

mediante sentencia de 28 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 108011)– tiene como antecedentes los siguientes: la demandante prestaba servicios para un Ayuntamiento, en el seno de un programa de escuelas taller dedicado a labores de carpintería. La trabajadora demandante, tras haber sido declarada en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, solicitó la indemnización prevista en el convenio colectivo del sector de la construcción de la provincia de Pontevedra. El Juzgado de lo Social estimó la pretensión y condenó al Ayuntamiento al pago de la indemnización. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia entendió inaplicable dicho convenio argumentando, en síntesis, que puesto que ni el Ayuntamiento (hecho, por lo demás, notorio) ni la Escuela Taller no se dedican de modo principal a la actividad de carpintería, el convenio colectivo no resulta de aplicación al caso controvertido, de modo que la trabajadora no tiene derecho a la obtención de la indemnización solicitada. Como se razona en el Fundamento de Derecho primero (y único) «el objetivo y la finalidad de esta empleadora, Escuela Taller, es totalmente ajeno a(l de) las empresas que se dedican a la carpintería esencialmente (...) no siendo, en consecuencia aplicable (...) el convenio del sector, como se ha hecho en la sentencia impugnada». Como se ve, el criterio (a nuestro juicio acertado) que acoge la Sala de lo Social del Tribunal Superior es el de la esencialidad o accesoriedad de la actividad realizada en relación con la norma que pretende aplicarse. Por ello no puede pretenderse dar eficacia a una norma especial (el convenio del sector) en un ámbito por completo ajeno a él (el de las Escuelas Taller), atendiendo fundamentalmente a la circunstancia de que tales Escuelas desarrollan actividades de muy diversa naturaleza que, además de desembocar en la potencial aplicación de muy diferentes normas en un mismo ámbito de organización, podría resultar perturbadora desde las mismas bases que dan origen y razón de ser a las Escuelas Taller, tal y como se expuso más arriba.

§ 34

Empresa Usuaria, responsabilidad contractual por accidente de trabajo y contrato de seguro

por MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ *Universidad de Sevilla*

Sentencia comentada:

↳ Comentario a la Sentencia del TSJ de Asturias de 24 de enero de 2003 (AS 2003, 1717)

La STSJ de Asturias de 24 de enero de 2003 (JUR 2003, 109576) nos brinda una nueva oportunidad de reflexionar sobre el complejo cuadro de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal y como criticamos en su día, esta materia no fue objeto de un tratamiento riguroso por el legislador, que se limitó a regular las infracciones y sanciones administrativas dejando subsistente una compleja panoplia de responsabilidades, reguladas por distintas ramas del ordenamiento jurídico, sometidas por ello a reglas de funcionamiento totalmente diversas e, incluso, cabría decir, descoordinadas y solapadas. Junto a ello, en el presente caso encontramos un nuevo elemento de complejidad que no es otro que la presencia de la consabida relación triangular entre el trabajador, la Empresa Usuaria (en adelante, EU),

que recibe efectivamente la prestación de servicios, y la Empresa de Trabajo Temporal (en adelante, ETT), que actúa como empleador, al menos formal, en tanto es la contraparte en el contrato de trabajo y asume las obligaciones salariales y de Seguridad Social. Por último, como punto central en el recurso planteado ante el Tribunal Superior de Justicia, se halla la relación aseguradora establecida entre la EU y la entidad Royal Sun Alliance, SA y, en concreto, la cuestión relativa a si la cobertura de responsabilidad civil concertada entre ambas alcanza al trabajador accidentado mientras prestaba servicios en dicha empresa si bien cedido por una ETT.

1. SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS

En la Sentencia del Juzgado de lo Social ahora recurrida en suplicación por la compañía de seguros Royal Sun Alliance, SA, se declara como probado el acaecimiento el 25 de agosto de 1998 de un accidente de trabajo sufrido por el operario cuando prestaba sus servicios en la Empresa Manufacturas Sanluce, SA cedido por una ETT a través del correspondiente contrato de puesta a disposición. La causa del accidente se sitúa en el manejo de una sierra circular, accionada mediante pedal y con coraza o resguardo que permite el acceso de la mano del trabajador a la zona peligrosa de corte. Por último, hemos de señalar que como consecuencia del mismo el trabajador es declarado afectado de lesiones permanentes no invalidantes y a la EU (Manufacturas Sanluce) se le impone tanto una sanción administrativa como un recargo de prestaciones de Seguridad Social del 40%.

2. EL PROBLEMA PLANTEADO

El objeto central del debate jurídico del recurso no es otro que el relativo a la indemnización por daños y perjuicios establecida por la Sentencia del Juzgado de lo Social. En concreto, lo que se rebate no es ni la procedencia de esta responsabilidad civil ni su cuantía, aspectos que no constan en el recurso, sino la responsabilidad de la Compañía Aseguradora con la que tiene suscrita póliza de seguros la EU.

En esencia, lo pretendido por la aseguradora es quedar exenta de la responsabilidad correspondiente haciendo valer la tesis de que la cobertura contratada se limita a los trabajadores «en nómina» de la empresa tomadora, según los expresos términos del contrato. Ello conllevaría la limitación de la responsabilidad de la compañía recurrente, de la que quedarán excluidos los perjuicios sufridos por el actor, perteneciente a la plantilla de la ETT codemandada y vinculado a la otra empleadora solamente por el contrato de cesión entre ambas. A ello se añade que la cláusula de exclusión no es restrictiva de la cobertura, sino sólo delimitadora o definidora del riesgo asegurado y que el trabajador siniestrado carece de vínculo laboral con la empresa responsable del perjuicio.

Antes de entrar de lleno en la interpretación que hace el Tribunal de esta supuesta cláusula contractual que le lleva a la desestimación del recurso de suplicación, hemos de analizar, siquiera brevemente, determinados aspectos mencionados en la sentencia que han de permitirnos dejar sentadas algunas ideas sobre el estado de la cuestión de la compatibilidad de responsabilidades en esta materia y, en especial, sobre el sujeto responsable.

3. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, EMPRESA USUARIA Y OBLIGACIONES EN MATERIA PREVENTIVA

Ni la Ley 14/1994, de 1 de julio (RCL 1994, 1555), de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante LETT) ni la Ley 31/1995, de 6 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) permanecen ajenas a la problemática representada por la duplicidad empresarial que se da en este concreto supuesto y su notable incidencia en los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales. De esta forma, como a estas alturas es sobradamente conocido, aquella norma, aspecto completado y clarificado en el art. 28 LPRL, opera un reparto de obligaciones entre ambas empresas quedando, en definitiva, a cargo de la ETT obligaciones concretas de formación suficiente y adecuada, información al trabajador de los riesgos del puesto de trabajo a cubrir (con especial atención a los datos derivados de la información recibida de la EU) y vigilancia de la salud. Por su parte, la EU es considerada ex art. 16.2 LETT como «la responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del correspondiente recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social (...) en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de faltas de medidas de seguridad e higiene».

El Tribunal de instancia consideró en su momento que la responsabilidad en este caso había de recaer de **manera exclusiva en la EU** [en la misma línea pueden verse, STSJ Cataluña 22 julio 1999 (AS 1999, 3161); STSJ Andalucía (Granada) 12 noviembre 2002 (AS 2003, 50); STSJ Cataluña 24 octubre 2002 (AS 2003, 568), estas últimas respecto al recargo de prestaciones, pese a que en ambas existe una patente falta de formación suficiente y adecuada atribuible a la ETT], a quien se encomiendan las principales obligaciones de seguridad, al ser la titular del centro de trabajo en el que se presta el servicio, la titular de los medios de producción y quien dirige y controla la prestación laboral. Hemos de tener en cuenta que, no en vano, el art. 15.1 LETT acompaña la cesión del trabajador para prestar servicios en la EU con la de los correspondientes poderes directivos y organizativos, que pasan de su titular originario (la ETT, habida cuenta que su fundamento básico descansa en el contrato de trabajo) a la EU que «de facto» recibe la prestación de servicios.

Sentado lo anterior, es fácil argumentar la imputación de responsabilidad en exclusiva a la EU, especialmente en el supuesto enjuiciado, donde la causa del accidente se sitúa en el manejo de una máquina carente del adecuado dispositivo de seguridad que impida el acceso de la mano al interior de la máquina mientras está en funcionamiento, aspecto preventivo que incumbía exclusivamente a la EU. [Este incumplimiento de seguridad, consistente en usar dispositivos o resguardos inadecuados que no impiden el acceso al interior de la máquina de partes del cuerpo humano es reincidente en la jurisprudencia menor, así puede verse, por todas, la STSJ Cataluña 17 octubre 2002 (AS 2002, 3572) que, junto a la afirmación de que el deber de seguridad es incondicionado y prácticamente ilimitado, estima que, dado que el sistema de protección no impedía la introducción de la mano que resultó finalmente atrapada (sistema modificado por la empresa con posterioridad al accidente), el empresario resulta responsable del accidente de trabajo. Ello es así en tanto «es exigible al empresario la adopción de todas las medidas de seguridad necesarias para hacer

imposible este tipo de prácticas y prevenir así los accidentes que la distracción, exceso de confianza o incluso negligencia del trabajador pudiere provocar», todo ello como consecuencia de su «obligación de prever las imprudencias no temerarias»].

Ahora bien, pese a que esta imputación de responsabilidad en exclusiva a la EU pudiera resultar lo más acertado a la luz de la normativa aplicable en el momento de ocurrir el accidente (1998), al no constar un incumplimiento concreto por parte de la ETT de las obligaciones específicas que legalmente se le atribuyen, cabría seguramente también un razonamiento distinto, que se ve facilitado tras las reformas y novedades legislativas operadas en la materia en el año 1999 (Ley 29/1999 [RCL 1999, 1898] de reforma de la Ley 14/1994 y RD 216/1999, de 5 de febrero [RCL 1999, 508]). De este modo, con la normativa vigente en la mano, no resulta en modo alguno descabellada la posibilidad de hacer también responsable en un caso como éste a la ETT, en atención al incumplimiento de aquellas obligaciones que legalmente le corresponden. Es más, judicialmente se ha admitido, aun sin una base legal explícita, la imputación solidaria y compartida de responsabilidades a ambas empresas [SSTSJ Cataluña 6 julio 1999 (AS 1999, 3140), Castilla y León (Burgos) 16 julio 2002 (AS 2003, 247), esta última en atención a las normas de 1999]. El argumento para esta imputación conjunta de responsabilidades en este caso concreto, cuestión en la que no nos vamos a detener puesto que no es objeto de la litis, podría situarse, a nuestro entender, tanto en la prohibición legal de celebrar contratos de puesta a disposición para puestos de trabajo a los que no se haya realizado la preceptiva evaluación de riesgos como en el consiguiente derecho de la ETT de conocer los resultados de la misma y su obligación de informar al trabajador sobre tales extremos. Este aspecto crucial implica que, una vez evaluado el riesgo, constatada su existencia y conocido por la ETT, si ésta no impide al trabajador la prestación de servicios en tales condiciones sería partícipe en el incumplimiento de la normativa preventiva y cabría imputarle responsabilidades en el accidente.

4. RESPONSABILIDADES CIVILES Y DE SEGURIDAD SOCIAL: EN ESPECIAL SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Pese a que en la Sentencia que estudiamos no se debate en modo alguno la pretensión indemnizatoria civil (reconocida por el juez de instancia) ni la competencia del orden jurisdiccional social [plenamente admitida por la Sala de lo Social del TS, por todas, SSTS 23 julio 1998 (RJ 1998, 5787), 30 septiembre 1997 (RJ 1997, 6853) y 3 mayo 1995 (RJ 1995, 3740) aun cuando los Tribunales civiles sigan conociendo de esta materia] ni su importe, conviene hacer una somera referencia a un tema que se ha suscitado recientemente con bastante virulencia en la doctrina y jurisprudencia social que no es otro que el de la compatibilidad entre la responsabilidad civil y el recargo de prestaciones, habida cuenta que en los hechos probados consta expresamente que a la EU se le ha impuesto anteriormente este último.

Con carácter previo, no queremos dejar pasar la oportunidad de aludir, siquiera brevemente, al carácter contractual de la responsabilidad exigida y reconocida a la EU. La Sentencia que comentamos viene a afirmar, sin entrar en más argumentación, que el objeto litigioso viene constituido por la responsabilidad contractual de la Empresa (Usuaria) por los daños ocasionados al trabajador por el accidente de trabajo. Aunque esta aseveración judicial pudiera suscitar alguna duda, está plenamente justi-

ficada puesto que, como hemos señalado en ocasiones anteriores, el nacimiento de la responsabilidad contractual exige una «relación obligatoria previa» entre los sujetos que puede nacer no sólo de un contrato sino también de la propia ley, supuesto este último ante el que nos hallamos, a tenor de lo señalado **supra** en relación con la atribución por parte del legislador a la Empresa Usuaria de las principales obligaciones en materia preventiva, incluida la obligación general de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la salud y seguridad de tales trabajadores.

Si bien ya hemos señalado reiteradamente la complejidad de toda esta problemática de las responsabilidades, aquejada de importantes y tradicionales problemas, concretamente en este momento queremos volver a llamar la atención sobre la fijación respecto al mismo accidente de trabajo –así ocurre en la sentencia que comentamos–, tanto de una indemnización de daños y perjuicios como de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, cuyo conocimiento se atribuye igualmente al orden jurisdiccional social y en un proceso distinto al que ahora nos ocupa. Todo ello lleva a la fijación de cantidades que operan como indemnizaciones al trabajador y que lo hacen de forma totalmente independiente. Aunque este problema permanece irresuelto legalmente sí ha sido abordado por la jurisprudencia del Alto Tribunal [por todas, vid. SSTS 22 octubre 2002 (RJ 2003, 504), 21 febrero 2002 (RJ 2002, 4539), 9 octubre 2001 (RJ 2001, 9595), 14 febrero 2001 (RJ 2001, 2521) y 2 octubre 2000 (RJ 2000, 9673), esta última con un interesante voto particular] que ha aceptado definitivamente, pese a los titubeos iniciales y las dudas constitucionales que a algunos puede provocar esta doctrina, la total compatibilidad e independencia entre el recargo y la indemnización por daños y perjuicios que se imponen de forma asidua al empresario, sin necesidad de detraer a la hora de cuantificar la indemnización lo ya percibido en concepto de recargo. Esta solución que, a nuestro entender, conlleva seguramente un perjudicial efecto «duplicador» bien pudiera solventarse con una única indemnización a fijar por el juez de lo social donde se valoren de forma conjunta los daños de todo género sufridos por el trabajador y que se añada a las insuficientes prestaciones de Seguridad Social Sobre la detacción de esta últimas de la cuantía indemnizatoria a fijar por los tribunales pueden verse, entre otras, SSTS 8 abril 2002 (RJ 2002, 6153), 18 febrero 2002 (RJ 2002, 4358) y 17 febrero 1999 (RJ 1999, 2598). Indemnización que, lógicamente, sólo entrará en juego en aquellos casos en que exista un incumplimiento empresarial de medidas de seguridad (sea general o específico), como acontece sin duda en el caso que nos ocupa.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SEGURO

El último aspecto que nos toca abordar, una vez sentada la procedencia de una indemnización (derivada de responsabilidad contractual) por los daños y perjuicios causados al trabajador cedido a la EU como consecuencia de una falta de medidas de seguridad imputable en exclusiva a esta última, es el relativo a si la responsabilidad de la empresa aseguradora cubre al trabajador accidentado o no, verdadero núcleo duro del pronunciamiento judicial.

Este problema se plantea en la medida en que la empresa aseguradora afirma que la cobertura de los daños viene restringida a los trabajadores «**incluidos en la nómina de la empresa tomadora**», según los expresos términos del contrato, lo que viene a significar que quedan excluidos los perjuicios sufridos por el actor, pertene-

ciente a la plantilla de la ETT codemandada y vinculado a la otra empleadora, litis-consorte pasiva, solamente por contrato de cesión entre ambas. Junto a ello se argumenta, según expresa la propia Sentencia, que «la cláusula de exclusión no es restrictiva de la cobertura sino sólo delimitadora o definidora del riesgo asegurado y que el trabajador siniestrado carece de vínculo laboral con la empresa responsable del perjuicio».

Esta pretensión fue rechazada por la sentencia de instancia, que la de suplicación no hace sino confirmar, basándose en una serie de argumentos que, en su mayoría, no es difícil compartir.

Ha de resaltarse que el propio Tribunal expresa su intención de «indagar en la verdadera voluntad declarada por las partes, el contenido real de su consentimiento y la protección del negocio efectivamente concertado», con el fin de evitar «ciertas prácticas comerciales de los aseguradores, naturalmente preocupados a menudo por vender productos que a veces no coinciden con su presentación inicial y cuyo concierto suele vestirse con formas de adhesión no correspondientes a la naturaleza legal del contrato, bajo las que pueden esconderse pactos difícilmente perceptibles por el tomador». No es de extrañar que el Tribunal comience de esta forma su argumentación si tenemos en cuenta que las aseguradoras, que tienen el pleno dominio del contrato (de adhesión) concertado con el cliente, en la práctica cotidiana no desperdician resquicio alguno para no hacer frente a los pagos de indemnizaciones que, a su entender, en una interpretación del contrato siempre favorable a sus propios intereses, quedan fuera de la cobertura.

A ello viene añadirse que, a juicio del Tribunal, la pretendida exclusión debe someterse al régimen previsto para las cláusulas restrictivas dado que «difícilmente cabría signar carácter no limitativo o restrictivo a lo que, preexistiendo ya una definición pactada, viene a reducir su ámbito o contenido». [Véase, por el contrario, la STS 2 febrero 1998 (RJ 1998, 3250) donde en un supuesto de reclamación de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de trabajo con falta de medidas de seguridad, se condena a la empresa y se absuelve a la aseguradora en tanto no aparece el trabajador en la relación nominal de trabajadores que periódicamente facilita la empresa a la aseguradora; exclusión que no ofrece dudas al intérprete].

Aunque el Tribunal recurre al art. 1288 del Código Civil (LEG 1889, 27) en último lugar, constituye para nosotros la clave del acierto de la resolución judicial, puesto que, como es sabido, resulta concluyente la regla prevista en su texto que «impide favorecer al recurrente (Compañía aseguradora), en la solución de los conceptos oscuros que se analizan, pues suya es en exclusiva la autoría del texto de la póliza». O, lo que es tanto como decir que si dicha Compañía introduce en el contrato un concepto de difícil interpretación, como es el relativo a «trabajador en nómina», de escaso valor jurídico al entender del órgano resolutorio, no puede verse beneficiado por el mismo. Por todo ello, el núcleo central del razonamiento judicial es el análisis de dicho concepto que viene empleado en la cláusula excluyente que la aseguradora pretende hacer valer.

Al decir del órgano resolutorio, nos hallamos ante una expresión carente de valor jurídico, pues, si **stricto sensu** significa trabajadores pagados directamente por el empleador, no parece que ello ofrezca relevancia para el Derecho, frente a los

significados más valiosos –aunque también más latos– de trabajadores en plantilla o trabajadores dependientes. Así, entiende el Tribunal, y ello es trascendental en la resolución de la litis que «poco importa a la ley si el pago se recibe de modo directo o indirectamente, mediante remesa previa a quien hace el pago directo», siendo, por el contrario, lo trascendente al objeto del pleito la referencia a «trabajadores dependientes», siendo decisivo determinar a quién corresponde el gobierno de las labores y la titularidad pasiva de la deuda de seguridad.

Para apostillar todo lo anterior, es importante destacar que mientras la aseguradora alega para reafirmar la existencia de unas intenciones contractuales claras la exclusión expresa del personal de contratas y subcontratas, ésta causa en el Tribunal precisamente el efecto contrario, habida cuenta que, como es sabido, el trabajador cedido por una ETT nada tiene que ver con el de las contratas. El principal aspecto diferencial entre ambos se halla en que en el caso de las ETT, el trabajador es totalmente dependiente respecto del empresario cesionario (usuario en los términos de la ley), incumbiendo sólo a éste (y no al cedente) la responsabilidad por la concreta falta de algún elemento de seguridad legalmente prescrito para cada caso y circunstancia específicos.

Como ha quedado especificado **supra**, no es dudosa la imputación de responsabilidad a la EU (aunque en ocasiones pudiera ser compartida por la ETT) ya que tanto la LETT (RCL 1994, 1555) como la normativa preventiva, en previsión de posibles dudas de atribución de la deuda de seguridad (tradicionalmente unida al contrato de trabajo), resuelven esta cuestión imponiendo las principales obligaciones a la EU, quien efectivamente se beneficia de la prestación de servicios y ostenta los poderes de organización y control. Esto es, sobre la EU recae una obligación de trato igual (como si perteneciera a su plantilla) del trabajador cedido en materia de seguridad. Ahora bien, esta asimilación legal del trabajador cedido con el trabajador perteneciente a la plantilla de la EU, no hace sino demostrar que realmente no es trabajador de dicha empresa (aunque lo pueda ser materialmente o «de hecho») puesto que para el legislador el verdadero empleador lo es la ETT. No obstante, el pronunciamiento judicial con gran tino lo que viene a sostener es que si la empresa ha concertado un seguro que cubre su responsabilidad civil por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a los efectos de determinar el alcance de la misma, y en defecto de una exclusión expresa diáfana, es indiferente la fórmula jurídica empleada, en este caso el contrato de puesta a disposición con una ETT, si de la misma deriva una patente deuda de seguridad de la EU con los trabajadores cedidos y una regla de trato igual [No obstante, téngase en cuenta, que la equiparación nunca es total, vid. en este sentido el supuesto planteado en la STSJ Castilla y León (Valladolid) 21 marzo 2000 (AS 2000, 1516), donde se determina la inaplicación al trabajador cedido de la mejora voluntaria prevista en el Convenio Colectivo de la EU consistente en una indemnización en supuestos de incapacidad permanente total o absoluta, cubierto en una póliza de seguro, puesto que dada la inexistencia de vinculación contractual entre el trabajador y la EU es imposible la aplicación de dicha norma colectiva].

Menos trascendente, a nuestro entender, es el argumento formal traído a colación por la Sentencia relativo al lugar donde figura la exclusión, al no hallarse entre las condiciones generales del contrato (único documento firmado por las partes) sino en unas condiciones particulares anexionadas a aquéllas. O lo que es tanto como decir, que en el documento donde consta la pretendida exclusión no aparece la

rúbrica del tomador del seguro. Aunque habría que ver el contrato de seguro para ratificar la siguiente afirmación, hay que tener en cuenta que es moneda de cambio corriente en la práctica que, aunque la firma sólo figure en las condiciones generales, en éstas se remita al anexo en el que figuran las condiciones particulares aludidas.

§ 35

El recargo de prestaciones. Responsabilidades en los supuestos de contratas
por VICENTE SAMPEDRO GUILLAMÓN *Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universitat Jaume I de Castellón*

Sentencia comentada:

↳ Comentario a la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha/Albacete de 28 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1725)

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA IMPORTANCIA DEL TEMA

La Sentencia que vamos a comentar contempla el tema del recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que como sabemos eleva la cuantía de las prestaciones, derivadas de accidente, desde un 30% a un 50%, y la cuestión de la extensión de dicha responsabilidad, en especial a los que efectúan contratas sufriendo el accidente los trabajadores de dicha contratista o subcontratista, y no los de la principal. El tema ha sido uno de los que mayor polémica ha generado en nuestra doctrina jurisprudencial, dado que en el fondo lo que se trataba de dilucidar era el carácter y la naturaleza que tenía el recargo, dado que según fuera dicha consideración se derivaban consecuencias distintas.

En el momento actual, el recargo de las prestaciones se ha convertido dentro de la pluralidad de responsabilidades que puedan derivar de un accidente, en quizás una de las más relevantes, por un lado porque a diferencia de otras como la civil, no es asegurable y puede constituir en muchos casos para la empresa un importante gasto, y por otro lado por su compatibilidad con las otras responsabilidades de carácter indemnizatorio.

Sin embargo, en la realidad social, se producían numerosos casos en que en los supuestos de contratas y subcontratas, al recaer sobre el empresario directo del trabajador, y sólo sobre éste, el recargo llevaba en numerosos casos a supuestos de insolvencia y desprotección para el trabajador.

Este tema se discutió durante la tramitación de la vigente Ley de Prevención de Riesgos (RCL 1995, 3053), incluso entrando durante la discusión parlamentaria sobre la posibilidad de su aseguramiento, algo que se desechó, por considerarlo contrario al espíritu de la propia prevención.

Su mantenimiento, sin embargo exigía un tratamiento nuevo del tema en vía jurisprudencial, que se produjo, como luego veremos, pues por una parte nuestra normativa en materia preventiva, plantea que en los casos de contratas y subcontratas, es fundamental que las empresas presentes en el centro de trabajo tengan que esta-

blecer en sus planes preventivos, por un lado las medidas de prevención de cada empresa implicada, pero también las que se derivan de su presencia conjunta en un mismo centro de trabajo, hecho que en sí mismo acrecienta el riesgo, pero este riesgo puede derivarse en accidente por un fallo de seguridad que puede ser imputable, como luego veremos, tanto a la propia empresa del trabajador, si es de una subcontrata, como a la contratista principal, pensemos en la utilización de los medios, por ejemplo andamios por una contratista que le facilita la principal, con carencias, y que a su vez la contratista no corrige los fallos, por ejemplo dotándolo de los medios de protección colectiva e individual.

La Sentencia aprovecha para recordar toda la evolución, y resulta por lo tanto muy útil en cuanto al acercamiento al tema, aunque deba indicarse que estamos ante una cuestión de la que derivan flecos que aún precisarán en el futuro desarrollos, incluso normativos, a los que luego haremos referencia.

2. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto parte de una contrata de obras realizada por Telefónica de España para la ejecución de obras de canalización y zanja para cables, con la empresa Mozaca SA, con un pliego de condiciones, en el que se reservaba Telefónica SA, amplias facultades de inspección y control en el desarrollo de la obra, y también se establecen las responsabilidades en que puede incurrir el contratista.

Posteriormente, aunque en el contrato con Telefónica SA, tenía prohibida la subcontratación, subcontrató, con una empresa personal Jorge, unas obras de canalización en una calle de Madrid. Esta obra consistía en una zanja de 350 metros de longitud, 1,30 metros de anchura en la parte superior, 0,65 metros de anchura en la parte inferior y una profundidad de 3,50 metros a 4 metros, abierta sobre terreno de escombrera, cuyas deficientes condiciones de compactación se veían agravadas por el trabajo de una máquina retroexcavadora de gran tonelaje, y la zanja se realizó sin entibamiento y con talud insuficiente. Durante los trabajos fueron frecuentes, como resalta la Sala, visitas de control por parte de personal de Mozaca SA, y Telefónica de España SA, control que no se traduce en la modificación de las condiciones de trabajo.

El día 4 de junio de 1990, sobre las 8,35 horas, dos trabajadores bajaron al fondo de la zanja derrumbándose las paredes de la zanja y quedando sepultados ambos trabajadores, muriendo por asfixia.

A raíz de los hechos se levantan actas de infracción a Mozaca SA, y a la empresa subcontratista Jorge, actas que se paralizan, ante el inicio de las actuaciones penales que derivan en una Sentencia firme de 19 de junio de 1997 que condena al director y encargado de la obra, con responsabilidad civil subsidiaria y solidaria de la empresa personal Jorge, Mozaca SA, y Telefónica SA.

El 18 de marzo de 1998, el INSS declara la responsabilidad solidaria de las tres empresas, en el recargo propuesto por la Inspección de Trabajo, estableciendo un 50% de las prestaciones económicas de los derechohabientes. Se interpuso reclamación administrativa previa por Telefónica SA contra dicha resolución, siendo desestimada por Resolución de 26 de mayo de 1998. El Juzgado de lo Social número 2 de