



Consecuencias legales derivadas de un accidente laboral

Trabajo Fin de Carrera

Grado en Derecho
Curso 2014/15

Alumno/a: Isabel M^a Díaz Cuenca

Dir.^a: Marta García Pérez

Abreviaturas

art. Artículo
AT Accidente de trabajo
BOE Boletín Oficial del Estado
CE Constitución española
CC Código Civil
cit. Citado
CP Código Penal
DA Disposición Adicional
ET Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)
Ej. Ejemplo
et. al. Y otros
FD Fundamento de Derecho.
FJ Fundamento Jurídico
INSS Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP Incapacidad permanente
IT Incapacidad temporal
ITSS Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LECr. Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJS Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
LPRL Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LO Ley Orgánica
LOE Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSSC: Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción
núm. Número
OM Orden Ministerial
RD Real Decreto
RD 1627/97 Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción
Rec. Recurso
SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
ss siguientes
SS Seguridad Social
stc Sentencia
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC Tribunal Constitucional
TRLGSS Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio)
TRLISOS Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto)
TRLPL Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril)
TS Tribunal Supremo
TSJ Tribunal Superior de Justicia
Vid. Véase

I. Antecedentes

Construcciones Oleiros SL fue contratada para la construcción de un edificio en la calle del Orzán en A Coruña. Figuraba como arquitecto de la obra, don Sergio Pardo Méndez, el cual, 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 Pedro Rodríguez Testón era el aparejador de la obra y coordinador de seguridad y don Domingo Fernández Blanco es el representante legal y administrador de la empresa constructora.

Como administrador de la empresa, y jefe de la obra en la que estaba todos los días, don Domingo Fernández, para cubrir el hueco del ascensor que se utilizaba ordinariamente para la subida y bajada de materiales, colocó unos tableros a modo de plataforma, práctica ésta que no estaba prohibida por ninguna norma. Don Pedro Rodríguez consintió tal actuación pero, sin llegar a verificar la solidez y resistencia de los tableros.

El día 7 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 5- que era encargado de transportar la carretilla con materiales al hueco del ascensor, introducirla en el mismo y engancharla al cable para ser izada por el mencionado hueco a través de un maquinillo a los pisos superiores, se cayó sobre las 11:00 horas, aproximadamente, por el susodicho hueco al haberse roto un tablero de la plataforma desde una altura de 3,7 metros.

El informe de investigación del accidente, establece que la causa del mismo era “la rotura del tablero, por no tener es espesor adecuado (2,7 cm), pudiéndose deber al estado de conservación del mismo”. 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.

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.

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.

Sucedido el accidente, la guardia civil se desplaza 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 proposta 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 don Jorge García, permaneció en situación de baja por incapacidad temporal durante un año. A continuación, pasó a la situación de incapacidad permanente en el grado de total. Disconforme con el grado de incapacidad permanente total, el trabajador, formula demanda, ante el Juzgado de lo Social de su domicilio, instando la absoluta. La sentencia de instancia resulta desestimatoria, pero finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dos años después de la presentación de su demanda, pero antes de que diste 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, al 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%).

II. Fundamentos jurídicos

Se encarga un informe sobre las consecuencias legales derivadas del accidente de trabajo, resolviendo las cuestiones relativas a:

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

1. Introducción

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la definición de salud es “el estado completo de bienestar físico, mental y social”, siendo importante, el equilibrio entre estas tres dimensiones.

El trabajo, en cuanto actividad humana, es una de las variables fundamentales que incide en la salud al poder ser causa de accidentes o enfermedades.

Desde la revolución industrial, se ha producido una transformación de las condiciones de vida y salud, que han dado lugar a la aparición de un ordenamiento que está dirigido a proteger a los trabajadores frente a las nuevas situaciones, desde un punto de vista

reparador o indemnizatorio, como preventivo, interviniendo el Estado mediante una normativa específica de prevención de riesgos laborales¹.

La política legislativa de prevención de riesgos laborales debe partir de la relevancia constitucional que a esta materia otorga la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) al consagrar en su art. 40.2 que: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. La protección de la seguridad en el trabajo constituye no solo una obligación que a los poderes públicos impone la CE, sino también por voluntad constitucional, uno de los principios rectores de la política social y económica².

La necesidad de reunir en un mismo y único texto legal, los principios, las reglas básicas, el cuadro de derechos y obligaciones y las tareas y responsabilidades de todos los sujetos que se implican en el tema de la seguridad laboral, fue lo que llevó a la aprobación de la actual Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Esta Ley además, fue el resultado de la obligación de transponer la Directiva-marco 39/391/CEE, de 12 de junio de 1989³, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo⁴. Posteriormente, se aprobaría el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS), que recoge el régimen sancionador administrativo laboral en materia de seguridad y salud de los trabajadores y reúne en un único texto legal, las distintas infracciones y sanciones.

Como se enuncia en el art. 14.1 de la LPRL, existe un deber por parte del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber se corresponde, según la LPRL, con el “derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, como indica el mismo precepto, se trata de un deber del que son titulares los trabajadores y que viene a ser una concreción del derecho de los mismos, a su integridad física, vistas las resultas (muerte o incapacidad laboral) que provocan los accidentes de trabajo⁵. En el mismo sentido, el art. 19 del 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 (en adelante ET) recoge que “el trabajador, en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

Establece el art. 1 LPRL que en materia de prevención de riesgos laborales existe una normativa sustantiva constituida por la LPRL, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan

¹ LÓPEZ GANDÍA, J./ BLASCO LAHOZ, J-F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 15.

² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, en colección práctica jurídica, Bosch, Barcelona, 2013, p. 51.

³ Se aprecia por tanto, como la política de prevención estatal está supeditada a los mandatos de carácter supranacional.

⁴ LÓPEZ GANDÍA, J./ BLASCO LAHOZ, J-F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 69 y ss.

⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J./ ARUFE VARELA, A./ CARRIL VAZQUEZ X-M., *Derecho del Trabajo*, Gesbiblo, España, 2006, p. 231.

prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

El sector de la construcción presenta características comunes a las demás empresas a efectos de prevención de riesgos laborales, pero a su vez en el mismo se dan características específicas o propias derivadas de los factores peculiares de su sistema de producción exigen adoptar medidas específicas de protección colectivas e individuales⁶. Así, la normativa sobre prevención de riesgos laborales tiene una especial incidencia en el sector de la construcción, que conlleva a que el marco normativo regulador de la prevención de riesgos en este sector, se constituya por la normativa general común y por disposiciones legales específicas del sector de la construcción, entre las que cobran importancia: Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (en adelante RD 1627/97) y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, (en adelante LOE).

2. Sobre las vías de responsabilidad que se abren frente al empresario tras un accidente de trabajo

A. Definición de accidente de trabajo

La protección de la seguridad y salud en el trabajo es, como hemos visto, un deber ineludible del empresario y por tanto un derecho de los trabajadores y un compromiso de los poderes públicos de velar por ello.

La prevención de riesgos laborales falla cuando ocurre un accidente de trabajo, como sucede en el presente supuesto, en el que el trabajador cae por el hueco del ascensor desde una altura de 3,7 metros.

De acuerdo con el art. 115.1 del 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 (en adelante TRLGSS), “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”. Sin embargo la LPRL no emplea la misma denominación, sino que define en el art. 4.3 como “daños derivados del trabajo”, “las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”.

Pese a emplear una terminología distinta, en realidad, en ambas definiciones se establece una relación amplia de causalidad entre el propio trabajo desempeñado y los daños que derivan del mismo, pues la diferencia entre un accidente laboral y un accidente común radica precisamente en esa relación de causalidad entre el daño y el trabajo⁷.

Además, el art. 115.3 TRLGSS, establece una presunción *iuris tantum*, de laboralidad de las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Esta presunción invierte la carga de la prueba, pudiendo destruirse mediante la

⁶ LÓPEZ GANDÍA J./ BLASCO LAHOZ J-F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 193 y ss.

⁷ LÓPEZ GANDÍA J./ BLASCO LAHOZ J-F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 34 y ss.

correspondiente prueba en contrario. Esta presunción de la existencia del AT, la pone de manifiesto el TS, en la STS, Sala de lo Social, 18 de diciembre de 2013.

B. Vías que se abren tras un accidente de trabajo

Los accidentes de trabajo generan un importante elenco de responsabilidades jurídicas que persiguen objetivos y finalidades diferentes, y que podrán llegar a exigírsele al empresario, pero que algunas de ellas podrán también requerirse a directivos o técnicos, dependiendo de cada caso particular.

Estas responsabilidades exigibles, dan lugar a diferentes vías que se pueden abrir en relación al empresario, tras sufrir un trabajador un accidente de trabajo y las cuales, agruparemos en función de la materia a la que se refieren:

a) En materia de Seguridad Social: Las más elementales son las responsabilidades de Seguridad Social frente al trabajador accidentado. El empresario tiene una responsabilidad de naturaleza objetiva en orden a reparar las consecuencias dañosas del accidente laboral⁸.

Cualquier trabajador que sufre un accidente de trabajo tiene derecho a percibir una prestación por parte de la Seguridad Social. Es una responsabilidad objetiva, es decir, surgirá con independencia de que el empresario haya tenido una actuación diligente o negligente respecto del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales⁹. Aunque no se trate de una responsabilidad como tal, podría concebirse como una vía para el trabajador en tanto, que se materializa en la cobertura de Seguridad Social a través de prestaciones que vienen a paliar los efectos de los accidentes de trabajo.

En el sistema de protección social actual¹⁰ las consecuencias del accidente de trabajo se cubren a través del régimen de prestaciones, bien de incapacidad temporal o permanente, bien de muerte y supervivencia. Éstas se calculan con arreglo a disposiciones que tienen como base la contribución previa al sistema y, particularmente, la capacidad económica del trabajador en función de su salario. De ahí que las prestaciones tengan el carácter de rentas que lo sustituyen y no guardan relación con ningún elemento culpabilístico.¹¹

El pago del subsidio correspondiente a la baja derivada de riesgos profesionales¹², es “por cuenta de la entidad gestora o de la Mutua asegurada, únicas responsables del pago

⁸ BLASCO LAHOZ J-F./ LÓPEZ GANDÍA J., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 291 y ss.

⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 101.

¹⁰ El cual arranca desde el momento en el que se impone el seguro obligatorio en virtud del texto articulado de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966.

¹¹ FRANCO GONZÁLEZ, J./ MATEU CARRUANA M-J./ DE VICENTE PACHÉS F./ GARCÍA VALVERDE M-D./ RIVAS VALLEJO P./ PURCALLA BONILLA M-A./ GARRIGUES GIMÉNEZ A./ AGUT GARCÍA C./ MIÑARRO YANINI M./ MERINO SEGOVIA A./ ARASTEY SAHÚN L./ MOLINA NAVARRETE C./ TERRADILLOS BASOCO J-M., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, GARRIGUES GIMÉNEZ A., (Dir.), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, p. 420.

¹² Cabe señalar que los arts. 130.b y 138.1 TRLGSS, señalan que para ser sujeto del derecho a la prestación por incapacidad temporal y por incapacidad permanente cuando derivan de accidente de trabajo no se requiere un periodo de cotización previo.

de las cantidades, y que efectuará en los mismos periodos que los salarios”¹³. Se genera en el caso de IT (en la que el trabajador permanece el periodo máximo de 365 días) tras verificarse los requisitos¹⁴, y presentando los correspondientes partes de baja y de confirmación. El subsidio se abona desde el día siguiente al de la baja¹⁵ y en el supuesto de la IP, tras agotarse el periodo de IT, con la resolución del INSS¹⁶, además al reconocérsele al trabajador una incapacidad permanente absoluta, la prestación económica consiste en una pensión vitalicia¹⁷.

Por otro lado, el trabajador podrá tener derecho a un recargo sobre las citadas prestaciones ordinarias. Se trata ahora de una responsabilidad específica a cargo del empresario, que surge ante incumplimientos en materia de seguridad y salud laboral.

La aplicación del recargo de prestaciones se regula en el art. 123 de la TRLGSS, y supondrá para el trabajador, un aumento de un 30 a un 50 por cien en todas las prestaciones económicas. Posee esta figura, un régimen jurídico complejo que ha dado lugar a numerosas opiniones y pronunciamientos doctrinales. Respecto a esta figura, en el último apartado del informe se hará un análisis más detallado.

No son estas, sin embargo, las únicas responsabilidades exigibles al empresario y vías existentes, en caso de que los riesgos profesionales que debían prevenir se hubieran convertido en siniestros¹⁸, el art. 42.1 LPRL establece que: “El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, y en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”.

b) En materia civil, existe una responsabilidad por daños y perjuicios, también acuñada como responsabilidad laboral. Supone una vía para el trabajador pues su finalidad es reparadora o compensatoria del daño causado al mismo, que consistirá en una indemnización.

Se trata de una responsabilidad indemnizatoria, que tiene carácter privado, y que no presenta una regulación específica en materia laboral, siendo de aplicación la regulación del Código Civil¹⁹. Con relación a esta responsabilidad en la cuestión quinta de este informe, se llevará a cabo un mayor estudio.

c) En materia penal, para las conductas de mayor gravedad, el empresario podrá incurrir en actos tipificados como delitos de los que deriven responsabilidades penales.

¹³ Art. 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴ Dichos requisitos son: recibir el trabajador asistencia sanitaria y encontrarse impedido para el trabajo (art. 128.1 a) TRLGSS).

¹⁵ Así lo enuncia el art. 131 TRLGSS: “El subsidio se abonará, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja”.

¹⁶ Art. 13 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

¹⁷ Vid. art. 139.3 TRLGSS, que se refiere a la prestación económica de la IP absoluta.

¹⁸ MARTÍNEZ GIRÓN J. et. al., *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 233-234.

¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.

La tipificación delictiva se incorpora a través de dos artículos, 316 y 317 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), específicamente dirigidos a la tutela de la vida y salud de los trabajadores, pudiendo concurrir delitos de lesión en caso de lesiones en el trabajador.

El fin no es otro que fortalecer la virtualidad preventiva de los mecanismos de control y sanción existentes a nivel administrativo²⁰. Esta vía será objeto de un análisis más extenso en la cuestión cuarta de este informe.

d) Por último, la responsabilidad en materia administrativa. La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales puede generar esta responsabilidad de tipo objetivo²¹.

En relación a esta vía, se especificará un poco más su contenido relacionándolo con el caso, pues a lo largo del informe no se volverá sobre ella concretamente, aunque si se harán referencias a la misma en otras cuestiones del informe.

La potestad sancionadora de la Administración viene regida por principios de entronque constitucional (art. 25 CE) entre ellos los de legalidad y de tipicidad. Solo pueden ser objeto de sanción administrativa los comportamientos previstos en la norma legal y tipificados como tales. Se trata de un tipo de responsabilidad que no exige un resultado dañoso, sino que lo que se sanciona es el mero incumplimiento²².

Establece el art. 1.1 TRLISOS la definición de infracciones administrativas en el orden social, “las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”. Pero el art. 5.2 del mismo texto normativo conceptúa también esta definición: “Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley”.

Para concretar un poco más la cuestión, acudimos a las prescripciones contenidas en los arts. 11, 12 y 13 de la propia norma, estas infracciones están graduadas en la ley siguiendo la calificación de leves, graves, o muy graves (respectivamente) en atención a la relevancia de los derechos a los que afectan²³. En el supuesto a analizar, el comportamiento empresarial es constitutivo de dos infracciones graves, contenidas en el art. 12 TRLISOS, que son:

“12.8. El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, (...)”. En el supuesto, al trabajador no se le informa “del peligro que implicaba la labor que estaba realizando”, y debemos interpretar que al no conocer este peligro, tampoco había recibido una formación adecuada y concreta para ese puesto de trabajo.

²⁰ CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 327.

²¹ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 406.

²² IGARTUA MIRÓ M-T., *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 340.

²³ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 406.

Por otro lado, en el específico sector de la construcción, se contempla un tipo específico, y por lo tanto los incumplimientos empresariales referidos a este sector, se integran en este tipo concreto²⁴:

Art. 12.23.b). “Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

En el supuesto, consta acreditado que existía un plan de seguridad elaborado por el arquitecto Sergio Pardo, en el que se contemplaban como medidas colectivas de protección en el hueco de ascensor las barandillas, pero durante la ejecución de la obra, esta medida se ve reemplazada por la colocación de unos tabloneros a modo de plataforma, que además como consta en el informe de investigación, que la rotura de los tabloneros pudo deberse al mal estado de conservación de los mismos.

En virtud de este incumplimiento empresarial, esta responsabilidad, se dirige a la empresa persona jurídica, (art. 2.1. TRLISOS) a la que se le imputará la sanción/multa.

El art. 2.8 TRLISOS considera como posible sujeto infractor en materia e prevención de riesgos laborales al promotor. En el caso, aunque no se menciona a la figura del promotor, se interpreta que en virtud de las obligaciones que se le imponen en el art. 9 de la LOE este sujeto cumple con todas sus responsabilidades y no podrá ser considerado como sujeto infractor.

Respecto a la prescripción de la sanción, en virtud del art. 4 TRLISOS, se establece al tratarse de una infracción grave un plazo de 3 años desde la fecha de la infracción.

La imposición de la sanción administrativa, viene precedida de la actuación de la Inspección de Trabajo²⁵, que levanta acta con propuesta de sanción por infracción grave, procediéndose a la instrucción del oportuno expediente sancionador.

C. La compatibilidad de las vías antes señaladas

Como regla general, en relación a las vías anteriormente citadas, cada una de ellas encuentra un fundamento y régimen jurídico diferenciado, de modo que funcionan inicialmente de manera independiente. No obstante, debe matizarse el juego de dos principios claves, el principio *non bis in idem* y el principio prohibitivo de enriquecimiento injusto²⁶.

²⁴ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 139.

²⁵ Así, se refleja en el art. 1.2 TRLISOS: “Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir”.

²⁶ CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de derecho del trabajo*, cit., p. 338.

La LPRL establece en el Capítulo VII el sistema de responsabilidades y sanciones que se imponen al empresario para aquellos supuestos en los que hay un incumplimiento de las obligaciones que le incumben al mismo como titular del deber de protección²⁷.

El art. 42.3 LPRL establece que “las responsabilidades administrativas que deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema público de Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”.

Se pone de manifiesto en este artículo la incompatibilidad entre las responsabilidades administrativas y penales. En el art. 3.1 TRLISOS se especifica la imposibilidad de esta doble sanción en virtud de la aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito sancionador laboral²⁸. El TC en una sentencia de 30 de enero de 1981, FJ 4, expone:

“El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...) que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.

En base a esta triple identidad, el criterio general debe ser la incompatibilidad de estas dos sanciones, salvo excepciones²⁹. Una posible excepción a esta regla se produciría interpretando el supuesto expuesto. Como se verá más adelante, se atribuye responsabilidad penal a dos sujetos (D. Domingo Fernández y Pedro Rodríguez) y surge entonces la incógnita de si se reiniciará el acta de infracción que ha quedado suspendida como consecuencia del proceso penal o, si en virtud del principio *non bis in idem* esta conducta ya ha sido sancionada y no puede volverse sobre ella.

La interpretación que ha de darse en relación a la identidad de sujetos (pues la identidad de hechos y de fundamento es la misma) es la siguiente:

No existe vulneración del principio *non bis in idem* si las sanciones son aplicadas a ciudadanos distintos. Por lo tanto, si en el hecho constitutivo de infracción penal y administrativa intervienen, además de una persona física, una persona jurídica, el Tribunal penal puede condenar a la persona física pero no a la persona jurídica y una vez firme la sentencia condenatoria contra la primera, el procedimiento administrativo sancionador podrá dirigirse, con el límite de los hechos considerados probados en la sentencia penal, contra la persona jurídica.³⁰

En el caso expuesto, se condenaría a dos personas físicas en la vía penal, y se podría condenar a la empresa Oleiros SL, como persona jurídica en el ámbito administrativo.

²⁷ MONGE FERNÁNDEZ A., *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 92.

²⁸ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 431 y ss.

²⁹ La SAP Asturias, de 8 de febrero de 2007: “No hay vulneración del principio *non bis in idem* al darse la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

³⁰ DE VICENTE MARTINEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 104 y ss.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que los hechos del caso nos sitúan en el año 2006, cuando esta interpretación sería del todo válida. Pero a día de hoy debería tenerse en cuenta tal y recoge la SAP de A Coruña, de 30 de diciembre de 2010, lo siguiente:

“Tampoco se produce la identidad de sujetos, toda vez que penalmente se está acusando a una persona física como autor responsable de un ilícito penal (Nemesio), mientras que en la vía administrativa se está sancionando a una persona jurídica (una empresa) por no cumplir con la normativa de seguridad establecida, posibilidad ésta que resultaba viable en la vía penal hasta la entrada en vigor el pasado día 23 de diciembre de 2010, de la reforma del C.P. llevada a cabo por L. 5/2010, de 22 de junio (...) -y, singularmente, por lo previsto en el nuevo art. 31 bis C.P”.

En esta sentencia se pone de manifiesto que con la entrada en vigor del art. 31 bis CP, en virtud del cual, las personas jurídicas pueden ser sujetos responsables penalmente, la interpretación en cuanto a la identidad de sujetos podría variar afectando la declaración de responsabilidad penal al procedimiento administrativo pues sí podría existir efectivamente una concurrencia de sujetos responsables y, la empresa persona jurídica no respondería ya administrativamente. En el supuesto de que se condenara penalmente a Construcciones Oleiros SL, no surgiría la responsabilidad administrativa sancionadora.

Por otra parte y en relación al resto de responsabilidades, cabe mencionar que la responsabilidad administrativa o en su caso, la penal (o ambas como hemos explicado) sí serán compatibles con la responsabilidad por recargo de prestaciones. El art. 123.3. TRLGSS consagra: “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”. Estas responsabilidades penales o administrativas serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados (art. 42.3 LPRL)³¹.

Respecto a la compatibilidad de la responsabilidad civil con las responsabilidades de Seguridad Social, debe tenerse en cuenta la prohibición de enriquecimiento injusto que resulta ser un tema que sigue siendo aparentemente polémico. Este principio pretende que la víctima no proceda a obtener una compensación doble por unos mismos hechos³². Para concretarlo nos referimos a la doctrina del TS:

“El único tema traído a debate se ciñe exclusivamente en determinar si es o no posible el ejercicio de acciones para reclamar con éxito el abono de indemnizaciones complementarias a las básicas que puedan corresponder en el campo de la Seguridad Social (...)”.

“Tal doctrina encontró apoyo en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que al tratar del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, dispone que «La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción», y el precepto admite abiertamente la compatibilidad de indemnizaciones complementarias con el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad; el art. 127 de la misma Ley sigue también esa tendencia, pero con influencia sobre un mayor campo que excede del acotado por el art. 123; según

³¹ LÓPEZ GANDÍA J./ BLASCO LAHOZ J.F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., p. 300.

³² FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 476.

aquél precepto «cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal y civil de alguna persona, incluido el empresario, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente (...). En el ámbito de actuación empresarial, la responsabilidad del empresario (responsabilidad llamada civil y depurada en el marco de la jurisdicción social) con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional» (STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2000).

Existe de acuerdo con el art. 127.3 TRLGSS, la posibilidad de existencia de ambas prestaciones. Pero la cuestión que ha venido suscitando mayor debate es la relativa a la articulación entre las indemnizaciones civiles y las prestaciones sociales por contingencias profesionales. Dando lugar a diferentes interpretaciones respecto a este artículo 127.3 TRLGSS.

Por una parte, los Tribunales civiles defendían una plena compatibilidad entre las prestaciones lo que suponía que no cabía descontar las prestaciones de Seguridad Social de la indemnización civil:

“Existe compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposos ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la Jurisdicción Civil” (STS, Sala de lo Civil, de 2 de enero de 1991 y STS, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 1995).

Y por otra parte, los Tribunales sociales establecieron una plena incompatibilidad, de modo que se descontaría de la cuantía de la indemnización civil lo recibido en concepto de prestación de Seguridad Social.

“La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detrarse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social o si, por el contrario, dichas prestaciones son independientes de esta indemnización», y tras los razonamientos correspondientes al caso y el análisis de la jurisprudencia, la sentencia llega a la conclusión de que «para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detrarse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se trata de determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado» (STS, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 1999).

“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” (STS, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2006).

Actualmente el TS mantiene la postura de una compatibilidad limitada en el sentido de que habría que tener en cuenta las cantidades percibidas pero, solo cabe descontar por conceptos que sean homogéneos. Esta compensación o descuento entre la indemnización civil y la prestación social se proyecta sólo en la parte indemnizatoria correspondiente al lucro cesante o pérdida de ingresos debidos al accidente de trabajo, así se dispone en la STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2007:

“Resaltar que la idea es que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la Ley para obtener el resarcimiento total de los daños sufridos, pero (...) no puede llevar a acumular las distintas indemnizaciones hasta el punto de que la suma de ellas supere el importe del daño total sufrido, ya que, como ha señalado algún autor, de forma muy resumida, la finalidad de las diversas indemnizaciones es "reparar" y no "enriquecer". Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante”.

Esta justificación de la compatibilidad limitada, atiende a que tal y como continúa indicando la sentencia antes mencionada: “Conviene recordar que las prestaciones de la SS se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral, así como que la responsabilidad principal del pago de esa prestación, al igual que la de la incapacidad temporal, es de la Mutua aseguradora con la que el empresario contrató el seguro de accidentes de trabajo o, en caso de incumplir el deber de aseguramiento, del empresario. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por día del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante (...)”.

A día de hoy, se interpreta por el TS, Sala de lo Social, este artículo 127.2 TRLGSS en el sentido de una compatibilidad limitada, debiendo tenerse en cuenta las prestaciones de SS en lo referido al lucro cesante para calcular el cómputo de la cantidad a recibir como indemnización de responsabilidad civil³³.

D. ¿Se suspende la tramitación de alguna de las vías de reclamación en tanto no se resuelva otra?

La suspensión entre alguna de las vías de reclamación, es un tema polémico que debe interpretarse principalmente a la luz de lo expuesto en el art. 3 TRLISOS³⁴. Este

³³ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 474 y ss.

³⁴ Art. 3 TRLISOS: “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal. 1. 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.

precepto establece la relación entre dos ramas punitivas del ordenamiento, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador laboral.

La “finalidad de este precepto es evitar situaciones de colisión en los casos de concurrencia de responsabilidades penales y administrativas ante supuestos idénticos. La regla que se establece no es otra que la paralización de las actuaciones administrativas en aquellos casos en los que la Inspección de Trabajo considere que las infracciones cometidas pudieran ser constitutivas de delito y procede a remitir el expediente al Ministerio fiscal o al órgano competente”³⁵.

Esta abstención por parte de la Administración se alargará en el tiempo hasta que la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento, o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. Al respecto la SAP de Segovia de 6 de julio de 2011, pone de manifiesto este carácter preferente de la jurisdicción penal en base a lo siguiente:

“La jurisdicción penal es en todo caso preferente y la actuación sancionadora de la Administración ha de estar subordinada a la de los Tribunales de Justicia, siendo por ello que el principio *non bis in idem* afecta más bien al expediente administrativo, que en ningún caso puede impedir el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

Una vez suspendido el procedimiento administrativo sancionador, la forma de terminación de la actuación jurisdiccional condicionará la futura actuación administrativa.

Por lo tanto es la aplicación del principio *non bis in idem* lo que conlleva a que la actuación sancionadora de la Administración deba ceder ante la de los Tribunales del orden penal y no se reanudará hasta que no se hayan pronunciado los mismos. En caso de que se estime la existencia de un delito o falta, no cabe sancionar administrativamente si se aprecia identidad de sujeto, hecho o fundamento, y en el caso contrario, la Administración continuará el expediente sancionador pero debe respetar, en su actuación posterior, los hechos que hayan sido declarados probados en el orden penal³⁶.

En relación a la posible paralización del procedimiento de reconocimiento de la procedencia de recargo de prestaciones el TS manifiesta lo siguiente:

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal”.

³⁵ DE VICENTE MARTINEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit. p. 103.

³⁶ DE VICENTE MARTINEZ, *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit. pp. 102 y ss.

“La existencia de un proceso penal sobre el mismo accidente, no es causa suficiente para suspender el expediente de recargo (...) puesto que la normativa expuesta “ordena la paralización del procedimiento sancionador, y el recargo por falta de medidas de seguridad no es propiamente un proceso sancionador” (STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo del 2004).

Esta manifestación del TS, se ve reforzada con el art. 5.2 del RD 928/1998, según el cual la comunicación de la existencia de actuaciones penales, paraliza el procedimiento administrativo pero “no afectará (...) a la exigencia de deudas que se apreciase con el Sistema de Seguridad Social”.

Por lo tanto el procedimiento del recargo es concebido como un procedimiento independiente, que no se va a suspender a pesar del inicio de las actuaciones penales y que por tanto, cuando la empresa Oleiros SL pide la suspensión, esta petición no tendrá efecto pero si lo tendrá la solicitud de suspensión del acta de infracción.

Esta independencia se demuestra en que la tramitación de un proceso penal, no produce la suspensión del procedimiento de imposición de recargo. Sin embargo los problemas surgen con la responsabilidad administrativa, sobre la cual que conviene referirnos:

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS), correspondía al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento de la impugnación de las resoluciones sancionadoras recaídas que procedían de la autoridad laboral. Esto daba lugar a que sobre unos mismos hechos, pudieran recaer dos sentencias contradictorias, en el sentido de que en un orden jurisdiccional declarara la no existencia de infracción, y en el otro orden se declarara la existencia. La solución por parte del ordenamiento se encuentra en el artículo 42.5 TRLISOS que dispone: “La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social”.

Pero este precepto no puede entenderse en el sentido de que se producirá una suspensión del procedimiento de recargo, hasta que recaiga una sentencia del orden contencioso-administrativo, o que en caso de paralización del expediente administrativo, con motivo del inicio del proceso penal, también deba suspenderse el procedimiento de recargo. Al contrario, en tanto cuestión independiente, el trámite del recargo sigue su vía en el orden social.

Conforme a la nueva Ley de jurisdicción social, al no ser posible la remisión que el art. 42.5 TRLISOS hace a los hechos probados de la sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la misma se entenderá referida a los hechos probados de la sentencia que dicte el juez de lo social al resolver la infracción administrativa.

A lo que se refiere ese art. 42.5 TRLISOS y debe ser objeto de interpretación, es que en caso de que exista una declaración de hechos probados de la sentencia firme del orden contencioso administrativo, esta vinculará al orden social en lo que se refiere al recargo de prestaciones económicas. Es decir, existe un mandato de vinculación del orden social

a la sentencia firme del orden contencioso-administrativo relativa a los hechos probados. Y la jurisprudencia reitera que esta vinculación no impide la posibilidad de un pronunciamiento distinto en cada orden jurisdiccional. El caso concreto es el supuesto en que en una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en la que se anula la sanción impuesta a una empresa por infracción de medidas de seguridad no tiene porqué vincular obligatoriamente al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, siempre que se motive suficientemente.

El TC se ha pronunciado sobre esta cuestión en la STC, de 26 de noviembre de 1985 y posteriormente en STC, de 14 de marzo de 2011, afirmando lo siguiente:

“A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 de la CE (...).”

“Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya citada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio”.

El TS mantiene la doctrina asentada por el TC y recalca que la posibilidad de pronunciamientos distintos es posible si “existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria” (STS, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2012).

Cabe, sin embargo hacer mención a la responsabilidad civil relacionada con la penal. Como establece el art. 109.2 CP, el sujeto tiene la posibilidad de exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, reservando esta acción y solicitando que no se resuelva en el proceso penal, que sería la regla general, conforme al art. 112 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr). Pero si el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil ante esta jurisdicción, debe esperar a que se resuelva la acción penal en sentencia firme (arts. 111 y 112 LECr).

Si la sentencia es condenatoria, el juez civil estará vinculado a ella en lo referido a la existencia o no del hecho y en la culpabilidad del procesado, por lo que tiene que resolver únicamente lo relativo a la existencia y a la cuantía del daño o perjuicio. Si la sentencia es absolutoria, sigue estando abierta la vía civil, pues la absolución penal no prejuzga la vía civil, a no ser que la sentencia declare que el hecho del que hubieran podido derivarse daños o perjuicios no existió (art. 116 LECr)³⁷.

En el supuesto de que el sujeto ejercite la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios en vía penal, hasta que ésta no concluya, no puede reiterarse ante el orden

³⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., p. 41 y ss.

social de la jurisdicción, y por tanto esta última acción se suspendería hasta que no se diera por finalizada la acción penal³⁸.

3. Sobre los órganos competentes para resolver las diferentes materias que se plantean

En este apartado se hará referencia a los órganos jurisdiccionales que finalmente van a conocer del litigio, sin perjuicio de que se aluda en relación con algunas materias, al procedimiento anterior en vía administrativa antes de poder llegar al juzgado.

A. El órgano competente en relación al recargo de prestaciones

Respecto al órgano competente para conocer del recargo de prestaciones, conviene resumir cual es el procedimiento para la declaración en la vía administrativa y su trámite, y en vía judicial, como se accede a la misma y cual será el órgano jurisdiccional competente para enjuiciar esta materia.

La imposición del recargo a satisfacer por el empresario requiere una previa constatación administrativa sobre su procedencia.

Para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, existe un procedimiento regulado en la normativa siguiente (sin perjuicio de otra normativa que también se aplica al supuesto): En la Orden de 18 de enero de 1996 que aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (en adelante OM de 18 de enero de 1996) y en el 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 (en adelante RD 1300/95).

En primer lugar, se requiere una declaración administrativa de que procede el recargo. La competencia tanto para declarar la responsabilidad por falta de medidas de seguridad como para fijar el porcentaje aplicable del recargo a través del expediente administrativo, está atribuida al INSS, tal y como se recoge en el art. 1.1.e) del RD 1300/95, “será competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social (...) declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas”. Concretamente, en virtud del art. 16.1 de la OM de 18 de enero de 1996, le corresponde al Director Provincial del Instituto Nacional de Seguridad Social. El INSS incoa el procedimiento bien de oficio, a instancia de la Inspección de Trabajo³⁹ o a solicitud del trabajador⁴⁰.

Tal y como establece el art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones

³⁸ Vid. STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2014.

³⁹ Art. 27 del Real Decreto 928/ 1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y art. 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁴⁰ Art. 4.1 b) RD 1300/95.

por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, es necesario que en el informe-propuesta de la Inspección de Trabajo se recojan “(...) los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123.1 del texto refundido que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar”.

La resolución de la Dirección Provincial del INSS debe ser motivada, con expresión de las circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa concreta de las enumeradas en el art. 123 TRLGG y porcentaje aplicable⁴¹. En relación con el porcentaje de incremento de prestación que se propone, en virtud del art. 10 de la OM de 18 de enero de 1996, le corresponde al equipo de valoración de incapacidades emitir y elevar al Director Provincial del INSS un dictamen-propuesta.

Conviene hacer referencia al trámite de audiencia que debe darse al empresario responsable⁴² y a la interpretación en torno a la posibilidad de anulación en caso de inobservancia del mismo.

Los Tribunales ponen de manifiesto que la falta de un trámite como el de audiencia no supone anulación del acto⁴³ exceptuando dos supuestos. En virtud de la STS, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2007 sólo se produce la anulación del acto administrativo “ (...) en los supuestos de que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados”.

Además el TS manifiesta que: “El derecho que reconoce el art. 24.1 CE se refiere -en principio- al proceso judicial, no al procedimiento administrativo, y la omisión del trámite de audiencia que hubiera permitido a la parte aportar "alegaciones" y aportar "documentos y justificaciones" [art. 84 LRJAPC] no tiene especial relevancia, pues la parte siempre puede presentar tales alegaciones, justificaciones o documentos en el proceso judicial”⁴⁴.

Antes de poder acudir a la vía judicial, es necesario, que se presente una reclamación administrativa previa, respetando las formalidades y plazos establecidos en el art. 71 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, (en adelante TRLPL)⁴⁵, que podrá ser desestimada por declaración expresa o por silencio administrativo negativo (al dejar transcurrir el plazo de 45 días sin contestación) del INSS. Con la nueva ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LJS), que deja sin efecto la citada LPL desde finales del año 2011, estos requisitos se recogen en el art. 69 de la misma, y cambian plazos, como es el del silencio administrativo que pasa a ser de un mes o el de la interposición de la demanda que se amplía a dos meses. El supuesto ocurre en el año 2006, y por lo tanto situándonos en esa etapa se aplicaría el TRLPL.

⁴¹ Art. 16.2 OM de 18 de enero de 1996.

⁴² Art. 11.4 OM de 18 de enero de 1996.

⁴³ Entre otras: STS, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2010; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2008; STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2007.

⁴⁴ Vid STS Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2008.

⁴⁵ Vid. art. 71 TRLPL.

La impugnación de la resolución administrativa del INSS es recurrible ante el Juzgado de lo Social⁴⁶, que goza de amplísimas facultades para confirmar, revocar, modificar o anular la resolución recurrida.

Además, se concede recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, al tratarse de un “procedimiento sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social”, en virtud del art. 189.1.c) TRLPL o del art. 191.3.c LJS.

Finalmente, el reconocimiento del derecho a percibir el recargo sólo procede si la responsabilidad en esta materia no ha prescrito. Sobre el plazo de prescripción para reclamar el recargo no existe una disposición legal expresa, pero la jurisprudencia aparentemente aplica el plazo de prescripción previsto con carácter general para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social, 5 años (que podrá verse interrumpido⁴⁷) en virtud del art. 43.1 TRLGSS⁴⁸.

B. El órgano competente en materia de responsabilidad civil

Hasta fechas recientes tanto la jurisdicción civil como la social se declaraban competentes para conocer de la reclamación por daños derivados de accidentes de trabajo, lo cual no se traducía solo en un problema de delimitación del orden jurisdiccional, sino que cada uno de los órdenes, civil o social (como hemos visto en el apartado de compatibilidad), aplicaba criterios diferentes en orden a la cuantificación de los daños derivados de accidentes de trabajo, generando lógicamente una notoria inseguridad jurídica⁴⁹.

Pero con la promulgación de Ley 36/2000, reguladora de la Jurisdicción social, la cuestión queda prácticamente despejada porque se establece que será esta jurisdicción la competente en conocer de “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” (art. 2.b LJS).

Conviene precisar un poco más, cual era el criterio seguido por los Tribunales, para poder declararse competentes antes de la promulgación de esta ley. Las líneas principalmente seguidas eran las siguientes:

Si la responsabilidad derivada del accidente de trabajo era contractual, siendo la relación ente trabajador y su empleador un contrato de trabajo, la competencia debería ser del orden social. Al efecto, la STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 1998: “Lo

⁴⁶ Vid. art. 2.b) TRLPL o en su caso art. 2.e) LJS, en ambas se aprecia que el orden social seguirá siendo el legalmente competente pero en virtud de otro precepto.

⁴⁷ Vid STS, Sala de lo Social, 12 de noviembre de 2013.

⁴⁸ Vid. STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2007; STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2006; STSJ de C. Valenciana, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2001.

⁴⁹ ROMERO RODENAS M-J./ TRILLO PÁRRAGA F. (editores), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 118.

decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil”. El orden social conocía en virtud del artículo 2 a) TRLPL⁵⁰.

Mientras que cuando se trate de una responsabilidad extra-contractual, la competencia debería ser del orden civil, así se pone de relieve en la STS, Sala de lo Social: “Por otra parte la letra y espíritu del artículo 127.3 de la Ley de Seguridad Social atribuye a la jurisdicción civil aquellas conductas o acciones del empresario que sean plenamente asimilables a las conductas y acciones de terceros ajenos a la empresa, y que produzcan daños en el trabajador (...)”.

Sin embargo en la práctica, el problema era que el orden civil tendía a interpretar en todo caso que concurre un daño extra-contractual, aún dándose en el ámbito de las relaciones laborales⁵¹.

A la vista de los hechos expuestos en el caso, en el año 2006, posiblemente se hubiera declarado como orden jurisdiccional competente al orden social, conforme al artículo 2.a TRLPL pues el accidente de trabajo, se produce en el marco de una relación contractual entre el empresario y el trabajador.

C. El órgano competente en vía penal

El asunto no reviste especial dificultad ya que no existen problemas de competencia o la necesidad de un procedimiento administrativo previo.

El juez competente para el conocimiento de los litigios penales será aquel que investido de la potestad jurisdiccional, tenga atribuida legalmente la competencia para la resolución de los mismos. Podría decirse que la competencia es la aptitud o idoneidad de un órgano jurisdiccional para conocer de un proceso penal⁵².

Debemos precisar cual es el órgano que tiene aptitud o idoneidad (competencia), para conocer de un proceso penal. Nos centraremos en la competencia objetiva, que consiste en la atribución del conocimiento y fallo de los asuntos en primera o única instancia a un grado jurisdiccional concreto⁵³.

En el orden penal, la competencia objetiva se establece en base a tres criterios: La mayor o menor gravedad del hecho enjuiciado (criterio ordinario), la naturaleza especial del objeto (*ratione materiae*) o la cualidad del sujeto encausado. Estos dos últimos son por su carácter especial de aplicación preferente. Y el fuero por razón de persona es preferente sobre el de la materia⁵⁴.

⁵⁰ Art. 2: “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal.”

⁵¹ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, pp. 463 y ss.

⁵² PÉREZ-CRUZ MARTÍN A-J./ FERREIRO BAAMONDE X.X./ PIÑOL RODRIGUEZ J-R./ SEOANE SPIEGELBERG J-L., *Derecho procesal penal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p.72.

⁵³ DE LA OLIVA SANTOS A./ ARAGONESES MARTÍNEZ S./ HINOJOSA SEGOVIA R./ MUERZA ESPARZA J./ TOMÉ GARCÍA J-A., *Derecho procesal penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 117.

⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS A. et. al., *Derecho procesal penal*, cit., p. 117.

A la hora de abordar esta cuestión del órgano jurisdiccional competente, debemos hacer una remisión a la pregunta cuarta de este informe, para poder tener como referencia una penalidad y sujetos responsables concretos.

En este supuesto, el órgano competente para conocer del supuesto, será designado conforme a la competencia ordinaria o común, descartando los otros dos fueros por las circunstancias del caso: no se trata por su naturaleza de un delito de competencia *ratione materiae*, ni de la *ratione personae*, conforme a la LOPJ⁵⁵.

Para la determinación de la competencia ordinaria es preciso distinguir en primer lugar que se trata de una infracción calificada como delito y ver la gravedad de la pena abstracta del tipo.

En virtud del art. 14.3 LECr al señalarse un pena privativa de libertad menor de 5 años, le corresponderá el conocimiento del asunto al juez de lo penal de la circunscripción donde se haya cometido el delito. Establece este mismo artículo que “sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad”, por lo tanto, en primer lugar el asunto irá dirigido a este Juzgado de Guardia, conforme al art. 87.a) LOPJ⁵⁶.

D. El órgano competente en materia administrativa

Antes de resolver cual será el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de esta materia, se hará una breve referencia a su procedimiento. En referencia al procedimiento administrativo sancionador, se aplica el RD 928/1998, de 14 de mayo. Este RD ha sido objeto de numerosas modificaciones en sus preceptos, para que resulte más fácil, cuando se cite un artículo del mismo, se hará referencia a la modificación que estaba vigente en el año 2006, y a continuación, la actual (en el caso de que hubiera variado la misma). Además respecto al procedimiento se sigue lo dispuesto en el art. 52 TRLISOS.

La imposición de una sanción administrativa viene precedida de la imprescindible actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). La cual inicia el procedimiento sancionador a través de la extensión de actas de infracción⁵⁷ (como sucede en el supuesto).

Estas sanciones se imponen tras la instrucción del oportuno expediente sancionador a propuesta de la ITSS (art. 13 RD 928/1998). Y una vez que finaliza la tramitación del expediente, el órgano competente para resolver dictará, resolución motivada, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta (art. 20 RD 928/1998).

⁵⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

⁵⁶ Art. 87.1. “Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal:

a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.”

⁵⁷ Competencia de la misma en virtud del art. 7 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dispone el art. 21 del RD 928/1998 que las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones de orden social serán notificadas a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas y plazo para interponerlos. Por último, para agotar la vía administrativa y poder acudir a la judicial, se interpone recurso ordinario ante el órgano superior competente por razón de la materia (art. 23 RD 928/1998).

En cuanto a la impugnación judicial de las resoluciones administrativas en esta materia, en la actualidad resulta competente la jurisdicción social, en virtud del artículo 2.º LJS. Con anterioridad a la LJS, correspondía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de la impugnación de las resoluciones sancionadoras de la autoridad laboral (art. 3.b. TRLPL y 42.5 TRLISOS).

4. Sobre si 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?

A. Breve referencia a la evolución normativa del tipo penal

Como se ha visto, la legislación laboral interviene en la tutela de los derechos de los trabajadores dictando normas que están encaminadas a prevenir, evitar o atenuar los riesgos derivados del trabajo para la vida, integridad corporal o salud, es por ello, que la legislación penal también introduce en su ámbito una protección específica de la vida y la salud de los trabajadores⁵⁸.

El Código Penal, dedica el Título XV del Libro II a los “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, incluyendo una amplia descripción de conductas típicas (arts. 316-318 CP)⁵⁹.

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales podrá dar lugar a responsabilidad penal, la cual aparece recogida en los arts. 316 y 317 CP⁶⁰. Pero la posibilidad de que exista responsabilidad criminal en los supuestos de siniestralidad laboral no queda limitada a las situaciones que describen los arts. 316 y 317. La no adopción de las medidas en materia de seguridad y salud en la prevención de riesgos, pueden tener como consecuencia un resultado lesivo, recogido en los arts. 142 y 152 CP (y siguientes) referidos a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Estaríamos ante casos de concurrencia de delitos de peligro para la seguridad de los trabajadores y los delitos de resultado, el homicidio o las lesiones efectivamente producidas, que se resolverán o bien mediante el art. 8.3 del CP, cuando el delito de resultado absorbe al de peligro, o 77 del CP, cuando el resultado producido constituya uno de los posibles resultados de la conducta omisiva que se llevó a cabo⁶¹.

⁵⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 49.

⁵⁹ Cabe señalar que hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, la protección penal de la seguridad y salud en el trabajo se venía haciendo efectiva mediante los arts. 427 “lesiones laborales” y 565 “imprudencia punible”. Con la LO 8/1983 es cuando se recoge el art. 348 bis a) que introduce un tipo de peligro concreto, referido a la seguridad de los trabajadores y que se configura como el antecedente de la regulación actual.

⁶⁰ COS EGEA M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., p. 455.

⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 722 y ss.

B. La responsabilidad penal en el hecho expuesto

Para responder a esta cuestión, es necesario que concurren todos los elementos que configuran el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, los cuales analizaremos seguidamente:

a) Tipo objetivo

El art. 316 CP 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”.

El art. 317 CP hace referencia a la imprudencia grave: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

- La conducta típica

La conducta típica que recoge el art. 316 CP, requiere la presencia de tres elementos fundamentales: La infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (elemento normativo), una conducta omisiva (elemento descriptivo) y la puesta en peligro grave del bien jurídico (elemento valorativo)⁶².

Estos tres elementos, se ponen de manifiesto por la doctrina del TS en la STS, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2001, en el FD 1º “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 reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4o) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores (...)”.

En cuanto al primer elemento: Infracción de normas de prevención de riesgos laborales:

La “infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”, configura a este tipo penal como un norma penal en blanco, que remite a la normativa de prevención de riesgos laborales⁶³. Y esta remisión del art. 316 CP, se realiza al conjunto normativo al que alude el art. 1 LPRL⁶⁴. La jurisprudencia ha hecho referencia a esta interpretación, señalando el TS en la STS, Sala de lo Penal, de 26 de julio de 2000 (recurso de casación 4716/1998) que “se trata de una norma penal en blanco que se remite genéricamente a «las normas de prevención de riesgos laborales», especialmente, pero no solo a la Ley

⁶² IGARTUA MIRÓ M-T., *Sistema de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 369-370.

⁶³ Véase la STS, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre de 1998, en la que se dispone que “la descripción del delito castigado en el artículo 316 CP, se trata de un tipo con varios elementos normativos que obligan, para la integración del mismo, a tener en cuenta lo dispuesto fuera de la propia norma penal”.

⁶⁴ Art. 1 LPRL: “La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”.

31/1995, de 8-11 (RCL 1995, 3053) , de Prevención de Riesgos Labores, sino a todas las dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico”.

Respecto a la gravedad de la infracción normativa coexisten diferentes opiniones, pero la seguida por un sector doctrinal y jurisprudencial más amplio es la que establece que la omisión debe suponer un incumplimiento grave de la normativa laboral, “pues entender lo contrario supondría extender indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de intervención mínima y de seguridad jurídica”⁶⁵. El otro razonamiento, pone de manifiesto que cualquier infracción puede integrarse dentro del tipo delictivo, sin que tenga que ser necesariamente grave⁶⁶.

En el presente caso se produce un incumplimiento de lo establecido el art. 14.2 LPRL pues no se adoptan las “medidas necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”, ya que se elabora por el contratista (y se aprueba posteriormente por el coordinador de seguridad y salud) un plan de seguridad y salud que no está sujeto al estudio de seguridad y salud que elabora el arquitecto superior. No se ponen las barandillas como medidas colectivas de protección en los huecos de la obra a excepción de un hueco de ascensor, en el que se sustituyen estas barandillas por unos tableros.

Por otra parte, como también se recoge en este apartado segundo, no se realiza la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva de la empresa, “con las especialidades que se recogen en materia de información y formación de los trabajadores”.

También se infringe el art. 14.3 LPRL en tanto que el empresario no cumple con las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con lo siguiente:

En primer lugar, conforme al art. 4 del RD 1627/97, existe la obligación legal de elaborar un estudio de seguridad y salud en la fase de redacción del proyecto por un técnico competente designado por el promotor.

No se habla de estudio básico pues, en este caso la duración estimada es superior a 30 días laborales, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente, interpretación propia a la vista de los hechos, de acuerdo con el apartado 4.1 b) (la construcción de un edificio en una zona céntrica de Coruña).

Esta obligación consta acreditada, el citado estudio se elabora por el arquitecto y el contenido del estudio se interpreta que no es el mínimo obligatorio conforme al art. 5 de la misma norma y por tanto, inválido. Cabe hacer referencia a que en este estudio se contemplan como medidas colectivas de protección para todos los huecos de la obra, las barandillas.

El anterior art. 5, establece que “las mediciones, calidades y valoración recogidas en el presupuesto del estudio de seguridad y salud podrán ser modificadas o sustituidas por alternativas propuestas por el contratista en el plan de seguridad y salud a que se refiere el art. 7, previa justificación técnica debidamente motivada, siempre que ello no

⁶⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 77 y ss.

⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p. 78.

suponga disminución del importe total, ni de los niveles de protección contenidos en el estudio”.

El plan de seguridad y salud, (art. 7 RD 1627/97) se debe elaborar en aplicación del estudio de seguridad y salud. En él, pueden proponerse medidas alternativas de prevención (como podría ser la sustitución de las barandillas por tableros a modo de plataforma en el hueco del ascensor), pero estas medidas no pueden implicar una disminución del importe (que a la luz de los hechos si se produjo, ya que no se adoptaron las medidas colectivas), deben tener una correspondiente justificación técnica (que en este caso es inexistente) y no pueden implicar la disminución de los niveles de protección previstos en el estudio básico (el no adoptar ningún tipo de medida colectiva en el resto de huecos existentes supone una importante disminución del nivel de protección, y en lo relativo a la sustitución de barandillas por plataformas, podría llevarse a cabo, pero cerciorándose del estado de la misma que en el caso no se hace, suponiendo la correspondiente disminución de los niveles de protección).

Además, el art. 9 y el 11.c) RD 1627/97, disponen que entre las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra y el contratista, respectivamente, están las de cumplir las disposiciones mínimas establecidas en el Anexo IV del presente RD durante la ejecución de la obra. Concretamente en el supuesto, debe aplicarse la Parte C.3 de este Anexo “caídas en altura”. El apartado a): “(...) 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 dos metros, se protegerán mediante barandillas u otro sistema de protección colectiva de seguridad equivalente (...)”.

c) “La 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 (...)”.

El art. 10.d), relativo a los coordinadores de seguridad vincula a estos, en virtud del art. 9, “el control previo a la puesta en servicio y el control periódico de las instalaciones y dispositivos necesarios para la ejecución de la obra”, sin perjuicio de la aprobación del plan de seguridad y salud elaborado en aplicación del estudio de seguridad y salud (art. 7.2 del mismo texto legal).

La normativa laboral impone a los arquitectos técnicos un elenco de responsabilidades específicas. El art. 1.A1: “Ordenar y dirigir la ejecución material de las obras en instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las Instrucciones del Arquitecto superior, director de las obras” y también 1.A3: “Controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo”, ambos del Decreto 265/1971 de 19 de febrero por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los arquitectos técnicos, al que se remite el art. 2.4 de la Ley 12/1986 de 1 de abril sobre regulación de la atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos.

Además, la LOE en el art. 13 también dispone las obligaciones de los “directores de la ejecución de la obra”, refiriéndose a los arquitectos técnicos, estableciendo

concretamente el “dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra”.

Al contratista, en el art. 11 de la LOE, se establece un elenco de responsabilidades para él, entre las que se encuentra la de “ejecutar la obra con sujeción al proyecto (...)”.

En relación a las dos últimas obligaciones citadas en el primer párrafo, los artículos 18 y 19 del mismo texto legal establecen: Según el art. 18 LPRL el trabajador debe recibir toda la información necesaria relativa a “los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función”. Consta acreditado que el trabajador no tenía conocimiento del peligro que corría al realizar la tarea encomendada, interpretando que por tanto se incumplió también el art. 19 LPRL en tanto que no se garantizó que el trabajador recibiera una formación teórica y práctica, suficientemente adecuada y centrada en el puesto de trabajo y función de cada trabajador. Estas dos obligaciones se caracterizan por su deber de individualización, pues la norma persigue que se otorgue una información y formación concreta y específica y práctica a cada trabajador.

Por tanto sí se verifica la infracción de las normas de prevención, y que además se califican respecto al caso como graves. Pusieron en peligro grave la vida, integridad física y salud de los trabajadores que tenían encomendadas tareas relacionadas con el transporte de mercancías por medio de los huecos existentes en la obra.

El segundo elemento de la conducta típica es la no facilitación por parte del empresario de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. La redacción de este artículo suscita principalmente dos dudas interpretativas:

¿Cuál es el alcance del término medios?. En la doctrina se observan dos posicionamientos respecto a este tema.

Quienes defienden que esta protección está limitada a no facilitar elementos materiales (tiene menor apoyo) y quienes defienden una interpretación extensiva del término medios, según la cual se incluirían tanto la no facilitación de medios materiales, como de medidas organizativas, no limitándose por tanto a obligaciones de contenido tangible y de resultado (como por ejemplo no facilitar a los trabajadores de la construcción cascos), sino también a todas aquellas obligaciones que conforman el genérico deber de protección, como es la obligación de proporcionar información y formación en materia preventiva⁶⁷.

Aparentemente la doctrina del TS se decanta por extender esta protección a la totalidad de las obligaciones previstas en el art. 14 LPRL afirmando en la STS, Sala de lo Penal, 12 de noviembre de 1998 lo siguiente:

“Se impone al empresario (...) el deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, para lo

⁶⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 83-84.

cual debe cumplir las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos laborales -artículo 14- y ha de dar las debidas instrucciones a los trabajadores -artículo 154-, así como adoptar -artículo 18- las medidas adecuadas para que aquéllos reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud que existan tanto en la empresa en su conjunto como en cada puesto de trabajo o función”.

Con la expresión “no facilitar”, incluimos como señala la SAP de Ávila, de 22 de diciembre de 2011: “No facilitar en absoluto o facilitar de modo incompleto los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”.

En este caso, se analiza esta omisión, mediante una interpretación extensiva del término medios, según la cual, se produjo en primer lugar una absoluta falta de medios de protección colectiva en todos los huecos de la obra a excepción de un único hueco en el que la medida colectiva adoptada era deficiente en relación al puesto de trabajo. Además incluimos, los incumplimientos de carácter inmaterial, que son la falta de información y formación de los trabajadores.

El último elemento es la puesta en peligro grave del bien jurídico. El tipo descrito en el art. 316 CP requiere, que con la infracción de la norma se ponga en peligro grave la vida, la salud o integridad física del trabajador. Se configura por tanto, como un delito de peligro. “Se recurre a una incriminación de la mera causación de peligro (siempre que concurren los demás elementos del tipo) con independencia de que el riesgo se materialice o no en un resultado lesivo”⁶⁸.

La interpretación del precepto lleva a calificarlo como un delito de peligro concreto, pues “el peligro es aquí un resultado que debe derivarse de la acción u omisión significativa del incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en el trabajo”⁶⁹, existe jurisprudencia al respecto que abala esta postura⁷⁰.

Con la gravedad referida al peligro, el legislador posiblemente, haya pretendido restringir la responsabilidad penal a aquellos casos de especial entidad. El concepto de peligro supone la confluencia de dos elementos que son, la probabilidad de que se produzca el resultado y la severidad del mismo. Pues la exigencia de gravedad no va en relación a la norma tipificada sino a la relevancia material de la conducta con respecto a la salud y seguridad de los trabajadores⁷¹.

Conviene precisar el término grave aplicado al peligro en el supuesto, la gravedad del riesgo es la altura a la que se realizaba el trabajo descrito⁷² (3,7 metros), con las consecuencias derivadas de tal caída (que produjeron un tratamiento que duró 690 días, y que a día de hoy le han dejado importantes secuelas, como consta acreditado en los

⁶⁸ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 480.

⁶⁹ SÁEZ VALCÁRCEL R., (Dir.), *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, p. 239.

⁷⁰ Vid. la STS, Sala de lo Penal, de 4 de junio de 2002: “Uno de los varios elementos normativos del delito del art. 316 CP, es que el peligro concreto que se crea por el comportamiento del sujeto sea grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores”.

⁷¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 89-90.

⁷² Y que además conforme al RD 1627/97, Anexo IV, Parte C, el art. 3.b) califica la altura de 2 metros, la mínimas a partir de la cual se deben aplicar las concretas disposiciones de seguridad.

hechos), existiendo en el momento anterior a la caída, una alta probabilidad de que pudiera producirse lesión de la vida, salud o integridad física.

b) El tipo subjetivo

En la actualidad, los arts. 316 y 317 tipifican la comisión dolosa y la imprudente. La gran diferencia radica en que a la conducta imprudente se impondrá la pena inferior en grado a la prevista en el tipo doloso.

Configurar una conducta entre el tipo doloso y el imprudente dependerá del caso concreto y de la apreciación de la conducta por parte del Tribunal, si bien la diferencia fundamental radica en que el dolo, debe abarcar tanto la conciencia de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales, lo que requiere un previo conocimiento o deber de conocerlas, como la creación de peligro grave que de aquella se deriva para la vida, salud o integridad física de los trabajadores y, por último la decisión del sujeto de no evitar ese peligro grave, manifestado, a su vez, en la no aplicación de la medida necesaria para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que, exigida por la norma, neutralizaría el mismo.

Puede establecerse que el tipo admite dolo eventual, que concurrirá cuando “exista conocimiento o se represente en el sujeto la alta probabilidad de que siendo necesaria la medida de prevención, su omisión generará como inevitable o muy posible una situación de riesgo grave para la vida o salud”⁷³.

El art. 317 CP castiga la misma conducta que el 316 CP pero “cuando se comete por imprudencia grave”. Y en relación a los hechos, estamos ante el delito en su versión imprudente pues no puede sostenerse que los sujetos tuvieran una conciencia del peligro y a pesar de ello omiten las medidas adecuadas, sino que existe una infracción del deber de cuidado por la ausencia de todas las previsiones exigibles por parte de los garantes de seguridad de los trabajadores, en este caso, D. Domingo Fernández y D. Pedro Rodríguez. Radica la diferencia en el elemento subjetivo, conforme al art. 14.2 LPRL⁷⁴.

Debemos analizar los elementos de seguridad existentes en la empresa Oleiros SL, que a la vista de lo sucedido, consta que no existían medidas colectivas de protección en otros huecos, ni otras omisiones en el plan de seguridad, a excepción de la que ha dado lugar a la caída de un trabajador, y en este supuesto, se observa una defectuosidad en la medida. El problema radica en la mala conservación de los tablonos dispuestos a modo de plataforma y no en la insuficiencia de la medida colectiva (las plataformas junto a las barandillas son medidas colectivas totalmente válidas para evitar caídas en altura).

C. Sujetos responsables en el caso de existencia de responsabilidad

a) Los sujetos del delito

Respecto al sujeto activo, el art. 316 establece que serán aquellos que “estando legalmente obligados”, lo que nos lleva a afirmar que estamos ante un delito especial, en el que solo podrán ser sujetos activos aquellos sobre los que recae un deber de

⁷³DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 90-91.

⁷⁴ Esta diferencia entre ambas conductas, se muestra en diferentes sentencias como por ejemplo: SAP Cádiz, de 2 de diciembre de 2008; SAP Vizcaya, de 13 de octubre de 2005.

seguridad concreto, que es el de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

La imputación de los sujetos responsables suscita una gran preocupación, pues el problema surge a la hora de precisar quiénes son los sujetos que, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales tienen atribuida tal obligación legal. Tras la entrada en vigor de la LPRL, en aplicación de su art. 14, se asimila que el exclusivamente obligado a facilitar las medidas preventivas es el empresario⁷⁵. Pero esta configuración del art. 316 CP, no impide que pueda exigirse responsabilidad penal por este delito a personas distintas del empresario, pues son de aplicación las cláusulas de actuación en lugar de otro, dispuestas en el art. 318 CP para el supuesto en que el empresario sea persona jurídica⁷⁶.

El art. 318 CP: “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 (...)”, pone de manifiesto que en el supuesto de empresa persona jurídica, no se va a derivar la responsabilidad penal a la empresa, sino que la posible autoría del delito se extiende a otros sujetos distintos del empresario. De esta forma, el art. 318 CP resuelve el tema de la autoría en personas jurídicas, siendo de aplicación preferente⁷⁷ frente al art. 31⁷⁸ CP.

b) Responsables penales en el caso expuesto

En relación a la empresa Construcciones Oleiros SL (persona jurídica) habrá que individualizar la responsabilidad penal, pues pueden ser varios los sujetos que tienen encomendadas funciones en materia de prevención, siendo potenciales sujetos activos. Determinamos ahora en relación con el caso expuesto, que personas concretamente actuaron, convirtiéndose en los responsables penales y para ello, aplicando el art. 318 CP, como regla especial, que es el mecanismo de imputación existente para la individualización de tales responsabilidades.

Establece el art. 318 CP y la SAP de Valencia, de 24 de marzo de 2009 que “serán responsables los administradores o encargados del servicio los cuales hayan sido responsables de los hechos de los hechos, y a quienes conociéndolos y pudiéndolos remediar, no hubieran adoptado las medidas para ello”.

D. Domingo Fernández Blanco, en condición de administrador, representante legal y jefe de la obra, y contratista de la misma interpretando los hechos, debe exigírsele, como profesional de la construcción, conocer sus obligaciones y los riesgos graves que conllevan ciertas tareas en la obra, como son los trabajos en altura. Debió adoptar los

⁷⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 55-56.

⁷⁶ COS EGEA M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pp. 460 y ss.

⁷⁷ COS EGEA M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., p. 463.

⁷⁸ Art. 31 CP: “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”.

medios materiales o equipos de prevención establecidos en el estudio de seguridad, en el momento en que redactó el plan de seguridad⁷⁹.

Pues “facilitar los medios necesarios” “comprende facilitar los medios materiales o técnicos de protección individual y colectiva, y también las medidas, métodos y procedimientos de trabajo, medios personales y organizativos, como eran la correcta información y formación del trabajador”⁸⁰. Por tanto esta omisión del deber de información y formación y la inexistencia de adopción de medidas de protección colectiva en todos los huecos de la obra a excepción de uno, en el que la medida era deficiente, supone una equiparable gravedad en el riesgo ocasionado a la seguridad y salud de los trabajadores.

Debe quedar clara una cuestión, que es la relativa a que la mera detentación del cargo de administrador o representante legal de una empresa no implica por regla general la responsabilidad penal de esta persona física⁸¹. Sino que la responsabilidad penal surge al constatarse la existencia real y efectiva de una vinculación de esta persona con el poder de mando o de dirección de la empresa, y más aún con el ámbito concerniente a la seguridad, al ser también contratista y jefe de la obra en la que estaba todos los días. Se acredita de este modo, el conocimiento y participación real y efectiva en la dirección de la obra y en las instrucciones de seguridad.

Por lo tanto, sí ostenta la posición de garante de seguridad que se incrementa al ser no solo administrador y representante de la empresa, sino también al ser el contratista y jefe de la obra en la que estaba todos los días. Era su obligación haber adoptado las medidas pertinentes en función de lo establecido en el estudio de seguridad y salud previamente elaborado y válido, resultando ser sujeto responsable penalmente.

Además de los administradores, la norma penal se refiere a los encargados de servicio y en general a todas aquellas personas que conociendo el hecho tuvieran potestad para remediarlo. Esta definición abarca en principio a todas las personas que tengan atribuida expresamente en la sociedad competencias en materia de seguridad e higiene y que además tuvieran la posibilidad fáctica de evitar la situación de riesgo⁸².

D. Pedro Rodríguez Testón, como aparejador y coordinador de seguridad de la obra en construcción, también tenía competencias en materia de seguridad e higiene. En su función de arquitecto técnico, la normativa laboral le impone la dirección de la ejecución material de las obras en instalaciones, cuidando de su control y correcta ejecución de acuerdo con el proyecto, y además concretamente, controlar las instalaciones provisionales y los medios auxiliares y sistemas de protección (como son las medidas colectivas de protección de los huecos de la obra y la concreta plataforma para cubrir el hueco del ascensor).

Al permitir la actuación del contratista en la elaboración del plan de seguridad y aprobarlo en función de coordinador de seguridad, sin controlar tal actuación ni verificar la seguridad de los trabajadores que iban a acceder a esa zona, incumple sus obligaciones como tal.

⁷⁹ Vid. SAP de 29 de octubre de 2014.

⁸⁰ Vid. FD 2 de la SAP de Pontevedra, de 8 de enero de 2008.

⁸¹ Esta cuestión se pone de manifiesto, entre otras, en la SAP de Valencia, de 14 de febrero de 2008.

⁸² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pp. 71 y ss.

Por otra parte, al ser nombrado coordinador de seguridad tenía más obligaciones a mayores, como el control previo a la puesta en servicio y un control periódico de las instalaciones y dispositivos necesarios para la ejecución de la obra.

Llegando a la conclusión de que en ejercicio de sus funciones como arquitecto técnico y coordinador de seguridad tenía que prevenir y controlar si real y efectivamente, el empresario ha facilitado los medios idóneos para garantizar la seguridad de los trabajadores y ser por lo tanto, consciente de la deficiente protección con la que se iba a desarrollar esa tarea por parte de los trabajadores. La consecuencia inmediata de la no protección de los huecos o de la instalar unos tablonos en mal estado como plataforma para cubrir un único hueco, es la caída en altura. Concretamente, esta caída del trabajador, fue consecuencia de que no efectuó ni mandó efectuar la comprobación de la estabilidad y solidez de los elementos del soporte, ni tampoco ordenó adoptar las medidas colectivas impuestas en el estudio de seguridad realizado por el arquitecto superior, poniendo las barandillas.

Por lo tanto, D. Pedro Rodríguez, es uno de los legalmente obligados a adoptar medidas de seguridad, porque solo mediante su control de la obra y comprobaciones pudo evitar la omisión del empresario. Tal conclusión se refuerza por la circunstancia de que en él, concurría además, la cualidad de coordinador de seguridad de la obra y aparejador.

Si bien, el TS⁸³ ha estimado que el calificativo de autor en sentido estricto no puede aplicarse a los técnicos de una obra, “a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo”.

Por lo tanto, este sujeto podría ser condenado como cooperador necesario en su modalidad omisiva, con la correspondiente equiparación punitiva (art. 28 CP) en los casos en que con su intervención pudieran evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios, como es el presente caso.

Otro sujeto que aparece en la redacción de los hechos es D. Sergio Pardo Méndez, en condición de arquitecto de la obra en construcción: tenía encargada la elaboración del proyecto y el estudio de seguridad. El hecho de estar encargado, como arquitecto de la redacción del proyecto y del estudio de seguridad, no le convierte en responsable de la omisión de las medidas de seguridad en la fase de ejecución de la obra. Además consta en el caso que no consta que tuviese encomendado el control de seguridad en la ejecución de los trabajos.

A diferencia del arquitecto técnico, no está obligado a vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales durante toda la ejecución de la obra, pues solo ha intervenido en la obra para planificar la ejecución. Al haber cumplido

⁸³ FD 1, STS, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2001.

con todas sus obligaciones de previsión y de planificación, en este supuesto, no se le imputaría como responsable penal.

De acuerdo con la LOE, el arquitecto superior es el “proyectista” y el “director de obra”, ambos definidos en los arts. 10 y 12, en los que se establecen las obligaciones relativas al mismo puesto y que principalmente se resumen en la elaboración de un proyecto con sujeción a la normativa vigente.

En último lugar, y a pesar de que no se nombra en el caso al promotor de la obra, debemos hacer alguna precisión, pues se trata de sujetos en los que puede llegar a surgir responsabilidad penal. El promotor es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realiza una obra, en los arts. 3, 4 y 5 del RD 1627/97 y en el art. 9 de la LOE, se le atribuyen una serie de obligaciones.

Existe la posibilidad de imputar al promotor la autoría del delito del artículo 316 del CP, en el supuesto de que de su incumplimiento se generara un riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores. En este caso, interpretamos que ha cumplido con las obligaciones previstas en la norma, ya que se constata que se ha elaborado un estudio de seguridad y salud y que además, al no hacerse referencia al mismo, se trata de un promotor que no asume actividad alguna de construcción y que por tanto no va a responder penalmente, frente a aquel promotor que a la vez es contratista y sus obligaciones se multiplicarían como tal.

Finalmente, cabe hacer una precisión y es que los sujetos a los que se les atribuye la responsabilidad penal, son los sujetos que serían condenados conforme a la normativa prevista en el tiempo en que ocurrieron los hechos, año 2006. En esta época, no estaba vigente el actual art. 31 bis del CP (que se implantó en diciembre de 2010), según el cual, las personas jurídicas si pueden ser penalmente responsables de los delitos que se cometan en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Por lo tanto, este artículo podría dar lugar a otra posible interpretación, pudiendo absolverse a alguno de los sujetos penalmente responsables, conforme a otra interpretación.

D. En relación a cuales serían los delitos y sus penas

Se condenaría a D. Domingo Fernández y D. Pedro Rodríguez Testón como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores por imprudencia grave así como de un delito de lesiones por imprudencia grave en concurso ideal con el anterior.

El delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152.1.2 CP⁸⁴ en relación con el art. 149 CP⁸⁵, y el delito contra los derechos de los trabajadores por imprudencia grave del artículo 317⁸⁶ en relación con el 316 CP⁸⁷. Delito que no se

⁸⁴ “El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: (...) 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149”.

⁸⁵ “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”.

⁸⁶ 317 CP: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

⁸⁷ 316 CP: “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

puede estimar absorbido por el primero dado que la situación de riesgo, además de determinar la producción de lesiones en el trabajador Jorge García, en esta obra de construcción otros trabajadores estuvieron expuestos al mismo riesgo, pudiéndose extender también a ellos el resultado producido, pues en la construcción de un edificio tiene que haber más de un trabajador encargado de transportar las carretillas con materiales a los huecos del ascensor, introducir las y engancharlas al cable para ser izadas por el susodicho hueco, por lo tanto estamos ante un concurso ideal del art 77 CP.

Por otra parte, las lesiones sufridas por el trabajador Jorge García, son constitutivas del art. 149.1 CP por su gravedad objetiva, en su vertiente de imprudencia, recogida en el art. 152.1.2º CP⁸⁸. La imprudencia grave que requiere el art. 152 CP podría interpretarse con el apoyo de informes médicos que sí existe pues al trabajador, que ostenta un grado de IP absoluta, le quedaron unas secuelas determinadas, que se pueden encuadrar dentro del tipo recogido en dicho artículo.

Respecto a la penalidad, debemos atender a lo dispuesto en el art. 77 CP en virtud del cual: 77.2. “En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

La penalidad que se establece para el delito imprudente del delito contra los derechos de los trabajadores, art. 317 CP, es “la pena inferior en grado” del art. 316 CP que impone “penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”. Por lo tanto la penalidad del art. 317 sería prisión de 3 a 6 meses y de 3 a 6 meses de multa.

Por otro lado, la penalidad del art. 152.1.2º. CP es “pena de prisión de uno a tres años”.

En conclusión, si tenemos que aplicar la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, debemos calcularla en función del artículo 152.1.2º, que será de 2 a 3 años de prisión. Por lo tanto la penalidad derivada de los delitos que corresponde a aplicar a los sujetos responsables es la de 2 a 3 años de prisión.

Además, conforme al art. 152.3. CP: “Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años”.

Por lo tanto, debemos aplicar el art. 56 CP, conforme al cual, se podría aplicar una pena accesoria a la de la prisión. En este sentido, al tratarse de un delito de pena de prisión inferior a 10 años, se podrían aplicar, si el juez lo interpretara como pertinente las siguientes penas accesorias: A D. Domingo Fernández, una pena accesoria del art. 56.1.2 CP: “Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”. Y al arquitecto técnico, D. Pedro Rodríguez, en su condición de

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”.

⁸⁸ “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 (...)”.

aparejador, se le podría aplicar la contenida en el art. 56.1.3 CP: “Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”.

Esta pena accesoria de inhabilitación especial, cobra importancia en materia de seguridad laboral pues los delitos de los artículos 316 y 317 del CP están vinculados a una determinada profesión u oficio, pues el “legalmente obligado” lo es en su condición de profesional o practicante de un oficio del que deriva esa obligación de proporcionar los medios necesarios para un trabajo seguro. solo se podrá imponer cuando este sujeto haya tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ello para cometerlo⁸⁹.

Cabe destacar la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2007 y la SAP de Pontevedra de 28 de noviembre de 2008, que hacen referencia a la necesidad de que exista una relación directa con el delito cometido, en este caso, se podría interpretar que si la hubo, pues el aparejador actuó en condición de su profesión, incumplimiento normas especialmente atribuidas a él por el oficio que desempeña, dispone esta stc que: “El artículo 56.1.3º del Código Penal dispone que para aplicar dicha pena accesoria la profesión u oficio debe de haber tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”.

Estas penas accesorias, se añadirían a la pena de prisión establecida para ambos, conforme al art. 56.2 CP: “Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

5. Sobre la responsabilidad civil, de existir, dónde y cómo se resolvería

A resultas de un accidente de trabajo acaecido es posible, que el trabajador exija a su empresario una responsabilidad indemnizatoria cuando haya mediado culpa o dolo del mismo⁹⁰ y existan unas lesiones que el trabajador padece con ocasión o por consecuencia del accidente de trabajo. Estas lesiones producen evidentes daños patrimoniales y extrapatrimoniales al trabajador que las sufre y desencadenan las consecuentes responsabilidades empresariales para su reparación⁹¹.

Una de las responsabilidades desencadenantes es la responsabilidad civil o patrimonial por accidente de trabajo, la cual, aparece referida y presupuesta por el art. 42 LPRL pero no está regulada de modo directo en esta norma, sino que debe acudir al Código

⁸⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., p.101.

⁹⁰ La responsabilidad empresarial por daños y perjuicios se basa en la idea de culpa, pues como establece la STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2003: “Si se parte de que no ha existido ningún incumplimiento de normas de seguridad ni actuaciones culpables de las que se haya derivado el accidente, no se ve cómo puede existir responsabilidad por los daños ocasionados por aquel evento”.

⁹¹ AZÓN VILAS F-V./ MARTÍN CASALLO LÓPEZ J-J./ MARTÍNEZ MOYA J./ MARÍN CASTÁN F., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2009, pp. 101 y ss.

Civil pues esta responsabilidad se rige por la normativa general y puede derivar de delito o de infracción administrativa⁹².

Esta responsabilidad civil tiene como finalidad la reparación del daño producido. Pues una vez producido el daño, surge la obligación de repararlo, la cual, puede cumplirse de dos maneras distintas: La específica, es decir, restituir al perjudicado en su derecho, colocándolo en la situación en la que se encontraba antes o, por equivalente, abonándole una cantidad de dinero que pretenda resarcir o compensar el daño sufrido.

En el supuesto que se nos presenta, no podemos hablar de un modo específico de reparación, pues al sujeto como consecuencia del accidente de trabajo le han quedado unas secuelas importantes que solo podrán compensarse por medio de una indemnización⁹³.

La obligación de indemnizar el daño causado es consecuencia directa de la imputación de responsabilidad en cualquiera de sus clases⁹⁴. Y según el marco jurídico en el que se hayan producido los daños, hablaremos de una clase u otra.

Vamos a ver, por tanto, en este concreto marco, cómo se resolvería la responsabilidad civil. Podría existir una responsabilidad directa o, también, derivada de delito, pues en función de cual sea la interpretación del órgano jurisdiccional penal, podrá existir la comisión de un delito o no.

A. Ejercicio de la responsabilidad civil en un procedimiento separado del penal

A la hora de reconducir a su base normativa esta responsabilidad empresarial por previas conductas negligentes que hubieran propiciado el accidente de trabajo, se duda entre dos posibilidades diversas, la delimitación de responsabilidad contractual o extracontractual. Para resolver este problema de delimitación, y en relación al caso que se nos expone llegamos a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, debemos descartar la existencia de una responsabilidad extracontractual la cual, se encuentra brindada por los arts. 1902 y concordantes a la responsabilidad extracontractual en el CC.

Este tipo de responsabilidad, se caracteriza por la producción de un daño por la conducta de otro sujeto, pero entre el mismo y el perjudicado no hay una relación jurídica preexistente, o bien aunque existe dicha relación, el perjuicio ocasionado no surge como consecuencia de un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. El daño se produce por una actuación culpable o negligente que quebranta el genérico deber de no causar daños a otros⁹⁵.

La responsabilidad civil contractual se recoge en los arts. 1101 y concordantes, relativos a la responsabilidad contractual. En lo que se refiere a la relación laboral, esta

⁹² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ G., *Los riesgos laborales*, Doctrina y Jurisprudencia Civil, Thomson Cívitas, Navarra, 2007, pp. 97 y ss.

⁹³ AZÓN VILAS F-V. et. al., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, cit., p. 61.

⁹⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., p. 34.

⁹⁵ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., pp. 36 y ss.

responsabilidad surge cuando una de las partes (el empleador) del negocio jurídico (el contrato de trabajo entre ambos) incumple sus obligaciones, bastando un incumplimiento de cualquier clase⁹⁶.

Cuando el empresario incumple sus obligaciones en materia de seguridad e higiene, existe una previa infracción patronal de los deberes que por la existencia misma del contrato de trabajo, pesan sobre él⁹⁷. En este supuesto se produce un incumplimiento empresarial de normas relativas a la prevención de riesgos laborales, y que por lo tanto es claramente referible a una obligación contractual. Tal y como se pone de manifiesto en el art. 4.2.d) y 19 ET y 14 LPRL.

Conviene hacer una breve referencia a los elementos configuradores de esta responsabilidad contractual: “1. Negocio o vínculo jurídico (preexistente) entre quien produce un daño y quien lo sufre. 2. Incumplimiento (total o parcial) o cumplimiento defectuoso (en la ejecución de lo pactado, en el tiempo) por una de las partes respecto del contenido de tal negocio jurídico. 3. Producción del daño a la contraparte como consecuencia de tal incumplimiento, siendo necesaria una causalidad adecuada entre la conducta del agente y el resultado dañoso. 4. Imputación de la conducta dañosa al sujeto incumplidor”⁹⁸.

Centrándonos en el caso que se nos expone, llegamos a la conclusión de que la responsabilidad civil directa deberá ser calificada como contractual y respecto a la imputación dañosa, esta recaerá sobre la figura de el empresario como tal y el arquitecto técnico de la obra:

En la sentencia del TSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2014 se dispone que: “En el ámbito específico de la seguridad y salud en el trabajo lo normal es que las reclamaciones de responsabilidad se planteen entre las partes de un contrato de trabajo del que nacen, obligaciones de seguridad e higiene y, en especial un deber genérico de seguridad a cargo del empresario. La producción de daños por incumplimiento de las mismas, o por cumplimiento defectuoso mediante dolo o negligencia podría dar lugar, en consecuencia, a responsabilidad contractual”.

Esta justificación se realiza en función del análisis de los siguientes preceptos: “El empleador, asume la obligación en el contrato de trabajo de "garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo" (art. 14.2), deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico en los arts. 4.2.d) y 19.1 ET. Esta obligación, impuesta ex lege, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo.(...)” (STS, Sala de lo Social, 22 de junio de 2005).

Pero la responsabilidad del empleador, en este caso, de Domingo Fernández (representante, administrador y jefe de obra de la empresa) no excluye tampoco la responsabilidad indemnizatoria directa de otros sujetos, que conforme a la propia

⁹⁶ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 464 y ss.

⁹⁷ AZÓN VILAS F-V. et. al., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, cit., p. 431 y ss.

⁹⁸ AZÓN VILAS F-V. et. al., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, cit., p. 35.

legislación laboral, asumen obligaciones directas en materia preventiva⁹⁹. Como sucede en este caso con el aparejador de la obra.

Respecto a la conducta de Pedro Rodríguez Testón, ésta también se encuadra dentro de una responsabilidad contractual y ello en base a lo siguiente: Como arquitecto técnico y coordinador de seguridad y salud en la obra en la que ocurrió el accidente de trabajo, tenía una responsabilidad en la vigilancia, control y supervisión de los trabajos y sistemas de protección empleados en la realización de la ejecución de la obra, dirigiendo la ejecución de acuerdo con el proyecto y las instrucciones del director de obra, tal y como se refleja en el art. 7 y 9 del RD.1627/97 y 13 de la LOE. Pues él mismo, permitió que los huecos de ascensor no tuvieran las medidas colectivas de protección establecidas en el estudio de seguridad, y que además, en el caso concreto los tabloneros puestos en un único hueco, no estuvieran en buen estado.

La omisión de este sujeto, en el control de seguridad y salud de los trabajadores de la obra fue determinante en la producción del resultado por lo que los efectos de la responsabilidad civil además de recaer sobre el empresario principal, deberá repercutir de forma solidaria en la persona del coordinador de seguridad.

En la responsabilidad civil contractual con carácter general, se autoriza a los empresarios a concertar pólizas de aseguramiento privado de esta responsabilidad económica, mediante el mecanismo de aseguramiento privado. Así se recoge tanto en el art. 3.1 d) del RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y en el art. 15 LRRL: “Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

Sin perjuicio, de que habrá que atender a las pólizas de seguro que ambos tenían contratadas y analizar qué tipos de riesgos tenían cubiertos y si responderán por tanto las compañías aseguradoras. En el caso, no se hace referencia a los riesgos cubiertos ni por la compañía VitalSegur España (de la empresa) ni por HNS Seguros, SA (del aparejador). Se trata de un aseguramiento puramente privado, que tiene como fin cubrir las indemnizaciones a que pudiera ser condenado el sujeto o sujetos responsables y en el caso de que no se cubrieran estos riesgos, responderían los sujetos directamente.

Respecto a la cuestión de dónde se resolvería esta responsabilidad: En el ámbito de la responsabilidad por accidente de trabajo, el debate más importante que venía sucediendo en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, era el relativo a la delimitación del orden jurisdiccional competente: si el civil o el social.

Tras la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social, el orden social se convierte en la jurisdicción ordinaria para todas las reclamaciones de responsabilidad en materia de riesgos profesionales. Tanto contra el empresario como contra los sujetos a quienes se atribuye legal o contractualmente responsabilidad por los daños.

⁹⁹ CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de derecho del trabajo*, cit., p. 324.

Como los hechos ocurren en el año 2006, cuando no se encontraba en vigor esta norma, procedemos a resolver cual sería la interpretación que podría llevarse a cabo y cual el órgano jurisdiccional competente.

La jurisprudencia venía resolviendo este debate del modo siguiente: si la responsabilidad derivada de accidente de trabajo es contractual, siendo la relación entre trabajador y empleador un contrato de trabajo, la competencia debería ser del orden social¹⁰⁰. Pero el TS en el año 1994 vino a resolver de un modo más concluyente esta cuestión, del modo siguiente:

“Cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (...) la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al orden social «las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo». Desde esta perspectiva es ahora irrelevante que la responsabilidad controvertida pueda calificarse, (...) como extracontractual -cuando «el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente» (...) o como contractual -cuando el hecho determinante del daño surge «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial». Lo decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil y es éste el caso que se suscita en las presentes actuaciones, (...), según los actores, del eventual incumplimiento de la prohibición que establece el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, de lo que califican como una infracción laboral y por ello hay que concluir que es competente el orden social de la jurisdicción (STS, Sala de lo Social, 24 de mayo de 1994).

Por lo tanto, a la vista de lo señalado, no cabe más que concluir que en el año 2006 sería competente el orden jurisdiccional social, como consecuencia de la interpretación que llevaban a cabo los Tribunales al estar ante un incumplimiento contractual enmarcado en una relación de trabajo. Si este conflicto surgiera a día de hoy, no existiría tal problema, y el órgano competente sería la jurisdicción social en virtud del artículo 2.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”.

B. La responsabilidad civil derivada de delito

Esta responsabilidad se regula en el art. 109 del CP, su apartado primero declara la existencia de una obligación de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho descrito por la ley como delito o falta. Por lo tanto quien comete un delito queda obligado a reparar los daños y perjuicios causados con su conducta, dolosa o culpable.

La naturaleza de esta institución es civil y constituye una parte de la responsabilidad civil extracontractual, caracterizada porque el acto ilícito que la genera es constitutivo

¹⁰⁰ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 463.

de infracción penal (delito o falta) siendo éste el elemento que la diferencia del resto de la responsabilidad civil extracontractual. El art. 1092 CC nos remite a lo dispuesto por el CP para regular las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas.

El fundamento de toda responsabilidad civil es la existencia de un daño, concretamente, al tratarse de responsabilidad civil derivada de delito, el daño causado por un ilícito penal. Es el art. 116.1 CP el que dispone: “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”. De este precepto se deduce que la responsabilidad penal implica la civil, reparando un daño causado a las personas, cuando el perjudicado lo solicite.

Según lo dispuesto en el art. 112 LECr una vez ejercitada la acción penal, se entiende utilizada también la civil. Por lo tanto la regla general es que ambas acciones se ejerciten conjuntamente y que el órgano competente de la jurisdicción penal, generalmente al dictar sentencia condenatoria, se pronuncie también sobre el resarcimiento de los daños o perjuicios. El fundamento de la acumulación de acciones se encuentra en razones de economía procesal y persigue además la finalidad de que la pretensión resarcitoria del perjudicado sea atendida lo antes posible, evitándole tener que acudir a otro procedimiento¹⁰¹.

Pero el perjudicado podría reservar la acción civil, de tal modo que la sentencia penal no resolverá sobre la responsabilidad de tal naturaleza y habrá que instar el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción civil o social (art. 109.2 CP). En el supuesto, lo más práctico para el trabajador será ejercitar la acción de responsabilidad civil en el proceso penal, conociendo por tanto el tribunal penal correspondiente.

El art. 110 CP alude al contenido de la responsabilidad civil derivada del delito. Esta comprende, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Como se puso de manifiesto anteriormente se deberá producir un resarcimiento por el equivalente, regulado en el art. 113 CP, es decir, una indemnización de los perjuicios materiales o morales.

En el caso, al ser varias personas las que llevan a cabo el hecho punible del que han derivado daños y perjuicios para el trabajador accidentado, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno, en función de la incidencia de su conducta en la producción del daño, pues todos los que hayan tomado parte en el delito deben tener asignada una cuota¹⁰². En el caso de que no se especifiquen las cuotas, se entiende que son iguales¹⁰³.

Cabe sin embargo, hacer referencia a la posibilidad de la existencia de una responsabilidad subsidiaria del empresario, en relación a la conducta del aparejador.

¹⁰¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., p. 42.

¹⁰² Vid. STS, Sala de lo Penal, de 7 de Marzo de 2003.

¹⁰³ Vid. STS, Sala de lo Penal, de 9 de octubre de 2006.

Pues bien, el art. 120.4 del CP¹⁰⁴ regula la responsabilidad subsidiaria. Tomando como referencia la jurisprudencia elaborada hasta el momento, se establecen las siguientes líneas para poder hablar de este tipo de responsabilidad:

Quien ejercita una actividad peligrosa (como puede entenderse la construcción), debe asumir también la responsabilidad de los eventuales perjuicios que le cause la ejecución de aquellos. Por lo tanto, la responsabilidad civil del empresario es objetiva y puede exigirse con independencia de la concurrencia o no de culpa civil en él. (Al respecto: STS de 16 de septiembre de 1992; STS de 5 de julio de 1993; STS de 28 de septiembre de 1994). Se trata de una responsabilidad por representación, el empresario responde por el hecho de tener unos subordinados que actúan para él.

Pero, se trata de una responsabilidad subsidiaria, igual que el resto de supuestos tratados en este art. 120 y en líneas generales, debe existir una relación de dependencia, estableciendo la jurisprudencia que puede tratarse de un vínculo de cualquier naturaleza¹⁰⁵. Para que un Tribunal niegue la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, debe darse una desconexión total y absoluta entre el servicio prestado y el daño causado.

Como se explicó anteriormente, habría que analizar que tipo de riesgos cubre cada seguro, pudiendo ser el responsable del pago las compañías aseguradoras. El art. 117 del CP establece la responsabilidad civil directa del asegurador hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, en los casos en que se produzca el evento que determine el riesgo asegurado.

C. Los daños que deben ser objeto de indemnización y cuantificación de la indemnización

La indemnización de los daños y perjuicios es siempre de naturaleza pecuniaria y persigue dejar al sujeto perjudicado resarcido de las consecuencias dañosas causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. Es por esto, que esta finalidad resarcitoria se desdobra en dos grandes objetivos: Por un lado procura fundamentalmente la satisfacción del perjudicado si bien en ocasiones pueda también servir como medida preventiva que persigue, que el obligado no desee volver a cometer el hecho dañoso¹⁰⁶.

Para que un daño se conceptúe como reparable debe reunir tres requisitos básicos: 1. Que se trate de un daño injusto, que la víctima no tiene deber de soportar. 2. Que sea relevante. 3. Que se acredite su existencia.¹⁰⁷ En el supuesto que se nos describe el daño que sufre el trabajador accidentado cumpliría todos los requisitos para poder ser indemnizable, pues sufre unas lesiones como consecuencia del trabajo que realizaba y accede a la situación de IP absoluta debido a las secuelas causadas por el accidente, se trata de un daño acreditado.

¹⁰⁴ 120.4.º: “Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

¹⁰⁵ STS, Sala de lo Penal, de 12 de mayo de 1992; STS, Sala de lo Penal, de 13 de octubre de 1993.

¹⁰⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., p. 62.

¹⁰⁷ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit., p. 51 y ss.

Deben diferenciarse dos tipos de daños resarcibles: Los daños patrimoniales y dentro de éstos, el daño emergente (pérdida de ganancias producidas por el accidente, así como el incremento de gastos que derivan del mismo) y el lucro cesante (ganancias dejadas de percibir en el futuro a raíz del mismo), así se dispone en el art. 1106 del CC. Y los daños extrapatrimoniales, que incluyen los daños personales (daños biológicos, a la integridad psico-física del trabajador y daños a otros derechos de la personalidad) y daños morales, en sentido propio¹⁰⁸.

Por lo que atañe a la indemnización y a su cuantía pone de manifiesto el TS que la misma debe ser adecuada, proporcionada y suficiente:

“Como manifestación del principio general de nuestro ordenamiento jurídico, deducible, entre otros, de los arts. 1101 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo, cabe afirmar que en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Del referido principio se deduce la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación y, «a sensu contrario», que la reparación (...) no debe exceder del daño o perjuicio sufrido o, dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena”.

Pero nos remitimos a lo expuesto en el primer apartado del informe, según lo cual: El TS mantiene la postura de una compatibilidad limitada entre la responsabilidad civil y las prestaciones de SS, en el sentido de que habría que tener en cuenta las cantidades percibidas pero, solo cabe descontar por conceptos que sean homogéneos. Y esta compensación o descuento, entre la indemnización civil y la prestación social se proyecta sólo en la parte indemnizatoria correspondiente al lucro cesante o pérdida de ingresos debidos al accidente de trabajo, así se dispone en la STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2007.

Para la fijación del importe indemnizatorio, los Tribunales, tienen un margen de discrecionalidad aunque tienen la obligación de motivar su decisión, al respecto el TS pues establece, en la STS, Sala de lo Social, 17 de julio de 2007:

“Se debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios, (...). La exigible especificación de los daños y perjuicios únicamente puede llevarse a efecto distinguiendo entre los que corresponden a las categorías básicas: el daño corporal [lesiones físicas y psíquicas], el daño moral [sufrimiento psíquico o espiritual], el daño emergente [pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso] y el lucro cesante [pérdida de ingresos y de expectativas laborales](FD 7).

“A falta de norma legal expresa en materia laboral, la indemnización alcanzará sin limitación -en principio- a los daños y perjuicios que como derivados del AT se

¹⁰⁸ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 469.

acrediten, aunque los órganos judiciales puedan acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios; tales como la DA Octava de la Ley 30/1995, sobre Responsabilidad Civil y Seguro de vehículo de motor, que constituyen en todo caso, un criterio de referencia opcional pero en ningún caso de aplicación directa u obligada” (STS, Sala de lo Social, 2 de octubre de 2000).

D. La posibilidad de ejercicio simultáneo de la acción civil en los procedimientos social y penal

Por último, debemos poner de manifiesto, basándonos en la sentencia del TS, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2005, una conclusión final relativa al ejercicio simultáneo de la acción civil en los procedimientos penal y social. Establece el TS que lo que no resulta admisible es la tramitación al mismo tiempo de los procedimientos penal y laboral en los que sobre unos mismos hechos se ejercite acción civil simultáneamente, de tal modo que en tanto no concluya la vía penal por resolución firme sin que se conceda en ella la indemnización solicitada, no es posible entablar un procedimiento laboral para conocer de los hechos denunciados como infracción penal y de sus consecuencias en la vertiente laboral.

Por lo tanto, no cabría el ejercicio simultáneo de la acción civil en ambos procedimientos. Pero lo que si cabría es lo siguiente:

“Si en la vía penal se concluye que no existe responsabilidad civil derivada del delito o falta que se enjuicia, ningún inconveniente existe que en vía laboral se inste el resarcimiento de un daño o perjuicio que se asienta en posibles vulneraciones jurídicas asentadas en otros ilícitos ajenos por completo a posible delito o falta” (STSJ de Asturias, Sala de lo Social, 26 de septiembre de 2014).

Esto no debe confundirse con la posibilidad de que haya cosa juzgada, cuando la resolución penal juzgue sobre el fondo de la responsabilidad civil¹⁰⁹. Aunque no ocurre normalmente en supuestos de absolucón.

6. Sobre el responsable del recargo de prestaciones de seguridad social

Antes de realizar una concreción acerca del sujeto responsable del recargo de prestaciones de seguridad social, conviene realizar unas matizaciones, respecto a su concepto y principales características.

A. Concepto

En el Sistema de la Seguridad Social se ha integrado la previsión de accidentes de trabajo, dando lugar a indemnizaciones tasadas, (“prestaciones”) como respuesta al daño sufrido por el accidentado, y a las que ordinariamente se denomina “prestaciones básicas de SS”¹¹⁰. Estas prestaciones de SS, se ven reforzadas cuando el accidente de trabajo se produce como consecuencia de un incumplimiento por parte del empresario

¹⁰⁹ Vid. STSJ de Navarra, de 30 de diciembre de 2002.

¹¹⁰ AZÓN VILAS F-V. et. al., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales* cit., pp. 348 y ss.

en materia de prevención de riesgos laborales. En este supuesto, el trabajador tiene derecho a un recargo sobre las citadas prestaciones ordinarias de SS.

El art. 123 TRLGSS se encarga de regular esta figura, en tanto que establece que: “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”.

B. Naturaleza y finalidad

Concretar la naturaleza del recargo sigue siendo, a día de hoy, una cuestión aparentemente polémica tanto doctrinal como jurisprudencialmente y que ha ido variando con el paso del tiempo. La principal incertidumbre radica entre su carácter sancionador o prestacional, aunque también existen posiciones recientes que se inclinan por otorgarle una naturaleza mixta. Estas variaciones se pueden ver reflejadas en la doctrina del TS:

En un primer momento, pareció asentar la naturaleza indemnizatoria del recargo, tal y como recoge la STS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 1998, pues en este caso el Tribunal incluía la suma de dinero que procedía del recargo entre el resto de cantidades que integraban la indemnización total, argumentando que solo existía un solo daño a compensar y por tanto, refiriéndose a la figura del recargo con naturaleza indemnizadora.

Es aparentemente en el año 2000, cuando el Tribunal Supremo se refiere al recargo como una figura de naturaleza sancionadora, con la siguiente doctrina: “El recargo ostenta un carácter sancionador, pues es una pena o sanción que se añade a una propia prestación previamente establecida y cuya imputación solo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. 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” (STS de 2 de Octubre de 2000, Sala de lo Social).

“La finalidad del recargo, en una sociedad en la que mantienen unos altos índices de siniestralidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables por tanto, al empresario infractor, el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo. Por lo tanto, se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente”(STS de 2 de Octubre de 2000, Sala de lo Social).

En la misma sentencia se recoge, sin embargo, un voto particular que respalda nuevamente la naturaleza indemnizadora del recargo. Este voto es formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Antonio Martín Valverde, D. Mariano Sampedro Corral, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Arturo Fernández López y D. Jesús González Peña. Sostienen que el recargo actúa como indemnización porque solamente se reconoce en beneficio del que resulta perjudicado por una infracción del empleador, sin que se ingrese su importe en el erario público. Además, “desde el momento en que el recargo se abona por el productor del daño al perjudicado, como consecuencia de la responsabilidad de aquél en el accidente del que deriva el perjuicio de éste, su importe debe computarse como una partida de la indemnización”.

Recientemente, los Tribunales ya han abandonado en gran medida las tesis de la naturaleza sancionadora o en su caso indemnizatoria, y establecen que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora, pero desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional de carácter indemnizatorio¹¹¹.

Se muestran por tanto tres posiciones jurisprudenciales diferentes, que constatan el debate que aún se mantiene a día de hoy, respecto de la naturaleza del recargo. Situándonos en el momento en el que ocurrió el siniestro, año 2006, en esta etapa la línea aparentemente seguida era la de su naturaleza sancionadora, de la que se parte a lo largo de la exposición del recargo pues nos situamos en la etapa concreta del acaecimiento del accidente. Pero aparentemente el problema de su naturaleza no tiene consecuencias prácticas relevantes dada su regulación en la ley¹¹².

C. Elementos configuradores del recargo

Para que pueda imponerse el recargo, es necesario que concurren los elementos configuradores del mismo, enumerados constantemente por la doctrina jurisprudencial:

a) que un trabajador sufra lesiones en un accidente de trabajo o por enfermedad profesional; b) que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad; c) que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión¹¹³.

a) Prestación derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

En primer lugar, se requiere que nos encontremos con un accidente de trabajo o bien una enfermedad profesional. En este supuesto estamos ante un accidente de trabajo al sufrir el trabajador importantes lesiones tras caer por el hueco del ascensor.

No obstante lo anterior, no solo debe producirse el accidente de trabajo, sino que además, debe dar lugar al derecho a obtener prestaciones de SS, como consecuencia de las lesiones efectivamente sufridas y sobre las que se aplicaría, en su caso, el porcentaje que el recargo supone. Las prestaciones otorgadas en concepto de mejora voluntaria se rigen por el convenio o pacto que las crea y no se rigen por el art. 123 TRLGSS¹¹⁴. Esta

¹¹¹ Vid. STS, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2011 (FD 5).

¹¹² FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 423.

¹¹³ Vid. STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2014; STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2009.

¹¹⁴ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., p. 424.

tesis es la asumida por la jurisprudencia, la cual reitera que el recargo de estas prestaciones permanece fuera del sistema de Seguridad Social pública¹¹⁵.

b) Infracción y principio de culpabilidad

No todo accidente de trabajo lleva aparejado el recargo, sino que éste sólo surge ante la infracción de las obligaciones legales por parte del empresario. Si bien es cierto que existen diferentes opiniones a la hora de concretar qué tipo de infracción ha de contemplarse como fundamento sobre el que se asiente la imposición del recargo, en este caso la cuestión es más sencilla. El problema surge a la hora de interpretar si se debe optar por una concepción estricta de la infracción, un incumplimiento de una norma que contenga un deber de seguridad específico o si bien, debe bastar con un incumplimiento del deber general de protección¹¹⁶. En este caso, se producen unos incumplimientos concretos de la normativa de prevención, que no darían lugar a debate, concretamente: Incumplimiento de obligaciones de protección y prevención, pues tal y como se puso de manifiesto anteriormente, las conductas se encuadran dentro de las infracciones recogidas en los arts. 12.8 y 12.23.b) TRLISOS. Que son el incumplimiento de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo y el incumplimiento de las obligaciones en materia de información y formación suficiente y adecuada a los trabajadores.

Respecto a la culpabilidad, cabe señalar que en rigor el art. 123 TRLGSS no menciona este elemento de la culpabilidad, bastando con acreditar el incumplimiento de la medida de seguridad por el empresario y la consecuencia dañosa sobre el trabajador. Pero, pese a ello, el recargo sigue siendo un supuesto de responsabilidad por culpa porque se fundamenta en la conducta infractora del empresario como causa del accidente. Es por ello, que el requisito de la culpa se asocia generalmente a la existencia misma de la infracción¹¹⁷.

c) Nexo de causalidad

Es necesaria la existencia del nexo causal entre el daño que sufre el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo y la omisión de las medidas de seguridad y prevención que corresponde adoptar al empresario¹¹⁸. Es este incumplimiento por parte del empresario el que ocasiona la producción de las lesiones al trabajador, las cuales generaron en este caso concreto un tratamiento de una duración de 690 días, como consta acreditado y que han supuesto importantes secuelas para el propio trabajador.

D. Sujeto responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social

El sujeto responsable del recargo es, siempre y exclusivamente, el empresario infractor. Así se recoge en el ya citado art. 123.2 TRLGSS: “La responsabilidad del pago del

¹¹⁵ Vid. en este sentido la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2014, FD 7.

¹¹⁶ Vid. STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2014, la cual aclara en el FD 4 que “no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos (...) bastará con que se violen normas genéricas (...) Pues el deber del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, dispensándose esta protección aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador”.

¹¹⁷ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp.425-429.

¹¹⁸ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp.429 y ss.

recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor”.

Interesa discernir si esta responsabilidad podría alcanzar también al promotor de la obra, al que a pesar de no hacerse mención en el supuesto, es una persona física no relacionada con el mundo de la construcción, que encarga a otra empresa, como contratista, la construcción de un edificio.

La responsabilidad por el recargo de prestaciones no podría extenderse al promotor de la obra, y ello tomando como referencia la opinión manifestada por ALTÉS TARREGA, según la cual “si atendemos a la normativa que regula la actividad de la construcción puede observarse como la noción de empresario principal no descansa sobre la figura del promotor, sino sobre la figura del contratista”. El art. 2.1.i del RD 1627/97, al definir al subcontratista, dispone que es: “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes(...)”. Esta tesis se refuerza con lo dispuesto, en la LSSC aunque su vigencia se produce el 19 de Abril de 2007, al establecer en su artículo 3.e, la equiparación entre contratista y empresario principal, definiéndolo como “ la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”.

El promotor no podrá ser considerado como empresario principal, salvo que habláramos de un promotor-constructor, que no es el caso, ya que en la primera frase del supuesto se nos indica que “Construcciones Oleiros SL fue contratada para la construcción de un edificio”. Por lo tanto la imposición del pago directo del recargo en la prestación correspondiente, regulado en el art. 123 TRLGSS, no puede aplicarse al promotor como sujeto infractor¹¹⁹. Además, debemos precisar que responde el empresario, aunque el responsable directo de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad fuera un encargado, un capataz o un jefe de equipo, como en este caso podría ser el aparejador de la obra, o en su caso el administrador de la empresa.

En este supuesto es Construcciones Oleiros SL como persona jurídica, la que debe hacer frente al pago del recargo, como único responsable y sin que quepa atribuir responsabilidad alguna directa ni indirecta al INSS, ni siquiera con carácter subsidiario, ni al promotor, ni en su caso a Mutuas de Accidentes de Trabajo, según constante jurisprudencia¹²⁰. Tratándose esta de una cuestión sobre la que existe un aparente consenso jurisprudencial, en tanto el recargo por falta de medidas de seguridad tiene carácter sancionador (como se aclaró con anterioridad) lo que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable¹²¹.

¹¹⁹ ALTÉS TÁRREGA, J-A., “Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9/2014, Valladolid, 2014, pp. 15-22.

¹²⁰ Vid. STS, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2000, FD 2: “En orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS (...), recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario”; en el mismo sentido.: STSJ de C. Valenciana, Sala de lo Social, de 10 de junio de 1999; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de junio de 1994.

¹²¹ AZÓN VILAS F-V. et. al., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, cit. pp. 397 y ss.

Asimismo, reviste relevancia el tema del aseguramiento del recargo. A este respecto cabe mencionar, nuevamente, el art. 123.2 TRLGSS en el cual se establece que en la responsabilidad del pago del recargo “no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”.

El TS ya se pronunció sobre esta cuestión en el año 1993, en un recurso de casación para unificación de doctrina¹²², en el cual, se parte del art. 93.2 de la antigua Ley General de la Seguridad Social de 1974, el cual recogía que “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número 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” (que es lo que hoy se recoge en el actual art. 123 TRLGSS). El TS declara lo siguiente:

“Que la imposibilidad legal de aseguramiento de la responsabilidad empresarial sobre el recargo por falta de medidas de seguridad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado, que el recargo indicado queda fuera del área de protección del sistema de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente, sino que es, por el contrario, una pena o sanción que se añade a una 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”. Pronunciándose nuevamente y ya con la normativa del TRLGSS hoy vigente y adoptando la misma postura en la STS de 22 de abril de 2004.

La imputación por tanto como sujeto responsable del recargo de prestaciones, solo es atribuible a la empresa Construcciones Oleiros SL, en forma exclusiva, como empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Respondiendo esta articulación a la finalidad de la propia figura del recargo que no es otra que “impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades¹²³”. Siendo el beneficiario del derecho al recargo el trabajador Jorge García.

Cabe señalar la posición que mantiene una parte de la doctrina científica (aunque minoritaria), acerca de la posibilidad de asegurar la responsabilidad del recargo de prestaciones. Matizan que sí cabe el aseguramiento por parte de aseguradoras mercantiles de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15.5 LPRL¹²⁴ (aunque provocaría una contradicción con el propio art. 123 TRLGSS.¹²⁵).

¹²² STS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 1993.

¹²³ STS, Sala de lo Social de 2 de Octubre de 2000.

¹²⁴ Art. 15.5 LPRL: “Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

¹²⁵ FRANCO GONZÁLEZ, J. et. al., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 433 y ss.

III. Conclusiones

1. Tras un accidente de trabajo, se abren distintas vías de reclamar responsabilidad dependiendo de las circunstancias del caso. Estas posibilidades podríamos sistematizarlas en: civil, social, penal y administrativa.

En cuanto a la compatibilidad de dichas vías será de aplicación el principio *non bis in idem* y la prohibición del enriquecimiento injusto.

La tramitación de la vía administrativa se verá suspendida en los supuestos en los que se considere que las infracciones cometidas pudieran ser constitutivas de delito. En cuanto a las vías civil y penal si el trabajador se reserva el ejercicio de la acción civil ante esta jurisdicción deberá esperar a que recaiga sentencia firme en el proceso penal.

2. En concreto, en el supuesto de hecho, los órganos jurisdiccionales competentes, serían los órganos jurisdiccionales del orden social en relación al recargo de prestaciones también a la responsabilidad por daños. Respecto a la sanción administrativa, sería competente en el año 2006, el orden contencioso-administrativo, pero en la actualidad su conocimiento se atribuye al orden social. Y en materia penal, se resolvería ante el orden jurisdiccional penal competente.

3. En el caso, sí existiría responsabilidad penal. La imputación como sujetos responsables recaería sobre D. Domingo Fernández Blanco, en condición de administrador, representante legal, jefe de obra y contratista de la misma y sobre D. Pedro Rodríguez Testón como aparejador y coordinador de seguridad de la obra. Ambos serían condenados como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores por imprudencia grave (arts. 317 CP y 316 CP), así como de un delito de lesiones por imprudencia grave (arts. 152.1.2 CP y 149 CP). Existiría un concurso ideal entre ambos. En cuanto a la condena, se establecería una pena de prisión de dos a tres años a cada uno (art. 77 CP).

Y junto a esta pena prevista, podría imponerse a D. Pedro Rodríguez una pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, y a D. Domingo Fernández una pena accesoria para el derecho de sufragio pasivo, durante un periodo de uno a cuatro años (art. 56 CP).

4. Existiría responsabilidad civil derivada de delito, siendo el fundamento de la misma el daño causado por el ilícito penal. La acción penal y la civil se ejercitarían conjuntamente. El órgano competente para conocer será el de la jurisdicción penal, que al dictar sentencia condenatoria, se pronunciará sobre el resarcimiento de daños y perjuicios. Sin perjuicio de que existe la posibilidad de que se ejercite de forma separada y posteriormente la acción civil de responsabilidad, ante el orden social.

5. El responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social sería la empresa Construcciones Oleiros SL, como persona jurídica, que debería hacer frente al pago del recargo, como único responsable y sin que pudiera esta responsabilidad ser objeto de seguro alguno por parte de la empresa.

IV. Bibliografía

- AZÓN VILAS F-V./MARTÍN CASALLO LÓPEZ J-J./ MARTÍNEZ MOYA J./ MARÍN CASTÁN F., *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: Aspectos Penales, civiles y laborales*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2009.
- BLASCO LAHOZ J-F./ LÓPEZ GANDÍA J., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2012.
- COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2014.
- DE LA OLIVA SANTOS A./ ARAGONESES MARTÍNEZ S./ HINOJOSA SEGOVIA R./ MUERZA ESPARZA J./ TOMÉ GARCÍA J-A., *Derecho procesal penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, 7ª edición, Madrid, 2004.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, en colección práctica jurídica, Bosch, Barcelona, 2013.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ G., *Los riesgos laborales*, Doctrina y Jurisprudencia Civil, Thomson Cívitas, Navarra, 2007.
- FRANCO GONZÁLEZ, J./ MATEU CARRUANA M-J./ DE VICENTE PACHÉS F./ GARCÍA VALVERDE M-D./ RIVAS VALLEJO P./ PURCALLA BONILLA M-A./ GARRIGUES GIMÉNEZ A./ AGUT GARCÍA C./ MIÑARRO YANINI M./ MERINO SEGOVIA A./ ARASTEY SAHÚN L./ MOLINA NAVARRETE C./ TERRADILLOS BASOCO J-M., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, GARRIGUES GIMÉNEZ A., (Dir.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.
- IGARTUA MIRÓ M-T., *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2011.
- LÓPEZ GANDÍA, J./ BLASCO LAHOZ, J-F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 14ª edición, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., *Derecho económico y de la empresa*, Parte especial, Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J./ ARUFE VARELA, A./ CARRIL VAZQUEZ X-M., *Derecho del Trabajo*, Gesbiblo, España, 2006.
- MONGE FERNÁNDEZ A., *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ROMERO RODENAS M-J./ TRILLO PÁRRAGA F. (Editores), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN A-J./ FERREIRO BAAMONDE X.X./ PIÑOL RODRIGUEZ J-R./ SEOANE SPIEGELBERG J-L., *Derecho procesal penal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- SÁEZ VALCÁRCEL R., (Dir.), *Siniestralidad laboral y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C./ SEMPERE NAVARRO, A.V., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

V. Jurisprudencia

1. Cuestión segunda

- STC, Sala Primera, de 30 de enero de 1981 (RTC,1981,2).
- STC, Sala Primera, de 26 de noviembre de 1985 (RTC,1985,158).
- STC, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2011(RTC,2011,21).

- STS, Sala de lo Civil, de 2 de enero de 1991 (RJ,1991,102).
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 1995 (RJ,1995,9259).
- STS, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 1999 (RJ,1999, 2598).
- STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2000 (RJ,2000,7639).
- STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo del 2004 (RJ,2004,4366).
- STS, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2006 (RJ,2006,7312).
- STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2007 (RJ,2007,8300).
- STS, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2012 (RJ,2012,4183).
- STS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2013 (RJ, 2013,8476).

- SAP de Asturias, de 8 de febrero de 2007 (JUR,2007,192469).
- SAP de A Coruña, de 30 de diciembre de 2010 (ARP,2011,421).
- SAP de Segovia, de 6 de julio de 2011 (JUR,2011,309661).

- STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2014 (AS, 2014,2709).

2. Cuestión tercera

- STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 1998 (RJ,1998,3250).
- STS, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2007 (RJ,2007,5372).
- STS, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2008 (RJ, 2008,7415).
- STS, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2010 (RJ, 2011, 1607).
- STS, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2013 (2014,489).

- STSJ de C. Valenciana, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2001 (AS,2002,593).
- STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2006 (2006,1570).
- STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2007 (2007,2161).
- STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2007 (AS,2008,717).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2008 (AS,2009,2442).

3. Cuestión cuarta

- STS, Sala de lo Penal, 12 de noviembre de 1998 (RJ,1998,7764).
- STS, Sala de lo Penal, de 26 de julio de 2000 (RJ,2000,7920).
- STS, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2001 (RJ,2001,9603).
- STS, Sala de lo Penal, de 4 de junio de 2002 (RJ,2002,6921).

- SAP Vizcaya, de 13 de octubre de 2005 (ARP,2006,153).
- SAP de Barcelona de 23 de julio de 2007 (ARP,2007,493).

- SAP de Cádiz, de 2 de diciembre de 2008 (ARP,2009,523).
- SAP de Pontevedra, de 8 de enero de 2008 (ARP,2008,99).
- SAP de Valencia, de 14 de febrero de 2008 (ARP,2008,155069).
- SAP de Pontevedra de 28 de noviembre de 2008 (2009,988).
- SAP de Valencia, de 26 de marzo de 2009 (ARP,2009,946).
- SAP de Ávila, de 22 de diciembre de 2011 (ARP,2012,74).
- SAP de Teruel, de 29 de octubre de 2014. (JUR, 2015,1685)

4. Cuestión quinta

- STS, Sala de lo Penal, de 16 de septiembre de 1992 (RJ,1992,7159).
- STS, Sala de lo Penal, de 12 de mayo de 1992 (RJ,1992,3869).
- STS, Sala de lo Penal, de 5 de julio de 1993 (RJ,1993,5877).
- STS, Sala de lo Penal, de 13 de octubre de 1993 (RJ,1993,7377).
- STS, Sala de lo Penal, de 28 de septiembre de 1994 (RJ,1994,7235).
- STS, Sala de lo Social, 24 de mayo de 1994 (RJ,1994,4296).
- STS, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2000 (RJ,2000,9673).
- STS, Sala de lo Penal, de 7 de Marzo de 2003 (RJ,2003,2561).
- STS, Sala de lo Social, 22 de junio de 2005 (RJ,2005,6765).
- STS, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2005 (RJ,2005,8333).
- STS, Sala de lo Penal, de 9 de octubre de 2006 (RJ,2007,587).
- STS, Sala de lo Social, 17 de julio de 2007 (RJ,2007,8300).
- STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2003 (AS,2003,1369).
- STSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2014 (AS,2014,1729).
- STSJ de Asturias, Sala de lo Social, 26 de septiembre de 2014 (AS,2014,2709).

5. Cuestión sexta

- STS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 1993 (RJ,1993,1714).
- STS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 1998 (RJ,1998,6411).
- STS, Sala de lo Social, de 2 de Octubre de 2000 (RJ,2000,9673).
- STS, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2004 (RJ,2004,4391).
- STS Sala de lo Social, de 18 de julio de 2011 (RJ,2011,7301).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de junio de 1994 (AS,1994,2742).
- STSJ de C. Valenciana, Sala de lo Social, de 10 de junio de 1999 (AS,1999,6665).
- STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 2002 (JUR,2003,44304).
- STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2009 (JUR,2009,468878).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2014 (AS,2014,3121).
- STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2014 (AS,2014,2026).