a la seguridad y la salud laboral²¹ y la que, por el contrario, defiende que el bien que se pretende proteger no es otro que el propio derecho a la vida y a la integridad física de los trabajadores, bien en un sentido individual o colectivo, siendo esta última la que domina en la doctrina²².

Esta última concepción supone que, dada la vital importancia de los bienes en liza, y la especial peligrosidad en el ámbito de la relación, el ordenamiento adelanta la barrera de protección, sancionando no sólo aquella conducta que haya lesionado la vida o la salud de las personas sino también aquella que las pone en riesgo o aumenta las posibilidades de lesión.

En este sentido, se trata de un delito de peligro concreto²³, a medio camino entre los delitos de resultado, que exigen la efectiva lesión de un bien jurídico, y los de

¹⁷Vid. PURCALLA BONILLA, M. A., *Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal*, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 22/2005, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2006.

¹⁸ En este sentido, el artículo 14 de la LPRL, el 4.2 d) del ET y el 19.1 del mismo cuerpo legal.

¹⁹Vid. AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 277.

²⁰ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pág. 563.

²¹ STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826): «en referencia al tipo penal del artículo 316 se trata de un tipo con 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 de trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión».

²² Vid. AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 79

²³ Así, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, pág. 622: «en la polémica entre la consideración del delito del artículo 316 del Código Penal como de peligro concreto o abstracto, la generalidad de la doctrina, opta por la primera opción, como delito de peligro concreto para los bienes fundamentales del trabajador: su vida, su salud e integridad física porque lo que

peligro abstracto, en los que la mera infracción de la norma de cuidado es suficiente para realizar el tipo penal, dado que, por el contrario, se exige demostrar que supuso un peligro determinado. Este peligro no podrá ser cualquier peligro, sino un peligro grave²⁴. De cualquier forma, la producción de unas lesiones al trabajador evidencia que ese peligro no sólo existió, sino que tenía la entidad suficiente para actualizarse en un daño.

En el artículo 317 del CP encontramos su modalidad imprudente: «Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado».

La forma dolosa del delito exige que el dolo esté presente en todos los elementos del tipo²⁵, es decir, no sólo ha de ser querida la infracción de las normas sino también la puesta en peligro de la vida y salud de los empleados, lo que aproximaría su configuración a un dolo eventual de lesión. Parece razonable descartarlo en este supuesto y considerar que la conducta ilícita fue debida a una imprudencia²⁶, que debe considerarse grave, lo que equivale a una omisión de la diligencia más elemental, porque la diligencia exigible a los sujetos activos del delito no es la que tendría el hombre medio sino la propia de profesionales, con la experiencia y capacitación suficiente para poder hacer un juicio de previsibilidad del resultado lesivo y de la gravedad de éste.

Un caso paradigmático en el sector de la construcción es el de la contrata de obra, donde coexisten dos empresarios, uno de ellos titular del centro de trabajo y otro director de los trabajos, quien ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores. Si bien en el ámbito administrativo existe responsabilidad solidaria de ambos, en el ámbito penal esto es impensable, por lo que dice AGUADO LÓPEZ que «cada uno de ellos es responsable del delito que se derive del incumplimiento de sus obligaciones previstas en el artículo 24.3 de la LPRL (el empresario contratista de cualquier obligación de seguridad e higiene, y el empresario principal de la obligación de vigilar para que el empresario contratista cumpla sus obligaciones) y no por el que se origine en el incumplimiento de las obligaciones del otro»²⁷. La actuación del promotor de la obra, consistente en no cumplir adecuadamente su deber de coordinación y supervisión, que puede tener relevancia a la hora de determinar otras responsabilidades, no tiene la eficacia causal necesaria para ser considerado responsable penal de los hechos.

También pueden ser sujetos activos del delito, y penalmente responsables, aquellos que la jurisprudencia viene denominando encargados, que son personas en las que el empresario delega el ejercicio del poder de dirección y del deber de seguridad. Este es el caso de la responsabilidad del arquitecto técnico, éste ha venido siendo

debe ser penalmente sancionado no es la desobediencia de las normas de seguridad, sino la puesta en peligro de los trabajadores por infracción de dichas normas».

²⁴ Artículo 4.4º de la LPRL: «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores».

²⁵ Vid. AGUADO LÓPEZ, S., El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 380 y ss.

²⁶ En cualquier caso, la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente presenta dificultades en los delitos de peligro y requeriría un conocimiento más preciso de las circunstancias del caso. En ambos casos hay una representación mental del peligro que se genera, pero en el dolo eventual se acepta mientras que en la imprudencia consciente no se acepta, sino que se confía en que se logrará evitarlo.

²⁷ Op. Cit., pág. 282.

considerado responsable como colaborador necesario. Pese a no ser empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión de los deberes de seguridad, de tal modo que la omisión del arquitecto técnico constituye, como se afirma en la STS de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001/9603), «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: 1º infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3º) en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladores de esa protección frente a riesgos laborales, y 4º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores». Estos cuatro elementos se dan de igual manera en el supuesto de hecho.

El artículo 318 del CP sirve, en el ámbito de los delitos contra la seguridad y la salud de los trabajadores, a un tiempo de norma especial del 31, al transmitir la responsabilidad penal de personas jurídicas a personas físicas, y del artículo 11, al contener un supuesto de comisión por omisión²⁸: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

De existir servicios de prevención ajenos a la empresa, este precepto permitiría extender a éstos la responsabilidad penal, pues incluye no sólo a los administradores de la empresa sino también a los encargados de servicios o a cualquiera en situación de haber podido evitar los hechos.

Las penas que el artículo 129 del CP menciona para las personas jurídicas son las se recogen en los apartados c) a g) del artículo 33.7 del CP, teniendo todas ellas la consideración de graves. Éstas son: la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial.

Estamos ante un concurso ideal de delitos, esto es, un único hecho que constituye varias infracciones, porque, si bien el tipo penal de resultado del delito de lesiones incluye y absorbe el peligro concreto que prohíbe el artículo 316 (principio de consunción, artículo 8.3 del CP) el ilícito no se agota en el peligro efectivamente actualizado en el caso de don Jorge, sino que el tipo delictivo pretende proteger la seguridad colectiva de todos los trabajadores de la obra que se vieron igualmente

²⁸ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Los delitos contra los derechos de los trabajadores, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pág. 129 y ss.

afectados por el incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos legalmente exigidas²⁹.

La jurisprudencia del TS se inclina por aplicar el concurso ideal de delitos, como ejemplo, en la STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6180) dice que «cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los 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. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando -como es el caso de autos- 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 trabajando 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».

Como consecuencia de la apreciación del concurso ideal de delitos, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penara separadamente cada una de las infracciones, como señala el artículo 77 del CP. La pena a tener en cuenta sería, de este modo, la de prisión de 1 a 3 años del artículo 152.1 2º, en su mitad superior.

Se les impondría a don Domingo Fernández y don Pedro Rodríguez, como autores de los delitos, una pena de prisión de 2 a 3 años, y a Construcciones Oleiros, S.L., las penas que menciona el 129 del CP. Accesoriamente, se les impondrá también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo por un periodo de 1 a 4 años recogida en el artículo 152.3 del CP, dado que el delito de lesiones ha sido cometido con imprudencia profesional.

3.4. ¿La responsabilidad civil, de existir, dónde y cómo se resolvería?

Dado que los hechos en los que se fundamentan son constitutivos de delito, las cuestiones litigiosas relativas a la responsabilidad civil por el accidente sufrido por don Jorge García se resolverán, en principio, en los Tribunales de la jurisdicción penal, como señala el artículo 109 del Código Penal y el 112 de la LEC. La responsabilidad civil también podría dirimirse en un procedimiento posterior ante la jurisdicción social, de acuerdo con los artículos 109.2 del CP y 112 de la LECrim, en caso de que el perjudicado decida reservar la acción civil.

Pese a que su fundamento se encuentra en el contenido del artículo 1902 del CC y la obligación de reparación no surge a consecuencia de la comisión de un delito sino

²⁹Vid. PURCALLA BONILLA, M. A., Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 22/2005, Edit. Aranzadi, Pamplona 2006.

exclusivamente de la producción a causa de un hecho ilícito de un daño³⁰, lo cierto es que el régimen jurídico de la responsabilidad civil *ex delicto* es el que se contiene en las normas civiles contenidas en el CP, a las que hace remisión el artículo 1092 del Código Civil para regular «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas». Aparece así un régimen jurídico propio para este tipo de responsabilidad civil, derivada del delito, que los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional aplican cuando conocen de acciones civiles para indemnizar daños y perjuicios que constituyen en sí mismos un ilícito penal, o bien son su consecuencia. Como consecuencia de lo anterior, las normas que regulan la cuestión serán en buena medida diferentes si el hecho ilícito del que se deriva el daño constituye un delito o no, sin que ello impida la aplicación analógica de la regulación de la responsabilidad civil genérica en determinados supuestos³¹.

La responsabilidad civil derivada del delito incluirá la restitución, si fuera posible, la reparación del daño, y la indemnización de perjuicios materiales y morales, como señala el artículo 110 del CP. La distinción entre los conceptos daños y perjuicios, a pesar de la diferenciación que hace el CP, hacen alusión a una misma realidad: el deterioro causado en la esfera patrimonial o moral del trabajador a consecuencia de la comisión de un ilícito penal. Serán, por tanto, indemnizables todos los daños sufridos por Jorge García a consecuencia del accidente de trabajo, ya sean daños físicos, como las lesiones corporales, o morales, como pudiera ser el padecimiento de secuelas psicológicas, y también el lucro cesante por la pérdida de capacidad económica que conlleva su incapacidad para trabajar³².

Desafortunadamente, en el supuesto de hecho es únicamente posible indemnizar a don Jorge García compensándole el daño sufrido por una suma de dinero. Pese a que el CP no lo especifica, debe entenderse que la indemnización compensará íntegramente al perjudicado, de acuerdo el principio de reparación íntegra del daño, informador básico del sistema de responsabilidad civil³³.

Para determinar la cuantía mínima de la indemnización que debe percibir el perjudicado se estará a lo dispuesto en el Baremo de valoración de daños personales del Anexo I del Real Decreto Legislativo 8/2004, 24 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor.

Los responsables criminales de los hechos, serán también responsables civiles de los daños y perjuicios que de los mismos se deriven, como señala el artículo 116 del CP, debiendo el Tribunal señalar la cuota en la que cada uno deba responder. Es necesario que pueda establecerse de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad civil

³⁰ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil en el proceso penal*, en REGLERO CAMPOS, L. F., BUSTO LAGO, J. M. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Edit. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 5ª Ed., pág. 1108: «No existe propiamente eso que se da en llamar responsabilidad civil derivada del delito: la responsabilidad civil se deriva sólo del daño, y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la obligación».

³¹ *Ibidem*.

³² Vid. ÁLVAREZ LATA, N., *La responsabilidad civil por accidente de trabajo*, en BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª Ed.

³³ Vid. BUSTO LAGO, J. M., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, en BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª Ed.

un nexo de imputación objetiva y subjetiva entre la conducta penalmente relevante y el daño³⁴. En el supuesto de hecho, el resultado lesivo forma parte del tipo del ilícito penal del delito de lesiones, por lo que una y otra responsabilidad serán concomitantes.

El apartado 3 de artículo 116 extiende la responsabilidad civil derivada de delito a las personas jurídicas que sean responsables penales. Están, por tanto, obligados a reparar el daño sufrido por don Jorge García la sociedad Construcciones Oleiros, S.L., don Domingo Fernández y don Pedro Rodríguez. El artículo 116.2 establece que esta responsabilidad será solidaria entre los autores de un mismo hecho delictivo por sus cuotas, y subsidiaria por las de los demás en caso de insolvencia de alguno de ellos.

Les corresponderá la legitimación activa en el procedimiento para hacer efectiva la indemnización podrán personarse, junto a don Jorge García, a otros perjudicados por los hechos delictivos según el artículo 113 del CP, como pueden ser los familiares o terceros como el INSS o en su caso las mutuas de accidentes profesionales de la Seguridad Social³⁵, para reclamar el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho, para lo que les faculta el artículo 127.3 II de la LGSS.

El artículo 117 del CP dictamina la responsabilidad de los aseguradores cuando las consecuencias de un delito constituyan, como es el caso, un evento asegurado, si bien no por la totalidad sino «hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada». Deberá dirigirse, por tanto, la acción civil contra los autores del delito Construcciones Oleiros, S.L., don Domingo Fernández, don Pedro Rodríguez y contra las compañías de seguros VitalSegur España y HNS Seguros, S.A.

En este punto, es preciso hacer algunas apreciaciones respecto al seguro de responsabilidad civil y la acción de la que disponen los perjudicados frente a las aseguradoras. Este tipo de seguro tiene por objeto la asunción por parte de la compañía aseguradora del riesgo de que el asegurado quede obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se causen a un tercero por los hechos previstos en el contrato³⁶. El presupuesto esencial para que nazca la obligación del asegurador es «el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado», como afirma el artículo 73 de la LCS.

Señala el artículo 76 de la LCS que «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *El seguro de Responsabilidad Civil*, en BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª Ed.

La aplicación del artículo 76 propaga el efecto del contrato de seguro más allá de la relación *inter partes*, dado que no sólo protege el patrimonio del asegurado sino que garantiza al perjudicado la percepción de una indemnización³⁷. De esta manera, se configura un derecho legal del perjudicado a dirigir su pretensión indemnizatoria directamente contra las empresas aseguradoras, lo que presenta claros beneficios de economía procesal, para lo que es necesario que se cumplan dos requisitos: el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar al perjudicado y la existencia de un contrato de seguro que cubra tal responsabilidad³⁸.

El asegurador podrá oponer contra la pretensión del perjudicado únicamente la excepción de culpa exclusiva del perjudicado, que no tiene visos de prosperar en el caso de don Jorge García, de manera que cualquier otro hecho impeditivo consignado en el contrato no impedirá la eficacia de la acción directa. Posteriormente, el asegurador conservará el derecho de repetición contra el asegurado, pudiendo hacer valer cualquiera de las causas, contractuales o legales, que excluyan el aseguramiento de la responsabilidad civil.

El trabajador perjudicado, don Jorge García, podrá así dirigir la acción de indemnización de daños en el procedimiento penal contra las compañías aseguradoras, gozando de una especial garantía de cobro, pues su derecho es inmune a las excepciones que éstas puedan oponer contra los responsables directos.

Como ya hemos señalado, don Jorge García podrá también manifestar en el procedimiento penal su intención de reservar la acción de indemnización de daños y perjuicios para ejercerla en un procedimiento posterior que, como el artículo 112 de la LECrim indica, no podrá iniciarse hasta que la acción penal haya sido resuelta en sentencia firme.

Entra en juego aquí la cuestión del plazo de prescripción de la acción civil, que conforme el artículo 1968.2º del CC es de 1 año, por tratarse de responsabilidad civil extracontractual con base en el artículo 1902 del CC. Pese a ello, el TS ha venido sosteniendo en su jurisprudencia que, dado que en la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito no se contiene una norma que regule la prescripción, resulta de aplicación análogamente el plazo de 15 años dispuesto en el artículo 1964 del CC para la generalidad de las acciones personales. Esta solución, aunque un tanto incierta, podría ser válida para el caso de que se haya reservado la acción civil y exista una condena penal, pero resulta cuestionable si el proceso penal hubiese concluido con una sentencia absolutoria o por sobreseimiento, pues no se podría hablar precisamente de responsabilidad civil derivada de delito³⁹.

El *dies a quo* a tener en cuenta será necesariamente aquel en el perjudicado tuvo conocimiento de la firmeza de la resolución de la causa penal, como dispone el 1971 del CC, por lo que habrá que estar al momento en que le es notificada. Este es el criterio

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Vid. PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Edit. Editora General de Derecho, S.A., Madrid, 1989, págs. 40 y ss.

³⁹ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, en BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª Ed., págs. 205 y ss.

establecido en su día por la STC de 11 de febrero de 2000 (RTC 2000/2984) en base a que «el conocimiento de la fecha en que han terminado las actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional».

El artículo 2, apartado b, de la actual LRJS ha despejado completamente, en favor de la jurisdicción social, las dudas competenciales que existían en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de trabajo, atribuyendo competencia a la jurisdicción social.

Los Tribunales de lo Social deberán aplicar igualmente las normas de responsabilidad civil contenidas en el CP, y estarán vinculados a las afirmaciones fácticas que hayan sido declaradas probadas en el proceso penal y que tengan relevancia a la hora de imputar la responsabilidad civil, pero no a su calificación jurídica ni a las posibles causas exculpatorias que se hayan apreciado. En este sentido, la STS de 12 de marzo de 1992 (RJ 1992/2173) sostiene que es «de general conocimiento que las sentencias penales sólo obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, por lo que las declaraciones o ponderaciones civiles de la sentencia penal carecen de fuerza en la jurisdicción civil».

En este procedimiento ante los Tribunales de lo Social podrían ser llamados terceros que sean responsables de acuerdo con las normas civiles en los que no concurrieran causas de responsabilidad penal, como el promotor de la obra en este caso. En cuanto a la responsabilidad civil del promotor, esta puede generarse por dos vías distintas, tanto por extensión, en relación con el incumplimiento del empresario titular de la relación de trabajo; como por un incumplimiento de sus propias obligaciones⁴⁰. En el primer caso, la responsabilidad del promotor surge por incumplimiento de los artículos 24 de la LPRL y 42.3 de la LISOS, que la doctrina he entendido que extiende no solo la responsabilidad administrativa sino también la de daños y perjuicios. En el segundo caso, surge una responsabilidad extracontractual del promotor de obra por el incumplimiento tanto de sus propias obligaciones preventivas como las de las personas nombradas por él, dado que el 1903 del CC establece la responsabilidad *in vigilando* e *in elegendo*, «no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». En el supuesto de hecho, podría apreciarse la responsabilidad civil solidaria de la empresa promotora en base a que le correspondía el nombramiento de don Pedro Rodríguez Testón como coordinador de seguridad en la obra.

3.5. ¿Quién es el responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social?

La figura del recargo de prestaciones se define en el artículo 123 de la LGSS, que establece: “Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de

⁴⁰ Vid. ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9/2014, Edit. Lex Nova, Valladolid 2014.

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”.

El recargo de prestaciones se encuentra a medio camino entre los mecanismos que pretenden la indemnización del daño que el trabajador víctima de un accidente ha sufrido y los que tienen una finalidad sancionadora para el empresario por haber infringido la normativa de prevención. Sin duda su carácter esencial es éste último, y así lo ha venido destacando la doctrina, pues se impone a consecuencia de un incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad y salud en el trabajo y se prohíbe su aseguramiento⁴¹.

El sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario, sin que exista responsabilidad subsidiaria del INSS⁴². En palabras de la STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673): «en orden a su abono está exento de responsabilidad el INSS, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo, y su no configuración como una verdadera prestación de Seguridad Social, impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado».

El recargo se origina únicamente cuando el accidente trae causa de una infracción del empresario de su deber de cuidado, siendo necesario un nexo de causalidad entre esa infracción y el daño causado. Por tanto, para imputar la responsabilidad por recargo al empresario es preciso que se cumplan una serie de presupuestos: la producción de un accidente de trabajo o la aparición de una enfermedad profesional; el incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario, constitutivas de una infracción en materia de seguridad y salud laboral; y la concurrencia de un nexo causal entre el daño que sufre el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional y la omisión de las medidas de seguridad y prevención que corresponde adoptar al empresario⁴³.

En primer lugar es un requisito esencial que acontezca una contingencia profesional de la que resulte una prestación de Seguridad Social, pues de otro modo no tendría razón de ser la imposición del recargo. Las prestaciones de Seguridad Social son instrumento indemnizatorio básico, genérico, para garantizar al trabajador una reparación del daño, si bien no necesariamente completa y suficiente, sí segura e inmediata.

⁴¹ Vid. RODRIGUEZ SANTOS, E. *La responsabilidad por recargo de prestaciones derivada de la enfermedad profesional*, Revista doctrinal Aranzadi Social núm. 8/2011, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2011.

⁴² Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V., MARTÍN JÍMENEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 89.

⁴³ *Ibidem*

El artículo 115.1 de la LGSS recoge la definición legal de accidente de trabajo: «Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». Como regla general se presume que tienen la calificación de accidentes de trabajo aquellos que ocurren en el lugar de trabajo durante el tiempo de trabajo (artículo 115.3 de la LGSS). Aunque esta presunción de laborabilidad admite prueba en contrario, lo cierto es que resulta de difícil articulación debido a la amplia extensión del deber de seguridad que recae en el empresario.

La exigencia de un nexo de causalidad es considerada por la jurisprudencia en un sentido amplio y en gran medida objetivo, partiendo de la idea de que, dado que su actividad es generadora de un riesgo, corresponde al empleador un deber genérico de asegurar la seguridad de sus empleados, que va más allá de las concretas disposiciones normativas. De esta manera, en la STS de 30 de junio de 2010 (RJ 2010/6775) se dice que «la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias».

Y ello, «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».

En definitiva, el empresario tiene una deuda de seguridad con sus trabajadores que implica una responsabilidad en orden al recargo de prestaciones de la que sólo podrá exonerarse cuando concurra en la causación del resultado lesivo un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario.

El apartado 2 del artículo 123 de la LGSS dice que «La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla».

En el supuesto de hecho, la responsabilidad corresponderá a la empresa Construcciones Oleiros, S.L. como empleadora de don Jorge García, y solidariamente se extenderá a la empresa promotora del edificio, dado que ambas han llevado a cabo actividades concurrentes a un beneficio común. Serán responsables tanto la empresa principal, la promotora que encarga la obra de construcción, como la contratista, Construcciones Oleiros, S.L., como establece el artículo 42.3 de la LISOS: «La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la LPRL 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».

El artículo 42.2 del ET exigiría para apreciar la extensión solidaria de la responsabilidad entre empresas subcontratistas una identidad en la actividad de ambas empresas, en el sentido de constituir la una un presupuesto inherente a la otra, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa entre promotora y contratista, pues la primera desarrolla funciones administrativas y comerciales mientras que la segunda tiene una labor física y constructiva.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente es partidaria de hacer extensible la responsabilidad del recargo de prestaciones a la empresa principal cuando en ella concurra también una infracción del deber de seguridad. Como ejemplo, dice la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de febrero de 2011 (AS 2011/947) : «hay que tener en cuenta que el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene un contenido distinto y más amplio que el del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y engloba otra serie de supuestos distintos al estrictamente previstos en el citado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Entre esos supuestos se encuentra el del empresario titular de un centro de trabajo en el cual entran trabajadores de otras empresas, para el cual solamente se exige la titularidad del centro, sin que sea exigible ni que en el mismo presten servicios trabajadores del propio empresario titular, ni tampoco una identidad de la actividad desenvuelta. Y la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004 (RCL 2004, 261, 623) subsume la figura del promotor de obras de construcción, a efectos preventivos, en la del empresario titular del centro de trabajo del artículo 24.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ello puede dar lugar evidentemente a la imposición de una responsabilidad solidaria a dicha empresa titular en caso de incumplimiento de las obligaciones que le son impuestas».

Esta responsabilidad no se transmite en ningún caso a las entidades aseguradoras. La concepción del recargo como una figura con carácter sancionador, aunque tenga también evidentes efectos resarcitorios para el trabajador, explica la prohibición de asegurar esta responsabilidad estipulada por el artículo 123.2 de la LGSS, dado que se pretende que el empresario despliegue una conducta preventiva eficaz para evitar sufrir el perjuicio económico que le supondría el recargo.

4. Bibliografía

- CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Edit. Tecnos, Madrid, 2014, 7ª Ed.
- CASAS PLANES, M. D., *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y AA.VV., *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2013.
- AA. VV., BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª Ed.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (COORD.) y AA.VV., *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2011, 6ª Ed.
- AA.VV., MONGE FERNÁNDEZ, A. (coord.), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Edit. Editora General de Derecho, S.A., Madrid, 1989.

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9/2014, Edit. Lex Nova, Valladolid 2014.
- USERO FERNÁNDEZ, J., *Aspectos procesales del accidente de trabajo en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*, Revista de Información Laboral núm. 5/2014, Lex Nova, Valladolid, 2014.
- NAVARRO MASSIP, J., *La personas jurídicas y su responsabilidad penal*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2014, Pamplona, 2014
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., *La responsabilidad civil en los accidentes laborales. Última doctrina jurisprudencial*, Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2013.

- RODRIGUEZ SANTOS, E. *La responsabilidad por recargo de prestaciones derivada de la enfermedad profesional*, Revista doctrinal Aranzadi Social núm. 8/2011, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2011.
- LUJÁN ALCARAZ, J. *La seguridad y salud laboral en las obras de construcción*, Revista Doctrinal Aranzadi núm. 3/2007, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- PURCALLA BONILLA, M. A., *Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 del Código Penal*. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 22/2005, Edit. Aranzadi, Pamplona 2006.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 29/2012, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2012

5. Jurisprudencia consultada

- STS de 12 de marzo de 1992 (RJ 1992/2173)
- STS de 3 de marzo de 1998 (RJ 1998/1044)
- STS de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501)
- STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999/6180)
- STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000/5500)
- STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673)
- STS de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001/9603)
- STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826)
- STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/8300)
- STS de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4626)
- STS de 15 de enero de 2008 (RJ 2008/1394)
- STS de 30 de junio de 2010 (RJ 2010/6775)

- STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de febrero de 2011 (AS 2011/947)

- STC de 11 de febrero de 2000 (RTC 2000/2984)