



Roj: **STS 983/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:983**

Id Cendoj: **28079140012019100134**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2019**

Nº de Recurso: **508/2017**

Nº de Resolución: **149/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 508/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 149/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 28 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Fausto representado y asistido por el letrado D. Cándido Jornet Forner contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 4739/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa, en autos nº 520/2015, seguidos a instancias de Sociedad Española de Montajes Industriales SA contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Fausto sobre recargo.

Ha comparecido como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por el letrado de la Administración de la Seguridad Social D. Andrés Ramón Trillo García y Sociedad Española de Montajes Industriales SA representada por la Procuradora D^a. Adela Gilsanz Madroño y asistida por la letrada D^a. Sonia de Santiago Maigí.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de mayo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El trabajador codemandado Fausto, con número NUM000 de afiliación a la Seguridad Social, venía prestando servicios para la empresa demandante Sociedad Española de Montajes Industriales SA,



ostentando la categoría profesional de instalador y reparador de equipos electrónicos y con una antigüedad de fecha 25-8-2000. (Expediente administrativo).

SEGUNDO.- El trabajador Fausto sufrió un accidente en fecha 26-10-2014 consistente en que desarrollando el trabajo de sustituir una torre metálica, estaba amarrando los cables procedentes del entronque existente, los que proceden del CD XQ505, y los que provienen de la nueva línea aérea- subterránea del nuevo CM69325, y recibió una tensión de retorno a través de la fase que proviene del CD XQ505. (Expediente administrativo).

TERCERO.- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26-5-2015 en expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, se declaró el recargo del 30% de las prestaciones consecuencia del accidente sufrido por el trabajador Fausto el 26-10-2014, siendo responsable la empresa actora. (Expediente administrativo).

CUARTO.- Interpuesta reclamación previa por la empresa actora en fecha 1-7-2015, fue desestimada por resolución del INSS de fecha 5-8-2015. (Expediente administrativo).

QUINTO.- El accidente de trabajo sufrido por el trabajador Fausto ha dado lugar a las siguientes prestaciones: Incapacidad Temporal, teniéndose en cuenta una base reguladora diaria de 69,24 euros. (Expediente administrativo).

SEXTO.- La inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción de fecha 27-3-2015 calificando la infracción como grave, proponiendo una sanción en grado medio de 10.000 euros. (Expediente administrativo).

SÉPTIMO.- La empresa demandante agotó la vía administrativa.

OCTAVO.- Por Sentencia 124/2015 de fecha 30-4-2015 del Juzgado de lo Social de Tortosa se desestimó la demanda de despido disciplinario formulada por Pascual . Esta Sentencia fue confirmada por Sentencia 6187/2015 de fecha 20 de octubre de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña . (Documentos 18 y 19 de la parte actora).

NOVENO.- Por Sentencia 122/2015 de fecha 27-4-2015 del Juzgado de lo Social de Tortosa se revocó la sanción que la empresa Sociedad Española de Montajes Industriales SA impuso a Fausto . (Documento 1 de la parte demandada)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMO la demanda presentada a instancia de Sociedad Española de Montajes Industriales SA contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Fausto absolviendo a los demandados de los pedimentos contra ellos formulados".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Sociedad Española de Montajes Industriales SA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES S.A. (SEMI) contra la sentencia de 31 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social 1 de Tortosa en los autos 520/2015 seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y y D. Fausto ; debemos revocar y revocamos la citada resolución, absolviendo a la recurrente de la pretensión deducida en su contra. Reintégrese a la misma el depósito constituido; firme que sea la presente resolución."

TERCERO.- Por la representación de D. Fausto se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 31 de enero de 2017. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en fecha 20 de diciembre de 1999 (RS 4628/1996).

CUARTO.- Con fecha 4 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de enero de 2019, acto que fué suspendido por providencia de 27 de noviembre de 2018, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso consiste en resolver si procede la imposición a la empresa empleadora el recargo por falta de medidas de seguridad, que reclamó el actor en su demanda por causa del accidente de trabajo que sufrió el 26 de octubre de 2014.

El accidente ocurrió cuando el trabajador realizando las funciones propias de su categoría de instalador y reparador de equipos electrónicos y suficientemente informado para su labor, así como informado de los riesgos de la misma, se encontraba realizando, junto con otros compañeros, la labor de sustitución de una torre metálica a la que amarró los cables procedentes del entroque existente... momento en el que recibió una tensión de retorno a través de la fase proveniente de aquella, lo que ocurrió porque el jefe del equipo, oficial de primera designado como jefe de descargo y encargado de desconectar las fuentes de tensión de la línea olvidó realizar esa labor.

El accidente causó lesiones al trabajador accidentado y motivó el despido del jefe del equipo, superior inmediato, que se encontraba en el lugar, despido que fue declarado procedente por la sentencia de instancia y la de suplicación, al considerarlo responsable de no haber adoptado las medidas de desconexión para crear una zona de seguridad para el trabajo, obligación propia que incumplió haciendo caso omiso del protocolo de operaciones de alta tensión, lo que fue causa del siniestro.

A la empresa, tras el oportuno expediente, le impuso el INSS un recargo de las prestaciones del 30 por 100 por falta de medidas de seguridad. Contra esa resolución sancionadora accionó la empleadora a quien ha exonerado de esa responsabilidad la sentencia de suplicación objeto del presente recurso. Ese pronunciamiento lo ha fundado en que el siniestro no es imputable a ella que dió a sus empleados la formación suficiente, les previno de los riesgos y les informó de como evitarlos y adoptó las medidas de prevención necesarias, sin que se le haya imputado déficit alguno de prevención, siendo el siniestro imputable al jefe del equipo que incumplió el protocolo de actuación existente y no ejecutó las labores de desconexión que le correspondían, conducta determinante del siniestro que suponía una grave imprudencia que había justificado su despido y suponía una ruptura del nexo causal que debe existir entre el accidente y el proceder de la empresa, cuyo deber de vigilancia no podía extenderse al constante y exhaustivo control de sus empleados en todo momento.

SEGUNDO.- Contra el anterior pronunciamiento se interpone el presente recurso de casación unificadora que como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que, conforme al art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) viabiliza el recurso, cita la dictada por el TSJ de Galicia el 20 de diciembre de 1999 (RS 4628/1996). En esa sentencia (Fundamento de Derecho Tercero) se resumen los hechos que son sintetizados así: "en diciembre de 1.989 UNIÓN FENOSA, S.A. contrata con la empresa COBRA, S.A., la cesión de trabajadores de esta última como refuerzo para la supervisión de líneas eléctricas en la provincia de Pontevedra, quedando los trabajadores cedidos bajo las órdenes del personal de FENOSA. En la tarde del 16- 12-89, debido al temporal reinante de lluvia y fuerte viento, se recibió en la subestación de Tibo (Caldas de Reis) comunicación de que el circuito 2 de la línea doble de 66 kv de Tibo a Mourente estaba cortado por haberse disparado los automáticos. Sobre las 21 horas de dicho día, el jefe de Brigada de Fenosa, Don Jose Ignacio , se dispuso a realizar una revisión visual de la línea Tibo-Mourente al objeto de localizar la avería, organizando dos equipos, uno de ellos dirigido por él y en el que iba el trabajador luego accidentado y otro compañero (ambos de la empresa COBRA, S.A.), portando como único instrumento de trabajo unas linternas. Antes de salir a efectuar el recorrido, se le comunicó al jefe de Brigada que el circuito número 1 de la línea seguía en tensión. Llegados al lugar, como pareciese estar fogueada una cadena de aisladores de la línea de la derecha, sentido Pontevedra, y no poder apreciarse bien tal circunstancia desde el pie de apoyo, el jefe de Brigada indicó a los operarios a sus órdenes que subieran a la torreta, siendo entonces requerido por éstos para que les indicase si las líneas tenían tensión, indicándoles equivocadamente el jefe de Brigada que el circuito que no tenía servicio era el de la derecha, en sentido Pontevedra, que era el circuito nº 1, es decir, el que seguía en tensión, subiendo entonces uno de los trabajadores (marido de la demandante) que falleció electrocutado al aproximarse a comprobar el tendido de la derecha. Como consecuencia de las actuaciones penales seguidas, el jefe de Brigada fue condenado, como autor responsable criminalmente de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, a la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor, así como al abono de una indemnización de 12.000.000 pts a la viuda y otra de 15.000.000 pts al hijo, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de UNIÓN FENOSA, S.A."

Con esos antecedentes la sentencia de contraste decide imponer el recargo porque no comparte el argumento de que no exista nexo causal entre la conducta de la empresa y el accidente acontecido, sino, como mucho, la existencia de una orden incorrecta al mandar el encargado de la empresa FENOSA al trabajador fallecido y a su compañero subir a la torreta". El encargado, jefe de Brigada o jefe del trabajo, dirige el trabajo por designación o delegación empresarial, asumiendo así la responsabilidad del trabajo y de las medidas de seguridad en nombre de la empresa, delegación que no exime al empresario de responsabilidad en orden a la prevención del riesgo



laboral ni de las consecuencias derivadas de negligencia, imprudencia o tolerancia (sentencia de esta Sala de 13-1-99).

TERCERO.- 1. La parte recurrida alega la falta de contradicción de las sentencias comparadas y, como se trata de la concurrencia de un requisito de orden público procesal establecido por el art. 219 de la LJS, procede su examen en primer lugar y en tal sentido recordar la doctrina de la Sala sobre la materia. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

2. La aplicación de la anterior doctrina nos lleva a concluir que, existe la identidad sustancial que requiere el citado artículo 219, por cuanto, aunque existen hechos diferenciales, los hechos contemplados en cada caso son sustancialmente iguales. En efecto, en ambos casos se trata de trabajadores que estaban reparando en el exterior, al aire libre, tendidos eléctricos, bajo las órdenes del jefe de equipo nombrado por la empresa empleadora, o por la empresa a la que estaban cedidos por su empleadora, y en los dos casos el accidente ocurrió porque el jefe del equipo no cumplió con las medidas de seguridad establecidas, pues en un caso no cortó la tensión de la red, cual era su cometido, mientras que en el otro dió una orden sin cerciorarse de que la tensión se había cortado en la línea donde ordenó trabajar al operario fallecido, pese a que le habían dicho que el corte se había realizado en la otra línea. Además, en los dos casos la negligencia del jefe de servicio ha sido reconocida por sentencia firme, pues el despido encargado en el caso de la sentencia recurrida se declaró procedente y en el caso de la de contraste, además, se le condenó como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. Finalmente, en ambos casos se pidió el recargo de las prestaciones de la seguridad social, recayendo sentencias dispares pese a la similitud existente: la sentencia recurrida dejó sin efecto la resolución del INSS que impuso el recargo, mientras que la sentencia de contraste acordó imponer el recargo de prestaciones que el INSS y la sentencia de instancia habían denegado.

CUARTO.- 1. Sobre la procedencia del recargo.

El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado se limita a denunciar la infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), hoy artículo 164 del nuevo Texto Refundido, por concurrir todos los elementos necesarios para la imposición del recargo: comisión de una infracción, producción de un daño y nexos causal entre uno y otro elemento. El recurso no desarrolla con detalle la concurrencia de estos elementos con la prolijidad requerida, pero su enunciado y las afirmaciones que hace obligan a un examen detenido de la concurrencia de los mismos.

2. Sobre la infracción de normas de seguridad cometida.

El recurso se remite al acta de infracción levantada por la inspección de trabajo, donde se imputa la infracción del Anexo 1, punto 1-16, del Real Decreto 1215/1997 sobre los equipos de trabajo. Todo ese RD se limita a reglamentar como deben ser los equipos de trabajo, pero ninguna de sus normas concretas parece que fuese infringida, pues consta que los trabajadores estaban formados y habilitados para el trabajo a realizar y que el accidente no se debió a la falta de unos equipos de trabajo adecuados, sino a la negligencia del jefe de servicio.

Así mismo, la inspección alude a la infracción del artículo 2 del RD 614/2001, en relación con el apartado A-1 del Anexo II del mismo. Pero esta infracción tampoco se produjo porque el protocolo de actuación contemplaba en primer lugar la desconexión de la tensión, labor encomendada a un trabajador cualificado, cuya preparación no se ha puesto en duda, y que era precisamente el jefe del equipo, quien obró negligentemente y no cumplió su misión.



Consiguientemente, no existe una norma de seguridad concreta o previsible cuya infracción sea imputable a la empresa. Si no se ha producido la infracción de una norma de seguridad no cabe imponer un recargo de prestaciones que, precisamente, sanciona las infracciones de normas concretas, aunque sea por falta de previsión, esto es las que se debieron prever con arreglo a las circunstancias en las que se ejecutaba el trabajo. En este sentido, el artículo 5-2 de la Ley Infracción y Sanciones del Orden Social (LISOS) considera infracciones laborales en esta materia los incumplimientos de normas legales, reglamentarias y disposiciones normativas de los convenios colectivos, luego el recargo requiere la infracción de una concreta sobre la materia.

Es cierto que los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores (art. 15-4), pero lo que resulta difícil de prever y vigilar es el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene.

Sobre la existencia de una lesión y del necesario nexo causal entre la supuesta infracción y la lesión poco se puede argumentar, pues la lesión es consecuencia del accidente sufrido por el trabajador demandante y, por ello, la cuestión queda reducida a determinar si es necesario que concurra la culpa del empresario infractor y si de su responsabilidad culposa lo libera el hecho culposo de un tercero, aunque no sea ajeno a la empresa.

3. Sobre la culpa.

A) La cuestión de si la infracción sancionable con el recargo debe ser dolosa o culposa o si bastará con cometerla para su imposición.

Los arts. 1.º y 5.º de la LISOS omiten cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Los tipos descritos en los arts. 11 y siguientes, tampoco exigen la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, ni tan siquiera distinguen entre infracciones culposas o dolosas.

Sin embargo, la doctrina constitucional (sentencia 76/90, de 26 abril, entre otras) y la jurisprudencia vienen exigiendo la traslación al ámbito de la potestad administrativa sancionadora de los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal, principios entre los que se encuentra el de la culpa, que impide toda clase de responsabilidad objetiva y exige la concurrencia siempre de dolo o culpa, aunque sea levisima, para poder sancionar (sentencias del Tribunal Supremo de 24 enero y 8 febrero 1990 y de 18 enero 1999, entre otras).

La jurisprudencia, sentencia del Tribunal Supremo (III), de 21 enero 1998, viene exigiendo que sea el infractor quien acredite la falta de culpa, quien pruebe que obró con la diligencia que le era exigible, sin que baste, por consiguiente, para la exculpación en supuesto de comportamientos típicos y antijurídicos, con la alegación de la ausencia de culpa.

La culpa está conectada con la diligencia que es exigible al deudor en cada supuesto. En esta materia es exigible la máxima diligencia objetiva y técnicamente. Por ello, como se deriva del art. 5.º de la Directiva 89/391, de la Comunidad Europea, sólo impedirán la existencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad. Sin embargo, el error o la imprevisión no liberarán de culpa leve, porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.

Por otro lado, como ha señalado el Tribunal Supremo (Sala III) en sentencias de 3 y 27 marzo 1998, la diligencia exigible comporta el que no baste con facilitar los medios de protección y prohibir su no uso, así como las prácticas peligrosas, sino que es preciso cuidar de que se observen las instrucciones dadas y, se usen los medios de protección facilitados, lo que supone que sea preciso vigilar la actuación de los empleados y prever las imprudencias profesionales.

Es el patrono quien debe probar que cumplió todas las normas de seguridad y que adoptó cuantas medidas de prevención eran necesarias, así como que el siniestro se debió a caso fortuito o fuerza mayor (STS 30 junio 2003).

B) Doctrina sobre la culpa.

El requisito típico de la responsabilidad es que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts. 1.101, 1.103 Y 1.902 del Código Civil).

Además debe recordarse que, conforme al art. 1.105 del Código Civil, fuera de los casos mencionados por la ley y de aquéllos en que la obligación lo señale, "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables".

La exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia que debatiéndose entre las exigencias de un principio de culpa y del principio de responsabilidad objetiva, ha llegado a configurar una responsabilidad cuasi objetiva, pues, aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la



importancia de ese obrar en el nacimiento de esa responsabilidad bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba.

La clave de este cambio radica en la forma de abordar el problema de la apreciación y valoración de la culpa. En que debe tenerse en cuenta que, como la carga de la prueba, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, gravita sobre el empresario, será éste quien deba probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable. El art. 1.104 del Código Civil, aplicable en los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia del deudor (de seguridad) cuando el mismo omite aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Añade, además, que, cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia, mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el sector del tráfico mercantil, comercial, industrial o social de la misma clase de actividad que se enjuicia (Sentencias de la Sala 1.ª del TS de 25 de enero de 1985, 8 de mayo de 1986, 9 de febrero de 1998 y 10 de julio de 2003). Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el art. 1.183 del Código Civil, donde se establece la presunción "iuris tantum" de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1.ª), en Sentencia de 2 de octubre de 1995, extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer. Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación.

Estas ideas son las que han motivado la sentencia de la Sala 4ª de 30 de junio de 2010 (Rcud. 4123/2008), dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva, conforme al art. 217 de la L.E.C. y al 1.183 del Código Civil, que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencias que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia, se dice "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], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde 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". Doctrina que no objetiva la responsabilidad del empresario por las razones que da la sentencia comentada y que antes se expusieron.

Esta doctrina ha sido recogida por la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo artículo 96-2 establece: "En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá 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. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira" y el art. 15.4 LPRL sirve, igualmente, de referente en esta materia.

La reciente S.TS. de 4-5-2015 (R. 1281/2014) reitera esta doctrina.

Conviene aclarar que no existirá culpa del patrono-deudor cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del art. 1.105 del Código Civil.

C) Acto culposo de un tercero.

En principio no será responsable el empresario del acto de un tercero ajeno a la empresa salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de la actuación de empleados de las empresas con las que contrató algún servicio, cuestión ajena a este procedimiento. El problema se plantea de inicio más complejidad cuando se trata de acciones de un tercero empleado por él, esto es de un compañero del accidentado. Para resolverlo debemos hacer primero una serie de consideraciones:

Primera. El artículo 14-2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de sus empleados en el trabajo y a realizar toda la actividad preventiva necesaria debe ser interpretado a la luz de los artículos 4-2, 12-a) y 16, entre otros del Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981, así como del art. 5 de la Directiva 89/391/CEE que lo implementa en nuestro Derecho, son normas que obligan a la adopción de las medidas que sean razonables y factibles y que permiten a los estados



excluir y minorar la responsabilidad de los empresarios por hechos y circunstancias que les sean ajenas o sean anormales e imprevisible o que no se hubieran podido evitar a pesar de la diligencia empleada. En este sentido la STJUE, de 14 de junio de 2007, da por buena la norma contenida en art. 2 de la Ley del Reino Unido que obliga a garantizar la seguridad de los trabajadores en la medida en que sea razonable y viable.

Segunda. Lo antes dicho abona nuestra doctrina sobre la inexistencia de responsabilidad objetiva y la exigencia de un principio de culpa que determine la responsabilidad del empleador, así como que sea él quien venga obligado a probar que obró con la diligencia debida: la exigible conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar y en definitiva a un buen empresario de la misma actividad en que se encuentre encuadrado (art. 1104 del Código Civil). También apoya esta solución, como se dijo antes, la necesidad de incentivar al empresario empleador de las normas de prevención, porque en otro caso, la objetivización de su responsabilidad desmotivaría el gasto en prevenir siniestros.

Tercera. Culpa de terceros.

De inicio podría afirmarse que cuando el siniestro es imputable a alguien ajeno a la empresa en cuyo ámbito se produce el hecho lesivo, la empleadora quedaría liberada de responsabilidad, salvo los supuestos en que el accidente ocurra dentro de sus instalaciones y por causas que debió prever, así como cuando contrató a una persona física o jurídica para que realizara por ella alguna obra, supuestos variados en los que, también, puede incurrir en responsabilidad, pero que no se analizan por no ser el objeto propio de este procedimiento.

Cuestión diferente y con más enjundia se produce cuando el causante es un trabajador de la empresa, sea o no el accidentado. Sobre este particular debe destacarse en primer lugar que, conforme al artículo 15-4 de la LPRL el plan de prevención "deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador" actuaciones que, por ende, no liberan de responsabilidad a quien debió haberlas previsto y tomado las oportunas medidas preventivas, cual remacha el artículo 96-2 de la LJS.

Diferente es el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero. De salida conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los artículos 115-4 y 123-1 de la LGSS (hoy art. 156-4 y 164-1 del vigente Texto Refundido de esa ley), en relación con el 15-4 de la LPRL . A igual solución debe llegarse en los supuestos de dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque esa actuación dolosa o temeraria era difícil de prever y de evitar, como nos muestra el art. 15-4 de la LPRL cuando no obliga al patrono a prever ese tipo de actuaciones imprevisibles. En efecto, es difícil de prever que un jefe de equipo, formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión omite realizar su principal misión, según el protocolo de actuación establecido, desconectar la tensión antes de iniciar los trabajos a realizar, acción omisiva que fue la causa del accidente. Esta acción puede calificarse de temeraria porque violó una norma que le imponía primero advertir la inminencia y gravedad del peligro y segundo actuar de acuerdo con el protocolo establecido para evitar el riesgo existente para él y para los compañeros de trabajo a sus órdenes, esto es infringió los deberes objetivos que tenía y las órdenes expresas recibidas que las más elementales normas de prudencia le obligaban a cumplir, lo que fue la causa del daño producido, actuación calificable de temeraria, grave según el Código Penal vigente (artículos 5 , 10 , 12 , 152 , 317 y otros), calificación concreta que no procede hacer aquí, aunque si dejar constancia de que obró con omisión de las más elementales normas de prudencia que deben observarse cuando existe riesgo para la integridad física de otros y propia, omisión que dió lugar a su despido que fue calificado de procedente.

Consecuentemente, la culpa fue exclusiva del encargado del trabajo, jefe de equipo, y no cabe imponer el recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y no es culpable de la negligencia grave con la que obró su empleado.

Cuarta. Sobre la culpa "in vigilando".

La responsabilidad civil por los actos de los empleados que tiene su origen en el artículo 1.903 del Código Civil y que supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario para realizar su actividad, también llamada responsabilidad vicaria, supone el establecimiento de esa responsabilidad sin que intervenga la culpa del empleador, quien responde civilmente por los actos de su auxiliar que no respeten "el estándar de conducta exigible", que no actúe con la diligencia exigible y cause un daño. En estos casos de "responsabilidad vicaria" por el acto del empleado, pero sin culpa del empresario a quien se le hace responsable del acto de otro, por no haber controlado debidamente su actividad, resulta que la responsabilidad que se le impone es sin culpa.

Si ello es así, la llamada "culpa in vigilando" podrá justificar la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados y así como la condena al pago de la misma. Pero una cosa es la responsabilidad civil por el acto de un empleado y otra diferente la responsabilidad penal y la administrativa por la comisión de



infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor, cual sucede con el recargo de prestaciones que tiene naturaleza sancionadora, lo que obliga a interpretar esa responsabilidad de forma estricta (STC 81/1995), esto es exigiendo la culpa de la empresa de forma más rigurosa que cuando responde civilmente por actos de sus empleados.

En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas "razonables y factibles". Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro acaeció cuando se sustituía una torre de un tendido eléctrico la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su artículo 17 , que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos 1215/1997, de 18 de Julio, sobre equipos de trabajo y 773/1997, de 30 de mayo, sobre equipos de protección.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones, oído el Ministerio Fiscal, obligan a estimar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida porque no existió infracción imputable a la misma, ni medió culpa en su actuación. Consiguientemente, procede su confirmación y la desestimación del recurso. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D. Fausto contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 4739/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa , en autos nº 520/2015.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.