

FACULTAD DE DERECHO A CORUÑA

CONSECUENCIAS LEGALES DERIVADAS DE UN ACCIDENTE LABORAL

TRABAJO FIN DE GRADO

AUTORA: PILAR TRILLO SÁNCHEZ

23/07/2015

TUTOR: JOSÉ JOAQUÍN VARA PARRA



I. <u>ANTECEDENTES</u>	Pág. 5
II. <u>CONSULTA</u>	Pág. 7
III. <u>ABREVIATURAS</u>	Pág. 8
IV. <u>VALORACIÓN JURÍDICA</u>	Pág. 9

1. Posibles vías que se abren ante la producción de un accidente de trabajo

1.1	Introducción	Pág.9
1.2	Vía administrativa	Pág.10
1.3	Vía social	Pág.12
1.4	Vía penal	Pág.13
1.5	Compatibilidad de las vías entre sí	Pág.14
1.5.1	Incompatibilidad de la vía administrativa con la penal	Pág.14
1.5.2	Compatibilidad del resto de vías entre sí	Pág.15
1.6	Posible suspensión de la tramitación de alguna vía en tanto no se resuelvan las otras	Pág.15
1.7	Conclusiones	Pág.16

2. Órganos competentes para resolver de las diferentes materias

2.1	Órganos penales	Pág.17
2.2	Órganos administrativos	Pág.17
2.2.1	Acta de Infracción	Pág.18
2.2.2	Tramitación, resolución del procedimiento y recursos	Pág.18
2.3	Órganos sociales	Pág.20
2.4	Conclusiones	Pág.21

3. Existencia de responsabilidad penal en el hecho expuesto. Responsable, delitos y penas

3.1	Delitos presentes en el caso	Pág.22
-----	------------------------------	--------

3.1.1	Delito contra los derechos de los trabajadores	Pág.21
3.1.1.1	Modalidad dolosa del artículo 316 CP	Pág.22
3.1.1.2	Modalidad imprudente del artículo 317 CP	Pág.23
3.1.1.3	Artículo 318 CP	Pág.23
3.1.2	Delito de lesiones	Pág.24
3.1.2.1	Tipo básico, tipo atenuado, tipos agravados y tipo imprudente	Pág.24
3.1.2.2	Imprudencia grave	Pág.25
3.2	Procedimiento penal	Pág.26
3.3	La responsabilidad penal y penas a imponer	Pág.27
3.3.1	La responsabilidad penal de los sujetos intervinientes	Pág.28
3.4	Cálculo de penas y otras cuestiones	Pág.29
3.5	Conclusiones	Pág.31

4. Responsabilidad civil

4.1	La responsabilidad civil por accidente de trabajo. Concepto y naturaleza	Pág.32
4.2	Orden jurisdiccional competente para su reconocimiento	Pág.33
4.3	Posibilidad de aseguramiento	Pág.33
4.4	Prescripción	Pág.34
4.5	Sujetos responsables	Pág.34
4.6	Requisitos de la responsabilidad civil	Pág.35
4.7	Modo de determinación de la indemnización	Pág.36
4.8	Conclusiones	Pág.37

5. Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social

5.1	Concepto	Pág.38
5.2	Naturaleza jurídica	Pág.38
5.3	Requisitos para la imposición del recargo	Pág.39
5.4	Procedimiento y cuantía	Pág.40
5.5	Sujeto responsable del pago y la prohibición de aseguramiento	Pág.41
5.6	Conclusiones	Pág.42

V. **BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES JURISPRUDENCIALES Y
NORMATIVAS**

- | | | |
|----|---------------------------|--------|
| 1. | Bibliografía | Pág.43 |
| 2. | Fuentes jurisprudenciales | Pág.44 |
| 3. | Fuentes normativas | Pág.45 |

I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

disconformidad tanto con el acta de infracción como con la propuesta de recargo y, al existir diligencias penales en trámite, solicita la suspensión de ambos expedientes.

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

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

II. CONSULTAS

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

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

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

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

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

III. ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.

C.C: Código Civil.

C.E: Constitución Española.

C.P: Código Penal.

E.T: Estatuto de los Trabajadores.

Ed. : Editorial.

EVI: Equipo de Valoración de Enfermedades.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LO: Ley Orgánica.

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

LRJS: Ley reguladora de la jurisdicción social.

Pág.: Página.

Págs.: Páginas.

RD: Real Decreto.

RDL: Real Decreto Legislativo.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal.

SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social.

SS: Seguridad Social.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

IV. VALORACIÓN JURÍDICA

1. Posibles vías que se abren ante la producción de un accidente de trabajo

1.1 Introducción

Se considera accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (artículo 115.1 LGSS), salvo que se deban a imprudencias graves del mismo. Por tanto para que exista accidente de trabajo se deben cumplir tres requisitos: en primer lugar es preciso que exista lesión física o psíquica, es decir, un daño a la salud; en segundo lugar ha de mediar una relación laboral y el último requisito es que se dé una relación de causalidad entre el trabajo y la lesión.

El accidente de trabajo presupone una lesión corporal provocada súbitamente por un agente externo. Lo que diferencia a los accidentes de trabajo de los accidentes comunes es el nexo trabajo-lesión, es decir, los primeros se producen con ocasión o por consecuencia del trabajo prestado. Se establece la presunción de laboralidad del accidente indicando que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo¹. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse mediante prueba en contrario, relativa a la ruptura del nexo con el trabajo de la lesión corporal padecida. Si la lesión ocurriese durante el tiempo y en el lugar de trabajo, se trata de una prueba en contrario de extraordinaria dificultad tal y como sostiene la jurisprudencia laboral².

Según el artículo 115.2.c) LGSS se califican como accidentes de trabajo *los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa*. En mi opinión éste sería el supuesto que nos compete puesto que el accidente tiene lugar cuando el señor García realiza la tarea encomendada por el jefe de obra Don Domingo Fernández.

En orden a resolver la cuestión que nos compete debemos conocer el marco normativo sobre la prevención de riesgos laborales³. El empresario tiene un deber general de protección del trabajador frente a los riesgos laborales que puedan ocurrir en

¹ Artículo 115.3 Ley General de la Seguridad Social.

² MARTINEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A.: CARRIL VÁZQUEZ, X.M, “Derecho de la Seguridad Social”, ed. Netbiblo, 2013, pág.67.

³ El marco normativo se organiza en cuatro niveles:

-Las normativas internacionales, donde destaca la Directiva Marco 89/391/CEE. Esta aborda el tema de la organización del trabajo en la empresa, los derechos y obligaciones y la participación de los trabajadores en materia de prevención. Además, existen otras Directivas específicas de riesgos laborales que deben trasladarse a la normativa interna en España.

-El artículo 40.2 de la Constitución Española señala que los poderes públicos deben velar por la seguridad e higiene de los trabajadores.

-En base a esa referencia de la Constitución fue aprobada la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

-Por último, existen multitud de Reales Decretos que desarrollan cada uno de los riesgos laborales y sus medidas concretas de prevención y protección.

el trabajo. Este deber se concreta en una serie de obligaciones que suponen unos derechos para los trabajadores en materia de prevención. Aunque ello no exime a los trabajadores de tener que asumir también unas obligaciones sobre prevención de riesgos.

Las principales obligaciones que tienen que cumplir las empresas son las siguientes: Planificar la prevención de riesgos; evaluar los riesgos laborales, proveer equipos de trabajo y medidas de protección; proveer equipos de protección individual; elaborar un plan de emergencia; adoptar medidas en caso de riesgo grave e inminente; obligación de información y formación; obligación de consulta y participación; obligación de vigilancia de la salud y obligación de protección de grupos especiales de riesgo⁴.

Entre éstas destacan la obligación del empresario de evaluación de los riesgos laborales, que es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse. Cuando de la evaluación realizada resulte necesaria la adopción de medidas preventivas, deberán ponerse de manifiesto las situaciones en que sea necesario: A) Eliminar o reducir el riesgo, mediante medidas de prevención en el origen, organizativas, de protección colectiva, de protección individual o de formación e información a los trabajadores. B) Controlar periódicamente las condiciones, la organización y los métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores⁵.

Por otra parte, destaca la obligación del empresario de proveer equipos de trabajo y medidas de protección, es decir, debe proporcionar equipos de trabajo que sean seguros, así como adoptar medidas de protección para utilizar dichos equipos.

Para saber los tipos de responsabilidad que tiene la empresa por el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales debemos acudir a la LPRL. En su artículo 42 establece lo siguiente:

1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

3. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.

1.2 Vía administrativa

La responsabilidad administrativa se genera por el incumplimiento de la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y su normativa específica.

⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, B.J; TENA CORNELLES, D; DE FEZ SOLAZ, M.C. “Formación y Orientación Laboral”, ed. la editorial, Valencia, 2014, págs. 155-158.

⁵ Artículo 3 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Cabe destacar que únicamente los comportamientos previstos en la norma legal y tipificados como tales pueden ser objeto de sanción administrativa (artículo 25.1 C.E), en este caso es la LISOS la que regula las infracciones y sanciones. Por otra parte su aplicación no exige un resultado dañoso, sino que sanciona el mero incumplimiento, desplegando efectos preventivos e incentivadores del cumplimiento de las medidas de seguridad.

Además, al imponer esta responsabilidad se parte de la amplitud de las obligaciones empresariales en materia preventiva y del alto grado de diligencia impuesto al empresario, que ocasiona que los supuestos de exención de responsabilidad administrativa se limiten a hechos ajenos a la voluntad de los sujetos, caso fortuito o fuerza mayor⁶.

Las infracciones administrativas se definen en el artículo 5.2 LISOS: *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 la presente Ley.*

Para la determinación de los sujetos responsables tenemos que referirnos al artículo segundo de la misma ley, según el cual debemos recordar que pueden ser responsables en esta materia tanto las personas jurídicas como las físicas, y dentro de estas, aunque el empresario es el principal obligado en esta materia, también lo serán los trabajadores por cuenta propia o ajena, así como otros sujetos recogidos en dicho precepto.

Debemos tener también en cuenta la gravedad de la infracción cometida, y por consiguiente si estamos ante una infracción leve, grave o muy grave:

- a) Infracciones leves. Se regulan en el artículo 11 de la LISOS y son, entre otras, la falta de limpieza que no conlleve riesgos para los trabajadores, la falta de comunicación a la Autoridad Laboral de accidentes leves de los trabajadores o las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de transcendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores.
- b) Infracciones graves. La Inspección de Trabajo en el presente supuesto levanta acta con propuesta de sanción por infracción grave. Según lo dispuesto en el artículo 12 de la LISOS, se consideran graves, entre otras, incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención; incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; las que supongan incumplimiento de las medidas de protección colectiva o individual o 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.

⁶ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, págs. 340,341.

- c) Infracciones muy graves (artículo 13 de la LISOS). Destaca la infracción de no adoptar medidas preventivas en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores o la de no paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la ITSS, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.

El artículo 40.2 LISOS prevé las cuantías correspondientes a las sanciones, que son mucho más elevadas que las previstas para el resto de infracciones laborales y de Seguridad Social.⁷

1.3 Vía social

En primer lugar cabe destacar que la vía social absorbe a la civil. Este hecho fue objeto de discusión durante muchos años. Finalmente la STS, Sala Primera, de lo Civil 1395/2008 de 15 de enero de 2008 fija la doctrina según la cual *las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social (...)*

La responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligacional del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo.

En el año 2011 se promulga la LRJS, coincidiendo plenamente con la anterior sentencia, ya que en su artículo 2.e) atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales. Asimismo su apartado b) establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de *las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya (...) responsabilidad por los daños 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.*

Se produce así una unificación en una sola jurisdicción de todas las materias derivadas del accidente laboral (excepto las penales) que antes correspondían a varias, estableciéndose así la *vis atractiva* de la jurisdicción social.

La acción de responsabilidad civil resulta compatible y puede concurrir con las prestaciones nacidas del sistema de SS. El trabajador tiene derecho a una indemnización por responsabilidad civil, por eso una de las vías de reclamación sería la de

⁷ Las infracciones graves se sancionan con multa de:

- a) Grado mínimo: 2.046 a 8.195 euros.
- b) Grado medio: 8.196 a 20.490 euros.
- c) Grado máximo: 20.491 a 40.985 euros.

responsabilidad civil dirigida por el trabajador contra el empresario por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos. Lo normal es demandar a la compañía de seguros y a los responsables de forma solidaria.

Los daños reclamables son tanto corporales, como secuelas que permanezcan después del accidente, días de hospitalización, días de baja impeditivos y no impeditivos o gastos de desplazamiento para consultas. Asimismo, se pueden reclamar daños patrimoniales si se hubieran sufrido, daño emergente y lucro cesante⁸ y los daños morales y perjuicios estéticos.

Ante la jurisdicción social son competentes los Juzgados de lo Social para interponer la reclamación por responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo. El plazo para interponer una demanda en este caso es de un año desde que se estabilizan las secuelas, se suele tomar como referencia el alta médica.

En lo que atañe a la reclamación del trabajador ante la Inspección de Trabajo de cara a la imposición de aumento en las prestaciones económicas por omisión empresarial de medidas de seguridad (recargo de prestaciones de la SS) se suscita ante la jurisdicción social. En este caso es directa la responsabilidad del empresario sin que pueda ser objeto de seguro alguno (artículo 123.2 de la LGSS). Esta cuestión se analizará profundamente más adelante.

El trabajador formula demanda instando la incapacidad permanente absoluta ante el Juzgado de lo Social de su domicilio (A Coruña). La incapacidad permanente absoluta deriva en una responsabilidad de convenio. Cuando estamos ante un accidente de trabajo y se produce una incapacidad, el convenio de la construcción establece una cantidad indemnizatoria por la incapacitación (en este caso hay que acudir al convenio colectivo de la construcción de la Provincia de A Coruña para el año 2006).

1.4 Vía penal

La obligación de seguridad empresarial tiene una vertiente pública por desarrollo del artículo 40.2 C.E que tutela el derecho del trabajador a una protección eficaz. La justificación de la intervención penal en este ámbito deriva de la entidad de los bienes afectados y de la creciente cota de siniestralidad. Por otra parte, esta protección aparece ante la insuficiencia de otros métodos de tutela y en base al importante efecto preventivo que inspira la sanción penal⁹.

Existe un delito específico contra la seguridad y salud en el trabajo, es el artículo 316 C.P: *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,*

⁸ Se define el daño emergente como pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona como consecuencia de un acto u omisión ilícita civil. Se caracteriza por ser un daño cierto y actual. Se diferencia del lucro cesante, que, siendo también consecuencia del acto ilícito civil, consiste en un cese en la percepción de ganancias futuras previsibles y no meramente hipotéticas. Estos dos elementos son tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización (artículo 1106 CC).

ORTIZ SÁNCHEZ,M; PÉREZ PINO,V, “Diccionario jurídico básico”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág.115.

⁹ IGARTUA MIRÓ,M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 368.

serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Se trata de un delito de riesgo, ya que no se sanciona el daño sino la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Este tipo penal sólo puede ser cometido por personas determinadas.

Los elementos que configuran el tipo delictivo se clasifican en:

- a) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.
- b) Conducta omisiva.
- c) La puesta en peligro grave del bien jurídico.
- d) El sujeto activo del delito. Según el artículo citado es sujeto activo el que esté legalmente obligado. Ante esta fórmula genérica debemos acudir a la LPRL para averiguar a quiénes corresponde la obligación legal de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas. El principal obligado es el empresario, en el supuesto de que este sea persona jurídica acudiremos al artículo 318 C.P.

Los delitos de resultado imputables en los accidentes de trabajo son los de lesiones (artículos 147 y siguientes C.P o falta de lesiones prevista en el art. 621.2 C.P) y homicidio (arts. 138 y 142 CP o la falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.1 CP). El trabajador en el desempeño de su actividad laboral puede ver mermado su derecho a la vida, integridad o salud. Los daños ocasionados llevan a la posibilidad de imputación penal al empresario de la responsabilidad correspondiente al resultado dañoso¹⁰.

Aun cuando ambos tipos de delitos pueden ser cometidos tanto de forma dolosa como imprudente, lo habitual es esta última en tanto el dolo exige cierta intencionalidad. La modalidad característica de comisión es aquella en que el resultado (lesiones o muerte) se causa por ignorancia de un deber de cuidado infringido o, cuando a pesar de conocer ese deber, el autor confiaba en la no producción del resultado (SEMPERE NAVARRO).

1.5 Compatibilidad de las vías entre sí

1.5.1 Incompatibilidad de la vía administrativa con la penal

Es incompatible la vía administrativa con la penal por vulnerar el principio “*non bis in idem*”, y esto siempre que se aprecie identidad de hecho, sujeto y fundamento. Así, en virtud de esta incompatibilidad, conviene resaltar la prevalencia del procedimiento penal sobre el administrativo.

El artículo 3 de la LISOS dispone: *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. 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 hacerse*

¹⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 375.

estimada 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 adoptados 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.

1.5.2 Compatibilidad del resto de vías entre sí

La vía administrativa es compatible con la vía social. El artículo 42.3 LPRL contempla la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con las indemnizaciones por daños y perjuicios y de recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Los artículos 123.3 y el 192 de la LGSS contemplan que la responsabilidad administrativa será también compatible con la responsabilidad por recargo de las prestaciones y con la responsabilidad del abono directo de todas las prestaciones derivadas de enfermedad profesional por falta de reconocimientos médicos.

Según establece el artículo 42.3 LPRL, las responsabilidades civiles serán compatibles con las responsabilidades penal, administrativa, el recargo en las prestaciones y la responsabilidad de la entidad gestora o del empresario en materia de seguridad social.

El artículo 123 LGSS regula el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estableciendo en su apartado tercero que: *La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.*

En lo referido a las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social el artículo 43.1 LISOS determina: *Las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables, se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo.*

1.6 Posible suspensión de la tramitación de alguna vía en tanto no se resuelvan las otras

De lo dispuesto en el artículo 3 antes mencionado de la LISOS se deduce que en caso de que existan responsabilidades administrativas, se impone a la administración pública el deber de pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal cuando las infracciones pudiesen constituir un ilícito penal.

Todas las vías deben paralizarse en tanto no se resuelva la penal. La tramitación laboral o administrativa de los accidentes de trabajo queda suspendida y paralizada tan pronto como se inicia la investigación criminal, sin reanudarse hasta que no se produzca un pronunciamiento firme en esta jurisdicción, tal y como ocurre en el supuesto que nos ocupa. Sea cual sea el pronunciamiento firme en sede penal (condenatorio, absolutorio o de archivo), cabe la posibilidad de que recaiga una sanción administrativa. También

cabe la posibilidad de que el trabajador o sus herederos obtengan una indemnización pecuniaria de la empresa por vía laboral o civil.

1.7 Conclusiones

PRIMERA. Tras un accidente de trabajo pueden iniciarse cuatro vías: la penal, civil, social y administrativa (artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). En el presente supuesto la vía social absorbe a la civil.

SEGUNDA. La vía administrativa y la penal son incompatibles en caso de que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (artículo 3 LISOS).

TERCERA. Todas las vías deben paralizarse en tanto no se produzca pronunciamiento firme en sede penal.

2. Órganos competentes para resolver de las diferentes materias

2.1 Órganos penales

Para resolver sobre la cuestión penal resulta de aplicación el principio *forum delicti comissi*, en base al cual resulta competente el Juzgado de Instrucción y el Juzgado de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, es decir, A Coruña.

A este respecto resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 LECrim¹¹, que atribuye competencia a los juzgados citados. Hablaremos sobre esta cuestión en la siguiente pregunta.

2.2 Órganos administrativos

Para resolver sobre el procedimiento de sanción por infracción grave es competente inicialmente la Inspección de Trabajo y en segundo lugar los Juzgados de lo Social.

En este caso es competente el Juzgado de lo Social de A Coruña, según se dispone de los artículos 2 y 10 LRJS.

Por su parte, el artículo 2 dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan por los daños causados por accidente de trabajo, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales así como para conocer de la impugnación de las Administraciones públicas en dicha materia y también conocerán en materia de prestaciones de SS¹².

Atendiendo al artículo 10 LRJS la competencia territorial se atribuye al Juzgado de lo Social de A Coruña.

Por otra parte debemos tener en cuenta el apartado b) del Anexo I del R.D 2412/1982, de 24 de julio sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de trabajo en el que establece, en su punto 5.2, la transferencia a la Comunidad de Galicia de la potestad sancionadora. La distribución de las competencias sobre esta materia entre los órganos

¹¹ Artículo 14. 2. *Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.* 3. *Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido.*

¹² Artículo 2. b) *Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan (...) por los daños que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.* e) *Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos (...) así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados (...)o En materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos establecidos.*

de la Xunta de Galicia se regula en el Decreto 211/2003 de 3 de abril sobre distribución de competencias entre los órganos de la Xunta para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora. Según el artículo 2 del citado Decreto, esta competencia *corresponde a los delegados provinciales de la Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales, hasta 6.02.10,12 euros ó al director general de Relaciones Laborales hasta 30.050,61 euros.*

2.2.1 Acta de infracción

El Acta de infracción refleja los hechos constatados por el inspector, que tendrán presunción de certeza, es decir, se presumen ciertos, salvo que el perjudicado aporte acervo probatorio suficiente en contrario. El inspector deja constancia de las fechas de sus actuaciones comprobatorias, puesto que las mismas son relevantes en lo que se refiere a valorar la posible caducidad del procedimiento.

El Acta contiene descripción de hechos, preceptos a su juicio infringidos, calificación de sanción, graduación, cuantía y plazo disponible y el organismo administrativo frente al cual presentar el escrito. Estas cuestiones vienen reguladas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como en el artículo 52 de la misma se contempla la tramitación del procedimiento administrativo.

Los sujetos susceptibles de ser sancionados serán el empresario y en el ámbito de las obras de construcción: los promotores y propietarios de obra, los contratistas y los subcontratistas. Los Servicios de Prevención Ajenos y las Auditorías podrán ser sancionadas, además, con la cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral.

Los trabajadores por cuenta ajena no podrán ser objeto de sanción, sino que la misma se impone a la empresa para la cual trabajan. Lo anterior se explica por el deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva por parte de sus empleados, para cuya consecución dispone del poder de dirección, y, si fuera preciso, de la potestad disciplinaria.

Frente al Acta de Infracción podrá formularse escrito de alegaciones en un plazo de quince días hábiles desde la notificación de la misma.

Las peticiones habituales en los escritos de alegaciones son que se deje sin efecto y que se anule el Acta, que se califique como infracción leve en virtud de los artículos 11.4 y 11.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que se imponga la sanción en grado inferior a tenor de la inaplicabilidad de las circunstancias agravantes del artículo 39 del RDL 5/2000 y que se imponga la sanción en la cuantía mínima correspondiente al grado apreciado.

2.2.2 Tramitación, resolución del procedimiento y recursos

En cuanto a cuestiones procedimentales, hay que comprobar el cumplimiento de los plazos administrativos, con especial atención a la posible caducidad del expediente, plazo de notificación, duración de las actuaciones comprobatorias del Inspector de Trabajo y prescripción. El organismo administrativo puede solicitar informe al Inspector de Trabajo que emitió el Acta de Infracción.

En tal caso, si el organismo administrativo comunica esta causa de suspensión al interesado, el procedimiento administrativo quedará suspendido por el tiempo que se dé elaboración del informe, no pudiendo exceder la suspensión de tres meses. A la vista del informe, se podrá conceder plazo de tres días para formular nuevas alegaciones.

La propuesta de sanción del Inspector deberá ser confirmada por resolución administrativa en el plazo de seis meses a contar desde la fecha del Acta. Como ya se ha indicado, dicho plazo podrá ampliarse por el tiempo que utilizara el Inspector en elaborar su informe, con un máximo de tres meses.

Para que ello sea así, se requeriría que el organismo administrativo hubiera comunicado al sujeto sancionado la fecha de solicitud del informe al Inspector y la de recepción del mismo en el citado organismo.

Transcurrido este plazo sin mediar resolución, ni causa de suspensión legal o imputable a los interesados, se considerará la caducidad del expediente. De mediar resolución, ésta estimará total o parcialmente las alegaciones (anulando o reduciendo el importe de sanción), o las desestimarán, confirmando la sanción.

En caso de ratificar la sanción, se requerirá al sujeto sancionado, el abono en el periodo voluntario de treinta días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución. El pago de la sanción quedará suspendido en caso de formularse recurso de alzada en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación de la Resolución ante el organismo competente en ella indicado.

Se trata de un plazo de los llamados preclusivos, es decir, de no interponerse recurso de alzada en tiempo, decaerá el derecho del interesado. Si el recurso se presenta fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará cerrado el posterior acceso a la vía judicial. Por ello, resulta de vital importancia conocer la fecha de notificación de la resolución, el sello de entrada, por cuanto determinará el plazo máximo de presentación del recurso.

El plazo para resolver el recurso de alzada será de tres meses. La falta de resolución o silencio administrativo deberá entenderse en sentido negativo, es decir, desestimatorio del recurso.

La desestimación del recurso, sea expresa o por silencio, pondrá fin a la vía administrativa previa, y permitirá el acceso a la vía judicial mediante interposición de recurso contencioso-administrativo.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Social atribuye a dicha jurisdicción la impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral (artículo 2.º con relación al 6.2.b).

Por lo tanto, los actos administrativos dictados a partir del 11 de diciembre de 2011 (entrada en vigor de la citada ley) excepto en materias de competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deberán ser impugnados ante la Jurisdicción Social, en detrimento de la Contencioso-Administrativa, que era la competente con anterioridad.

Los plazos para interponer demanda son:

- a) Resolución desestimatoria: 2 meses desde su notificación.
- b) Silencio administrativo: 6 meses desde el transcurso del plazo para resolver.

No obstante, dada la obligación de resolver de la Administración Pública, puede optarse por esperar a la resolución administrativa (aunque fuera del plazo previsto), a

cuya recepción se dispondrá de dos meses para interponer la demanda ante el Juzgado de lo Social.

Debemos hacer una breve referencia también sobre la concurrencia entre la sanción penal y la administrativa y la aplicación del principio *non bis in idem* que prohíbe sancionar los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento; y debe ser aplicado no sólo en la concurrencia entre sanciones administrativas, sino sobre todo entre el orden sancionador administrativo y el penal.

2.3 Órganos sociales

Para resolver sobre la cuestión de la incapacidad permanente, una vez planteada la solicitud se presenta ante el INSS, y, una vez calificada, si no se estuviese de acuerdo se interpone demanda ante el Juzgado de lo Social, en este caso de A Coruña. Esto se deduce de los artículos 2 y 10 LRJS ya citados.

El procedimiento puede iniciarse de oficio, a iniciativa de la entidad gestora, de la Inspección de Trabajo, del Servicio Público de Salud, a petición de entidades colaboradoras o bien del propio interesado.

Si se inicia, como es el caso, a petición del trabajador, se cumplimenta un modelo de solicitud de incapacidad permanente y se ha de acompañar la documentación personal y la específica que se indica en el modelo de solicitud; en particular todos los informes médicos que obren en su poder.

La solicitud y documentación necesaria deberá presentarse en cualquiera de los centros de atención e información del INSS o en las direcciones provinciales o locales del Instituto Social de la Marina.

En la fase de instrucción se podrá solicitar cuanta documentación y pruebas médicas se estimen necesarias. En encargado de valorar la incapacitación EVI, que formulará el dictamen-propuesta teniendo en cuenta el informe médico de síntesis elaborado por los facultativos de la dirección provincial del INSS y el informe de antecedentes profesionales.

Los directores provinciales del INSS o del Instituto Social de la Marina, en su caso, dictarán resolución expresa declarando el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se puede instar la revisión de la incapacidad por agravación o mejoría.

Al respecto cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 143 LGSS: *1. Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente sección.*

Frente a esta resolución del INSS cabría interponer en el plazo de 30 días hábiles Reclamación Previa, donde se habrá de desarrollar los motivos por los que se considera que es ajustada a Derecho la resolución, así como aportar las pruebas que estimemos convenientes.

Si la Dirección Provincial del INSS no dictara resolución en ese plazo se entenderá desestimada la reclamación previa por silencio administrativo negativo. Una vez desestimada la reclamación previa interpuesta hay que presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social, que podrá ser en el Juzgado que corresponda por el domicilio del

demandante, en el plazo de 30 días hábiles. La demanda se debe basar en los mismos hechos planteados en la reclamación previa, aportando todos los documentos nuevamente.

En cuanto a la competencia jurisdiccional, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 o) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social: *En materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos. Igualmente las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social.*

En cuanto a la competencia territorial cabe mencionar el artículo 10.2: *En los procesos que se indican en los párrafos anteriores será en cada caso juzgado competente:*

- a) *En los que versen sobre las materias referidas en las letras o y p del artículo 2, aquél en cuya circunscripción se haya producido la resolución originaria, expresa o presunta, o la actuación impugnada en el proceso, o , a elección del demandante, el juzgado de su domicilio.*

Para declarar el recargo de prestaciones la competencia para determinar su existencia corresponde a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña, competente por razón del territorio donde hubiera acaecido el accidente o desarrollado la enfermedad profesional, a instancia del trabajador afectado o sus beneficiarios, o mediante la resolución del procedimiento de oficio iniciado por la Inspección de Trabajo.

El Real Decreto 286/2003 de 7 de marzo por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de las prestaciones en materia de Seguridad Social establece un plazo de 135 días para la resolución del reconocimiento del recargo de prestaciones. La impugnación de la resolución del INSS a este respecto se realiza por el cauce del orden jurisdiccional social.

2.4 Conclusiones

PRIMERA. Para resolver sobre la cuestión penal son competentes el Juzgado de Instrucción y el Juzgado de lo Penal de A Coruña (artículo 14 LECrim).

SEGUNDA. Para resolver sobre el procedimiento de sanción por infracción grave en caso de que el trabajador don Jorge García González impugne judicialmente la resolución administrativa, conocerá el Juzgado de lo Social de A Coruña (artículos 2 y 10 LRJS).

TERCERA. Para resolver sobre la cuestión de incapacidad permanente conocerá el Juzgado de lo Social de A Coruña (artículos 9 y 10 LRJS).

3. Existencia de responsabilidad penal en el hecho expuesto. Responsable, delitos y penas.

3.1 Delitos presentes en el caso

3.1.1. Delito contra los derechos de los trabajadores

3.1.1.1 Modalidad dolosa del artículo 316 CP

Artículo 316: *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 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.*

Los bienes jurídicos protegidos son la vida y la salud de los trabajadores en su dimensión colectiva. Como declara la sentencia de la SAP de Cantabria, 4º, de 31 de marzo de 2004: *se protege la propia seguridad de la vida, integridad, o salud d ellos trabajadores, interés de carácter colectivo o supraindividual que resulta ser distinto a la concreta integridad física o vida del trabajador.*¹³

Este tipo penal es de comisión por omisión, por infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de la prestación del trabajo e independiente de las lesiones que se puedan producir.

El contenido de la omisión es “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, lo que equivale a una norma penal incompleta e indeterminada.¹⁴

Los legalmente obligados ocupan una posición semejante a la de garante y en este sentido cabe destacar el artículo 14.2 de la LPRL que impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

Estamos ante un tipo penal en blanco porque el artículo en cuestión remite a las normas de prevención de riesgos laborales. Es la infracción de la norma laboral la que completa el tipo, pero no cualquier infracción administrativa sino únicamente las infracciones graves ya que la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Las principales características de las leyes penales en blanco son las siguientes: contienen únicamente la sanción correspondiente a un precepto no especificado en las mismas y remiten, expresa o tácitamente, la determinación concreta de ese precepto a una autoridad distinta y de rango inferior¹⁵.

¹³ TERRADILLOS BASOCO, J.M: “La siniestralidad laboral como delito”, ed. Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 47-51.

¹⁴ Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 4ª). Sentencia número 11/2015 de 20 de enero.

¹⁵ BERRUEZO: “Derecho penal laboral. Delitos contra los trabajadores”, ed. B de f, Buenos Aires, 2011, págs. 31,32.

Para concluir diremos el artículo 316 CP exige que el actor actúe con dolo, al menos eventual, de manera que conozca su actitud omisiva y la infracción del deber que se le exige así como el peligro concreto que genera.¹⁶

3.1.1.2 Modalidad imprudente del artículo 317 CP

Aunque es posible que el sujeto responsable actuara de forma dolosa, el empresario normalmente actúa de forma imprudente, ya que no es consciente de que se va a producir el resultado lesivo ni quiere que tal hecho ocurra.

Existen varias clases de dolo:

- a) Dolo directo y de primer grado. Se produce cuando el sujeto responsable quiere que se produzca el resultado causado pero en este caso ni don Domingo ni don Pedro omitieron las medidas de seguridad con la intención de que se produjese el resultado lesivo.
- b) Dolo directo de segundo grado. El sujeto asume como consecuencia de su infracción de las normas de prevención de riesgos laborales la puesta en peligro grave a los trabajadores, por lo que tampoco sería aplicable al caso.
- c) Dolo eventual. El elemento subjetivo del delito viene constituido por la representación del peligro que para el trabajador supone la ausencia de las medidas de seguridad precisas, y no obstante, el autor no adopta ninguna medida para evitarlo, consintiendo esa ausencia de medidas de seguridad en la obra. Tampoco sería aplicable al caso.

Artículo 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.* Este precepto es claramente aplicable al caso, puesto que no se dan los requisitos para que concurra el dolo del artículo 316 CP.

3.1.1.3 Artículo 318 CP

Lo anteriormente expuesto se aplicaría en caso de que hablásemos de un empresario persona física. En este caso el empresario es una persona jurídica (Construcciones Oleiros S.L), por tanto, es necesario acudir al artículo 318 C.P: *Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.*

A tenor de este artículo, en el caso que nos ocupa existen otras personas además del empresario que podrían incurrir en responsabilidad penal:

- Don Domingo Fernández Blanco: Representante legal, administrador de la empresa constructora y jefe de la obra.
- Don Pedro Rodríguez Testón: aparejador de la obra y coordinador de seguridad.
- Don Sergio Pardo Méndez: Arquitecto de la obra y persona que realizó el proyecto y el estudio de seguridad.

¹⁶Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 4ª). Sentencia número 45/2015 de 27 de febrero.

3.1.2. Delito de lesiones

3.1.2.1 . Tipo básico, tipo atenuado, tipos agravados y tipo imprudente

El bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la salud de las personas, en sus vertientes física y psíquica. Tal y como se recoge en el artículo 15 de la Constitución Española, todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 785/1998 se considera lesión todo *daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. También cuando se producen malestares físicos, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central. (...)*

El tipo básico se encuentra en el artículo 147.1 C.P: *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones, con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

En el caso que nos ocupa, 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. Por todo lo expuesto está claro que se ha causado una lesión, que ha existido una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico¹⁷.

Por su parte, el artículo 147.2 C.P establece un tipo atenuado a quien cause una lesión descrita en el artículo 147.1 C.P de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. Los tipos agravados de lesiones se describen en los artículos 148 C.P, 149 C.P y 150 C.P.

En el artículo 148 C.P se recogen una serie de tipos agravados, por la modalidad comisiva de las lesiones o por las características personales de la víctima. Todas estas agravaciones son potestativas, debiendo atenderse al resultado causado o al riesgo producido.¹⁸

En cambio las agravaciones contenidas en los artículos 149 C.P y 150 C.P son de obligatoria aplicación. El primero hace referencia a la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, un sentido, impotencia o esterilidad, deformidad grave o grave enfermedad somática o psíquica y a la mutilación genital.

¹⁷ STS número 1681/2001 de 26 de septiembre (sala de lo penal). *El concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerles remedio.*

¹⁸ RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ A. “Lecciones de derecho penal parte especial”. Universidad de A Coruña, curso académico 2013/2014, lección 2 apartado 4.

Por su parte en artículo 150 C.P establece que *el que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad¹⁹, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.*

Este tipo penal es claramente aplicable al caso debido a que al trabajador le quedaron como secuelas trastornos de erección, una cicatriz 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.

El último tipo penal que analizaremos es el imprudente, recogido en el artículo 152 C.P.²⁰ Es aplicable en el caso de que no exista dolo, sino imprudencia grave, tal y como ocurre en el presente supuesto.

En síntesis diremos que cabe aplicar en este caso es el delito de lesiones del artículo 150 del Código Penal en relación al artículo 152.1.3º del mismo. El que por imprudencia grave origina un accidente laboral en el que el trabajador sufre la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

3.1.2.2. Imprudencia grave

El dolo está relacionado con la voluntad deliberada de cometer un delito, a sabiendas de su carácter delictivo y del daño que puede causar. Es decir, el autor es consciente y consiente la existencia de riesgo grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

La imprudencia se distingue del dolo por falta de malicia en la omisión, es decir, no media una intención de someter a los trabajadores a un peligro, pero ante la probabilidad del riesgo grave no se actúa para evitarlo. La imprudencia exige la existencia de un riesgo previsible, que exceda del permitido y que sea imputable objetivamente.²¹

En el supuesto presente estamos ante una imprudencia grave, ya que fue nula la previsibilidad del daño por parte del empresario, que se hallaba en posición de garante respecto del trabajador a su servicio.²²

¹⁹ Hay deformidad cuando se produce: una irregularidad física en el cuerpo del lesionado; permanente; irregularidad visible a simple vista; desfiguración o fealdad respecto de lo que habría de considerarse en ese lugar del cuerpo (Sentencia del Tribunal Supremo 1617/2003). Según lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 1512/2005 es irrelevante para el concepto de deformidad el hecho de que pueda ser reparada quirúrgicamente.

²⁰ Artículo 152. 1. *El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:*

3º) *Con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150.*

2. *El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.*

²¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción”, ed. Leynfor siglo XXI, 2000, pág. 101.

²² La diferenciación entre lo que debe entenderse como imprudencia grave o leve se hace atendiendo a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo referidos a:

- 1) La mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión.

3.2 Procedimiento Penal

El procedimiento puede iniciarse de tres formas:

- a) Por denuncia o querrela del trabajador.
- b) Por comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- c) Instarse de oficio por el Ministerio Fiscal o el Juzgado.

El procedimiento penal se divide en dos fases: fase de instrucción y fase de juicio.

Atendiendo al artículo 14.2 de la LECrim: *para la instrucción de las causas es competente el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido.*

Por tanto, por lo que se refiere a la fase de instrucción, el Juez instructor del lugar de A Coruña (debido a que el delito se comete en la calle del Orzán en A Coruña) abre Diligencias Previas y cita al perjudicado para ratificación, a los imputados y a los testigos. En calidad de testigo cita a quienes puedan aportar información sobre el caso y como imputados a quienes puedan estar relacionados con la comisión de un delito o falta. La calificación de los intervinientes en ocasiones varía pudiéndose dar el caso de resultar imputado una persona que inicialmente fue citada como testigo, esto es así puesto que cuando de las declaraciones prestadas o de la prueba practicada existen indicios fundados de la participación en la comisión del delito es obligación del juez instructor modificar estas calificaciones.

Las declaraciones de los testigos se realizan sin asistencia letrada, estando estos obligados a decir la verdad bajo pena de resultar imputados por delito de falso testimonio. Asimismo, que los testigos asistan sin abogado no quiere decir que en la práctica de la prueba estos no intervengan puesto que lo habitual es que los letrados de los imputados y del denunciante asistan a todas las declaraciones y por supuesto a las declaraciones de sus defendidos que sí han de asistir representados, para aclarar cuestiones y en última instancia dirigir el procedimiento.

Una vez finalizada la instrucción el Juez instructor dicta Auto declarando el sobreseimiento total o parcial, es decir, el archivo definitivo o provisional de la causa, por estimar que los hechos no fueron constitutivos de delito o el archivo para alguno de los imputados, cuya actuación no se considera delictiva. O bien Auto acordando la transformación de diligencias previas en procedimiento ordinario, continuando el proceso mediante juicio oral para todos o parte de los imputados, a lo que se añadirá la calificación de fiscalía, fijando los delitos y las penas que se solicitan para cada uno de los acusados. La calificación de la fiscalía se realiza por medio de escrito de acusación formalizándose por parte de los imputados escrito de defensa a los efectos.

En lo que se refiere a la fase del juicio hay que atender al artículo 14.3 LECrim : *Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con*

-
- 2) La mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado.
 - 3) La mayor o menor intensidad de la infracción del deber objetivo de cuidado.
 - 4) El mayor o menor grado de riesgo no permitido, generado por el sujeto activo.

aquellos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido (...)sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad (...).

En conformidad con el precepto anterior debemos señalar que el conocimiento y fallo de las causas corresponden al Juzgado de lo Penal de A Coruña y no a la Audiencia Provincial debido a que la pena privativa de libertad relativa a los delitos presentes en este supuesto no tiene una duración superior a cinco años.

La fase de juicio se celebra de una forma flexible. Los acusados, y/o denunciados y el fiscal practicarán cuantas pruebas admita u ordene el juez para la defensa de los mismos y enjuiciamiento de los hechos (periciales, declaración del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, testigos...) y una vez practicadas, todas las partes informarán por medio de sus escritos de conclusiones. Frente a la sentencia cabrá recurso de apelación ante el mismo Juez que dicta el Auto.

3.3 La responsabilidad penal y penas a imponer

Los posibles sujetos responsables penalmente son: la empresa; su administrador Don Domingo Fernández; el aparejador de la obra y coordinador de seguridad Don Pedro Rodríguez Testón y el arquitecto de la obra y persona que realiza el estudio de seguridad y el proyecto que es Don Sergio Pardo Méndez.

El responsable principal en el cumplimiento de la LPRL y de su normativa de desarrollo es el empresario o promotor. Cuando el empresario contrate con otras empresas trabajos de su propia actividad a realizar en su propio centro de trabajo tiene la obligación de vigilar que los contratistas o subcontratistas cumplan la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Asimismo el empresario debe desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención.²³

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales extiende la responsabilidad a diversos sujetos que erige en garantes de las normas de seguridad, habiendo establecido, por lo demás, el TS entre otras, en la Sentencia de 19 de octubre de 2000, que todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa, y por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad.²⁴

En caso de delegación de funciones por parte del empresario en otras personas, el delegante ha de controlar a la persona a quien se ha conferido dominio de la fuente de peligro, es decir, se configura como un deber de vigilancia referido a la observación del cumplimiento de los deberes por parte del sustituto, lo que puede dar lugar a una responsabilidad en cascada en los distintos niveles de responsabilidad. El hecho de que el empresario haya designado a determinadas personas para las labores de prevención de

²³ Artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

²⁴ Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia 45/2015 de 27 de febrero.

riesgos laborales no le exime de sus obligaciones para la seguridad e higiene de sus trabajadores.²⁵

En este sentido el TS indica que la delegación se construye en torno a tres premisas que permiten la concurrencia de varias personas en la producción del hecho típico²⁶:

- a) *Deber de elección, exigiendo que la delegación se realice en persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro.*
- b) *Deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro.*
- c) *Deber de control, incrementando las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación.*

En el ámbito de las obras de construcción se da la responsabilidad en cascada de contratistas, subcontratistas y promotores de obra por lo que al margen de los empresarios, otros sujetos por delegación de responsabilidades de supervisión o por la función técnica encomendada pueden ser llamados al proceso penal.

Por su parte, el artículo 31.1 bis C.P establece que *en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

3.3.1 La responsabilidad penal de los sujetos intervinientes

A) Como representante legal, administrador de la empresa y jefe de obra, don Domingo Fernández Blanco es responsable penalmente porque el jefe de obra tiene delegada la supervisión del cumplimiento de la normativa preventiva (colocación de redes, barandillas, uso de cinturón, casco...), debía velar por la seguridad de los trabajadores a su cargo y aplicar el Plan de Prevención en su ámbito de trabajo pero no lo tuvo en cuenta, pues dispuso unos tableros a modo de plataforma para cubrir el hueco del ascensor que se utilizaba ordinariamente para la subida y bajada de materiales con un espesor inadecuado según el informe de investigación del accidente. Además en el estudio de seguridad elaborado por don Sergio Pardo aparecían como medidas colectivas de protección de los huecos las barandillas, que fueron sustituidas por la plataforma. También existían omisiones en el plan de seguridad y no se avisó al trabajador del peligro que implicaba la labor que estaba realizando.

El artículo 31.1 C.P establece que *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.*

B) Como aparejador de la obra y coordinador de seguridad (técnico competente designado por el Promotor para coordinar, durante la fase del Proyecto de la obra, la

²⁵ Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª) Sentencia número 45/2015 de 27 de febrero.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999.

aplicación de los principios mencionados en el artículo 8 del Real Decreto 1627/97)²⁷, Don Pedro Rodríguez Testón incurre en responsabilidad.

Como ya indicamos, fue Domingo el que dispuso los tableros a modo de plataforma para cubrir el hueco del ascensor que se utilizaba ordinariamente para la subida y bajada de materiales y Pedro (coordinador de seguridad y aparejador) permitió esta actuación sin verificar la seguridad de la plataforma. Por tanto el administrador y el encargado de seguridad no cumplen las medidas de prevención de riesgos laborales, obviando el deber que establece el artículo 14 LPRL y el deber de informar a los trabajadores de los riesgos para su seguridad que existan en la empresa y en su puesto concreto (artículo 18 LPRL). Aunque el estudio de seguridad de don Sergio Pardo preveía la colocación de barandillas en los huecos que pudiese haber en la obra esta medida fue sustituida por la creación de una plataforma y unas tablas demasiado delgadas para cubrir este hueco. La infracción de las normas en materia de prevención de riesgos laborales crea un grave peligro para la salud de los trabajadores, por lo que la falta de barandillas supone una situación grave de peligro porque hacía prever un resultado lesivo.

Al administrador de la empresa don Domingo Fernández Blanco y al coordinador de seguridad don Pedro Rodríguez Testón se les imputa un delito contra los derechos de los trabajadores en su modalidad imprudente del artículo 317 C.P aplicando la pena inferior en grado a la del artículo 316 C.P(pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses).

A raíz de las lesiones producidas al trabajador, se les imputa a los dos sujetos, un delito de lesiones por imprudencia grave del artículo 150 C.P en relación al artículo 152.1.3º C.P por lo que corresponde pena de prisión de seis meses a dos años.

C) El arquitecto de la obra Don Sergio Pardo Méndez aunque realiza el estudio todo apunta a que no tenía ninguna función atribuida en el control de la seguridad en este caso ya que no consta que tuviese encomendado el control de seguridad en la ejecución de los trabajos.

3.4 Cálculo de penas y otras cuestiones

A continuación analizaremos lo que sucede cuando se produce una lesión a un bien jurídico como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad, ya que estamos ante un delito de lesión junto con un delito de peligro.

La regla general para la aplicación de las penas la encontramos en el artículo 73 C.P, conforme al cual se le imponen, al responsable de dos o más delitos, todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo.

Más concretamente aplicable a este supuesto cabe hablar del concurso ideal²⁸ de delitos contenido en el artículo 77 C.P que hace referencia a la posibilidad de que un solo hecho sea constitutivo de uno o más delitos. Este caso se encuadra en este precepto y por tanto se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave,

²⁷ MOLTÓ GARCÍA,J.I.: “Los agentes de la edificación (en la Ley 38/99)”, ed. Montecorvo S.A.; Madrid, 2000, pág.153.

²⁸ El concurso ideal requiere la existencia de una única conducta que ponga en peligro o lesione varios bienes jurídicos, causando varias infracciones de la misma o distinta naturaleza. RÍOS MARTÍN ,J.C: “Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial”. Ed. Colex (5ª edición), pág. 123.

sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

Para aplicar el concurso ideal es necesario analizar todas las penas mencionadas, que son: la del delito de lesiones del artículo 150 C.P en relación al artículo 152.1.3º del mismo con pena de prisión de 6 meses a 2 años y la del artículo 317 C.P que es la pena inferior en grado a la del artículo 316 C.P (quedaría en una pena de prisión de 3 a 6 meses).

A continuación, una vez que sabemos todas las penas, para aplicar el concurso ideal se aplica la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, correspondiendo a esta definición las lesiones del artículo 150 C.P en relación al artículo 152.1.3º C.P y quedando la pena de prisión de 2 años y un día a 3 años.

Atendiendo a todo lo expuesto, se imputaría al administrador de la empresa don Domingo Fernández Blanco y al coordinador de seguridad don Pedro Rodríguez Testón como autores criminalmente responsables de un delito de lesiones por imprudencia grave en concurso ideal con un delito contra los derechos de los trabajadores, a las penas de 2 años de prisión y un día, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Sin embargo otros autores opinan que la cuestión ha de resolverse como un concurso de normas por tratarse de un caso de consunción y por tanto con la aplicación del artículo 8.3 C.P conforme al cual “el precepto penal más amplio absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.²⁹

En el presente supuesto existe un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 317 C.P, que es un delito de peligro. Éste no está suficientemente justificado, ya que no se puso en peligro la vida, salud o integridad física de todos los trabajadores. Don Jorge García González era el único encargado de trasladar la carretilla con materiales al hueco del ascensor, introducirla en el mismo y engancharla al cable para ser izada a través de un maquinillo a los pisos superiores. Aún en el remoto caso de que más trabajadores pasasen por encima de los tableros colocados en el hueco del ascensor, la posibilidad de que se cayesen era casi imposible, ya que el tablero no resistió el peso de los materiales pesados pero se presume que sí resistiría el de una persona.

Por otra parte existe un delito de resultado que son las lesiones. Estas son consecuencia de la sustitución de las barandillas (medidas colectivas de protección de los huecos existentes) por los tableros. Están justificadas porque existe un resultado real, que es la fractura multifragmentaria de la segunda vértebra lumbar del trabajador y las secuelas que le quedaron: trastornos de erección, cicatriz en la región dorso lumbar, paraparesia de los miembros inferiores, material de osteosíntesis en la columna vertebral, así como vejiga neurógena leve-moderada, precisando de ortesis antiequino.

Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que ésta última es la hipótesis que debemos seguir, por tanto el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 317 C.P es absorbido por el delito de lesiones del artículo 150 CP en relación al artículo 152.1.3º del mismo, quedando condenados don Domingo Fernández y don Pedro Rodríguez a la pena de 1 año de prisión (de 6 meses a 2 años) con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J: “La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción”, editorial Leynfor siglo XXI, 2000, págs. 107-109.

En consonancia con lo anterior, la STS de 14 de julio de 1999 expone: *Cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (las lesiones), el delito de resultado absorberá al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva.*

3.5 Conclusiones

PRIMERA. Existe responsabilidad penal imputable al administrador de la empresa, don Domingo Fernández Blanco y al coordinador de seguridad don Pedro Rodríguez Testón.

SEGUNDA. En el hecho expuesto se contemplan el delito de lesiones del artículo 150 del Código Penal en relación al artículo 152.1.3º del mismo, que absorbe al delito contra los derechos de los trabajadores en la modalidad imprudente del artículo 317 CP.

4. Responsabilidad civil

4.1 La responsabilidad civil por accidente de trabajo. Concepto y naturaleza.

La responsabilidad civil ha sido mencionada tradicionalmente por la legislación de seguridad y salud en el trabajo, pero no ha sido regulada por este tipo de normas que, tácita o expresamente, se han remitido a la normativa común recogida en el C.C. Esta solución, prevista en los artículos 127.3 y 123.3 de la LGSS ha sido reiterada por el artículo 42.1.3 de la LPRL, preceptos que la declaran compatible con las responsabilidades administrativas y penales que puedan nacer de los mismos hechos.

La naturaleza de esta responsabilidad civil es privada, ya que se exige en el ámbito de relaciones privadas en el contexto de la prestación de servicios laborales. La finalidad es la reparación de los daños y perjuicios causados por la acción de una de las partes. No debe confundirse con la responsabilidad administrativa o penal que tienen por fin principal sancionar unos hechos, ni con la de Seguridad Social que nace del incumplimiento de las obligaciones legales del empresario y no tiene por fin la compensación de unos daños concretos, sino proteger situaciones de necesidad con el reconocimiento de prestaciones tasadas por la ley³⁰.

En el código civil se regula la responsabilidad contractual y la extracontractual:

- Responsabilidad contractual. El artículo 1101 C.C regula la responsabilidad contractual al establecer que *quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*
- Responsabilidad extracontractual. El artículo 1902 C.C dispone que *el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* Esta responsabilidad no nace de un contrato, sino de un acto dañoso.

Cuando el daño se produce en el marco de una relación laboral tal y como sucede en el presente supuestos, estaríamos ante una responsabilidad contractual ya que el daño se causa en la ejecución de un contrato de trabajo.

Del artículo 2 LRJS se desprende la atribución a la jurisdicción social de competencia para conocer de todas las obligaciones derivadas de la prevención de riesgos laborales, tanto de las empresas como de la Administración Pública, incluso cuando se trata de funcionarios o personal estatutario la responsabilidad civil derivada de accidente laboral se atribuye al conocimiento de la jurisdicción social.

En la exposición de motivos de la citada ley establece que *la unificación producto de la promulgación de la misma permite convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de*

³⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M. “Monografías. Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil”, ed. Aranzadi.S.A, 2013, pág. 1.

accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatuario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria laboral. Se incluyen además competencias sobre medidas cautelares.

Solamente quedan excluidos de esta competencia los pleitos entre el empresario y quienes colaboren con él en la prevención de riesgos laborales. El artículo 3,b) de la Ley 36/2011 establece: *De las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención.*

4.2 Orden jurisdiccional competente para su reconocimiento.

Si se trata de responsabilidad civil contractual tal y como es la del caso que nos compete, la reclamación es una acción derivada del contrato de trabajo, por lo que debe ejercerse ante el orden jurisdiccional social tal y como establece el artículo 2 ya citado de la LRJS.

El problema se plantea cuando, en base al artículo 1902 C.C, se reclama responsabilidad a personas distintas del empresario con fundamento extracontractual:

- Si la reclamación se dirige exclusivamente contra esos terceros, no existiría una relación contractual regida por el Derecho laboral y, por tanto, la misma sólo podría fundarse en culpa extracontractual amparándose en el artículo 1902 C.C y sería competencia del orden civil.
- Cuando, además de la reclamación extracontractual contra esos terceros, se quiere demandar también al empresario como responsable por los actos de sus empleados. Se ha considerado jurisprudencialmente que las acciones por responsabilidad extracontractual tienen una naturaleza subsidiaria y que, por tanto, de coexistir con una acción de naturaleza contractual, ésta atraería hacia sí la competencia, que sería del orden social³¹.

Cabe también hacer referencia a la anteriormente citada STS 1395/2008 de 15 de enero de 2008, que fijó la doctrina según la cual *las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.*

4.3 Posibilidad de aseguramiento

Esta posibilidad se establece en el artículo 15.5 de la LPRL en relación con los empresarios: *Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa*

³¹ ALFONSO MELLADO,C.L, “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad social y salud laboral”, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, págs. 129-132.

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.

El empresario será responsable por la totalidad de lo que se reconozca al trabajador, pudiendo derivar la responsabilidad a la entidad aseguradora en los términos que tenga asegurados. El aseguramiento no altera las reglas sobre competencia y por tanto aunque éste exista, las reclamaciones que procedan deberán dirigirse a los órganos del orden jurisdiccional social.

Sin embargo, el recargo de las prestaciones no es susceptible de aseguramiento tal y como establece el artículo 123.2 de la LGSS, que analizaremos en la siguiente pregunta.

4.4 Prescripción

Para la responsabilidad civil contractual se aplica el plazo de prescripción establecido en el artículo 59 E.T: *Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.*

Para la responsabilidad civil extracontractual se aplica el artículo 1968.2 CC: *Prescriben por el transcurso de un año: la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.*

El día desde el que se computa el año sería aquel en que pudiere ejercitarse la acción de reclamación de los daños y perjuicios. En el caso de que se hubiesen iniciado acciones penales derivadas del accidente laboral por el que también traen causa las acciones civiles de reclamación de los daños y perjuicios, la acción civil no podrá ejercitarse hasta que se resuelva la penal o el auto de cuantía máxima de la indemnización cuando proceda interposición³².

Por otra parte debemos tener en cuenta si la empresa tiene contratado un seguro de responsabilidad. En el caso que nos ocupa, Construcciones Oleiros S.L estaba asegurada en materia de responsabilidad civil con VitalSegur España, por lo que el momento a partir del cual se produce la cobertura del riesgo y surge la responsabilidad de la compañía aseguradora es la fecha del accidente y no cuando se suscitan las circunstancias dañosas, no siendo aplicable el criterio que atiende al momento de producción de los daños diferidos o escalonados.³³

4.5 Sujetos responsables

En principio la responsabilidad es imputable a todo aquel que incurra en los supuestos de los artículos 1101 y 1902 CC. Quien incumple sus obligaciones contractuales o las cumple de forma negligente o quien cause un daño culposo sin existir vínculo contractual.

El principal responsable es el titular de la empresa, es decir, el empleador (sea persona física o jurídica) ya que debe hacer frente a los riesgos que comporta el desarrollo de su actividad. Frente a sus empleados es deudor de seguridad y salud (artículo 14 LPRL) y frente a terceros es responsable por crear una situación de riesgo. Además, puede existir responsabilidad de los directivos o empleados que intervienen en

³² STS de 17 de febrero de 2014.

³³ STS de 13 de noviembre de 2007.

la acción dañosa, sin que repercuta en la responsabilidad en que incurre el titular de la empresa³⁴.

4.6 Requisitos de la responsabilidad civil

Los principales requisitos de la responsabilidad civil son los siguientes:

a) Existencia de daños al trabajador:

La finalidad no es sancionar el incumplimiento empresarial sino, reparar los daños y perjuicios causados con ocasión del trabajo. Por ello esta responsabilidad es compatible con el resto, de carácter básicamente sancionador y con el recargo de las prestaciones.³⁵

b) Acción u omisión:

Se debe producir un incumplimiento de las obligaciones de seguridad. El incumplimiento puede consistir tanto en la infracción de cualquiera de las obligaciones contenidas en el Ley de Prevención de Riesgos Laborales o previstas en la normativa de seguridad como de la obligación general que tiene el empresario de garantizar la seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

c) Culpa o negligencia empresarial:

El requisito principal de la responsabilidad civil es la culpa. Los artículos 1101 y 1902 CC exigen la existencia de culpa o negligencia, ya que nadie responderá de los sucesos que no se hubiesen podido prever o que fueren inevitables (artículo 1105 CC).

El artículo 1104 CC establece: *La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.* Asimismo señala que cuando la obligación no contemple la diligencia que se necesita para no incurrir en culpa, ésta debe de ser la que correspondería a un buen padre de familia. En consiguiente, no existirá culpa del empresario cuando este pruebe que actuó con la diligencia debida.

Por otra parte, la culpa de la víctima no liberará al patrono, excepto si se trata de un accidente motivado a la imprudencia temeraria del trabajador (artículo 15.4 LPRL).

La jurisprudencia ha afirmado que la responsabilidad civil se produce con independencia de la consideración de la culpa por el sujeto responsable. Sin embargo la jurisprudencia más actual aprecia la responsabilidad subjetiva (responsabilidad cuando existe culpa)³⁶.

d) Nexos causal entre la conducta empresarial y el daño sufrido:

Deberá existir un nexo causal entre la acción culposa y el daño causado; éste debe tener su causa en el obrar de quien ha incumplido su deber de garantizar la seguridad y salud de sus empleados. Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad en el trabajo por parte del empresario o del coordinador de seguridad deben

³⁴ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M. "Monografías. Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil", ed. Aranzadi SA, 2013, pág. 3.

³⁵ IGARTUA MIRÓ, M.T. "Sistema de prevención de riesgos laborales", ed. Tecnos, Madrid, 2011.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010, pág. 399.

ser la causa por la que el trabajador don Jorge García González de la empresa Construcciones Oleiros S.L resultó accidentado.

4.7 Modo de determinación de la indemnización

Conforme a los artículos 1101 y 1106 C.C, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino el de la ganancia que se haya dejado de obtener (lucro cesante), ya que el daño real comprende, además de las pérdidas actuales, la pérdida de ganancias futuras. También deberán repararse los daños morales, ya que el fin perseguido por la norma de lograr que el perjudicado quede indemne, no se cumpliría si no se incluyeran todos los daños.

El sistema (Baremo) para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que se estableció por la Ley 30/1995 y que hoy se contiene, como Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, viene siendo aplicado por muchos Juzgados y Tribunales de lo Social.

La aplicación del Baremo facilita la prueba del daño y su valoración y también la fundamentación de la sentencia pues tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2004, *la valoración del daño con arreglo al baremo es legal, es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que justifiquen mayor cuantía y que, por ende, no requiere de una mayor fundamentación. Entendiendo que la exigencia constitucional al respecto se satisface cuando la decisión por su contenido y naturaleza permite conocer las razones que la fundan, aunque estén implícitas o muy lacónicamente expresadas.*

En el caso que nos ocupa, debemos acudir al baremo del año 2007 (Resolución del año 2007) porque es la relativa al periodo de tiempo de cuando fue declarada la incapacidad hasta que las lesiones son definitivas, que es cuando se declara la incapacidad permanente en el grado de total, es decir, en el año 2007.

Teniendo en cuenta que en el caso planteado: 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 centímetros en la región dorso lumbar, paraparesia de los miembros inferiores con marca autónoma leve-moderada, precisando de ortesis antiequino y en base a la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el 2007, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación podríamos hacer una aproximación de la cuantía a reclamar, a falta de un Informe médico valorador que avale y especifique el alcance de las lesiones:

Para los días de hospitalización, que fueron 110, le corresponde una indemnización por cuantía de 61,97 euros por día de acuerdo a la Tabla V de la citada Resolución de 7 de enero de 2007.

Habría que concretar si los 580 días fueron impeditivos o no:

- Para los impeditivos le correspondería un importe de 50,35 euros al día.
- Para los no impeditivos le corresponden 27,12 euros al día de acuerdo con la citada Resolución.

A estas cantidades habría que aplicarles los factores de corrección, es decir, unos porcentajes de aumento en función de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal.

A continuación acudimos a la Tabla II denominada “Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)”. El informe pericial médico específico lo hace un experto valorador que atribuye unos determinados puntos en relación a las secuelas que le hayan quedado a la víctima.

Don Jorge García González tenía 24 años en el momento del accidente, por lo que hay que acudir al apartado de entre 21 a 40 años y ahí aparecen las cuantías en euros dependiendo de los puntos mencionados en el informe pericial médico.

A continuación acudimos a la Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes según la cual se aplica un aumento en porcentaje o en euros en relación a las circunstancias personales de la víctima:

- Perjuicios económicos en relación a los ingresos netos de la víctima por trabajo personal: varía desde un aumento del 10% hasta el 75%.
- Daños morales complementarios: hasta 82.685,58 euros.
- Grandes inválidos: hasta 330.742,34 euros.
- Adecuación de la vivienda: hasta 124.028,38 euros.

En síntesis diremos que en función del informe médico que se realizase, se determinaría un total de puntos, que habría que multiplicar por la cantidad indicada en el Baremo correspondiente del año 2007, resultando así la cantidad que se podría solicitar.

4.8 Conclusiones

PRIMERA. Existe responsabilidad civil en este supuesto, que se resolvería ante el Juzgado de lo Social de A Coruña.

SEGUNDA. Para la determinación de la cuantía de la indemnización deben tenerse en cuenta el número de días que el trabajador estuvo hospitalizado e impedido, así como la entidad de las secuelas. Una vez conozcamos el informe médico, para la valoración se acude a modo orientativo al baremo para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

5. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

5.1 Concepto

Se encuentra actualmente regulado en el artículo 123 de la LGSS y supone la imposición de un recargo calculado sobre la prestación de SS derivada del accidente de trabajo o enfermedad profesional, a cargo del sujeto infractor (empresario) para el supuesto de acaecimiento de daños a los trabajadores como consecuencia de un incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo³⁷. En este caso nace un derecho a favor del trabajador que consiste en un recargo aplicable sobre las prestaciones de seguridad social que le correspondan. Esta medida pretende la diligencia del empresario en el cuidado de sus trabajadores.

El citado artículo 123(recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional) en su apartado primero establece: *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 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.*

5.2 Naturaleza jurídica

En lo referente a la naturaleza jurídica, en el recargo de las prestaciones existen dos corrientes principales:

La doctrina mayoritaria entiende que tiene carácter de sanción que se impone a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Esta naturaleza sancionatoria se avala porque el recargo se calificaba en el Reglamento de AT, aprobado por Decreto de 22 de junio del 56 como sanción para el empresario.

Además, parecen conducir a esta naturaleza los hechos de que se tase independientemente de los daños reales y la necesidad de que se reconozca por una autoridad pública y mediante el correspondiente procedimiento administrativo que puede ser instado por el Inspector de Trabajo³⁸.

Por otra parte y aunque su naturaleza en principio es sancionadora no se puede obviar que tiene una naturaleza compleja o mixta al participar de muchos elementos propios de las indemnizaciones.

El componente indemnizatorio se identifica con el dato de que las cantidades en que consiste el recargo de prestaciones van a beneficiar al sujeto perjudicado, esto es, que junto a la finalidad sancionadora tiene una pretensión de reparar el daño causado por el accidente o la enfermedad. Además este carácter parece resaltarse en el artículo 42.3 LPRL, estableciendo que las responsabilidades administrativas que la ley establece serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas al sistema de SS. Tal y como sostiene PURCALLA

³⁷ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 382.

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 32.

BONILLA, el incumplimiento empresarial es sancionado por el Estado a través de una indemnización incrustada en el sistema de Seguridad Social.

A efectos de Seguridad Social se va a considerar como parte de la prestación económica, por lo que en determinados aspectos se le aplica la normativa común vigente en aquel sistema³⁹. En este sentido cabe destacar que la STSJ de la Región de Murcia 926/2007 de 9 de julio de 2007 establece en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: *La Sala IV del Tribunal Supremo (SS de 21-7-2006, rec. 2031/2005 y 10 de Diciembre de 1998 Rec. 4078/1997) viene estableciendo que el recargo de prestaciones derivadas de un accidente por infracción de las medidas de seguridad, aparte de sus características sancionadoras respecto del empresario incumplidor, tiene también, al menos respecto de los beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social, de modo que el recargo sigue siendo el mismo régimen que las prestaciones.*

5.3 Requisitos para la imposición del recargo

- a) Para la imposición del recargo se exige un daño causado por un accidente de trabajo y que de origen a prestaciones de Seguridad Social.

No basta con la producción de un daño causado por un accidente de trabajo en los términos del artículo 115 LGSS, sino que es preciso que por causa del mismo se reconozca una prestación de Seguridad Social. Cualquier prestación económica puede conllevar el reconocimiento del recargo, pues el artículo 123 LGSS habla de todas las prestaciones que tengan su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional.

En el presente supuesto el daño que sufre el trabajador don Jorge García González es evidente (fractura multifragmentaria de la segunda vértebra lumbar con desplazamiento intracana. Secuelas: trastornos de erección, cicatriz de 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) y es evidente también que dio origen a prestaciones de Seguridad Social ya que finalmente es acreedor de incapacidad permanente absoluta.

- b) Infracción de una norma de seguridad y salud en el trabajo.

Se exige igualmente un incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo. En apoyo de esta solución deben citarse, aparte del estudiado artículo 123, los artículos 40.2 C.E, los artículos 4.2 y 19 ET y 14,15 y 16 LPRL.

Este requisito también se cumple puesto que en el artículo 14 de la LPRL se impone al empresario la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta alcanzar la máxima seguridad técnicamente posible. En este caso dichas medidas no fueron adoptadas ya que las medidas colectivas de protección de los huecos indicadas en el estudio de seguridad (las barandillas) fueron sustituidas por una plataforma de espesor inadecuado que no soportaba el peso del trabajador y de los materiales, produciéndose así el accidente.

³⁹ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011, págs. 383,384.

c) Nexo causal

También se exige una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado, es decir, que el daño tenga su causa en la conducta empresarial. En cuanto a la ruptura del nexo causal por la imprudente actuación del trabajador se asienta la tendencia judicial a considerar que existe la infracción empresarial, ésta no se ve contrarrestada por la imprudencia del trabajador y que, sin embargo, procede la moderación de la cuantía del recargo, aplicando un mecanismo puramente civil de compensación de culpas entre la del empresario y la correspondiente al trabajador, imponiéndolo, con carácter general, en su cuantía mínima (STS de 20 de enero de 2010 y SSTS de 22 de julio de 2010).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 900/2015 de 13 de febrero establece en su fundamento de derecho segundo que: *es reiterada doctrina jurisprudencial (STS/IV 12 julio 2007, rec.nº 938/2006, y de octubre de 2000 y de suplicación (STJ Galicia, entre otras, de 31-3-1998; 25 marzo de 2008, rec.nº 4922/05) la que viene señalando como requisitos del recargo por infracción de medidas de seguridad en el trabajo, los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado, b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.*

d) Voluntariedad empresarial

Además, la jurisprudencia suele requerir la concurrencia de un elemento de voluntariedad empresarial. No se viene exigiendo la culpa en sentido estricto sino como falta de diligencia correspondiente a un prudente empresario, es decir, si el riesgo era previsible o evitable, el empresario debe responder del recargo.

Finalmente cabe señalar que no procede el recargo en supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, que equivale a los supuestos en que el riesgo fuera imprevisible, o bien inevitable, pero se hubieran adoptado las medidas necesarias para disminuirlo o atenuarlo.⁴⁰

5.4 Procedimiento y cuantía

El recargo puede ser solicitado ante la entidad gestora (INSS) tanto por el Inspector de Trabajo como por el interesado.

A instancia del beneficiario, el INSS inicia el procedimiento después de que actúe la Inspección de Trabajo y también el Instituto Galego de Seguridad e Saúde Laboral, quienes instan la declaración del recargo. La Inspección de Trabajo realiza un informe y un acta de infracción (en este caso con propuesta de infracción grave) en el que se recogen los hechos y las normas infringidas motivando el porcentaje que

⁴⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Sistema de prevención de riesgos laborales” ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 388.

considere procedente aplicar (proponen un recargo del 30%). La resolución se atribuye al Director Provincial del INSS, que se incorporará al expediente de infracción.

A continuación se da audiencia al empresario responsable de la falta de medidas de seguridad, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer alegaciones y aportar documentos (artículo 79 de la Ley 30/1992). El EVI deberá emitir y elevar al Director provincial del INSS un dictamen-propuesta, especificando el porcentaje de incremento de prestación que propone.

La Entidad Gestora resuelve el expediente en el plazo de 135 días a contar desde el inicio de la tramitación. Transcurrido dicho plazo sin resolución expresa se entiende por silencio negativo, desestimada la solicitud sin perjuicio de la opción del interesado de acudir a la vía judicial y del derecho a ejercitar las acciones pertinentes.

Si el INSS resuelve admitiendo el recargo, debe especificar su cuantía y las bases de las prestaciones sobre las que deba aplicarse y nombrar al empresario responsable de las mismas.

En relación a la cuantía, el propio artículo 123 de la LGSS sitúa el incremento de la prestación en un porcentaje que va desde el 30 al 50 por 100 y el criterio aportado por la norma es el de la gravedad del incumplimiento dejando así un amplio margen de actuación a la hora de su fijación tanto a la entidad gestora como a los tribunales.

En principio la cuantía se fija por el órgano administrativo y de existir demanda judicial, por el Juzgado de lo social. Antes no se consideraba revisable en suplicación la valoración sobre la cuantía en que debe fijarse el recargo, pero actualmente el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha admitido la posibilidad de reconsiderar mediante la interposición del correspondiente recurso de suplicación, la cuantía en que se haya fijado el recargo⁴¹.

5.5 Sujeto responsable del pago y la prohibición de aseguramiento

El sujeto responsable del pago es el empresario, sin que corresponda ninguna responsabilidad a la entidad gestora, ni exista obligación de pago adelantado y ni siquiera cabe responsabilidad subsidiaria del INSS en supuestos de insolvencia empresarial⁴². Es al empleador del trabajador perjudicado al que corresponde el cumplimiento de las medidas de seguridad.

El artículo 123.2 LGSS pone de manifiesto que *la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.*

La conclusión anterior ha suscitado dudas acerca de si la cobertura del recargo es asegurable debido a que el artículo 15.5 LGSS establece que: *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...*

Para resolver esta cuestión debemos atender a la principal finalidad de la norma que es la de fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos

⁴¹ ALFONSO MELLADO, C.L: “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 42.

⁴² ALFONSO MELLADO, C.L: “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 43,44.

laborales y disuadir el incumplimiento de las normas previstas en estas materia. En consonancia con lo expresado, nos decantaremos por la prohibición del aseguramiento del recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

Por último cabe hacer una breve reseña a la compatibilidad con otras prestaciones, ya que el artículo 123 LGSS en su apartado tercero dispone: *La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.* Por tanto, el procedimiento social es independiente y compatible con el seguido en la vía jurisdiccional penal toda vez que los objetos de ambos procedimientos son distintos, ya que en el primero se discute el porcentaje a aplicar de recargo en las prestaciones de la Seguridad Social y en el segundo se discute la responsabilidad penal y civil por daños causados al trabajador.

5.6 Conclusiones

PRIMERA. El responsable del pago del recargo de prestaciones de la Seguridad Social es el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno (artículo 123.2 LGSS).

SEGUNDA. La responsabilidad del recargo de prestaciones es independiente y compatible con las de todo orden que puedan derivarse de la infracción (artículo 123.3 LGSS).

TERCERA. La naturaleza jurídica del recargo es de carácter de sancionador aunque también presenta elementos propios de las indemnizaciones, por lo que tiene una naturaleza jurídica compleja o mixta.

CUARTA. Los requisitos principales para que se exigen para el recargo son: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad, b) causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, c) que exista relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVAS

1. Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C.L. “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ARMENTEROS LEÓN, M.: “Algunas consideraciones sobre la delimitación subjetiva de la responsabilidad penal en materia de riesgos laborales”, Noticias jurídicas, 2006.

BERRUEZO,R.: “Derecho penal laboral. Delitos contra los trabajadores”, ed. B de f, Buenos Aires, 2011.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.; ELLACURÍA BERRIO, J.M; ITURRATE ANDÉCHAGA, J.M.: “La responsabilidad penal en los accidentes de trabajo”, ed. Tro, S.L, 1999.

GARCÍA GONZÁLEZ, B.J; TENA CORNELLES, D.; DE FEZ SOLAZ, M.C.; “Formación y Orientación Laboral”, ed. La editorial, Valencia, 2014.

IGARTUA MIRÓ,M.T.; “Sistema de prevención de riesgos laborales”, ed. Tecnos, Madrid, 2011.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA,J.: “La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción”, ed. Leynfor siglo XXI, 2000.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: “Monografías. Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil”, ed. Aranzadi S.A, 2013.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A.; “Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law”, ed. Netbiblo, A Coruña, 2012.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A.; CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Derecho de la Seguridad Social, ed. Netbiblo, A Coruña, 2013.

MÓLTÓ GARCÍA, J.I.; “Los agentes de la edificación (en la ley 38/99)”, ed. Montecorvo S.A., Madrid, 2000.

ORTELLS RAMOS,M.; TAPIA FERNÁNDEZ,I. (dirección y coordinación): “El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)”, ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2005.

ORTIZ SÁNCHEZ, M.; PÉREZ PINO, V.; “Diccionario jurídico básico”, ed.Tecnos, Madrid, 2010.

RÁMOS VÁZQUEZ, J.A.; “Lecciones de derecho penal parte especial”, Universidad de A Coruña, curso académico 2013/2014.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “La siniestralidad laboral como delito”, ed. Bomarzo, Albacete, 2006.

VALVERDE ASENCIO, A.J.;”Competencia jurisdiccional para conocer de las pretensiones sobre infracciones administrativas en el orden social. Comentario al auto

del Tribunal Supremo (sala especial de competencia) de 10 de julio de 2006”,
Universidad de Sevilla, 2007.

www.derecho.com

www.inst.es (Instituto Nacional de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo)

www.jurisweb.com

www.traballo.xunta.es/convenios colectivos Portal de Trabajo Xunta de Galicia,
Consellería de traballo e benestar.

2. Fuentes jurisprudenciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 20 de enero de 2000

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña sección 2ª de 12 de junio de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 12 de febrero de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de noviembre de 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 20 de enero de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de febrero de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de febrero de 2015

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2012

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de marzo de 2015

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de marzo de 2015

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de julio de 2013

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de marzo de 2015

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de febrero de 2015

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de marzo de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2011

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2013

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010

3. Fuentes normativas

Constitución Española, 1978

Convenio 62 OIT, relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

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

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

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

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

Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Real Decreto 171/2004, de 30 de enero por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995 , sobre Ordenación de la Edificación

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención

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

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

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

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

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

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2007, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación