

UNA VISIÓN JURÍDICA DE LOS EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL Y SU UTILIZACIÓN POR LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Se exponen dos Sentencias y se extraen unas conclusiones.

Sentencia número 4096/2003, de 19 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª).

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, de fecha 28-01-2001, en autos promovidos sobre recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad.**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO Según consta en autos el mencionado Juzgado de lo Social dictó sentencia de fecha 28 de noviembre de 2001 por la que se desestimaba la demanda.

SEGUNDO En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados, los siguientes:

I . Con fecha 27 de julio de 1998 el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución por la que se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador D. Mariano el 27 de enero de 1998 y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo citado sean incrementadas en el 40% con cargo solidariamente a las empresas Construcciones A. G. SA. e I. M. Hermanos, SL. interponiéndose contra ella la oportuna reclamación previa, la cual fue desestimada por Resolución de 29 de junio de 2001.

II - Levantada el 16 de marzo de 1998 Acta de Infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con fecha 7 de agosto de 2001 fue dictada Resolución por la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias por la que se impone la sanción de 5.000.100 pesetas, por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales a la empresa Construcciones A. G. SA. la cual ha interpuesto contra ella el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

III - D. Mariano, nacido el 1 de agosto de 1957, (..) sufrió un accidente de trabajo el 27 de enero de 1998, cuando prestaba sus servicios como Peón para la empresa I. M. Hermanos, SL. cuya actividad principal es la carpintería e instalaciones metálicas, en unas naves en construcción que ejecutaba para la empresa Construcciones A. G. SA. cuya actividad principal es la construcción, resultando declarado afecto de gran invalidez y con un grado de minusvalía de 96% al padecer tetraparesia por sección medular completa C5-C6 o C7 de etiología traumática.

IV - El referido accidente de trabajo se produjo cuando D. Mariano se encontraba subido en un andamio metálico de dos cuerpos, con ruedas móviles y freno en cada una de ellas, a una altura de 4 metros aproximadamente, colocando unas placas de plástico transparente ente las de una doble T en un trasluz abierto en el techo de la nave industrial, haciéndose preciso, en un momento (...), cambiar de posición al mentado andamio, esto se deslizó con el trabajador, cayendo la rueda en el hueco del pavimento sin hormigonar de 8 metros de largo por 4 de ancho y con un bordillo de 15 centímetros de anchura, lo que precipitó el andamio al suelo y por ende el referido trabajador, que no disponía de equipo de protección individual.

V – (...).

VI.- D. Mariano ha fallecido.

TERCERO Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO (...)

El primer motivo de suplicación se plantea por la vía del art. 191 b) Ley de Procedimiento Laboral y en el mismo se postula la modificación del apartado cuarto de los hechos declarados probados y ello con fin de modificar el relato fáctico tratando en definitiva de introducir el dato consistente en que el accidente en cuestión se debió a la culpa exclusiva de la víctima, pretensión revisoria que se basa en la documental de las resoluciones judiciales dictadas en la vía penal por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gijón y por la Audiencia Provincial acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones y que no resulta atendible por cuanto es sabido que los hechos probados en una sentencia del orden penal, incluso las conclusiones que sobre la valoración obtuviera la Audiencia Provincial no pueden vincular a esta jurisdicción.

Igual suerte desestimatoria debe correr la pretendida adición de un nuevo ordinal en el que se haga constar que para el hecho de mover un andamio de grandes dimensiones no es precisa ni exigible la presencia de ningún capataz o técnico especialmente cualificado para advertir a los operarios sobre los riesgos de mover dicho andamio sin que previamente se bajara el trabajador accidentado y ello por apoyarse en la misma prueba documental invocada en el anterior motivo es decir el auto dictado por el Juzgado de Instrucción que obra a los f 193 y 194 de los autos.

SEGUNDO Al amparo del art. 191 c) Ley de Procedimiento Laboral se denuncia en primer lugar la infracción de lo dispuesto en el art. 123 Ley General de la Seguridad Social en relación con los arts. 1902 y 1903 y 1103 y 1104 todos ellos del Código Civil así como la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 1-2-99 (RJ 1999, 745) y 9-7-99 (RJ

1999, 6768) sobre la culpa exclusiva de la víctima alegando en síntesis que el accidente no se produce por falta de medidas de seguridad pues cuando dos trabajadores procedían a mover el andamio en el que estaba subido el codemandado le solicitaron que se bajara a lo que este se negó por ello entiende que ha existido una conducta negligente por parte del trabajador es decir que el accidente se produjo por culpa exclusiva del mismo al negarse a bajar del andamio y aceptado el riesgo que pudiera producirse con el cambio de lugar del andamio en cuestión y añade que las comprobaciones realizadas por el Inspector de Trabajo no están amparadas por la presunción de veracidad en lo referente a la existencia misma de la descoordinación habida entre los operarios que supone una valoración de los hechos y circunstancias del accidente según le fueron expuestas a aquel pero en todo caso es una prueba mas que no debe ser elevada a categoría de prueba esencial, de otro lado sostiene que aunque se hubieran observado todas las medidas de seguridad el resultado hubiera sido el mismo pues el accidente fue fortuito al salirse una rueda del andamio y además insiste en que fue el trabajador quien no quiso bajarse del mismo cuando se le apercibió para ello por otros compañeros por lo que sobrevino por la directa y exclusiva intervención del propio trabajador accidentado sin que pueda imputarse a la empresa el incumplimiento de medidas de seguridad basada en un control exhaustivo sobre la utilización permanente y continua de los elementos personales de seguridad debiendo tenerse en cuenta además que el trabajador accidentado no pertenecía a la plantilla de la empresa recurrente sino a la de una empresa subcontratista, por ello termina solicitando se exonere a la empresa recurrente al haber ocurrido el accidente por culpa exclusiva de la víctima.

Con carácter subsidiario se denuncia la infracción de los arts. 2-1 de la Ley 8/88 así como de los arts. 14, 21 y 41-1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a tal efecto aduce que el recargo se ha de imponer a la empresa que haya causado los hechos negando la existencia de e solidaridad en la producción de los mismos al no haber culpa ni dolo en la actuación de la recurrente que no puede ser responsable de adoptar medidas de seguridad que afecten al cometido y trabajos que realiza otra empresa y cita en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 17-5-96 (RJ 1996, 4480) y seguidamente invoca otras dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria y Asturias de las que se extrae la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la citada Ley debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención en los hechos que justifique su imputación a título de dolo o culpa leve siendo evidente, a su juicio, que el principio de culpa «in vigilando» no procede que sea aplicado a la empresa recurrente en el presente caso y de otro lado sostiene que el art. 123 Ley General de la Seguridad Social establece que la responsabilidad recaerá directamente sobre el empresario infractor con lo que se esta excluyendo cualquier tipo de solidaridad en materia de recargo de prestaciones y en este caso la responsable es la empresa para la que prestaba servicios el trabajador accidentado por lo que estima que se ha infringido el art. 42-2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales pues la actividad de la recurrente de la de construcción en general y la de la subcontratista es la de montajes y

además el accidente no ocurrió en un centro de trabajo o dependencia propiedad de Construcciones A. G.

Denuncia asimismo la infracción del citado art. 123-1 Ley General de la Seguridad Social en relación con el 4-2 d) y 19-1 Estatuto de los Trabajadores, con el art. 2 de la Ley 31/95, 1105 del Código Civil y el art. 16 del Convenio 155 de la OIT y en este sentido alega que el recargo tiene un carácter sancionador por lo que debe ser interpretado de manera restrictiva siendo exigible que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado que exista culpa por parte de la empresa porque la responsabilidad no es objetiva y que la misma sea apreciable atendiendo a criterios de normalidad y razonabilidad y la jurisprudencia ha declarado que la conducta negligente de la víctima puede exonerar del recargo y que en supuesto de concurrencia de culpas debe estarse a la que sea mas relevante negando la existencia de recargo cuando sea de mayor importancia la conducta del accidentado.

Por último denuncia la infracción de los arts. 47.16 y 49-4-b) de la Ley 31/95 pues en su opinión los hechos descritos en el acta deben ser calificados de falta grave en su grado mínimo y en consecuencia el recargo de prestaciones debería ser reducido a un 30% a tenor de lo dispuesto en el art. 123 Ley General de la Seguridad Social.

(...)

Al respecto hay que decir que tal como sostiene el recurso, **para determinar la responsabilidad de la empresa es preciso un elemento de voluntariedad a título de dolo culpa o al menos negligencia y en este orden de cosas el llamado deber de seguridad o deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores se configura claramente en el art. 4-2-d) Estatuto de los Trabajadores** al establecer que los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene de modo que el recargo de prestaciones exige, según reiterada jurisprudencia, las existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias, excluyéndose la responsabilidad empresarial si el evento se produce de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia clara de incumplimiento por parte del empresario de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por el empleador y puestas a su disposición y es lo cierto que la proyección de esta doctrina sobre el supuesto que nos ocupa nos lleva a concluir que el accidente que tuvo lugar al desplazar el andamio móvil al que estaba subido el trabajador codemandado supone un mal uso del andamio pero no es menor el deber de vigilancia que impone a los empresarios el art. 7 de la Orden Ministerial de 9-3-71 (RCL 1971, 539, 722) que debe ser valorado con criterios de racionalidad según las máximas de diligencia ordinaria exigibles a un empleador normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, criterio coincidente con los recogidos en el

art. 16 del Convenio 155 de la OIT, en cuanto impone a los empresarios en la medida que sea razonable y factible garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de sus trabajadores y como bien razona la sentencia de instancia el trabajador que llevo a cabo dicha tarea no tenia la conveniente cualificación -era peón- para el uso del equipo de trabajo en una maniobra peligrosa como era el desplazamiento del andamio en un terreno irregular y con un operario subido al mismo que no disponía de cinturón de seguridad debiendo señalarse al efecto que tal y como se indica en la resolución de la que trae causa es procedimiento **corresponde a la empresa dotar e imponer su utilización en todo caso al trabajador afectado del equipo personal adecuado, adecuación que implicaba el que los puntos de anclaje de la línea sujetadora del cinturón estuvieran fuera del mismo andamio sobre el que estaba situado el trabajador habiendo declarado la jurisprudencia que el empresario no cumple sólo con la dotación del equipo sino que también ha de velar porque se utilice y se haga de forma correcta: «la deuda de seguridad no se agota con darles los medios normales de protección sino que viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquellos»** (SSTS 28-2-95 [RJ 1995, 1729] , 27-5-96 [RJ 1996, 4496] y 18-2-97 [RJ 1997, 1102] entre otras) y en este sentido cabe señalar que el desarrollo de una operación peligrosa como la que nos ocupa no era vigilada por mando alguno, vigilancia que hubiera evitado las imprudencias (art. 15-4 Ley 31 /95) y no se tuvo en cuenta el riesgo que suponía desplazar el andamio con una persona encima a cuatro metros de altura sin que, en fin, existiese señal alguna, nota o prohibición expresa de la empresa que avisara o indicara el peligro, infringiéndose lo dispuesto en los arts. 14, 15 y 17-1 de la ordenanza de 9-3-71 y 24-1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Finalmente cabe añadir que la concurrencia de culpa en el trabajador al no bajarse del andamio ha sido tenido en cuenta por la entidad gestora en la resolución que impone el recargo, al fijarlo en un 40% y que en lo que respecta a la responsabilidad solidaria de ambas empresas decir que el TS en sentencias de 18-4-92 (RJ 1992, 4849) y 16-12-97 (RJ 1997, 9320) ha estimado la existencia de dicha responsabilidad de e la empresa principal junto con la contratista en el recargo de las prestaciones de Seguridad Social, imputación de responsabilidad que deriva de la exigencia establecida en los arts. 42-2 y 24-3 de la citada Ley y en el art. 11 del RD 1627/97 en la que se imputa el carácter de empresario infractor y por tanto responsable solidario, al empresario principal respecto de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos efectuada por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata, siempre que concurren dos elementos: 1) que la infracción se haya producido en el centro del empresario principal y 2) que los servicios u obras contratados o subcontratados correspondan a la propia actividad y en este sentido la STS de 5-5-99 (RJ 1999, 4705) declara que la

noción de empresario infractor debe interpretarse a la luz del art. 153-2 de la Ordenanza general de Seguridad e Higiene en el Trabajo (contenido del actual art. 42-3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social que establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, y añade que de acuerdo con esta interpretación lo decisivo es el hecho de que «el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, este y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones de interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran», con lo que en definitiva no se trata tanto de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control, si bien procede añadir que en este caso tal como queda dicho y al tratarse de una contrata el citado art. 42-2 de la Ley 31/95 impone a la empresa principal el deber de vigilar que las contratistas cumplan la normativa de salud laboral y el 24-2 de la misma Ley establece deberes para el titular del centro de trabajo de coordinación de información con los otros empresarios que trabajen para él y en este sentido acierta el juez de instancia al concluir de un lado que el lugar donde se produjo el accidente ha de considerarse un centro de trabajo de la empresa recurrente en tanto que lugar físico donde desarrolla su actividad y tiene trabajadores propios y de otro que es de apreciar aquí el concepto de propia actividad pues el Tribunal Supremo en sentencia de 24-11-98 (RJ 1998, 10034) interpreta este concepto en el sentido de ser una actividad inherente a la de la principal sin que las labores no nucleares queden excluidas de la propia actividad y puesto que A. G. SA se dedica a la construcción y la contratista a la carpintería metálica es visto que esta última no es que enlace directamente con el proceso productivo de aquélla sino que es parte integrante del mismo. En razón a todo lo expuesto procede la confirmación de la sentencia de instancia previa desestimación del recurso de la empresa demandante.

Por cuanto antecede;

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa A. G., SA. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de fecha 28 de noviembre de 2001 en los autos seguidos a su instancia contra Mutua Asepeyo, Unión Museba Ibesvico, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, empresa I. M. Hermanos, SA, y Comunidad Hereditaria de Don M. sobre Prestaciones, confirmamos la sentencia de instancia íntegramente. Condenando a la referida empleadora a la pérdida del depósito y de la consignación hechos por ella para recurrir, a los que se dará el destino que ordena la Ley, y a

satisfacer al abogado del trabajador recurrido, en concepto de honorarios, la suma de 300 €.

Sentencia núm. 466/2003, de 14 de febrero, del Tribunal de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Única).

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, de fecha 28-05-2001, en autos promovidos sobre indemnización, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en autos el mencionado Juzgado de lo Social dictó sentencia de fecha veintiocho de mayo de dos mil uno por la que se desestimaba la demanda.

SEGUNDO En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados, los siguientes:

1º.- El demandante D. Pedro Jesús, nacido el día 23 de agosto de 1952 y afiliado a la Seguridad Social con el núm. NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada A. Z. SA. con una antigüedad referida al 1 de octubre de 1974 y ostentando la categoría profesional de especialista en el puesto de trabajo de reparación de cátodos, adscrito al departamento de electrolisis.

La empresa demandada tiene cubierto el riesgo de responsabilidad civil con la compañía de seguros Allianz mediante póliza suscrita al efecto con el nº NUM001.

2º.- Cuando el demandante tenía 14 años de edad fue intervenido quirúrgicamente del tímpano en el oído derecho.

En el año 1976 el actor sufrió un accidente de trabajo, consistente en traumatismo craneoencefálico, siendo declarado una vez de alta médica en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual derivada de tal contingencia, con base en las siguientes secuelas: pérdida completa de visión en ojo derecho.

En el año 1983 el demandante es intervenido quirúrgicamente en el oído derecho, debido a que sucesivas infecciones le produjeron un colesteatoma.

En el año 1985 el actor fue diagnosticado con trauma acústico bilateral, teniendo una pérdida auditiva del 40,1% en el oído derecho y del 25,7% en el oído izquierdo. Fue tratado con aerosoles obteniendo en dicho año una notable mejoría, situándose su pérdida auditiva tras el tratamiento en un 20,7% en oído derecho y en un 18,7% en oído izquierdo. El citado

diagnóstico y examen médico fue efectuado por el otorrinolaringólogo Dr. Enrique a petición de la Mutua que en aquel momento atendía al actor.

A partir de entonces fue sometido a controles auditivos periódicos con los siguientes resultados (...).

En los diversos controles médicos efectuados al actor, las recomendaciones que se le indicaban eran evitar ruidos y utilizar protectores auriculares de casco en el trabajo.

Actualmente el actor presenta una pérdida auditiva del 73,4% en oído derecho y del 64,3% en oído izquierdo.

Además de la citada hipoacusia neurosensorial bilateral, el demandante presenta en la actualidad un síndrome vertiginoso y depresión reactiva.

3°.- El actor, con posterioridad a ser diagnosticado con trauma acústico bilateral, permaneció en situación de incapacidad temporal ...hasta el 5 de octubre de 1999 que le fue reconocida la situación de invalidez permanente total.

(...)

4°.- El demandante desarrolló su trabajo en la empresa demandada durante más de 15 años en un ambiente ruidoso. El actor no utilizó regularmente los cascos protectores que la empresa demandada facilita a los trabajadores.

No consta que en el demandante hubiese solicitado el cambio de puesto de trabajo a la empresa.

5°.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción con fecha 20-12-2000, al considerar que la empresa demandada cometió una infracción grave, proponiendo la imposición de una sanción de grado medio (1.000.001 pesetas), «considerando tanto la gravedad del daño producido, que da lugar a una situación de incapacidad permanente, como la permanencia en el tiempo de la situación de riesgo generada por al adscripción del trabajador a un puesto incompatible con su estado».

6°.- Con fecha 27-11-2000, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social remitió oficio a la Dirección Provincial del INSS con el siguiente contenido literal:

«De conformidad con lo previsto en el art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, el Inspector que suscribe formula escrito de iniciación de procedimiento para declarar la responsabilidad empresarial de aplicación del art. 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad profesional con baja médica declarada el día 05-10-99, como resultado de la cual ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total Don Pedro Jesús, con categoría de Especialista, con número de DNI NUM002 y Seguridad

Social NUM003, al servicio de la empresa A.Z., SA, dedicada a la actividad de fabricación de zinc, con domicilio social en San Juan de Nieva.

Como resultado de la investigación practicada sobre dicha enfermedad se apreció infracción al Ordenamiento vigente sobre prevención de riesgos laborales (según se detalla en la correspondiente acta de infracción cuya copia se une a este escrito de iniciación). La forma de producirse los hechos, calificación de los mismos y circunstancias de imputación de responsabilidad se detallan en dicha Acta, a cuyo contenido no remitimos. Por lo expuesto, se insta a esa Dirección Provincial declare la existencia de causalidad entre las lesiones sufridas por el citado trabajador y la infracción antes señala, y que en consecuencia se condene al abono de un recargo del 50% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia del accidente de trabajo a la empresa responsable, siendo ésta, por los razonamientos que en el Acta se contienen, A. Z., SA».

El recargo de prestaciones anteriormente descrito fue solicitado asimismo por el actor con fecha 02-06-2000, mediante escrito presentado ante la Dirección Provincial del INSS, encontrándose en la actualidad pendiente de resolver dicha cuestión por el citado Organismo.

7°.- (...)

TERCERO Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El actor reclama de la empresa donde prestó servicios, A. Z. SA, y la compañía aseguradora ALLIANZ SA la cantidad de 28.530.289 pesetas, como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al desarrollar en el ejercicio del trabajo una sordera profesional, por la que se le declaró incapaz permanente total.

El Juzgado de lo social núm. 1 de Avilés desestimó la pretensión en sentencia que el demandante recurre en suplicación.

(...)

El relato fáctico de la sentencia ya deja constancia del ambiente laboral de ruido en que el actor prestó servicios, del cual la empresa era sabedora, e incluso realizó en el año 1997 una evaluación de nivel sonoro en el puesto de trabajo desempeñado por aquél con un resultado -nivel diario de ruido equivalente de 101,53 dB(A), nivel de pico máximo de < 140- suficientemente expresivo del elevado ruido; asimismo presentado por la empresa, acude el actor para basar el dato, que debe figurar en el relato de hechos probados. La resolución judicial impugnada proporciona igualmente elementos de

conocimiento bastantes, que no necesitan de adiciones o aclaraciones, tanto de la progresión en el actor de la enfermedad profesional, objeto de control periódico por los servicios médicos de la empresa, como de la actuación preventiva de ésta, limitada a poner a disposición del trabajador un protector acústico solicitado por éste. (...)

SEGUNDO (...)

TERCERO

(...)

Corresponde al empresario velar con diligencia y eficacia por la salud y seguridad en el trabajo de las personas que emplea -artículos 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores y 14.1 Ley 31/1995, de forma que, en cumplimiento del deber de protección eficaz, deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo -artículo 14.2 Ley 31/1995-; y el incumplimiento de tal obligación dará lugar, aparte de las responsabilidades administrativas y, en su caso, responsabilidades penales, a la que ahora exige el demandante por los daños y perjuicios que derivan de ese incumplimiento -artículo 42.1 Ley 31/1995-. Es pues aquél el primer y mayor obligado por una deuda de seguridad para cuya satisfacción se le impone la aplicación de medidas con un contenido muy diverso. **Entre ellas se encuentran las relativas a los medios de protección; en su cumplimiento resulta preciso pero insuficiente poner a disposición de los trabajadores los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones, toda vez que se exige asimismo a la empresa velar por el uso efectivo de los mismos, cuando por la naturaleza de los trabajos realizados, sea necesario -artículo 15.2 Ley 31/1995-. Ninguna duda cabe de esta necesidad en los supuestos en que la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores, otra obligación del empresario -artículo 22 Ley 31/1995-, descubre dolencias producidas o agravadas por el trabajo o el medio laboral en que se desenvuelve la prestación de servicios. Mas aún, en los supuestos de especial sensibilidad del trabajador a determinados riesgos el empresario está obligado a tener en cuenta las características personales, el estado biológico conocido o la discapacidad física, psíquica y sensorial del trabajador, a fin de, con una atención específica, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias -artículo 25.1 Ley 31/1995-;** e incluso este mismo precepto advierte que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro.

No puede la empresa trasladar al trabajador las cargas que le incumben en su deber de proteger a las personas por él empleadas frente a los riesgos laborales, lo que no significa la irresponsabilidad de éstos. **Los trabajadores, han de velar, según sus posibilidades y mediante el**

cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario -artículo 29.1 Ley 31/1995-; en particular, deben utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario de acuerdo con las instrucciones recibidas por éste -artículo 29.2.2ª Ley 31/1995-.

Pues bien, los hechos acreditados ponen de relieve que la empresa a pesar de conocer, en virtud de los sucesivos reconocimientos médicos efectuados, la progresión de la hipoacusia que padece el actor, y siendo igualmente sabedora del origen profesional del padecimiento y su relación con el concreto puesto de trabajo desempeñado, **en vez de adoptar el comportamiento diligente que la normativa antes examinada le exige sin paliativos, se limitó a proporcionar al trabajador unos auriculares sin vigilar su uso por éste.** El paulatino avance de la sordera, mayor en los últimos años, constituía indicio significativo, ya para advertir que el trabajador no utilizaba el medio protector de que disponía, y por consiguiente, para exigir la empresa al trabajador el cumplimiento de la medida de seguridad o sancionarle por su inobservancia; ya para constatar la insuficiencia de tal medio protector en la detención de la pérdida auditiva y, de ser así, proceder al traslado del operario a un puesto compatible o adoptar las medidas precisas para impedir la continuidad del actor en un trabajo tan perjudicial para su salud.

(...)

Hay, por consiguiente, concurrencia de culpas pero no de igual grado o trascendencia, toda vez que conservan primacía los incumplimientos de la empresa a la que las normas reguladoras de la seguridad en el trabajo atribuyen de modo prevalente el deber de evitar los riesgos laborales y de adoptar todas las medidas convenientes para proteger eficazmente la salud de los trabajadores. Su responsabilidad se origina por el incumplimiento de ese deber al cual está obligado en virtud del contrato de trabajo- artículo 1101 Código Civil - y la normativa vigente sobre seguridad laboral.

CUARTO (...)

QUINTO (...)

Atendiendo a los hechos declarados probados y su significado jurídico, resulta que el actor ha experimentado desde hace años una pérdida progresiva de audición, con un incremento llamativo del menoscabo funcional en los últimos tiempos hasta el extremo de ser declarado afecto de incapacidad permanente profesional, por causa de enfermedad profesional, con un cuadro patológico altamente inhabilitante: hipoacusia neurosensorial bilateral con una pérdida auditiva del 73,4 por 100 en el oído derecho y del 64,3 por 100 en el oído izquierdo, síndrome vertiginoso y depresión reactiva. Comoquiera que el demandante ha percibido y percibe las prestaciones

económicas de Seguridad Social causadas por ese padecimiento profesional y la causa de la progresión se encuentra directamente relacionada con el incumplimiento por la empresa de su deber de proteger la salud del trabajador y, en menor grado, con la propia conducta negligente de actor, para compensar los daños y perjuicios causados es adecuada, prudente y proporcionada una indemnización de 36.000 euros, a cuyo pago deben ser condenados solidariamente la empresa y la compañía asegurada demandadas.

En estos términos debe ser estimado el motivo de censura jurídica que por el cauce del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, planteó el demandante y en el cual denunciaba la infracción de los artículos 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores y 14.4, 17.2 y 25.1 de la Ley 31/1995 .

Procede, consiguientemente, la estimación parcial del recurso.

Por cuanto antecede;

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Pedro Jesús frente a la sentencia dictada el 28 de mayo de 2001 en el proceso substanciado a instancia de aquél contra la empresa A. Z., SA y ALLIANZ, debemos revocar y revocamos la sentencia impugnada. Condenamos a los demandados a satisfacer solidariamente al demandante una indemnización de 36.000 euros.

Conclusiones a la vista de los distintos pronunciamientos contenidos en las dos Sentencias expuestas.

- En primer lugar es importante recordar lo preceptuado por el artículo 17.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, según el cual “El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios” y añade que “Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo”.
- Este precepto ha sido desarrollado por el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual. El artículo 4 de esta norma en relación a los “criterios para el empleo de los equipos de protección individual” dispone que “Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que no hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante

medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo” y añade que “.En particular, en las actividades o sectores de actividad indicadas en el Anexo III (Lista indicativa y no exhaustiva de actividades y sectores de actividades que pueden requerir la utilización de equipos de protección individual) puede resultar necesaria la utilización de los equipos de protección individual a menos que la implantación de las medidas técnicas u organizativas citadas en el apartado anterior garantice la eliminación o suficiente limitación de los riesgos correspondientes” y finaliza concretando que “La concurrencia de las circunstancias a que se refieren los párrafos anteriores se hará constar en la documentación prevista en el artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

- Las dos sentencias expuestas nos ponen de manifiesto unos hechos que son importante resaltar:
 - Existe un deber de seguridad o deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores que se configura claramente en el artículo 4-2-d) del Estatuto de los Trabajadores, al establecer que los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
 - Corresponde al empresario velar con diligencia y eficacia por la salud y seguridad en el trabajo de las personas que emplea según el artículo 14.1 Ley 31/1995, de forma que, en cumplimiento del deber de protección eficaz, deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (artículo 14.2 Ley 31/1995); y el incumplimiento de tal obligación dará lugar, aparte de las responsabilidades administrativas y, en su caso, responsabilidades penales, a la correspondiente por los daños y perjuicios que derivan de ese incumplimiento, de conformidad con el artículo 42.1 Ley 31/1995.
 - Corresponde a la empresa dotar e imponer la utilización del equipo de protección individual al trabajador afectado.
 - Según reiterada jurisprudencia el empresario no cumple sólo con la dotación del equipo de protección individual sino que también ha de velar porque se utilice y se haga de forma correcta: «la deuda de seguridad no se agota con darles los medios normales de protección sino que viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquellos»
 - Resulta insuficiente poner a disposición de los trabajadores los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de

sus funciones, toda vez que se exige asimismo a la empresa velar por el uso efectivo de los mismos, cuando por la naturaleza de los trabajos realizados, sea necesario (artículo 15.2 Ley 31/1995).

- Esta vigilancia debe incrementarse en los supuestos de especial sensibilidad del trabajador a determinados riesgos. El empresario está obligado a tener en cuenta las características personales, el estado biológico conocido o la discapacidad física, psíquica y sensorial del trabajador, a fin de, con una atención específica, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias (artículo 25.1 Ley 31/1995).
- No puede la empresa trasladar al trabajador las cargas que le incumben en su deber de proteger a las personas por él empleadas frente a los riesgos laborales, lo que no significa la irresponsabilidad de éstos. Los trabajadores, han de velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario (artículo 29.1 Ley 31/1995); en particular, deben utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario de acuerdo con las instrucciones recibidas por éste (artículo 29.2.2ª Ley 31/1995).
- En algunos supuestos puede haber concurrencia de culpas, pero no de igual grado o trascendencia, toda vez que conservan primacía los incumplimientos de la empresa a la que las normas reguladoras de la seguridad en el trabajo atribuyen de modo prevalente el deber de evitar los riesgos laborales y de adoptar todas las medidas convenientes para proteger eficazmente la salud de los trabajadores. Su responsabilidad se origina por el incumplimiento de ese deber al cual está obligado en virtud del contrato de trabajo- artículo 1101 Código Civil - y la normativa vigente sobre seguridad laboral.