

Id Cendoj: 35016340012009100103
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 243/2004
Nº de Resolución: 129/2009
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 29 de Enero de 2009 La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS

formada por los Iltmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. M^a Jesús García Hernández y D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Contratas Metalúrgicas S.L. contra sentencia de fecha 29 de Mayo de 2006 dictada en los autos de juicio nº 243/2004 en proceso sobre CANTIDAD , y entablado por D./Dña. Contratas Metalúrgicas S.L. , contra Instituto Nacional De La Seguridad Social y Pedro Miguel .

El Ponente, el Iltmo./a Sr./a. D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda , quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente

PRIMERO.- D. Pedro Miguel venía prestando servicios para la empresa CONTRATAS METALÚRGICAS SA, dedicada a la actividad de instalación de aire acondicionado en **buques** .

SEGUNDO.- El actor inició proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad profesional con fecha 30/01/2003, siendo la causa de la misma "lumbalgia", derivada de "movimientos repetidos".

TERCERO.- El trabajador como tubero en el ejercicio de sus funciones, emplea entre otras herramientas destornilladores manuales, lo que le obliga a movimientos repetidos y trabaja también espacios pequeños lo que le obliga a posiciones forzadas, así como al levantamiento manual de cargas de herramientas y materiales, como consecuencia de su trabajo tuvo las lesiones de forma resumida, acaba en la enfermedad profesional que se describe a continuación:

- el 4-08-1993, acude al servicio médico por lumbalgia sin que cause baja médica.
- el 16-04-1997, sufre caída con aplastamiento de la L1 y L12, causando alta el 1-12-1997.
- el 9-02-1999, el trabajador tras realizar un esfuerzo, sintió dolor a nivel de la columna lumbosacra. El día 15-02-1999 es dado de alta médica.
- el 6-05-1999 accidente de trabajo, presenta cuadro dolor lumbar y es dado de baja médica hasta el 15-05-1999.
- el 7-09-1999 acude a servicio médico por dolor lumbar aunque no causa baja médica.

- el 9-05-2000 accidente de trabajo, presenta dolor lumbar por haber realizado un esfuerzo en el trabajo, es dado de alta médica con fecha 18-05-2000.

- el 9-04-1999 acude al servicio médico por dolores, se le diagnostica ciatalgia y no causa baja laboral.

- el 9-08-2000 presenta baja médica por cervico-lumbalgia y no causa baja laboral.

- el 21-12-2000 se le da de baja médica hasta el 15-01-2001 por cervilumbalgia.

- del 23-08-2001 se da de baja por lumbalgia, hasta el 11-09-2001, la causa de la baja es enfermedad profesional.

- los días 15-03-2002 y 19-06-2002 acude al servicio médico por lumbalgia no causando baja médica.

- el 9-09-2002 por accidente de trabajo causa baja por lumbalgia hasta el 23-09-2002.

- el 30-01-2003 causa baja médica por lumbalgia y se determina enfermedad profesional.

CUARTO.- El actor inició su prestación laboral en la empresa en fecha 18/8/1990. Pese a ello, el reconocimiento médico previo le fue practicado al trabajador 11 años después, con fecha 22/08/2001. Este reconocimiento le fue practicado al trabajador cuando el mismo ya había estado incurso en diferentes procesos de IT motivados todos por los dolores en la espalda. No consta se le haya efectuado al trabajador reconocimientos periódicos, ni siquiera con posterioridad a su incorporación a la prestación laboral tras los diferentes procesos de incapacidad temporal sufridos.

QUINTO.- La demandada hasta el 25/02/2003 no solicitó concierto con Asepeyo como Servicio de Prevención Ajeno en la especialidad de Vigilancia en la Salud. Al trabajador no se le ha efectuado ningún reconocimiento médico específico del puesto de trabajo, pese a las características del mismo, al hallarse sometido a movimientos repetidos y posiciones forzadas y realizar funciones de manipulación de cargas con riesgo dorsolumbar, ni ha planificado la vigilancia de la salud de los trabajadores para los diferentes puestos de trabajo.

SEXTO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social , con motivo de la enfermedad profesional de D. Pedro Miguel , citó al mismo y a la empresa el 14/03/2003 y 17/03/2003, levantando acta de infracción con fecha 18/06/2003. Con fecha 12/06/2003 emitió propuesta de recargo de prestaciones de seguridad social por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales con ocasión de enfermedad profesional, proponiendo un recargo del 30 %.

SÉPTIMO.- La Inspección realizó las siguientes diligencias para la averiguación de los hechos: Entrevistas con el trabajador y la empresa. Examen de documentación.

OCTAVO.- Por la Dirección Provincial del INSS, tras la incoación del oportuno expediente, se dictó Resolución de fecha 8/10/2003, declarando la existencia de falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador y el recargo de las prestaciones en un 30 %, con cargo exclusivo de la empresa responsable .

Contra dicha Resolución se interpuso la correspondiente vía previa, en fecha 14/11/2003, que ha sido desestimada mediante resolución de fecha 6/02/2004.

NOVENO.- La demandada ha abonado al trabajador en concepto de recargo de prestaciones la cantidad de 3.191,50 euros, esto es, el 30 % de la prestación abonada al trabajador en concepto de IT -10.638,33 euros.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por CONTRATAS METALÚRGICAS, SA, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y Pedro Miguel , sobre impugnación de recargo por falta de medidas de seguridad en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, debo confirmar y confirmo la Resolución del INSS de 8/10/2003, declarando procedente el recargo del 30% por falta de medidas de seguridad impuesto a la empresa demandante, condenado a las partes a estar y pasar por tal declaración. TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la pretensión de la empresa CONTRATAS METALURGICAS S.A. de que se revocara y dejara sin efecto la resolución del INSS por la que le imponía un recargo del 30 por 100 de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad profesional, sufrida por el trabajador de la empresa DON Pedro Miguel nacido en 1952, que trabaja como oficial tubero en instalaciones de aire acondicionado de **buques** .

Frente a la misma se alza la empresa demandante mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea estimada la demanda. El recurso es impugnado por el INSS.

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la parte actora la modificación del hecho probado quinto* para que con base al acta del juicio quede redactado en la forma que propone.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia de doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31.1 de la *Ley de Bases 7/1989* , y construyendo el recurso de suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye un segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero) .

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado *artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* , entre los que se encuentra el de la revisión de los hechos probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente través de este motivo, que exige, para su estimación según doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Enero y 31 de Octubre de 1.988 (Aranzadi RJ 1988,6 y RJ 1988,8189) :

a) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir que haya negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b) Que el error sea evidente;

c) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, ni del recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d) Qué el recurrente no se limite a expresar que hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e) Que el error se evidencie mediante las prueba documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculan de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

f) Tampoco puede plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso, no siendo admisible que dichas alegaciones se hagan por primera vez en el recurso de suplicación, pues ello atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso, que en modo alguno, puede ser tolerado, ya que podría producir una efectiva indefensión a la parte recurrida .(ss TS de 18 de Abril de 1988, 10 de Febrero y 11 de Julio de 1.988 - Aranzadi RD 1989 ,722 y 5449) .

g).- No cabe aducir errores materiales susceptible de enmienda mediante el oportuno recurso de aclaración de sentencia (TS 31 de Octubre de 1988 .- Aranzadi RJ 8189) .

h) .- No se puede pretender la revisión de un hecho probado infiriéndolo de la interpretación jurídica de una norma legal o convencional que haga el recurrente , pues ello implicaría la introducción de

conceptos o valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo .Las valoraciones jurídicas y los conceptos de derecho tiene su lugar reservado en la fundamentación jurídica de la sentencia, tal como preceptúan los *artículos 97.2 de la LPL, 372 de la LEC de 1881* , actual *art 209. 3 de la LEC 1/2000 de 7 de Enero* y *art 248.3 de la LOPJ* , entendiendolo así la sentencia del TS de fecha 25 de Febrero de 1976 (Aranzadi 987). El Convenio Colectivo no es un documento en si mismo , sino un texto legal y constituye unas de las fuentes del derecho laboral , por lo que carece de eficacia revisoria de los hechos (TSJ de la Rioja ss. de 30 de Diciembre de 1995 y 12 de Diciembre de 1996).

i).- No puede prosperar la revisión de hechos propuestas por el recurrente, cuando las mismas se apoyan en el mismo documento que ya fue tenido en cuenta por el juzgador, salvo , claro está , que se demuestre la equivocación padecida por éste en su interpretación y valoración (ss. TS de 26 de Diciembre de 1.986, 13 de Abril de 1991, y 22 de Junio de 1991- Aranzadi 7605-3267 y 5160)

j) .- En cuanto a los documentos que pueden servir base para el éxito de este motivo del recurso, ha señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que; exige como la Jurisprudencia ha resaltado, que los alegados tengan concluyente poder de convicción o decisivo valor probatorio y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda. Cualquier tipo de documento no es útil para poner de manifiesto el error de hecho (TS 11 de Noviembre de 1963- Aranzadi 4700), sino que los documentos alegados deben tener concluyente poder de convicción , decisivo valor probatorio (TS 11 y 29 de Abril de 1966 y 2 de Mayo de 1966 - Aranzadi 2137-2217 y 2236).

El documento debe ser auténtico, legítimo, eficaz y admisible (*art 508 LEC 1881*), actual, idóneo, suficiente y convincente (decisivo valor probatorio o concluyente poder de convicción)

k).- Los documentos privados a que se refiere el *art 1225 del Código Civil* son los expresivos de un acto constitutivo de una obligación y han de estar suscritos por la otra parte , contra quien se alegan o por otra persona en su nombre, y dirigidos a quien los invoca, los cuales una vez reconocidos y autenticados, adquieren el rango de prueba plena contra el obligado (TS 3 de Marzo de 1966 y 28 de Abril de 1970). Si los documentos privados, no han sido averados a presencia judicial, los mismos carecen de eficacia para la revisión de los hechos en suplicación, ya que aquella circunstancia relativiza su valor probatorio, por adolecer de las exigencias previstas en los *artículos 1225 y 1227 del Código Civil* , aunque no se impide formar parte de los elementos convicción (*art 97.2 LPL*), que es un concepto más amplio que el de estricto medio de prueba (TS 25 de Febrero de 1980 y 25 de Junio 1986) .

En el supuesto enjuiciado se pretende una revisión fáctica con base al acta del juicio oral y el interrogatorio que en ella se contiene, pero la prueba de confesión judicial o la testifical aunque estén soportadas en papel no son documentos, ni el acta del juicio tiene carácter de prueba documental habiéndolo entendido así el TS en sentencias de 3 de Marzo de 1966, 4 de Diciembre de 1968, 3 de Marzo de 1970 , 4 de Marzo de 1971, 4 de Marzo de 1974, 5 de Julio de 1984 y 27 de Octubre de 1984 - Aranzadi 1984- 4123 y 5341 . Criterio reiterado por el TS en sentencias de 6,16 y 22 de Mayo de 1990 y 24-2-1992 (Aranzadi 1102-4489 y 1144), así como la de 23-12-1994 (ED 10421), estimando que no puede reconocerse eficacia revisoria al acta del juicio .Afirma el TS que es constante la jurisprudencia expresiva de que las actas de conciliación y del juicio no tienen el carácter de documento a efectos de revisión fáctica de la sentencia. En el mismo sentido las sentencias de los TSJ de Madrid 24-10-1996, Asturias 4-10-1996, País Vasco 19-11- 1996 y La Rioja 1-6-1999 (Aranzadi 4235- 4279- 433- 1781) .

La prueba testifical no es prueba hábil para la modificación de los hechos probados (*art 191 b y 194.3 de la LPL* y jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 31 de Diciembre de 1969, 11 de Febrero de 1970 y 4 de Marzo de 1971 que prohíbe la revisión de la prueba testifical y sin que con la prueba testifical se pueda fundamentar el error de hecho, al carecer de naturaleza documental o pericial : TS 8 de Julio de 1965, 4 de Junio de 1970, y 18 de Febrero de 1994 entre otras). La aplicación pues de la doctrina expuesta determina la desestimación del motivo

TERCERO.- Al amparo del *art 191 c) de la LPL* alega la empresa recurrente la infracción de los *arts 14,15.4,16.1 y 42.1 de la Ley 31/1995 de 1 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales* , así como de los *arts 3,4, 5 y anexo del II.2 RD 1215/1997 de 18-7* , *art 123.1 LGSS* . El motivo no encuentra favorable acogida .

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Febrero de 2002 (ED 13583) recordando las sentencias en Sala General de 2 de Octubre de 2000 (ED 44303) y en la posterior de 9 de Octubre de 2001 (ED 35525) ha declarado lo siguiente:

A) El recargo de prestaciones del *art 123 de la LGSS de 1994* ostenta un carácter sancionador y, por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que, partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social.

B) Se afirma que el recargo "es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

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

D) En orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además, el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado.

E) En la vía del recurso judicial, es dable controlar la cuantía porcentual del recargo fijada por el Juez de instancia, habiéndose declarado que la Sala de lo Social del TSJ que conoce del recurso de suplicación puede modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la "gravedad de la falta".

F) En orden a la problemática específica del alcance de la responsabilidad empresarial sobre el recargo en caso de contratas y subcontratas, se constituye como elemento decisivo para determinar la responsabilidad de los empresarios concurrentes la idea del "empresario infractor", al que atribuye la responsabilidad el *art. 123.2 LGSS*.

En orden a la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente de trabajo, se añadía que, la jurisprudencia unificadora viene proclamando, en esta materia que, el trabajador accidentado o sus causahabientes tiene, como regla, derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes de trabajo no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social de aquél y de las que personas que del mismo dependan; también se proclama que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena, sentando como doctrina al resolver la cuestión ahora directamente planteada sobre si para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben o no detraerse o computarse las cantidades que deba abonar la empresa infractora en concepto de "recargo de las prestaciones económicas" *ex art. 123 LGSS* la de declarar que dicho recargo es independiente de aquélla indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas.

La razón esencial de la exclusión de la posible compensación o reducción de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo del denominado recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad *ex art. 123 LGSS* deriva de su propia finalidad, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción pretendida por la empresa recurrente. En efecto:

1) La finalidad del recargo, en una sociedad en la que se mantienen unos altos índices de siniestrabilidad laboral, es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, imputables, por tanto, al "empresario infractor", el que de haber adoptado previamente las oportunas medidas pudiera haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo (TS 9-10-2001).

2) Se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de

seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

3) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo otro orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensador de accidentes de trabajo, se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

4) La posible coexistencia del recargo con una sanción administrativa no comportaría vulneración del principio "non bis in ídem", pues conforme a la jurisprudencia constitucional "la regla "non bis in ídem" no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)" y que por su misma naturaleza "sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior" (s TC 159/1985 de 25-XI), en tesis concordante con la jurisprudencia ordinaria (entre otras, s TS/III 30-V-2000), destacándose doctrinalmente que es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde "la misma perspectiva de defensa social", pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

5) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y en favor del accidentado o de sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento (*art. 1.1.e Real Decreto 1300/1995 de 21-VII*); pues en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos jurisdiccionales.

6) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior procedimiento impugnatorio, que los daños causados ya estaban plenamente compensados con aquella indemnización lo que impediría entrar a conocer de la cuestión de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo no existiría esa responsabilidad en el pago del recargo "independiente ... con las de todo orden ... que puedan derivarse de la infracción" como preceptúa el citado *art. 123 LGSS*

7) En suma, nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción, quiere que exista una desigualdad, que es dable calificar de objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones de cualquier naturaleza a percibir por el accidentado o sus causahabientes, las que deberán ser superiores en el supuesto en que concurran declaradas infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales. La referida desigualdad desaparecería, por motivos distintos a los de la gravedad de la infracción, de seguirse la tesis contraria a la que ahora se establece.

CUARTO.- Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Octubre de 2001 (ED 49262) " la vulneración de las 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* , norma que estaba ya en vigor cuando acaeció el accidente que hoy se enjuicia. Esta *Ley, en su artículo 14.2* , establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". 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". Finalmente, el *artículo 17.1* establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que

garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Del juego de éstos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

QUINTO - El *art 123 de la LGSS de 1994* dispone que : Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. El *art 196.1 de la LGSS* establece Normas específicas para enfermedades profesionales y todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Los *arts 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores* disponen que el trabajador tiene derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, y en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

Por su parte los *arts 16.2 y 22 de la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales* ordenan, el Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva así como la Vigilancia de la salud . Los *arts 8,9 y 37.3 b) 1º y 2º del RD 39/1997 de 17 de Enero* por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, regulan la planificación de la actividad preventiva, su contenido y en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el *art. 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales* : 1 Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.

2 Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.

En el supuesto enjuiciado , con fecha 30-1-2003 la empresa emite parte de enfermedad profesional a la Mutua Asepeyo por lumbalgia mecánica del trabajador codemandado debida a movimientos repetitivos. Al hecho probado tercero consta el historial de lumbalgias sufridas por el trabajador desde 1993, algunas debidas a accidentes de trabajo. También ha resultado probado que la empresa hasta el 25-2-2003 no tenía concierto de Servicio de Prevención ajeno en la especialidad de vigilancia de la salud y al trabajador no se le ha efectuado reconocimiento médico específico del puesto de trabajo, pese a las características del mismo con posiciones forzadas y la manipulación de cargas con riesgo dorso lumbar , ni se ha planificado la vigilancia de la salud de los trabajadores para los diferentes puestos de trabajo, sin que a ello obste el que al trabajador pueda habersele efectuado reconocimientos médicos anuales sobre su estado general de salud, pero sin haberse acreditado reconocimientos médicos específicos del puesto de trabajo, pese a las características del mismo con posiciones forzadas y la manipulación de cargas con riesgo dorso lumbar y las reiteradas bajas desde 1993 por la misma dolencia . Ello revela, que en el presente supuesto concurre la necesaria relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, tal y como se desprende del *artículo 123.1 LGSS* , de lo que ha de concluirse que los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la producción del daño.

No cabe alegar como hace la empresa en su recurso la presunción de inocencia, pues tiene explicado el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Junio de 2003 (ED 139947) que dicho principio no tiene cabida en el ámbito de incumplimiento del deber de seguridad que debe asumir el empleador.

Ello conlleva , que conforme al *art 123 de la LGSS* la empresa debe sufrir un recargo de las prestaciones como pena o sanción a su incumplimiento en materia de seguridad e higiene en el trabajo , ya que como afirma el TS la responsabilidad es cuasi -objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, estimando la jurisprudencia que la vulneración de las normas de seguridad en el trabajo requiere

un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, ya que también hemos de tener en cuenta el Convenio núm. 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de julio de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 11 de noviembre de ese mismo año, así como las Directivas Comunitarias referentes a estas cuestiones; la *Directiva Marco 89/391 (CEE), de 12 de junio de 1989*, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, en su *art. 5.1* dispone que "el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo", y en el *art. 8.1* que "el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales"; y la *Directiva 91/383 (CEE), de 25 de junio de 1991*, que completa las medidas tendentes a promover, la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral determinada o de empresas de trabajo temporal, en su *art. 8.1* prescribe que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que "sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal, la empresa y/o el establecimiento usuarios (es decir, la empresa cesionaria de los servicios o cliente de la de trabajo temporal) sean responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción", precisándose en el núm. 2 que "las condiciones de ejecución del trabajo comprenderán de modo limitativo las relacionadas con la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo".

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el ar 233.1 de la LPL es preceptiva la imposición de costas a la parte vencida en el recurso, que incluirá los honorarios del abogado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso que en este caso se fija en 300 euros. Conforme a lo dispuesto en los *artículos 202.4 y 227.3* de la LPL se dispone la pérdida del depósito para recurrir efectuado por la empresa recurrente, que se realizará cuando la sentencia sea firme mediante ingreso en el Tesoro Público .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CONTRATAS METALÚRGICAS S.A. contra la sentencia de fecha 29 de Mayo de 2006, dictada por el Juzgado Social 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en procedimiento 243/2004 seguido a instancia de la misma contra del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y trabajador DON Pedro Miguel , que confirmamos.

Condenamos a la empresa recurrente al abono de las costas causadas en este recurso consistentes en los honorarios del Abogado de la parte recurrida que hubiera actuado en el recurso que en este caso se fija en 300 euros. Se dispone la pérdida del depósito para recurrir efectuado por la empresa recurrente, que se realizará cuando la sentencia sea firme mediante ingreso en el Tesoro Público, y en cuanto a la consignación del capital coste, se condena a su pérdida, dandosele el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número: 3537/0000660013/2007 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito de BANESTO c/c 2410000660013/2007 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan

expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los arts. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe