

El recargo de prestaciones y recurso de casación para la unificación de doctrina: cuando la valoración de los hechos es el problema. Comentario a la STS de 25 de octubre de 2016 (R° 2943/2014)

---

The surcharge of benefits and remedy of Cassation for the unification of doctrine: when the assessment of the facts is problem. Comment to the STS of October 25, 2016 (R° 2943/2014)

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID*

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID*

### Resumen

La apreciación de contradicción entre sentencias, requisito para acceder a la casación para la unificación de la doctrina, requiere la constatación de la identidad entre la sentencia recurrida y la aportada por el recurrente como contradictoria. La identidad fáctica entre ambos pronunciamientos judiciales plantea especiales problemas en el ámbito del recargo de prestaciones dada la dificultad de apreciar la identidad sustancial en las circunstancias concurrentes en la producción del accidente. La sentencia que se comenta aprecia que no concurre la identidad exigida en un supuesto en el que quedó acreditado el cumplimiento empresarial de las medidas de seguridad y prevención. No obstante, el extenso voto particular que acompaña a este pronunciamiento revela las dificultades prácticas que acompañan en estos supuestos al juicio de contradicción.

### Abstract

The appreciation of contradiction between statements, requirement for access to the appeal for the unification of doctrine, requires the finding of identity among the contested judgment and that provided by the appellant as contradictory. The factual identity between both judicial pronouncements poses special problems in the field of the performance fee given the difficulty to appreciate the substantial identity in the attendant circumstances in terms of the accident. The statement commented appreciates that identity required in a case in which the business of safety and prevention measures compliance was accredited there is no. However, extensive particular vote that accompanies this statement reveals the practical difficulties that accompany in these cases to trial.

### Palabras clave

recurso de casación para la unificación de doctrina, identidad de hechos, recargo de prestaciones, deber de seguridad

### Keywords

Appeal for the unification of doctrine, identity of facts, performance fee, duty of Security.

## 1. ELEMENTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) incorporó novedades sustanciales en la regulación del recurso de casación para la unificación

de doctrina que ofrecía el anterior texto legislativo (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Tales novedades afectaban esencialmente a la identificación de las sentencias que pueden aportarse como contradictorias y a la ampliación de la legitimación activa para interponer el recurso.

Por lo que se refiere a las sentencias invocables como contradictorias, el art. 219.2 LRJS señala la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción, además de las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. Asimismo, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario. En todos los casos, se requiere el cumplimiento por las sentencias invocadas como contradictorias de los presupuestos generales del recurso de casación para la unificación de doctrina.

No es esta la única novedad, pues a ello se añade el reconocimiento de la legitimación para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina al Ministerio Fiscal. Este también puede ahora interponer el recurso, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa (art. 219.3 LJS).

A pesar de estas novedades, cuyo impacto por lo demás no está resultando demasiado relevante<sup>1</sup>, la delimitación del objeto del recurso se mantiene intacta. Este sigue teniendo por finalidad la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras salas de los referidos Tribunales o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Lo que exige el art. 219.1 LRJS es que la sentencia recurrida y la sentencia o sentencias de contraste sean contradictorias entre sí. Para que se aprecie tal contradicción es preciso que una sentencia decida lo contrario de lo que ha decidido otra. Se trata, como se ha puesto de relieve, “de una contradicción entre decisiones judiciales, lo que supone una cierta complejidad, porque hay que atender a los distintos elementos que integran la decisión y porque la contradicción implica que se decide de forma distinta lo que es idéntico”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid, al respecto, los datos aportados por DESDENTADO BONETE, A.: “La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley”, en AA.VV. (Dir. G. García Becedas y M. Nogueira Guastavino), *Lecciones de Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2016, pp. 770 y 784.

<sup>2</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley”, cit., p. 763.

Como se ha tenido ocasión de señalar en anteriores ocasiones<sup>3</sup>, la valoración de si se producen las identidades que requiere el art. 219 LRJS (“hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”) ha resultado una tarea especialmente complicada en la que el Tribunal Supremo ha introducido criterios severos de corrección doctrinal. Su cuerpo de doctrina ha pasado de la “identidad integral” (comparación entre las tesis abstractas empleadas por las sentencias de contraste dejando de lado los elementos fácticos, incluso las peticiones ejercitadas por las partes) a una “homogeneidad integral”, como la califica Sempere<sup>4</sup>, en el que la oposición o contraste no surge de la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos cuya igualdad sustancial debe construirse sobre las identidades que relaciona el precepto citado<sup>5</sup>.

A estos efectos, el art. 219.1 LRJS construye la contradicción en dos pasos: 1º) hay que acreditar la identidad de la controversia 2º) para determinar a continuación si los pronunciamientos son o no distintos<sup>6</sup>. Si se producen las identidades señaladas todavía es preciso, para que el juicio de contradicción pueda entenderse superado, que los fallos o pronunciamientos de las sentencias sean distintos, esto es, que resuelvan de forma diferente supuestos que sustancialmente son idénticos.

Se requiere, por tanto, identidad subjetiva –que las partes se encuentren en la misma posición–, lo cual en la práctica no suele plantear demasiados problemas. Se exige, además, identidad respecto al objeto de la pretensión o de la resistencia, y de la fundamentación que lo apoya, de tal manera que lo que se pide o lo que se resiste, y las razones en que se fundamentan tales posiciones en las sentencias comparadas ha de ser sustancialmente lo mismo. Y, por último, la identidad tiene que concurrir también en los hechos recogidos en la relación de hechos probados de las sentencias que se comparan o en apreciaciones de carácter fáctico de su fundamentación.

La exigencia de identidad en los hechos constituye un requisito o presupuesto necesario del juicio de contradicción. Ha sido, precisamente, el elevado nivel de exigencia en la identidad fáctica el que explica que determinadas materias no hayan sido accesibles a la unificación: señaladamente, los despidos y cuestiones disciplinarias en general, en lo tocante a si la sanción de despido ha sido o no proporcionada (teoría gradualista) y la revisión del grado de invalidez<sup>7</sup>. A estas materias se añade también la referida a la valoración de las

<sup>3</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “El colapso plástico de accidente de trabajo y los *elementos intrascendentes y carentes de valor* en la articulación del juicio de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina: notas a la STS de 6 de julio de 2015”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, nº extraordinario: *Doctrina judicial en materia de Seguridad Social: Balance y análisis selectivo de las sentencias del año 2015*, pp. 49 a 62.

<sup>4</sup> SEMPERE NAVARRO, A.: *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 51.

<sup>5</sup> Entre otras muchas, vid. las STS de 27-1 y 28-1-1992 (Rº 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-1997 (Rº 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-2000 (Rº 1253/99 y 1785/99).

<sup>6</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley”, cit., p. 763.

<sup>7</sup> No obstante, en ocasiones se han producido vaivenes en esta materia. En caso del despido disciplinario, buena muestra es la STS 20-4-2005 (Rº 6701/2003), que si bien reconoció la vigencia de la doctrina según la cual la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de (...)

conductas del trabajador en pleitos sobre el recargo de prestaciones, como puede deducirse de numerosos asuntos en los que el Tribunal Supremo ha rechazado la existencia de contradicción<sup>8</sup>.

Es precisamente esta la cuestión a resolver en la STS de 25 de octubre de 2016. El asunto de fondo remite al debate sobre la procedencia o no de imponer sobre la empresa un recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención y, a tales efectos, determinar la trascendencia que la conducta del trabajador puede tener sobre la calificación de la actuación empresarial. Pero el éxito del recurso requiere necesariamente la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se aporta como contradictoria. A la postre, este va a ser el elemento determinante del fallo de la sentencia. Para el Tribunal Supremo no concurre la necesaria identidad fáctica entre los pronunciamientos judiciales que exige el juicio de contradicción. Ello conduce directamente a la desestimación del recurso sin que proceda entrar a unificar doctrina sobre la trascendencia que pueda tener la actuación negligente del trabajador en la apreciación de la responsabilidad empresarial. Pero la sentencia va acompañada de un voto particular suscrito por cuatro de los magistrados que integran la sala, reunida en este caso en pleno. En su voto, los magistrados discrepantes aprecian, frente a la opinión mayoritaria, la existencia de las identidades exigidas para abordar la unificación de doctrina, entre ellas la identidad sustancial entre los hechos de las sentencias comparadas.

## 2. EL ENJUICIAMIENTO DE LA CONTRADICCIÓN

### 2.1. La comparación de los hechos en la STS de 25 de octubre de 2016

El 10 de marzo de 2009 el trabajador sufrió un accidente laboral mientras desempeñaba su trabajo de Conductor Cubilote para la empresa Roca Sanitario S.A. en la Fábrica de Bañeras de Fundición de Alcalá de Henares consistente en una deflagración debido a la caída de hierro en el ciclón. El accidente tuvo lugar cuando el actor realizaba la tarea de vigilancia de evacuación de escoria observando un aumento considerable de flujo fundente y al acudir a la zona de salida salió un chorro grande de escoria que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro se vaporizó el agua y seguidamente se produjo la

---

doctrina considera, entendió que debía hacerse una excepción cuando una de las sentencias comparadas se habían pronunciado sobre la nulidad del despido debida a la lesión de derechos fundamentales; también lo es la más reciente, STS 15-10-2014, Rº 1654/2013). No obstante, como recuerda la STS 24-5-2005 (Rº 1728/2004), la unificación de doctrina “no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrina, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación”. Lo mismo ocurre con la invalidez permanente donde existe doctrina constante que excluye la unificación en esta materia (STS 23-6-2005, Rº 1711/2000), pero donde es posible encontrar, también, algunos supuestos excepcionales en los que se admite la unificación, como en el caso de las SSTS 21-3-2005 (Rº 1211/04), 3-3-2014 (Rº1246/2013) y 23-12-2014 (Rº 360/2014). Para una reflexión sobre los riesgos de estos cambios de orientación, vid. MERCADER UGUINA, J.R.: *Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, 2005, nº 18, pp. 33 a 56.

<sup>8</sup> Por todas, SSTS 25-10-1999, Rº 4472/98, 24-3-2004, Rº 747/03, 1-2-2006, Rº 4183/04, 11-2-2016, Rº 2806/14, y 1-6-2016, Rº 609/15.

proyección salpicadura de partículas que afectó al trabajador. Como consecuencia del accidente el trabajador fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual. A raíz del accidente de trabajo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita a la empresa y levantó acta de infracción por la que se proponía la imposición de una sanción por la comisión de una infracción grave apreciada en grado mínimo del art. 1.1, 2 y 5.2 del RD 5/2000 de 4 de agosto de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LPRL). A tales efectos sancionadores, se consideraron causas del accidente la no evaluación de los factores de riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión y la ausencia de evaluación del procedimiento de trabajo para determinar la medida preventiva adecuada al riesgo. Con fecha 11 de abril de 2011 el INSS dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el trabajador, declarando, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente fueran incrementadas en un 30 % con cargo a la empresa y declarando igualmente la procedencia de la aplicación del mismo incremento respecto de las prestaciones que, con cargo al mismo accidente, se pudieran reconocer en el futuro.

Contra tal resolución interpuso demanda la empresa solicitando que se revocara la resolución del INSS por la que se declaró la responsabilidad empresarial por el accidente y se impuso el recargo. Tanto la sentencia dictada en su día por el Juzgado de lo Social de instancia como la dictada resolviendo recurso de suplicación por el TSJ de Madrid (sentencia de 31 de marzo de 2014, R° 1587/13), estimaron la demanda formulada por la empresa contra el INSS y contra el trabajador accidentado, revocando la resolución administrativa y absolviendo a la empleadora, exonerándola del abono del recargo.

En los hechos probados de la sentencia de suplicación consta que la empresa había evaluado los riesgos en noviembre de 2008, catalogando como “riesgo general 2” los contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido que superaran los 10000, como “riesgo general 3” las proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados y, finalmente, como “riesgo general 4”, el de explosión si, de manera accidental, el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado; para este último, es decir, para ese “riesgo de explosión”, el plan de acción preventivo exigía asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando; para “el riesgo de proyecciones”, el plan exige asegurar que se han facilitado a los trabajadores los “EPI,s” (equipos de protección individual) necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido. Así mismo, estaba acreditado que el trabajador había recibido formación e información individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y la prevención de los mismos, así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual (EPI), en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009. Por todo ello, la STSJ de Madrid descartó la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, así como del art. 16.2.a) LPRL en relación con los arts. 2.2, 3, 1. 4 y 5 del TD 39/1997 de Reglamento de Servicios de Prevención y declaró la improcedencia del recargo.

Contra esta sentencia recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina denunciando la vulneración, por inaplicación, de los arts. 123 LGSS<sup>9</sup>, en relación con los arts. 14 y 42 LPRL, 16 del Convenio 155 de la OIT, 16.2.a) de la propia LPRL, en relación con los preceptos correspondientes del Reglamento de Servicios de Prevención, los arts. 14, 15 y 17 de la misma LPRL, en relación con el art. 4 RD 1215/1887 y, en fin, el art. 40.2 de la Constitución.

Para articular adecuadamente su demanda, el trabajador aporta como contradictoria la STS de 12 de julio de 2007 (Rº 938/06). La resolución referencial trata también sobre un recargo de prestaciones en un accidente de trabajo que igualmente dio lugar a la Incapacidad Permanente Total del trabajador afectado. La Inspección de Trabajo levantó Acta de Infracción y el INSS acordó el recargo del 30 % en las pertinentes prestaciones. En esta sentencia se declaró probado que el trabajador accidentado prestaba servicios en la denominada “maquina calanda número dos (modelo AM.B 14806)”, realizando la tarea de control del proceso de laminado, cuando, en cierto momento, observó la adherencia de una cinta de plástico en el extremo del cilindro, por lo que fue a retirarla con su mano derecha, que resultó arrastrada y atrapada entre los cilindros. La empresa había prohibido expresamente “intentar meter las manos en los cilindros de laminado cuando se caiga un cuerpo extraño”. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que hubo responsabilidad empresarial en el accidente y rechazó que la conducta imprudente, no temeraria, del trabajador hubiese roto el nexo causal entre la infracción y el daño, puesto que, aunque hubiera una instrucción escrita clara, concretada en aquella prohibición expresa, también resultaba que, en la evaluación efectuada el 2-5-2001 “se identifica uno de los riesgos de la máquina referida...el del atrapamiento por o entre objetos, y [se] advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotándola de protección para impedir la accesibilidad de sus cilindros”, no obstante lo cual la empresa no lo hizo hasta después de producido el accidente en cuestión. Advierte el Tribunal Supremo que, en el caso resuelto por la sentencia aportada como contradictoria “la causa eficiente y determinante del daño, y de la consecuente atribución de la responsabilidad empresarial en el recargo, fue, pues, no la posible imprudencia del trabajador o su desatención de la instrucción expresa en contrario del empresario, sino el incumplimiento por éste de la advertencia realizada en la evaluación de dotar a la máquina de unos dispositivos de seguridad que solo fueron instalados después del accidente”.

A partir de esta apreciación, el Tribunal Supremo considera evidente que no existe la necesaria contradicción exigida por el art. 219 LRJS pues mientras en la sentencia aportada como contradictoria constaba acreditada una infracción por la empresa de la normativa de prevención, en la recurrida no consta tal infracción. Siendo así, no está en juego la trascendencia de una posible imprudencia del trabajador que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aun existiendo no alcanza a contrarrestar la infracción de las normas de seguridad. A la vista de tales apreciaciones, el Tribunal Supremo considera inexistente la contradicción y, en consecuencia, procede a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de suplicación.

---

<sup>9</sup> Actualmente, art. 164 LGSS.

## 2.2. Y la consideración del voto particular

La sentencia de 25 de octubre de 2016 va acompañada de un extenso Voto particular suscrito por cuatro de los magistrados que integran el pleno de la Sala y que expresan su discrepancia respecto de la decisión mayoritaria. Tal discrepancia afecta precisamente a la apreciación o no de la existencia de contradicción entre los hechos de las sentencias comparadas. Para los magistrados que suscriben el voto particular concurre la identidad exigida entre los hechos de tal modo que, apreciada además la identidad de pretensiones y habiéndose llegado a pronunciamientos distintos en la sentencia recurrida y la de contraste, el Tribunal Supremo debería haber resuelto sobre la cuestión de fondo planteada.

En síntesis, para el voto particular, en la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina constaba acreditado que la empresa había aportado el documento de evaluación de riesgos laborales de noviembre de 2008 y el documento de revisión de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de conductor de cubilote, añadiendo que para el riesgo de explosiones el plan de acción preventivo exige asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la Ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando. El trabajador había recibido información y formación individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y prevención de los mismos así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 que se aporta como contradictoria las circunstancias acreditadas permitan apreciar a) la existencia de una correcta evaluación de riesgos; b) de unas instrucciones empresariales correctas sobre la forma de actuar en caso de riesgo; y c) de la concreta conducta incumplidora del trabajador. Con tales constancias prácticas, la sentencia de suplicación que se recurre en casación para la unificación de doctrina “denegó la aplicación del recargo de prestaciones efectuado en vía administrativa, sustentado la tesis de que basta con la existencia de una evaluación de riesgos y de una información al trabajador formalmente correctas para que no proceda imponer el recargo al empresario, concluyendo que si el trabajador, en el caso enjuiciado, observaba alguna anomalía en la salida de hierro fundido debería, conforme a lo que se contemplaba en la evaluación de riesgos, haber parado el ciclón de agua e informar al mando, lo que no efectuó a pesar de haber sido instruido sobre los riesgos de su trabajo; y en consecuencia deja sin efecto la imposición del recargo efectuada en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada”. Por el contrario, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 que se aporta como contradictoria en las circunstancias que se han señalado anteriormente declaró la responsabilidad empresarial.

Para el voto particular los hechos de una y otra sentencia presentan la identidad que requiere el art. 219 LJS y, por ello, siendo los pronunciamientos divergentes, concurre la contradicción exigida. Se afirma, en este sentido, que “concurría en el presente recurso el requisito o presupuesto de contradicción ex art. 219.1 LJS, pues, centrándonos en la cuestión objeto de debate, concurrencia o no de los requisitos para exigencia de responsabilidad empresarial sobre recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS, ante hechos sustancialmente iguales (en especial, se parte en ambos supuestos de unas pretendidas valoraciones de riesgos correctas, de unas alegadas instrucciones a los trabajadores suficientes y de unas imputadas conductas de los trabajadores accidentados inadecuadas), han llegado las sentencias

comparadas a soluciones jurídicas contrapuestas. En efecto, en ambos casos, –conforme se interpreta en una y otra sentencia comparada–, existían evaluaciones empresariales de riesgos que las sentencias contrastadas consideran suficientes, se impartieron previas instrucciones empresariales consideradas correctas dirigidas al trabajador sobre el no actuar de una determinada forma para evitar riesgos de accidente y por el trabajador accidentado se habrían incumplido en ambos casos dichas instrucciones con resultado lesivo, y, sin embargo ha sido distinta la solución jurídica adoptada, sobre la exigencia de responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS, pues en la recurrida interpreta que la conducta empresarial no es infractora conforme al art. 123 LGSS al interpretar que, una vez previsto el riesgo, basta con haber informado previamente al trabajador sobre su actuar si observa alguna anomalía lo que no cumplió, mientras que en la sentencia de contraste, dictada por esa Sala de casación, ello no es suficiente pues incluso existiendo imprudencia del trabajador puede existir responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS, puesto que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo”.

A lo señalado, el voto particular añade una llamada de atención sobre el rigor que el Tribunal Supremo mantiene en esta sentencia de 25 de octubre de 2016 en lo que se refiere a la exigencia de identidad fáctica entre las sentencias comparadas. Advierten los magistrados discrepantes que “no se ha exigido por esta Sala de casación en los numerosos supuestos en los que ha entrado a conocer sobre la cuestión de fondo en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTS/IV 20-enero-2010 –Rº 1239/2009, 22-julio-2010 –Rº 2621/2010, 18-mayo-2011 –Rº 2621/2010, 20-marzo-2012 –Rº 1470/2011, 4-marzo-2014 –Rº 788/2013, 15-octubre-2014 –Rº 3164/2013, 26-abril-2016 –Rº 149/2015) una identidad fáctica extrema”. Ello hubiera impedido conocer en casación unificadora de una materia que afecta a la vida e integridad física de los trabajadores y que, por ello, obliga a elevar el análisis de la contradicción a la similitud de conductas de una y otra cuando afectan a la forma de producirse el accidente.

Partiendo de estas consideraciones, que en definitiva suponen el cumplimiento de la exigencia de contradicción, el voto particular aborda, de forma exhaustiva y detallada, el fondo del asunto para concluir que la doctrina correcta se recogía en la sentencia aportada como contradictoria y que, por tanto, debió haberse estimado el recurso y haberse revocado la sentencia de instancia, manteniendo la imposición del recargo sobre la empresa. Al margen del valor del contenido del voto particular en cuanto recoge y sistematiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad empresarial a efectos del recargo de prestaciones, interesa ahora analizar algunos de sus razonamientos en la medida en que permiten apreciar dónde reside la diferencia entre el análisis efectuado por la mayoría de la sala y el sostenido en el voto particular.

### **3. ¿IDENTIDAD DE HECHOS O VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS MISMOS? RELEVANCIA A EFECTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN**

La clave del razonamiento puede encontrarse en el fundamento jurídico sexto dos del voto particular. Tras recordar los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para la imposición del recargo, se afirma allí que en el supuesto controvertido en la sentencia

recurrida la deuda de seguridad a cargo del empresario no debía entenderse cumplida y ello porque “aunque se entendiera que formalmente hubiera efectuado una adecuada evaluación de riesgos e informado al trabajador sobre lo que debía efectuar en caso de riesgo, no obstante la lesión constitutiva del accidente se produce en el caso concreto por no haberse ... 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 ... , y sin que haya mediado fuerza mayor, caso fortuito ni imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

Para los magistrados discrepantes, aunque se admitiera, tal y como consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, que por la empresa se había evaluado el riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión o de explosión de los cubilotes, aun aceptando que el trabajador había recibido la prevención informativa de que si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido debería parar el ciclón de agua e informar al mando, e incluso admitiendo que se le hubiere también informado sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual y que éstos deberían consistir, conforme al Plan de evaluación, en los necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido; el resultado es que “tales prevenciones resultaron manifiestamente insuficientes para evitar el grave accidente (especialmente con pérdida total de un ojo) o reducir sus consecuencias, reduciéndose a una prevención e información meramente formal o abstracta, incumpliendo, entiendo, por una parte, el empresario, como deudor de seguridad, con sus obligaciones, puesto que como tal, debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización”.

En definitiva, la divergencia entre la opinión mayoritaria de la sala, reflejada en el fallo de la sentencia de 25 de octubre de 2016 y la sostenida por el voto particular remite, más que a la constatación de que los hechos de la sentencia recurrida y los acreditados en la sentencia de contraste presentasen la debida identidad sustancial, a la valoración de si los mismos eran suficientes para acreditar la existencia de un incumplimiento empresarial de su deber de prevención. Para la sentencia recurrida no constaba acreditada la infracción del empresario, que había cumplido sus obligaciones de evaluación de riesgos, adopción de las medidas exigidas y formación e información al trabajador. Por el contrario, en la de contraste había quedado acreditado el incumplimiento puesto que la empresa solo atendió la exigencia de adoptar los dispositivos de seguridad que se habían identificado en la evaluación de riesgos después de que se produjese el accidente<sup>10</sup>. Esta distinta consideración de los hechos resulta clave. A tales efectos, debe recordarse que el propio significado y finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina impide revisar los hechos probados ni siquiera por error en la valoración de la prueba y que los hechos cuya identidad sustancial se

---

<sup>10</sup> Y ello al margen de que en ambos casos los trabajadores habían incumplido las instrucciones previstas en el plan de evaluación sobre cómo debían actuar en las situaciones que determinaron la producción de ambos accidentes.

compara son los que aparecen acreditados en las sentencias tal y como derivan de las pruebas practicadas en el proceso y de su ponderación por los órganos judiciales de instancia<sup>11</sup>.

Por eso resulta razonable la decisión mayoritaria de considerar que los hechos no presentan las necesarias identidades. Para el voto particular, sin embargo, la mera producción del accidente revela que el empresario había incumplido su deber de seguridad, y se apela para ello a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se ha declarado que la infracción empresarial puede consistir en el incumplimiento de alguna medida de seguridad especial o general y a la doctrina científica para afirmar que “el deber de protección es incondicionado y, prácticamente ilimitado”. Pero este razonamiento excede del puro análisis de la comparación de los hechos para incorporar una valoración sobre si los mismos habían sido calificados adecuadamente. Y parece claro que ese análisis no corresponde al enjuiciamiento, previo al del fondo, sobre la existencia o no de contradicción.

---

<sup>11</sup> PALOMO BALDA, E.: “Comentario al art. 219”, en AA.VV. (Dir. J.R. Mercader Uguina, Coords. A. de la Puebla y F.J. Gómez Abelleira), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer, La Ley, 2015, p. 1470.