

EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES: ASPECTOS PRÁCTICOS DEL RECARGO DE PRESTACIONES

María Antonia Pérez Alonso. Profesora Titular de Universidad.
Dto. De Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de
Valencia.

Índice:

- 1.- Los recargos de prestaciones de Seguridad Social.**
- 2.- La doctrina judicial en la imposición del recargo de prestaciones.**
- 3.- A modo de reflexión.**

El presente estudio hace un recorrido por las últimas resoluciones judiciales que se han dictado, en los años 2013 y 2014, en torno al recargo de prestaciones de Seguridad Social, para poder identificar cuáles son las situaciones y circunstancias en las que los tribunales imponen el recargo de prestaciones de Seguridad Social.

1.- Los recargos de prestaciones de Seguridad Social.

Para la imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social¹ resulta preciso la producción de un Accidente de Trabajo (en adelante, AT)² o una

¹ Vid. ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J.L: Instituciones de Seguridad Social. 15ª edición, p.56 y ss.; TORTUERO PLAZA, J.L: Texto refundido de accidentes de trabajo de 1956 y la formación del sistema de Seguridad Social, en Legislación histórica de previsión social / Joaquín García Murcia (dir.), María Antonia Castro Argüelles (dir.), 2009; GALA DURAN, C.: El alcance de la responsabilidad

Enfermedad Profesional (en adelante, EP)³ y, además, es necesario que se haya incumplido una medida de seguridad e higiene en el trabajo, si bien no es suficiente para la imposición del recargo estas dos situaciones sino que resulta preciso, probar la relación de causalidad entre la producción del Accidente de Trabajo y la medida incumplida. Así, para el caso de que proceda la imposición del recargo de prestaciones la cuantía será entre un 30 a 50%, cuando la lesión se produzca por no observar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y siempre que se pruebe la relación de causalidad, por aplicación del art. 123.1 LGSS.

De tal modo que se considera que procede el recargo de prestaciones cuando concurren las siguientes situaciones: a) El trabajador sufra el AT-EP; b) El empresario haya incumplido una norma de seguridad; c) Que el incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión. Vid. sobre este particular, la STSJ de Cataluña de 6-5-2013, rec. 573/2013: en esta sentencia se trataba de un supuesto de manipulación de productos químicos en el que se produce una enfermedad profesional y se impone el recargo del 20%; igualmente, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21-3-2013, rec. 322/2013: amianto; STSJ de Cataluña de 20-3-2013, rec. 274/2013: partículas de polvo, recargo del 40%; STSJ de Cataluña de 4-3-2013, rec. 8000/2011: asbestosis; STS de 5-6-2013, rec. 1160/2012: fallecimiento por fibrosis pulmonar, existe incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad.

del empleador en el marco del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad: comentario de la STS de 12 junio 2013, en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, Nº. 1, 2014, págs. 147-152; GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*. Editorial Aranzadi, 1997. EZQUERRA ESCUDERO, L.; RIVAS VALLEJO, P.; AGUSTI MARAGALL, J.: *Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física en el ámbito laboral*. Editorial Atelier, 2010; RODRIGUEZ PASTOR, G.: *El recargo de las prestaciones de seguridad social en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, en AA.VV.: *Cuestiones prácticas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 (en prensa); GONZALEZ, MARIN, C.: “Sobre la suspensión del procedimiento para la imposición del recargo de prestaciones”, en *Revista de Aranzadi social* nº 2/2011.

² Vid. SALCEDO BELTRAN, C.: *Investigación de los Accidente de Trabajo: aspectos jurídicos*. Editorial Bomarzo, 2012; *La coordinación de las actividades preventivas en el sector de la construcción*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013; “La investigación de los accidentes de trabajo”, en AA.VV.: *Cuestiones prácticas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 (en prensa); RODRIGUEZ DE PRADA, A.: *Investigación de accidentes por el método del árbol de causas*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. 2º edición, 2012; PEREZ ALONSO, M^a.A.: “El concepto de accidente de trabajo en el artículo 115 de la Ley General de Seguridad Social. Las distintas formas de accidente de trabajo”, en AA.VV.: *Cuestiones prácticas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 (en prensa).

³ Vid. GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional”, en AA.VV.: *Cuestiones prácticas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 (en prensa); “La acción protectora: las contingencias protegidas”, en AA.VV. *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 192 y ss.; MONEREO PEREZ, J.L., FERNANDEZ AVILES, J.A.: “La conformación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en *RL* nº 2/2010.

Igualmente, procede la imposición del recargo cuando el empresario no haya observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, pues el empresario tiene un deber de seguridad que le impone el art. 14.2 LPRL y los artículos 15.4 y 17.1 de la citada ley⁴, o cuando haya existido una omisión de tales medidas y el AT se haya producido en tiempo y lugar de trabajo⁵. Vid. la STSJ de Cataluña de 21-1-2009, rec. 8699/2007: referida a exposición a plaguicidas, ventilación insuficiente e inexistencia de evaluación de riesgos, plan de actuación y procedimiento de coordinación, impone recargo del 40%; STSJ de Cataluña de 23-4-2014, rec. 1196/2014, se aprecia omisión de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, por déficit de material y relación de causalidad; recargo por caída desde una altura de 12 metros (STSJ de Madrid de 6-2-2013).

Del mismo modo, procede el recargo cuando hay incumplimiento del deber de información adecuada (STSJ de Andalucía/Sevilla de 10-4-2014, rec. 1671/2013); falta de señalización (STSJ de Galicia de 17-6-2014, rec. 5081/2012); utilización de ropa inadecuada y falta de formación y ausencia de evaluación de riesgos (STSJ de Galicia de 19-4-2013); También hay recargo por falta de certeza de la causa que produjo el AT (STSJ Galicia de 30-4-2013).

La imposición del recargo también se produce en los casos de mobbing o acoso moral, por omisión del empresario de velar por la salud de la trabajadora (STSJ de Cataluña de 22-10-2013, rec. 7237/2012)⁶, pues se considera que el empresario no ha adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

⁴ Vid. STSJ de la C. Valenciana de 9-12-2008, rec. 725/2008: Lo que la STSJ Cataluña de 15/11/05 (AS 2005, 593) reitera para afirmar: "Desde esta perspectiva se ha venido manteniendo el recargo en aquellos supuestos en los que "la empresa no tomó las medidas necesarias para prevenir el riesgo" o cuando no se ha producido una "evaluación" del mismo (sentencia de la Sala de 8 de abril de 2004 (JUR 2004, 153141) ; siendo así que, y "entre los deberes genéricos de carácter preventivo impuestos al empresario, figuran la debida atención a la sustitución de lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro (art. 15.2 . f)..." (S. de 20 de febrero de 2004 (JUR 2004, 96147) .

Asimismo se ha dicho que el incumplimiento de las medidas generales, como el deber de vigilancia que se impone al empresario, ha de valorarse teniendo en cuenta los criterios de normalidad y razonabilidad exigibles a un empresario normal (STSJ Cataluña 1.12.98 (AS 1998, 4952), 15.9.90...).

⁵ STSJ de la C. Valenciana de 5 -12-2008, rec. 614/2008.

⁶ STSJ de Cataluña de 22-10-2013, rec. 7237/2012: mientras que sobre el grado de diligencia exigible, lo que dirá el Tribunal Supremo es que "la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2 , 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... deberá garantizar la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención". Y en este sentido insiste de nuevo en la consideración de que "el fracaso de la

En relación con la Enfermedad Profesional, el tratamiento es igual que en los supuestos de AT, de modo que procederá el recargo de prestaciones de Seguridad Social cuando se den los mismos condicionantes que en AT. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 6-5-2013, rec. 573/2013, impone un recargo del 20% por manipulación de productos químicos; STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21-3-2013, rec. 322/2013 (por amianto); STSJ de Cataluña de 20-3-2013, rec. 274/2012, recargo del 40% (partículas de polvo); STSJ de 4-3-2013, daños y perjuicios por fallecimiento debido a enfermedad profesional; se aplica los artículos 5,12,19,20 y 21 la OM de 31-1-1940, Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la STS de 1-2-2012 donde se aplica el Anexo del RD legislativo 8/2004, por responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor; STS de 5-6-2013, rec. 1160/2012, fallecimiento fibrosis pulmonar e incumplimiento de las medidas de seguridad. En cuanto al responsable del pago de las prestaciones derivadas de Enfermedad Profesional es el INSS y no la Mutua con posterioridad al 1-1-2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2007 (STS de 18-2-2013, rec. 1376/2012).

acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL)" sujetará al empresario a la consecuente responsabilidad.

El empresario así solo podrá evitar la responsabilidad en cuestión "cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL]". Casos éstos en los que, y en todo caso, le corresponde al empresario la carga de la prueba de acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente. Advertirá con todo el Alto Tribunal que "no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, y no solamente porque esta conclusión es la que se deduce de los preceptos anteriormente citados y de las argumentaciones jurisprudenciales ofrecidas sino por su clara inoportunidad en términos finalísticos, pues tal objetivación produciría un efecto «desmotivador» en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible sanción administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a la más graves infracciones [de sanción cuantitativamente mayor]".

Planteamiento éste que, dirá, se ajusta a la Directiva 89/391/CEE (LCEur 1989, 854) , tal como se deduce de la STJCE 2007/141 [14 /Junio] (TJCE 2007, 141) , al decirse en ella, interpretando el alcance de la obligación prevista para el empleador en el art. 5.1 [«el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo»], que tal precepto no era conculcado por el art. 2 de la Ley del Reino Unido relativa a la Salud y Seguridad en el Trabajo, al disponer que «El empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable».»; vid. FABREGAT MONFORT, G.: El acoso moral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. la obligación de la protección “, en AA.VV.: Cuestiones prácticas del accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 (en prensa); ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Acoso moral y su tipificación jurídica y su tutela judicial”, Aranzadi Social, nº 2, pág. 16; ROMERO RODENAS, M.J., Protección frente al acoso moral en el trabajo. Bomarzo. Albacete, 2004. Pág. 26; COLLADO GARCÍA, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencias con otras figuras”, CGPJ. Madrid, 2005; PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”. En Tribuna Social, nº 178/2005.

2.- La doctrina judicial en la imposición del recargo de prestaciones.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 6-5-2013, rec. 573/2013, resume la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la imposición del recargo del siguiente modo:

1º.- No son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, puesto que el empresario crea el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo sufre;

2ª.- El empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET);

3º.- El empresario está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral» de los trabajadores (art. 14.1 LPRL), esto es, el deber de seguridad.

4º.- La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que, una vez, actualizado el riesgo, esto es, el AT, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.

5º.- En cuanto a la carga de la prueba se ha de aplicar por analogía el art. 1183 Código Civil del que "deriva la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos (secuelas derivadas de AT) y de los impositivos, extintivos u obstativos (diligencia exigible), cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]".

6º.- En cuanto al día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, es el día de la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones (STSJ de la Rioja de 4-12-2007, rec. 268/2007)

7º.- En cuanto a la naturaleza jurídica del recargo, la STS de 9 febrero 2006, recud núm. 4100/2004, considera que "en el recargo por falta de medidas de seguridad, nos hallamos ante un recurso punitivo en el que se busca primordialmente restituir la norma jurídica a su lugar rector de las conductas, aunque la compensación no la recibe el Estado, inmediato perjudicado, por la conculcación de su ordenamiento, sino quienes han recibido sobre sí el segundo grado de consecuencias, el *damnum*".

8º.- No hay recargo, aunque exista infracción, si la misma no es la causa directa del accidente, dado que la relación de causalidad ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto (T.S. 28-5-02; STSJ de la C. Valenciana de 3 de febrero de 2005, rec. 3940/2004)⁷, pero en la actualidad, la Ley de Prevención de Riesgos laborales 31/95 de 8 de noviembre plasma los anteriores principios en el art. 14 LPRL, a través de lo que se ha venido denominando, por la doctrina, la "deuda de seguridad" que todo empleador asume con sus productores (STSJ de la C. Valenciana de 23-12-2008, rec. 678/2008). Tampoco procede el recargo cuando el AT se produce porque el trabajador no mantiene la distancia necesaria en la máquina y aunque haya habido error de un compañero (STSJ de Madrid de 18-6-2013).

9.- En determinados supuestos la responsabilidad empresarial por incumplimiento del deber de seguridad puede ser compartida con otros sujetos responsables que hayan participado en el incumplimiento del deber de seguridad; en esta línea, el artículo 127 LGSS determina los supuestos en los que la responsabilidad puede ser compartida bien de modo solidario y/o subsidiario; de este modo, la STSJ de Galicia de 21-5-2013, procede responsabilidad del empresario principal y contratista por la infracción en los deberes de vigilancia y coordinación; la STSJ de Galicia de 7-11-2012, donde se produce la caída de un andamio por incumplimiento de diversas medidas de seguridad; responsabilidad solidaria del contratista, subcontratista y empresario principal por omisión de las medidas de seguridad, en la que se produce la descarga eléctrica (STSJ País Vasco de 27-3-2012); responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista por omisión de medidas de seguridad (STSJ de Galicia de 23-1-2012); responsabilidad

⁷ Vid. STSJ de la C. Valenciana de 3 de febrero de 2005, rec. 3940/2004: El motivo debe ser desestimado dado que se ha producido una Accidente de Trabajo en tiempo y lugar de trabajo, tal y como consta descrito en el hecho probado quinto y séptimo de la sentencia de instancia, si bien el hecho de que el Accidente de Trabajo se produjera tras terminar la jornada de trabajo, como expresa el fundamento de derecho de la sentencia del juzgado de lo contencioso no desvirtúa la imposición del recargo, pues dicha circunstancia que es controvertida, no se describe en el hecho probado sino en un fundamento de derecho, de modo que el juez de instancia no queda vinculado por dicha declaración, de modo que, tal y como describe el juez de instancia en el hecho probado número quinto se indica que " Al terminar la jornada, el trabajador se retiró el cinturón de seguridad y al descender del andamio sufrió al parecer, un traspies y cayó desde cinco metros al patio interior de la finca. En dicho momento se encontraba presente el empresario. Que el andamio carecía de barandilla y de plataforma". De este modo, a la vista de este hecho probado es evidente que el andamio al carecer de barandilla y plataforma incumplía las elementales medidas de seguridad en la protección de la salud e integridad física de los trabajadores y ello unido a la falta de formación y experiencia en el montaje de andamios tubulares metálicos, determina que la imposición del recargo es procedente.

Para ello conviene recordar la STS de 8-10-2001 (RJ 2002, 1424), rec. 4403/2000 se determina que la "vulneración de normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053) y cuyo artículo 14.2 se establece que el cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (...). En el apartado 4 del artículo 15 señala que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

solidaria de la empresa promotora, contratista y subcontratista (STSJ de Cataluña de 8-2-2013).

3.-A modo de reflexión.

Se puede concluir que para la imposición del recargo de prestaciones de Seguridad Social hay que estar al caso concreto, dado que resulta necesario en todos los supuestos de un lado, la producción de un accidente de trabajo con especiales consecuencias para el trabajador; de otro lado, se precisa el incumplimiento de una medida de seguridad y una relación de causalidad entre la producción del accidente de trabajo y la medida de seguridad e higiene de trabajo incumplida. Ahora bien, dicho esto, no siempre en la práctica resulta fácil determinar la medida de seguridad incumplida, puesto que no siempre va a existir una concreta medida de seguridad incumplida sino que, sucede, en la práctica que el accidente de trabajo se produce por una cadena de sucesos que unidos todos ellos desencadena la producción del Accidente de Trabajo.

En la primera época jurisprudencial en la que se determinaba la imposición del recargo, los tribunales buscaban la precisa y concreta medida incumplida para poder proceder a la imposición del recargo, era lo que se denomina la doctrina culpabilista. Ahora bien, con el paso del tiempo, los tribunales se posicionaron mayoritariamente en una responsabilidad empresarial casi objetiva, exigiendo al empresario un exceso de celo en todas las revisiones que la ley de prevención exige al empresario, en torno a sus medidas de seguridad que debe cumplir para con sus trabajadores, no sólo las que expresamente se determine en cada una de las normas referidas a la prevención, como lo es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y su correspondiente normas reglamentarias⁸, pero, para esta teoría objetiva no sólo basta con el cumplimiento estricto de la normativa sino que se le exige al empresario una conducta totalmente activa en todo aquellos riesgos que potencialmente puedan determinar un peligro para los trabajadores, de tal modo, que los empresarios estarían permanentemente obligados a la consecución del fin de la evitación del peligro que puede ocasionar el potencial accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

⁸ RD 39/1997, de 17 de enero y la OM de 27 de junio de 1997; sino también la correspondiente normativa más específica como el RD 485/1997, de 14 de abril, sobre materias mínimas de señalización de seguridad y salud en el trabajo; el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en lugares de trabajo; o, también las normas de protección de trabajadores en determinadas condiciones, como el RD 487/1997, de 14 de abril sobre manipulación manual de cargas; RD 488/1997, trabajo con equipos; RD 665/1997, de 12 mayo, sobre exposición a agentes cancerígenos y RD 374/2001, de 6 de abril sobre agentes químicos durante el trabajo RD 614/2001, de 8 de junio, frente al riesgo eléctrico; RD 681/2003, de 12 de junio, sobre atmósferas explosivas; RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre utilización por los trabajadores por equipos de protección individual; RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre normas mínimas en construcción o el RD 1389/1997, de 5 de septiembre, sobre actividades mineras; RD 1216/1997, de 18 de julio, en buques de pesca; RD 258/1999, de 12 de febrero, condiciones mínimas de trabajos en el mar, etc.

Así, en cuanto al grado de diligencia exigible, la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL ("... deberá garantizar la seguridad... en todo los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad") y 15.4 LPRL (SSTS de por el TS de fecha 17 de julio de 2007, de Sala General; STS de 14 de julio de 2009).

De este modo, al empresario se le ha impuesto una revisión constante y permanente en la eliminación de los riesgos, peligros y posibles peligros que pudieran ocasionarse mientras el trabajador desempeña su trabajo. En esta línea, la STS de 19-3-2010, rec. 1469/2005, determina que el empresario debe mantener el control y vigilancia, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial, lo que se ha interpretado como una enorme ampliación de la culpa in vigilando.

La deuda de seguridad impuesta al empresario determina que, actualizado el riesgo (de accidente de trabajo o enfermedad profesional), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias (SSTS de por el TS de fecha 17 de julio de 2007, de Sala General). En este sentido, corresponde a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad.

Por el contrario, existe exención de responsabilidad empresarial cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produce por fuerza mayor o caso fortuito, negligencia exclusiva del trabajador o de terceros no evitable por el empresario. Así, el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito. En este sentido, vid STSJ de Galicia de 25-11-2013; STSJ de Cataluña de 14-3-2013: avería mecánica de vagoneta, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL).

Ahora bien, no excluye el recargo el hecho mismo de que se haya sobreseído la causa penal (STSJ de Asturias de 3-5-2013, rec. 147/2013)⁹, pero sí que se

⁹ STSJ de Asturias de 3-5-2013, rec. 147/2013: Los hechos son los siguientes: Para ello debe partirse de lo que, en relación con el modo en que sucedió el accidente, consta en el relato fáctico. El 13 de agosto de 2009, a las 16.00 horas, el demandante sufrió un accidente de trabajo grave mientras prestaba servicios por cuenta de VULCANIZADOS TRANCHO, S.A. en el centro de trabajo de EBHISA sito en muelle del Ingeniero Marcelino León s/n Puerto del Musel (Gijón), durante las tareas de reparación de una de las cintas transportadoras, la B-2. Tras terminar la reparación, los operarios procedieron a subir el contrapeso y colocar la grapa en el cable. Los 10 tornillos de la grapa fueron apretados por el Jefe de Equipo D. Samuel con una llave de carraca y aguantando por detrás cada tornillo con una llave de estrella. Se subió

puede atemperar la cuantía del recargo cuando exista concurrencia de culpa del trabajador en la producción del Accidente de Trabajo e, incluso, puede quedar eliminado si se ha producido por causa exclusiva del trabajador (STS de 20 de marzo de 1985 y 21 de abril de 1988).

Otro de los temas más controvertidos con el recargo de prestaciones de Seguridad Social lo origina la denomina prescripción o caducidad para la reclamación del recargo de prestaciones. En este sentido, en cuanto a la posible prescripción del recargo reclamado no se ha producido puesto que, por aplicación del artículo 44. 3 de la LGSS, se dispone que el ejercicio de acciones judiciales interrumpe la prescripción (de 5 años), pues la prescripción quedará en suspenso, volviendo a contarse el plazo de la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza (STS de 19-9-1996, UD, Ar. 6576; STS de 9-10-2000, Ar. 8303; STSJ de la Rioja de 4-12-2007, rec. 268/2007; STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2011, rec. de 3263/2010); de tal modo que el plazo de prescripción de 5 años para reclamar el recargo de las prestaciones de Seguridad Social (STS de 23 de enero de 2007; STS de 10 de diciembre de 1998, rec. 4078/1997), cuyo cómputo de prescripción se interrumpirá, según el artículo 43.2 de la LGSS por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que trámite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate; lo mismo sucede cuando se sigue causa penal; así, se produce la suspensión del procedimiento administrativo por seguirse causa penal y tiene efectos interruptivos sobre el plazo de prescripción para imponer el recargo (STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2009, rec. 753/2009).

Por su parte, el día inicial del cómputo de la prescripción de la acción mediante la cual se pretende exigir el recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, es el día de la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones (STS de 23 de enero de 2007).

Por último los tribunales han calificado el recargo de prestaciones como una indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica, de la que no cabe desplazamiento de responsabilidad de la empresa a la aseguradora, como expresa el artículo 123.2. LGSS y recae exclusivamente sobre el

la grapa hasta hacer tope en su ubicación definitiva y se comenzó a recoger el cable que quedaba colgando de la estructura del contrapeso sin tensión y retirándolo de la máquina de subir y bajar contrapesos. Cuando el trabajador accidentado se hallaba junto al contrapeso de la cinta B-2, recogiendo la parte final del cable de la máquina de los contrapesos, mientras su compañero Eloy lo enrollaba, la grapa que sujetaba dicho contrapeso falló, haciendo que éste bajara bruscamente, arrastrando incontroladamente el cable de acero de 1ª consigo, y engancho éste al trabajador por el pie derecho a la altura del tobillo. El día del accidente el actor formaba equipo con sus compañeros D. Eloy (fecha alta en la empresa 12/5/2006, D. Eulogio (fecha alta 17/5/1980) y D. Samuel (Jefe de Equipo fecha alta 1/4/1974). Los tornillos de la grapa de fijación no estaban convenientemente apretados.

empresario, siendo nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla (STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2009, rec. 753/2009). Por su parte, la STS de 9 febrero 2006, recud núm. 4100/2004, ha establecido que "en el recargo por falta de medidas de seguridad, nos hallamos ante un recurso punitivo en el que se busca primordialmente restituir la norma jurídica a su lugar rector de las conductas, aunque la compensación no la recibe el Estado, inmediato perjudicado, por la conculcación de su ordenamiento, sino quienes han recibido sobre sí el segundo grado de consecuencias, el *damnum*".

En suma, la problemática del recargo de prestaciones de Seguridad Social es bastante compleja dada la importante casuística que gira en torno al Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, lo que obliga a un importante estudio para dilucidar si procede o no la imposición del recargo por cada uno de los agentes sociales que participan en la determinación (la inspección de trabajo, el INSS, el juez en caso de conflicto), puesto que en primer lugar hay que ver la normativa de aplicación y su posible infracción, de otro lado, las normas de vigilancia no escritas –esto es, el deber de vigilando- que debe imperar en cualquier organización empresarial que se precie y que quiera estar a la vanguardia de la prevención de riesgos laborales, de ahí que sea necesario la investigación de los factores determinantes de la producción del accidente de trabajo y enfermedad profesional y sus consecuencias lesivas que ha tenido en la persona del trabajador; en suma, es bastante complejo y requiere de muchas pericia y de entrega diaria en la consecución de no tener ningún accidente, dado que la vida y la integridad física del trabajador es el derecho fundamental a proteger; es un largo camino a recorrer por todos los agentes sociales incluido el propio trabajador.