

La tutela administrativa y judicial en materia de prevención y salud de los trabajadores.

Fernando Sicre Gilabert

1º. EL ORDEN SOCIAL COMO EPICENTRO JURISDICCIONAL DEL PROBLEMA.

Los problemas pretéritos existentes han quedado disipados en gran parte. En cuanto que la L.J.S. ha residenciado en la jurisdicción social el conocimiento de los pleitos que se instituyan en materia de siniestralidad laboral, ya lo sean en demandas para el conocimiento de las indemnizaciones por responsabilidades civiles, con ocasión o consecuencia de accidentes de trabajos o enfermedades profesionales, los referentes al recargo de las prestaciones de Seguridad Social, los pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social y por lo tanto en relación con las prestaciones que tengan su origen en riesgos profesionales y todos aquellos supuestos de demandas sobre impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social.

Sigue persistiendo la atribución del conocimiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311 a 318 del C.P.) y aquellos delitos de homicidio y lesiones imprudentes de los artículos 142 y 152 y la falta del artículo 621 del C.P., como no podía ser de otra forma. Sin embargo, una cosa es el enjuiciamiento penal y la imposición cuando proceda de la pena correspondiente y otra es que ese mismo tribunal, siguiendo la tradición en nuestro derecho también determine la responsabilidad civil ex delicto. A pesar de la tradición y los beneficios e inconvenientes que ello supone, lo cierto es que el mantenimiento de ese tradicional planteamiento debe ser considerado como disfunción a todos los efectos, por dos razones: primero, porque la jurisdicción penal seguía el criterio de determinación, cuantificación e imputación de conceptos indemnizables que integran la responsabilidad civil, siguiendo la doctrina jurisprudencial que marcaba la jurisprudencia civil, cuando la jurisdicción civil ya no es competente para el conocimiento de esos pleitos, desde la entrada en vigor de la L.J.S., que ha otorgado la competencia al orden social de la jurisdicción y en segundo lugar, es constatable el uso coactivo por el trabajador hacia el empresario, en busca de una mejor posición procesal, para acordar la cuantía indemnizatoria relativa a la responsabilidad civil, en tanto se encuentra sub iudice el pleito penal.

Por esas dos consideraciones, debiera residenciarse exclusivamente la competencia del conocimiento de las reparaciones de las responsabilidades civiles, con independencia de cual fuere su causa, contractual, extracontractual o ex delicto, de forma

directa y por así disponerlo la Ley, en el ámbito social de la jurisdicción. Las dos primeras han sido asumida en exclusividad por la misma, la tercera sigue residenciada sí el reclamante lo tiene a bien, en el ámbito de la jurisdicción penal, dependiendo solo de él, que eso sea o no así.

2º. LA TRADICIONAL CONSIDERACIÓN DE LA “CULPA O DE LA CULPABILIDAD SUBJETIVA” POR EL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN, SUPONE UNA CIERTA CONEXIÓN NECESARIA ENTRE RESOLUCIÓN JUDICIAL E INFRACCIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

El motivo en virtud del cual los defensores de los trabajadores en juicios para ser resarcidos por los daños ocasionados por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, desde finales de la década de los ochenta del pasado siglo y las dos décadas siguientes, por el que se buscaba una vía distinta de la social para su enjuiciamiento, hay que buscarlo en la concepción más restrictiva de este orden jurisdiccional cuando se enjuiciaba ello, que el orden civil de la jurisdicción. Pero no solo ello suponía mayores restricciones de concepción, sino que la pluralidad de vías resarcitorias actuaban de forma complementarias y compatibles, pero eran tenidas en cuenta de forma diferentes a la hora de calcular el daño o perjuicio causado y la forma de imputación de cada instrumento resarcitorio, para que el perjudicado por el siniestro laboral, se vea plenamente resarcido. Además de ello, la jurisprudencia de lo civil, tendía a la objetivación de la responsabilidad civil del empresario, dejando sin efecto en la práctica el elemento subjetivo de la culpa civil tradicionalmente concebida, lo que de facto suponía adoptar en consecuencia la categoría jurídica de la responsabilidad objetiva por riesgo, lo que suponía un efecto trascendente, la inversión de la carga de la prueba. La consecuencia de todo ello, era que el trabajador o en caso sus derecho habientes quedaban liberados de la acreditación de la concurrencia de la culpa y por tanto de la prueba del nexo de causalidad entre la conducta culposa y el daño causado. A todo esto vino a acabar la L.J.S., al residenciar en el orden social las reclamaciones de resarcimiento vía indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil, arrebatándoselo al orden civil de la jurisdicción.

También la exigencia de culpa se equipara en ciertas resoluciones judiciales del orden social con la infracción de normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Ello exige que en el procedimiento administrativo que se incoa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que supone el inicio del correspondiente procedimiento de oficio con propuesta de sanción por infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales, se aprecia culpa como elemento subjetivo exigible para la responsabilidad administrativa. De ahí la importancia para el trabajador, no solo en ser interesado en el procedimiento administrativo, si no parte en el mismo, ya que tiene un especial interés en que el empresario termine siendo propuesto de sanción y esta confirmada en la resolución administrativa. Su impugnación ante el orden social no representa problemas para el trabajador o causa habiente, ya que aquí son partes por disposición de la L.J.S.

Con el tiempo, la jurisprudencia social fue acercándose a la postura antes expuesta de la jurisprudencia civil. En esta línea de objetivación de la responsabilidad civil del

empresario, el efecto inmediato es la inversión de la carga de la prueba sobre la concurrencia o no del requisito de la culpa del empresario. La aplicación de esta doctrina con el mayor de los rigores, supone que solamente el caso fortuito o la exclusiva culpa imputable a la propia víctima, eximiría de responsabilidad al empresario. Esta doctrina, se consolida como reacción a la otra, consistente en la culpa, lo que suponía de hecho la corrección de la excesiva dosis de subjetivismo en el que había venido consistiendo el régimen de responsabilidad civil dispuesto en el C.C. Así, se ha llegado no solo a invertir la carga de la prueba, sino que se presume el actuar culposo del empresario, considerado ahora como agente productor del daño. Sin embargo no se llegó al extremo de la cuestión, prescindiendo absolutamente de la culpa y por ende adoptando de forma absoluta el principio de la responsabilidad objetiva.

Sin llegar a analizar ahora las dos posibilidades de análisis de responsabilidad civil, amén de la que nace “ex delicto”, la contractual y la extracontractual, lo cierto es que mediando un contrato de trabajo y la consiguiente relación laboral entre las partes intervinientes en el contrato, lo cierto es que se impone por así disponerlo con total claridad la L.P.R.L., la obligación de seguridad en términos amplísimos. No obstante, seguirá planteándose la responsabilidad extra contractual en el ámbito de la jurisdicción social en exclusiva por mor de la L.J.S. En realidad y ya en tiempos pretéritos, lo que iba a determinar la competencia judicial para conocer de la responsabilidad civil extracontractual, no era por así considerarse la naturaleza de la responsabilidad exigida, sino en virtud de las normas en las que la misma se justifica. Cuando ocurre un accidente de trabajo, la causa del mismo hay que buscarlo en la práctica totalidad de casos en la falta de medidas de seguridad, que tiene su fundamento en normas de naturaleza laboral.

Se ha planteado en el pasado y aún se sigue practicando por el orden social de la jurisdicción, la atribución del requisito de la culpabilidad, al que se le atribuye una intencionalidad subjetiva del empresario, que en muchos de los casos se le ha exigido la condición de dolosa. Muchos laboristas mantienen una opinión radicalmente contraria a lo ahora expuesto, manteniendo que la culpa civil debiera ser interpretada como una mera negligencia o conducta defectuosa en relación con el incumplimiento. Es decir, exigen estos para que quede probada la culpa del empresario, un grado de negligencia menor, de la que sería exigible para fundamentar la existencia de responsabilidad administrativa en el correspondiente procedimiento de oficio incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Personalmente entiendo que el grado de negligencia exigido debiera ser el mismo y sobre este fundamento, entiendo más adecuado el exigible con carácter general para la imputación administrativa de la responsabilidad por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

Esta exigencia de culpabilidad, precisamente no contraviene el artículo 1101 del C.C., a pesar de ser el artículo utilizado para argumentar a contrario, sobre la base de entender que dicho precepto integra la culpa leve o descuido negligente por omisión o pasividad en el cumplimiento del deber de prevención. De cualquier forma, el alcance de la diligencia debida o a sensu contrario, el grado de negligencia que posibilita imputar la culpa requerida para que sea posible fundamentar no solo la responsabilidad administrativa, sino en iguales términos la responsabilidad civil, condiciona a su vez el alcance de la obligación contractual de prevención recogida con carácter general en los artículos 14 y 15 de la L.P.R.L. La delimitación del alcance de la responsabilidad es una cuestión primordial, que afecta directamente a la esfera de la propia seguridad jurídica, de ahí que los bandazos y cambios de posturas con demasiada insistencia, poco favor

hacen al adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídico-laborales. Por eso siento contrariedad cuando observo despavorido el contenido de ciertas resoluciones judiciales¹ que afirman que “la culpa o negligencia no se elimina aun cuando exista cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias en materia de prevención de riesgos laborales, en los términos exigidos por la técnica, si a pesar de ello resulta insuficiente para la evitación del riesgo”. Lo que nos llevaría pensar si tomásemos esta opción, que la interpretación más acorde del artículo 14.3 de la L.P.R.L., supone considerar que habido un accidente de trabajo, ha fallado la diligencia que le es exigida al empresario, porque extremándola evitaría el accidente. Esto realmente es absurdo y el que defienda esta peregrina teoría, es que no conoce el mundo real de las relaciones laborales y por supuesto desconoce las empresas y a los propios trabajadores. De tal forma que si se propugnara esta, lo que habría que hacer, sería optar de forma abierta por un sistema objetivo sin más de responsabilidades, que siendo asegurable en su integridad, impedirían apartar como ocurre hoy a muchos empresarios y potenciales empresarios del mundo de las empresas.

Por último hay que hacer especial hincapié, que la eficacia que hay que exigirle al actuar de los órganos jurisdiccionales en materia de siniestralidad laboral, va a venir condicionado por el actuar de la Administración en este contexto. Es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el órgano administrativo competente para ello. La importancia del acta de infracción, la presunción de certeza de los hechos probados por el Inspector e incorporados al acta, va a ser cruciales en el devenir del procedimiento jurisdiccional. De ahí que propugne, que el procedimiento judicial por accidentes de trabajo, debiera suponer como trámite necesario una providencia del órgano judicial que conoce del asunto a la Inspección, para que esta remita toda la documentación sobre el accidente. Es decir, se remitirían los informes practicados, las actas de infracción y el inicio del procedimiento de recargo de las prestaciones. Toda la información está concentrada en la inspección, que conoce en directo el problema, por lo que mayores garantía de acierto no va a tener el juzgador, con la remisión del expediente integro por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3º. LA TUTELA JUDICIAL QUE ASISTE AL TRABAJADOR PERJUDICADO POR UN ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL, EXIGE LA PREVIA TUTELA ADMINISTRATIVA, LO QUE REQUIERE CLARIFICAR LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TRABAJADOR DENUNCIANTE ANTE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL O EN SU CASO LA INTERVENCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN UNITARIA O SINDICAL COMO INTERESADOS EN

¹ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998.

DICHO PROCEDIMIENTO TAMBIÉN.

La concepción jurídica que adopta nuestro ordenamiento en relación con el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, determina con claridad estar ante un procedimiento bilateral y por lo tanto entre dos sujetos, la Administración y el sujeto pasivo de la actuación administrativa. Por lo que el denunciante es en principio un tercero, al menos así parece deducirse bote pronto de la lectura del artículo 21 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social, que en su apartado 1 alude a la notificación de las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones del orden social, que serán notificadas a los interesados, pero sin hacer mención expresa de quienes son, por lo que debemos de estar a lo que a tal efecto establece con carácter general la L.R.J. y P.A.C. A su vez, el apartado 5 del referido artículo sí que alude a los trabajadores afectados o sus derechohabientes en el caso de fallecimiento del trabajador, por un accidente de trabajo, a los que otorga el derecho a que se les dé traslado de la copia del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, caso de ser la resolución sobre la misma confirmatoria.

Ha sido tradicional en nuestro derecho, la atribución de la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador, a los que tienen un beneficio o sufren un perjuicio en su esfera patrimonial. Ello exige limitar el otorgamiento de la condición de interesado a la Administración y al sujeto o sujetos, a los que va dirigidos el acto administrativo sancionador, o sea el sujeto o sujetos sobre el que recae la acción sancionadora de la administración, pudiéndose considerar al resto de sujetos como meros afectados, entre los que se incluyen a priori al trabajador afectado y lesionado por el accidente y a la representación unitaria de los trabajadores en la empresa o la representación sindical.

La actuación inspectora supone moverse en un ámbito de relaciones que traspasa la dimensión bilateral atribuible con carácter general a la gran mayoría de ámbitos de fiscalización por la Administración, siendo esto consecuencia de la especial forma de encauzar la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la que además de la relación entre la Administración y el empresario sujeto a inspección, están los trabajadores y los representantes de ellos, cuyos derechos son precisamente objeto de comprobación, cuando lo que se inspecciona son cuestiones de prevención de riesgos laborales con carácter general o en su caso, los incumplimientos en materia de prevención que han ocasionado un de accidentes de trabajo con carácter especial.

Sin embargo y volviendo a nuestra tradición jurídica, el artículo 3 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social, procede a mencionar los sujetos responsables de los incumplimientos por infracción a las normas del orden social, a quienes puedan resultar imputados a tenor de lo establecido en la L.I.S.O.S. Esta última dispone en su artículo 5.2 que son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetos a responsabilidad conforme a esta Ley. A su vez, el artículo 2 determina los sujetos responsables de la infracción, aludiendo en el apartado 1, al empresario en la relación laboral. A ello hay

que añadir lo prevenido en los artículos 17 y 21 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social, que regulan respectivamente el régimen jurídico de la notificación de las actas de infracción y las alegaciones contra ellas, así como la notificación de la resolución. Mientras las primeras serán notificadas al presunto sujeto o sujetos responsables, una vez se ha dado por finalizada la actuación inspectora. Solo los sujetos responsables que formulen alegaciones frente al acta, tendrán derecho a la vista de los documentos obrantes en el expediente. En cuanto a la notificación de las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social, serán notificadas a los interesados. Se remitirá también copia de la resolución al Inspector de Trabajo y Seguridad Social que hubiera promovido el expediente. La única excepción, que rompe en parte con nuestra tradición jurídica aparece en el apartado 5 del artículo 21, cuando el acta de infracción se haya levantado con ocasión del accidente de trabajo o enfermedad profesional, se trasladará copia de la resolución confirmatoria a los trabajadores afectados, o sus derechohabientes encaso de fallecimiento del trabajador.

Pero es más, el artículo 130 de la L.R.J y P.A.C., modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero y artículo 31 de aquella, la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador únicamente la ostenta la persona física jurídica considerada como presunto responsable de la infracción. Lo que supone que la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la parte interesada, a pesar de que tiene cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoca, no por ello se constituye en parte. Esto a su vez tiene un significado directo, al no ser tenido por parte en el procedimiento, el denunciante carece de legitimación para intervenir en el procedimiento administrativo sancionador. Sí a ello le unimos una tradición jurídica de tiempo inmemorial, con connotaciones de derecho internacional, a saber, el Convenio 81 de la OIT y que es reflejado en la actualidad en nuestro derecho interno en el artículo 17.4 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social, que desarrolla al artículo 12.1 de la Ley 42/1994, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que asegura la confidencialidad del origen de cualquier queja o denuncia, hace que en la práctica, al tener que mantener el sigilo por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la figura del denunciante, es difícilmente conciliable con su pretensión de parte o interesado en el procedimiento. Por lo tanto, ni lo es durante las actuaciones inspectoras de comprobación, ni durante el procedimiento administrativo sancionador posterior y que trae su causa en estas. Ha habido como ya hemos indicado con anterioridad, un intento de amortiguar esta negativa tajante de considerar interesado al trabajador, cuando acontece un accidente de trabajo, en cuyo caso el trabajador accidentado o sus derechohabientes en caso de fallecimiento de este, tiene derecho a serle notificada la resolución confirmatoria del acta de infracción en materia de prevención, que recogen los incumplimientos empresariales en materia de seguridad e higiene en el trabajo y que motivan el accidente en el que es perjudicado un trabajador, pero no el acta de infracción en sí, que sin duda dispone de mayor información de interés para el trabajador, para su ulterior uso en la defensa del trabajador, cuando se solicita al órgano judicial, sea resarcido el trabajador o sus causahabientes, por todos los medios dispuestos por el derecho.

A pesar de dispuesto hasta ahora, es preciso interpretar de forma sistemática y considerando al respecto los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional al

respecto, el artículo 31 de la L.R.J. y P.A.C y concordantes con él, en los que se efectúa una distinción conceptual clara, pero determinante entre titulares de derecho subjetivo y meros titulares de un interés legítimo.

Mientras los titulares de un derecho subjetivo tienen la condición de interesado en todo caso, ya promuevan el procedimiento, ya se vean afectados sus derechos subjetivos por el procedimiento administrativo.

Por su parte, los titulares de intereses legítimos tendrán la condición de interesados si promueven el procedimiento o en caso de no hacerlo, se personaran en el procedimiento mientras no haya recaído resolución que ponga fin al mismo. Dentro de esta opción, la de titular de intereses legítimos, estarían los sindicatos o asociaciones empresariales. Ni unos ni otros, en su condición de representantes de intereses de terceros, su condición de interesados sería la de titular de intereses legítimos, nunca tendrían la condición de titulares de un derecho subjetivo.

Así, un trabajador accidentado que resulte lesionado, sea o no denunciante ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tendrá la condición de interesado. La representación unitaria de los trabajadores en el seno de la empresa o el sindicato como tal, también ostentará la condición de interesado, titular de intereses legítimos.

El ordenamiento español, ha ido adecuándose a la doctrina constitucional que se ha ido asentando con el transcurso del tiempo y ese cambio y apertura a los nuevos tiempos impuestos por ésta, fueron explicitados en la L.J.C.A., que considera la cuestión considerándolo desde una perspectiva más amplia y flexible., en cuanto que entre otras cosas, deja de hacer la distinción entre la titularidad de intereses legítimos y la de derechos subjetivos. Amén de lo expuesto, confiere amplia legitimación para el acceso al procedimiento a los sindicatos y demás corporaciones, con la lógica limitación consistente en que los intereses colectivos que defienden estos, resulten afectados por la actuación administrativa o resolución, objetos de recurso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en este caso.

Ahora la L.J.S. ha tomado el relevo a la L.J.C.A. siendo absolutamente explícita a este respecto. Sin embargo sigue existiendo una importante disfunción entre la legislación administrativa en general y la especial reguladora del procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, con la L.J.S. Lo lógico es que las cuestiones atinentes a la legitimación para personarse en el procedimiento administrativo primero y jurisdiccional segundo, corrieran en paralelo y considerasen en igualdad, los conceptos de interesados, detentadores de un derecho subjetivo e intereses legítimos. Hemos reiterado con anterioridad la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2000, en virtud de la cual los trabajadores afectados por una infracción a la normativa laboral, que ha servido de base para la incoación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del correspondiente procedimiento de oficio, que culmina con la formalización de la correspondiente acta de infracción. El trabajador o trabajadores afectados por la comisión de la infracción por el empresario, tienen intereses legítimos en el asunto y en consecuencia se encuentran legitimados para recurrir la resolución administrativa, debiendo además ser llamados como partes en el proceso jurisdiccional planteado contra la resolución administrativa que ventila el acta de infracción. Para ser llamados como auténticas partes procesales en el proceso jurisdiccional, los trabajadores debieran estar perfectamente identificados en el expediente administrativo. Con el llamamiento al procedimiento, se evita la indefensión

que operaría en caso contrario, conculcándose el principio de tutela judicial efectiva de los interesados. Siguiendo este criterio, ya se había manifestado el Tribunal Supremo en 1987², cuando regía el Reglamento para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social de 1975³, admitiendo la legitimación activa de los perjudicados por la actuación empresarial en los procedimientos contenciosos de impugnación de resoluciones recaídas en los procedimientos de imposición de sanciones por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Sigue manifestando la sentencia que la legitimación no solo corresponde al destinatario de la sanción, esto es el empresario, porque corresponde también a los trabajadores perjudicados por la infracción empresarial, base del procedimiento administrativo incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto que los considera como titulares de un interés directo. Y lo fundamentaba ello en el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

Se observa que desde antaño, este problema originado por una disfunción entre lo transcrito en las normas y la interpretación correctora de las mismas hecha por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, se ha ido consolidando como tal, si bien las normas reguladoras de los procedimientos jurisdiccionales, primero el contencioso-administrativo y con posterioridad el social, que asume desde 2011 las competencias para conocer de las impugnaciones contra las resoluciones administrativas en materia social, han ido atribuyendo la condición de partes cuando son detentadores de un derecho subjetivo e interesado cuando lo son de un interés legítimo, lo cierto es que no se ha producido esos mismos cambios en paralelo en las normas administrativas reguladoras del procedimiento administrativo, en este caso especial en materia social, salvo las estipulaciones previstas en la actualidad para los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los términos contemplados en el artículo 21.5 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social.

4º. LA NECESARIA INTERCONEXIÓN ENTRE EL DEVENIR DEL ACTA DE INFRACCIÓN Y EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE SEGURIDAD SOCIAL: ESPECIAL IMPORTANCIA QUE EL TRABAJADOR SEA PARTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DADOS LOS PROBLEMAS QUE ACARREAN LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS, EN CONCRETO LA TESTIFICAL, CONSECUENCIA DE LOS RETRASOS JUDICIALES.

La vinculación existente entre el acta de infracción en materia de prevención de riesgos levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuencia del accidente de trabajo sufrido por un trabajador y el inicio del procedimiento de recargo de las prestaciones, sobre la base y fundamento del acta de infracción, en consonancia con lo establecido en el artículo 123 de la L.G.S.S., es una evidencia más que palpable.

² Sentencia Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1987.

³ Decreto 1860/1975, de 10 de julio.

Nos encontramos ante dos procedimientos administrativos distintos, iniciados en este caso por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aunque en el segundo de los indicados, no siempre se inicia necesariamente de esta forma, para tramitarse cada uno de ellos ante autoridades administrativas distintas.

La vinculación existente entre ambos procedimientos es palpable, pública y notoria en el artículo 42.5 de la L.I.S.O.S., cuando dice que “la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social. En relación con lo expuesto, se había dictado años antes de la promulgación de la L.P.R.L., en cuyo contenido aparecía originariamente el del transcrito artículo 42.5 de la L.I.S.O.S., con posterioridad asumido por ésta, la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/85, de 26 de noviembre, en relación con el recargo de las prestaciones. En esta última, se considera una clara diferencia entre el procedimiento administrativo sancionador para la imposición de sanciones por infracciones de normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y el procedimiento instituido para el recargo de las prestaciones, que ordinariamente se incoará por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aunque no necesariamente, ya que puede ser iniciado por el propio trabajador accidentado o en su caso sus derechohabientes, que se sustanciará en vía administrativa ante el Instituto Nacional de la seguridad Social, resolviendo el Director de la Entidad Gestora susodicha, a diferencia del procedimiento sancionador, que es sustanciado y resuelto ante la Autoridad laboral competente en función de la cuantía de la sanción propuesta en el acta de infracción.

El artículo 42.5 de la L.I.S.O.S. tiene su origen en la L.P.R.L. Ésta última deroga el artículo referido y lo asume en su articulado. Por lo tanto el contenido originario es de 1998, mientras la sentencia que hemos invocado es de 1985. La norma tiene una clarísima finalidad, evitar las posibles disfuncionalidades que se plantean, ya que de un mismo hecho, el accidente de trabajo con infracción de normas de prevención de riesgos laborales, tiene su origen dos procedimientos administrativos, incoados por el mismo órgano administrativo, salvo que desista hacerlo en el caso del recargo y se incoe a instancia del trabajador, sustanciándose ante dos procedimientos distintos y resueltos en vía administrativas por dos autoridades administrativas distintas y que su impugnación jurisdiccional hasta la promulgación de la L.J.S. se hacía ante dos órdenes jurisdiccionales distintos, el contencioso-administrativos que conocía de las impugnaciones de las resoluciones sobre las actas de infracción y el orden social, que resolvía las demandas planteadas, una vez agotada la vía administrativa con la pertinente reclamación administrativa previa, lo que sin duda podía producir y de hecho producía importantes distorsiones. El artículo 42.5 de la L.I.S.O.S. plantea la necesidad de evitar la discordancia en la apreciación de los hechos probados que concurren como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, entre ambos ordenes de la jurisdicción. De tal forma que la declaración de hechos probados contenidos en una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo. Es decir, lo que el precepto plantea es una especie de prejudicialidad de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa de la sanción por infracción de las obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo y la impugnación judicial de la resolución del INSS sobre el recargo de prestaciones económicas.

Lo que la Sentencia 158/85, de 26 de noviembre, vino a decir es que las responsabilidades empresariales administrativas derivadas de la sanción como las que consisten en el recargo de las prestaciones, son concurrentes y por lo tanto compatibles, no operando sobre ellas el principio del “non bis in idem”. También venía a decir que los procedimientos que deben sustanciarse para obtener las correspondientes resoluciones son distintos y son resueltos por órganos distintos. De igual forma que la normativa aplicable conformadora de cada uno de sus regímenes jurídicos son distintas, así como sus respectivos fundamentos jurídicos. El régimen jurídico que conforma el procedimiento sancionador se regula en la L.I.S.O.S., que se desarrolla reglamentariamente en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Por otra parte, el procedimiento para articular el recargo de las prestaciones está regulado en el artículo 123 de la L.G.S.S., desarrollado reglamentariamente por Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y Orden de 18 de enero de 1996.

Desde la promulgación de la L.P.R.L., el contenido de la sentencia invocada con anterioridad debiera ser revisada, dada la contundencia y la claridad expositiva con la que el legislador ha querido condicionar el eventual pronunciamiento jurisdiccional sobre el recargo de la prestación, con el devenir también en vía jurisdiccional de la resolución sobre la sanción por infracción en materia de normas de prevención de riesgos laborales, primero en el contenido de la L.P.R.L. y a continuación en la L.I.S.O.S.

El artículo 42 de la L.P.R.L. establece las responsabilidades y su compatibilidad. El apartado 1 dispone que “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”. El apartado 3 hace mención a que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”. Es evidente y así se deduce del contenido explicitado que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con... el recargo de las prestaciones económicas. Pero la compatibilidad que nunca ni nadie han puesto en dudas, es cosa distinta del contenido explícito y de redacción inequívoca del artículo 42.5 de la L.I.S.O.S. que dispone que la declaración de hechos probados contenidos en una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo. Es decir, lo que el precepto plantea es una especie de prejudicialidad, que condicionaba el sentido de la sentencia del orden social por lo dispuesto en la del orden contencioso-administrativo. Y ello en buena lógica, ya que la causa del recargo es el accidente de trabajo o enfermedad profesional que ocasiona lesiones al trabajador, bien sean producida por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares en materia de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad sexo y demás condiciones del trabajador. En resumen esta retahíla casi interminable y descriptiva de las situaciones y circunstancias en las que procede aplicar el recargo sobre las prestaciones ordinarias del sistema de la Seguridad Social, se podría reconducir modernamente a modo de síntesis a

lo dispuesto en el artículo 14.3 de la L.P.R.L., que establece el derecho de los trabajadores a una protección frente a los riesgos laborales, debiendo cumplir el empresario en consecuencia con las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De tal forma que si no hay incumplimiento culpable del empresario en relación con las obligaciones que el ordenamiento en materia de seguridad e higiene dispone con carácter general y en particular para cada tipo de actividad y puestos de trabajo, no debiera ser posible otorgar el recargo de las prestaciones, a pesar de su especial naturaleza jurídica, que en cualquier caso trae su causa en un incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad e higiene.

Por lo dicho, entiendo se producía una flagrante trasgresión del ordenamiento, ya que no se producía la suspensión del proceso del recargo, hasta que se daba por concluso el procedimiento jurisdiccional de revisión de la resolución administrativa sobre el acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales. En mi opinión, la práctica judicial establecida al amparo de la invocada sentencia, es atentatoria a los elementales principios de seguridad jurídica por dos razones: primero, por contravenir lo dispuesto en la Ley, de forma inequívoca y no sujeta a interpretaciones distintas de aquella en que consiste su estricto cumplimiento y segundo, porque de igual forma cierta doctrina ha entendido de cumplirse la prejudicialidad suspensiva, se produciría un grave perjuicio a los potenciales beneficiarios del recargo, de igual forma, pero al revés, el perjuicio que se le ocasiona al empresario que es condenado a la capitalización de su importe ante la Tesorería General de la Seguridad Social, sin haberse resuelto la resolución administrativa sobre el acta de infracción, que trae la misma causa, el incumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene, en el acta como en el recargo. Tan es así, que en la práctica administrativa, los motivos, hechos y fundamentos de derechos del acto de incoación del recargo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, coincide con los del acta de infracción. Son idénticos, por lo que no se entiende que los órganos de lo social hasta la promulgación de la L.J.S., hacían caso omiso del mandato contenido en el artículo 42.5 de la L.I.S.O.S. A pesar de lo dicho, la doctrina constitucional recogida en la Sentencia Tribunal Constitucional 158/85, de 26 de noviembre, ha sido asumida en la práctica totalidad por la Sentencia Tribunal Supremo para la unificación de doctrina de 17 de mayo de 2004. El motivo esgrimido por esta se basa en la falta de cobertura normativa y legal suficiente del artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, ya que la regulación dispuesta en ella no tiene cobertura en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio.

Con la reforma procesal operada con la L.J.S. las cosas necesariamente deben cambiar. De entrada la disfunción que existía con anterioridad, donde existían dos procedimientos distintos que siguen siéndolo en la actualidad, en la vía jurisdiccional se produce un cambio ostensible. De la intervención a estos efectos de dos jurisdicciones, la social y la contenciosa-administrativa, se pasa al conocimiento exclusivo por la social. No obstante sigue existiendo la posibilidad del conocimiento de dos órdenes jurisdiccionales, el penal y el social, si los hechos comprobados por el inspector de Trabajo y Seguridad Social pudieran ser constitutivo de delito o falta, deberá paralizarse el correspondiente procedimiento administrativo al amparo de lo prevenido en el artículo 3 de la L.I.S.O.S., cuyo apartado 2 dispone que “en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique

la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones”. A su vez el apartado 3 dispone que “de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerados probados”.

Ese cambio operado, se traduce en el artículo 28.2 de la L.J.S. que establece que “cuando en materia de prestaciones de Seguridad Social o sobre recargo de las prestaciones, se impugnare un mismo acto administrativo, o actos de reproducción, confirmación o ejecución de otro anterior, o actos entre los que exista conexión directa, se acordará la acumulación de los procesos aunque no coincidan todas las partes ni la posición procesal que ocupen. Dicha regla se aplicará a la impugnación de un mismo acto administrativo en las restantes competencias del orden social”. El precepto transcrito lo que viene a hacer es reproducir el artículo 37.1 de la L.J.C.A., que dice que “interpuestos varios recursos contenciosos-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurren alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas”. Pero además, la norma incide en la acumulación cuando las demandas penden ante distintos juzgados, lo que está referido como podrá observarse fundamentalmente a casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Se impone también la acumulación forzosa cuando entre los objetos de los procesos exista tal conexión que pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, según la redacción del artículo 30 de la L.J.S. También se acumularán los procesos que tengan su origen en un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque no coincidan todas las partes o su posición procesal, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimientos administrativos separados, en cuyo caso solo podrá acumularse las impugnaciones correspondientes a un mismo procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 30.2 de la L.J.S.

He mantenido la conveniencia, quizás con mayor rigor terminológico la necesidad, que el acta de infracción en materia de prevención y el recargo de la prestación, sean resueltos en los mismos términos y por un mismo órgano judicial, en cuanto que el segundo tiene su base en los incumplimientos en los que encuentra su fundamento el primero. De ahí la importancia de que se forzara algo la norma y el único punto de encaja sería el artículo 30 de la L.J.S., ya que no sería posible, dada su redacción, considerarlos acumulables en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 de la L.J.S. Ahora bien, el planteamiento actual, considerando la actual redacción del artículo 30 de la L.J.S., parece que no posibilita la acumulación. El precepto recoge básicamente el contenido del artículo 76.2 de la L.E.C., a la vez que introduce un supuesto de acumulación que debe ser considerado nuevo en el ámbito del proceso laboral. El artículo 30.1 de la L.J.S. coincide con el anterior artículo 30 bis.1 de la L.P.L. El apartado segundo del actual artículo 30 está en principio pensado para los procesos en los que se deduzcan pretensiones contra las resoluciones relativas a las actas de liquidación y de infracción levantadas contra el mismo sujeto pasivo. Son las llamadas actas de infracción y de liquidación por los mismos hechos, fundadas en hechos sustancialmente iguales, en los términos que ya eran admitidos con anterioridad en el artículo 25.6.II de la L.P.L. El apartado 3 del artículo 30 va a afectar a las demandas que tengan su origen en un mismo accidente de trabajo o

enfermedad profesional aunque no coincidan todas las partes. En este caso ahora expuesto no se impone obligatoriamente la acumulación y además hay que advertir que no se acumulan reclamaciones de daños con demandas tendentes al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, a pesar de que estas últimas pudieran acumularse entre sí de estimarse procedente. Por su parte el apartado 4 del artículo 30, coincide con el antiguo artículo 30 bis.3 de la L.P.L. Por lo tanto queda claro que en principio, la acumulación para las demandas que se presenten contra el acta de infracción y contra el recargo, no tiene visos de ser acumulables, lo que es inexplicable y desvirtúa la esencia de la pretensión originaria del legislador, que lo dispuso en su momento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa que resuelve el acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, obliga a lo que el orden social determine en orden al recargo de la prestación. Como quiera que el espíritu del legislador no se ha modificado, a pesar de la reforma ahora contemplada en materia procesal, lo lógico sería que en atención a ese criterio antes esgrimido, el recargo corriese la misma suerte que el acta, ya que si no hay infracción, porque no se incumplieron las obligaciones por el empresario, no procede el recargo.

4.1. Exigencias ineludibles del recargo de la prestación: el nexo de causalidad entre infracción y accidente de trabajo o la aparición de la enfermedad profesional, de tal forma que la contingencia profesional no se hubiera desencadenado sin la infracción o en su caso aquella hubiera tenido menores consecuencias.

Así se deduce de lo prevenido en el artículo 123 de la L.G.S.S. y de esta forma es interpretado de forma reiterada por la jurisprudencia, cuando mantiene que el recargo de prestaciones, cuando deriva de la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, causante del accidente, exige la existencia de 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 las normas existentes al respecto.

La adopción por el empresario de las medidas en materia de seguridad e higiene es el punto central ahora, y sobre ella se examinará la existencia o no de una relación de causalidad entre la conducta del empresario, ya lo sea por acción u omisión y el daño producido en el trabajador. Solo la ruptura del referido nexo podrá eximir al empresario de soportar con la responsabilidad en qué consiste el recargo.

Es posible y me inclino porque así ha sido, que el concepto del recargo tiene su antecedente conceptual en la propia definición de accidente de trabajo, existente en nuestro derecho desde 1900, cuando se promulgó la Ley de Accidentes de Trabajo, definición que ha ido pasando inalterable a través de los distintos cuerpos legales donde han acogido el concepto. Precisamente el artículo 115.4 de la L.G.S.S. señala que “no tendrán la consideración de accidente de trabajo, los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente”. Todo hace in dicar que conectando los artículos 123 y 115.4 de la L.G.S.S., la responsabilidad en caso de recargo quedará excluida ante un accidente casual o fortuito, porque no puede imputársele a título

de dolo o culpa, ningún reproche a la empresa presuntamente responsable o al menos a la que se le pretende responsabilizar, entre otras cosas porque cumplió con las normas de prevención de riesgos laborales. Cuestión aparte y mucho más dudosa, es el caso de la intervención de terceros al empresario como tal, en la producción del accidente. Según la doctrina mayoritaria al respeto, de la que disiento totalmente, en estos casos no habrá exención de responsabilidad por el recargo, en cuanto que sí el tercero es trabajador, no se rompe la vinculación entre la infracción y el accidente, ya que el trabajador se desenvuelve dentro de la empresa, de igual forma, sí el tercero no es trabajador formal del empresario responsable del recargo, pero sí lo es desde una perspectiva real de percepción de los frutos del trabajo, como ocurre con los supuestos de descentralización productiva y en concreto, la posición del empresario contratista principal en relación con los trabajadores de las diversas subcontratistas, cuyos frutos por el trabajo realizado son para el empresario principal. Esto lo justifica la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en tanto que el artículo 115.5.b) de la L.G.S.S. mantiene la calificación de accidente de trabajo, a pesar de la concurrencia de culpa civil o criminal, de un compañero de trabajo del accidentado o la de un tercero. Y es aquí donde a mi juicio se produce un flagrante error de apreciación conceptual, ya que no se aprecia con nitidez los conceptos de culpa y responsabilidad. Esta última nace y existe en la definición de accidente de trabajo, precisamente porque el concepto de accidente de trabajo tiene esa construcción legal, de evidente corte objetiva. Es decir, salvo que se rompa el nexo causal y este solo acontece porque se den las circunstancias relatadas en el propio artículo 115 de la L.G.S.S., no se requiere conducta omisiva de ninguna clase, para que se desencadene la responsabilidad empresarial en materia de accidente de trabajo, que a su vez es asumida cuantitativamente por la Entidad Gestora, que pone en marcha el mecanismo de protección de la Seguridad Social por contingencias profesionales. Solo por ello es explicable esa amplitud de cobertura y responsabilidad. Sin embargo, la cosa cambia para el caso del recargo de prestaciones.

4.2. Exclusivo alcance del pago del recargo al empresario realmente responsable: la derivación de responsabilidades en los casos de descentralización productiva cuando media la misma actividad.

Con carácter general se dice que la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor. Se exige ineludiblemente la existencia de una empresa incumplidora, que será la responsable de capitalizar la cantidad en la que consiste el recargo y sobre la que recaerá la culpa, fundamentada ésta en la omisión de las medidas de seguridad e higiene y que provocan la lesión de un trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En ningún caso el recargo va a ser exigible, ni a la Entidad Gestora, ni a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, ni directa ni indirectamente por la vía de cualquier mecanismo de imputación de la responsabilidad por derivación.

La figura jurídica del recargo es de difícil acomodación en nuestro ordenamiento, no sólo por sus especiales connotaciones atribuibles a su especial naturaleza jurídica, sino porque se separa de los cauces generalmente aceptados en el ordenamiento jurídico

español, sobre imputación de responsabilidad en los ámbitos del Derecho administrativo sancionador y del Derecho laboral, donde el punto neurálgico y centro de imputación de las responsabilidades es siempre el empresario, con el que el trabajador tiene formalizada su relación laboral. Además, es común también la consideración de la derivación de las responsabilidades patrimoniales en casos tasados por la norma, fundamentalmente en los casos de contratación y subcontratación empresarial, adquiriendo las formas derivativas de las responsabilidades, en su doble acepción de solidaria o subsidiaria. También es posible cuando la norma expresamente lo recoja, la responsabilidad solidaria en las infracciones, lo que en el caso de la prevención de riesgos laborales acontece en el artículo 42.3 de la L.I.S.O.S. Pues bien, en relación con el recargo, además de admitirse la derivación de responsabilidades en cuanto al pago del mismo, se admite la imputación de la responsabilidad a un tercer empresario directamente, que no sea el propio del trabajador, sin necesidad de imputarse la responsabilidad por la vía de la derivación, en sus formas solidarias o subsidiarias. Es decir, en el caso del recargo las posibilidades de imputación como responsables del mismo son variadas, en cuanto que puede considerarse responsable del mismo y por lo tanto de su pago, al empresario al que pertenece el trabajador lesionado por el accidente, a éste y al principal en los casos de descentralización productiva de forma solidaria, cuando se den las circunstancias que justifican derivar así la responsabilidad en los términos de los artículos 42 del E.T. y 42.3 de la L.I.S.O.S. Es decir, para esta especialísima figura jurídica, el elemento decisivo es la idea del empresario infractor. Sería el caso dispuesto, en el que no se aplica técnicamente la responsabilidad solidaria, sino la técnica de la llamada responsabilidad directa, que ya existió en nuestro Derecho administrativo sancionador en el artículo 40.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que posibilitaba hacer responsable de la infracción administrativa al empresario directamente responsable, al empresario principal exclusivamente, vía responsabilidad directa, o a ambos de forma solidaria. Pues bien, lo que nuestra jurisprudencia dispone al efecto es que para que se dé la exclusiva responsabilidad de un empresario tercero de forma exclusiva, que normalmente va ser el empresario principal, aunque no necesariamente, es que el accidente se produzca dentro de la esfera de responsabilidad de la empresa principal⁴.

Se estima por otro lado que la responsabilidad es exclusivamente del contratista o subcontratista al que pertenece el trabajador accidentado y por lo tanto no puede ni debe acreditarse la solidaridad en la responsabilidad en el pago del recargo, cuando la intervención del empresario principal no sea elemento decisivo en el accidente, de tal forma que solo es atribuible la responsabilidad por el recargo al contratista o subcontratista, en los casos en los que el accidente se produce por una infracción de seguridad e higiene, que solo le es imputable, amén de perpetrarse la misma, dentro de su propia esfera de responsabilidad⁵. Por último quedaría por determinar los supuestos en los que acontece la responsabilidad solidaria. Es exigible para ello que al empresario principal se le pueda imputar una actuación o conducta negligente o incorrecta desde la óptica de la prevención de riesgos laborales, de tal forma que exista una relación de causa-efecto entre la conducta y el daño producido y padecido en la persona del trabajador de la empresa contratista o subcontratista, ya que esta por ejemplo no dispuso de los medios de protección necesarios para el correcto desarrollo por el trabajador accidentado de su actividad laboral, mientras que el empresario principal no llevó a cabo su obligación de vigilar el cumplimiento por la contratista o subcontratista de sus obligaciones en materia

⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1999.

⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997.

preventiva en su centro de trabajo⁶. Este mismo supuesto sería aplicable al caso de falta o defectuosa coordinación de las actividades empresariales que se desarrollan en un mismo centro de trabajo, obligación que aparece recogida en el artículo 24 de la L.P.R.L. Curiosamente se aplica la solidaridad en relación con el pago del recargo, pero se inician tantos procedimientos administrativos sancionadores independientes, cuántas empresas hayan incumplido esta especial obligación⁷.

4.3. Una situación especialmente compleja en relación con la procedencia o no del recargo: el caso los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

El motivo por el que ahora subyace esta posibilidad, radica en el invocado artículo 24.1 y 2 de la L.P.R.L. Los deberes de cooperación y coordinación de actividades empresariales que se desarrollen en un mismo centro de trabajo, obligan también a los trabajadores autónomos que realicen personalmente sus actividades. Por lo tanto se planteó en su caso la procedencia o no de la aplicación de la figura del recargo, cuando el accidentado fuere el propio autónomo. Además y a estos especiales efectos hay que resaltar que en 2003 se reguló⁸ la cobertura de las contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En este caso, al autónomo le asiste el derecho a asegurar o no la cobertura de las contingencias por riesgos profesionales. Sí el autónomo decide cubrir esas contingencias, se está asegurando contra un eventual accidente de trabajo. Se plantea en este caso, si sería o no de aplicación el eventual recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, por algún o algunos de los obligados a ello en la L.P.R.L.

Incluso para el caso de que no se formalice la cobertura de las contingencias profesionales por el autónomo, sobre las que hemos dicho, existe una cobertura voluntaria, cabe preguntarse sí para que prospere el recargo de la prestación es preciso y necesario haber formalizado dicha cobertura, como soporte jurídico-prestacional indispensable para que nazca el derecho al recargo o bien simplemente no es necesario, ya que el soporte de la prestación que complementa el recargo, puede ser cualquier prestación económica de las que integran el sistema de la Seguridad Social, aunque sea por contingencias comunes, como sería el caso, cuando se decidió por el autónomo no proceder a su formalización.

Siendo mayoritaria por la doctrina y jurisprudencia, la consideración de la naturaleza jurídica sancionatoria del recargo, sobre la opción estrictamente indemnizatoria, la concurrencia de responsabilidad en el accidente acaecido en el autónomo con resultado lesivo, por los distintos sujetos obligados, tanto el titular del centro de trabajo o promotor en su caso y el empresario principal y demás contratistas en la cadena de contratación y subcontratación, hasta llegar al autónomo, en cuanto sujetos obligados a la protección del trabajador autónomo, ya que desarrolla la actividad en el centro de trabajo y sobre el que recae en relación con la cadena de subcontratación en forma ascendente, el deber de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Por lo que en este caso sí se admite de forma

⁶ Sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2005.

⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2006.

⁸ Real Decreto 1273/2003, de 22 de octubre.

mayoritaria, el recargo de la prestación, sobre la base y fundamento de la comisión de una infracción, que será imputable de forma solidaria, considerando al efecto la cadena de contratación o subcontratación.

1.4. Ciertas cuestiones de procedimiento.

4.4.1. La fase de incoación del procedimiento de recargo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En la vía administrativa el procedimiento del recargo de la prestación económica de la Seguridad Social, finaliza mediante resolución del Director provincial del INSS.

Es importante resaltar por su importancia práctica, ya que una mayoría de recargos son tramitados, incoándose el procedimiento a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el artículo 27 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de la Seguridad Social, de desarrollo de artículo 7.8 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo, que establece normas específicas relacionadas con la función inspectora en la fase de inicio del procedimiento del recargo. En su virtud, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social están facultados para instar al órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas del sistema de la seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, causado por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Sí en la actuación inspectora de análisis y comprobación de lo acontecido consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aprecia por el inspector actuante, la comisión de infracción, procederá a levantar acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales y a continuación procederá a iniciar el procedimiento para la imposición del recargo, a favor del trabajador lesionado en el accidente. El llamado informe-propuesta por el que se inicia el procedimiento de recargo, acoge en su seno los hechos y circunstancias concurrentes, con expresa mención de las disposiciones infringidas en materia de prevención de riesgos y la causa concreta del accidente, sobre la base de las especificadas en el artículo 123 de la L.G.S.S., para terminar indicando el porcentaje de recargo propuesto y su justificación al respecto. Es decir, una copia del acta de infracción a la que se añade el porcentaje de recargo, sería suficiente. Pero también nos dice la norma que, se acompañará al informe-propuesta la resolución sobre el acta, y en el caso de no incoarse procedimiento de sanción por la comisión de infracción, deberá justificarse el hecho de modo razonado. En mi opinión, la única posibilidad de que el acta de infracción y el informe propuesta no vaya en paralelo y existan por lo tanto los dos a la vez, es que la infracción haya prescrito o en su caso haya caducado el procedimiento sancionador y no sea posible incoar otra acta de infracción. En todos los demás casos, debiera ser requisito necesario, la existencia de acta de infracción, para que se sustente el informe propuesta a instancia de la Inspección de Trabajo, ya que aquella le sirve de base y fundamento a este.

Ahora bien, siendo habitual el inicio por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del referido procedimiento⁹, este puede iniciarse a instancia de parte ante el INSS. De esta forma, lo puede iniciar el trabajador accidentado y lesionado o en su defecto sus derechohabientes.

4.4.2. La compleja tramitación administrativa, demora en exceso el procedimiento: las posibles excepciones invocadas por el empresario en su defensa.

A los problemas que plantea el inicio habitual del expediente en una dependencia administrativa distinta de la que resuelve y la interconexión existente entre el procedimiento sancionador incoado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el devenir de la resolución en la vía administrativa del informe propuesta, hay que añadir la demora intrínseca que ello comporta.

La demora es utilizada por el empresario en su estrategia de defensa contra una resolución que le sea desfavorable. Para ello invoca esa especial tardanza, con la intención de justificar sea declarada la nulidad o en su caso ineficacia de la resolución administrativa que impone el recargo, de la que es competente para ello la Dirección Provincial del INSS. Pero ¿qué es lo que realmente puede invocar la empresa presuntamente responsable del recargo en su descargo y en esa fase del procedimiento administrativo? En primer lugar, la prescripción de la acción del INSS para la interposición el recargo. En segundo lugar, la caducidad del expediente administrativo.

Una vez más, la disfuncionalidad que supone que no fueren los dos procedimientos administrativos, el sancionador y el del informe-propuesta del recargo en paralelo, supone un importante problema. A saber, el artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, carece de cobertura legal suficiente para imponer el efecto suspensivo, si de los hechos tenidos en cuenta en el acaecimiento del accidente, se entendiere que pudieren ser constitutivo de delito o falta y por lo tanto susceptible de tramitación de un procedimiento penal. Sin embargo, la suspensión sí es posible respecto del procedimiento administrativo sancionador, por así disponerlo el artículo 3.2 de la L.I.S.O.S., en cuya virtud se suspende por aplicación del principio de “non bis in idem”. Como quiera que para la imposición del recargo de prestaciones existe un procedimiento regulado en el Real Decreto 1300/1995, desarrollado por Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, es este el procedimiento al que deberá plegarse inexcusablemente la Autoridad administrativa competente, que se verá obligado a aplicarlas, siéndoles de aplicación general en todo lo no dispuestos en las dos invocadas, la L.R.J. y P.A.C., debiéndose desechar en consecuencia aquellas de otra índole que no sean las expresamente aludidas, no siéndole de aplicación por lo tanto la L.I.S.O.S. t demás normas de desarrollo de ésta.

Por lo tanto y a los efectos del enjuiciamiento de la infracción en vía administrativa, ésta va ser tramitada utilizando al efecto dos procedimientos, el administrativo sancionador y el especialmente diseñado para la tramitación del informe-propuesta sobre el recargo de la prestación, que en lo relativo a los plazos de tramitación dispone el artículo 14.1 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, que el plazo máximo para resolver el procedimiento regulado en dicha Orden Ministerial será de

⁹ Procedimiento contemplado en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996.

ciento treinta y cinco días. Por lo tanto es preciso partir del momento de la incoación del procedimiento para ver si la resolución fue dictada en plazo. A continuación menciona el artículo 14.3 de la Orden Ministerial referida que, cuando la resolución no se dicta en el plazo de los ciento treinta y cinco días, la solicitud podrá entenderse desestimada, lo que permite al interesado ejercitar las acciones recogidas en el artículo 71 de la L.J.S. Primero, la interposición de la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social. Contra la resolución de esta en el plazo indicado de cuarenta y cinco días o transcurrido este, el interesado podrá interponer la demanda ante el orden jurisdiccional social en el plazo de treinta días.

Se plantea no obstante lo dicho, la obligación que tiene en cualquier caso el órgano administrativo de resolver, en los términos indicados en el artículo 42.1 de la L.R.J. y P.A.C., que exige a la Administración la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, lo que también es reiterado precisamente en el procedimiento ahora objeto de análisis, en concreto en el artículo 6.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio.

Pero también es posible aludir a los efectos de explicitar el derecho que asiste al empresario, en relación con la demora en la tramitación del procedimiento, el artículo 63.3 de la L.R.J. y P.A.C. que establece que “la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas, solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

Por lo tanto e invocando los preceptos transcritos en los tres párrafos anteriores, debemos concluir advirtiendo, que pese a la obligación de resolver de forma expresa que pende sobre el órgano administrativo, debemos negar que el mero transcurso del plazo para resolver, invalide la resolución. Es decir, no se puede confundir el rebasar el plazo marcado de ciento treinta y cinco días para resolver, con los efectos que ello produce, donde el silencio tiene virtualidad negativa, con el plazo de prescripción de cinco años que tiene la Entidad Gestora para imponer el recargo.

5º. LOS ESPECIALES PROBLEMAS DE CARÁCTER PROCESAL QUE SUBYACEN, ESPECIALMENTE RELACIONADOS CON LA PRUEBA Y LA DEMORA DEL PROCEDIMIENTO, SON PALIADOS EN GRAN PARTE CON EL ACTA DE INFRACCIÓN, QUE AHORA ADQUIERE UNA DIMENSIÓN TRASCENDENTE.

En todo lo relacionado con un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la figura del inspector de Trabajo y Seguridad Social es determinante y su instrumento esencial es el acta de infracción cuando de los hechos comprobados en su actuación, se aprecia la infracción de la normativa sustantiva en materia de prevención de riesgos laborales, proponiéndose la sanción correspondiente. Esta es la forma ordinaria de inicio del procedimiento en la vía administrativa, que se ve complementado en esta, aunque siguiendo un cauce procedimental distinto, con el del recargo de las prestaciones. De ahí la importancia de poder ser considerado parte a todos los efectos los trabajadores o sus derechohabientes en su caso, desde el inicio del procedimiento administrativo que comienza con la actuación inspectora. Ello posibilita y garantiza la obtención por el

trabajador o sus derechohabientes de la información necesaria para su posterior defensa, pero lo más importante, es que puede incidir desde el principio en la conformación de la voluntad del inspector de Trabajo y Seguridad Social, de igual forma que lo hace el empresario.

La presunción legal de certeza, como principio incorporado al acta de infracción, en relación con las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo la carga de la prueba a la parte demandada, en los términos recogidos en el artículo 150.2.d) de la L.J.S. De todas las maneras, la presunción de certeza en ningún caso puede ser considerado un principio de eficacia absoluto, sino todo lo contrario. Por una parte, el régimen jurídico del propio precepto dispone que la presunción iuris tantum en que consiste la presunción de certeza de las actas de inspección, se destruye cuando se acredita y se prueba en contrario por parte del recurrente y por otra, el alcance de la presunción, que se limita solo a los hechos que hayan sido objeto de constatación directa por el inspector de Trabajo y Seguridad Social, en ningún caso sus apreciaciones, valoraciones y deducciones sobre los mismos. Existe cierta controversia sin embargo, en relación con ciertos hechos que resultan acreditados en la visita de inspección, por medio de testimonios de terceros o de incluso el propio trabajador afectado, recogidos en ese acto y valorados por el inspector de Trabajo y Seguridad Social. En cualquier caso hay que añadir al respecto, que son más numerosos los pronunciamientos que entienden que las apreciaciones obtenidas de terceros o por vía deductiva, no adquieren los beneficios de la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Desde luego, la presunción de certeza está directamente conectada con las comprobaciones directamente realizadas por el inspector, lo que exige celeridad en la realización por éste de la función inspectora, ya que el retraso y consiguiente alejamiento del momento de la comprobación del de acaecimiento del hecho, diluye la eficacia de la presunción de certeza, dada la dificultad creciente que supone la comprobación de los hechos en esas circunstancias, quedando entonces supeditada el relato factico del contenido del acta a los meros testimonios de terceros, ante la imposibilidad cierta de comprobar por uno mismo lo realmente acontecido.

6º. EL VALOR PROBATORIO DE LOS INFORMES Y REQUERIMIENTOS DE LOS TÉCNICOS HABILITADOS DE LOS CENTRO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y DE LOS ATESTADOS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO.

El artículo 9 de la L.P.R.L. redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, otorgó funciones inspectoras a los técnicos que se habilitasen para ejercer labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales y así contribuir al desarrollo de las actuaciones preventivas en las empresas, especialmente las de mediano y pequeño tamaño y las de sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, de información, de formación y de asistencia técnica. En el ejercicio de tales funciones, lo técnicos habilitados podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con capacidad de requerimiento

en los términos del artículo 43 de la L.P.R.L. Dichas funciones de comprobación, pueden tener como efecto, la formalización de un requerimiento, que deberá ser cumplido por el empresario en el plazo determinado en el propio requerimiento por el técnico habilitado. De no ser así y siempre que el técnico habilitado deduzca la existencia de infracción y se haya producido el incumplimiento del previo requerimiento formalizado por el técnico habilitado, éste remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a los efectos que se levante acta de infracción, ahora por el inspector de Trabajo y Seguridad Social. En relación con el acta de infracción, los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidas en tales informes evacuados por el técnico habilitado, gozarán de la presunción de certeza a que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

También a estos efectos son importantes y dignos de ser considerados, los atestados de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, a los que de entrada se les exige que su contenido refleje minuciosidad en su elaboración, debiendo ser acompañado de cuanta información complementaria y gráfica sea necesaria, al que habrá de adjuntarse cuantos informes técnicos y periciales se hayan formalizados al efecto. Hay que resaltar al efecto el sentido de la jurisprudencia constitucional, a la hora de calibrar el valor probatorio del atestado policial, al que se le exige para otorgarle auténtico valor probatorio, que sean ratificado en el juicio oral¹⁰. La posición fijada por el Tribunal Constitucional al respecto es la siguiente:

- a) El atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba pre constituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes
- b) Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales, entre los que podemos considerar el test de alcoholemia, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial pre constituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado
- c) En cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical

¹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 173/1997, de 14 de octubre.

- d) Respecto de la prueba de indicios, es doctrina constante y reiterada que para que la denominada prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia resulta necesario que los indicios se basen en hechos plenamente acreditados y que el órgano judicial explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a la conclusión de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

Hay que resaltar la importancia que tienen todas estas intervenciones, la de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y la de los técnicos habilitados que normalmente aparecen incorporados al expediente tramitado por el inspector de Trabajo y Seguridad Social en su actuación ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Sí tenemos en cuenta que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, informa todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan sido calificados de graves, los muy graves y los mortales de oficio, en cuanto que son tramitados ofimáticamente a través del llamado sistema Delta, teniendo acceso informáticamente la Inspección, que por otra parte entre sus objetivos se encuentra la investigación de dichos accidentes que hayan sido calificados como tales. Por otra parte, los atestados policiales y los que se practican en los centros de salud, son enviados de oficio al juzgado que le corresponda y estos, ponen en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los mismos, para que por el inspector se incoe expediente sobre accidente de trabajo o enfermedad profesional, poniéndolos en conocimiento del Juzgado de Instrucción solicitante de la información, por sí de lo actuado se deriven indicios de la comisión de una falta o delito por los hechos acaecidos. En cualquier caso, la Inspección cuando tiene conocimiento de ello por esta vía, lo tramita también como cualquier expediente de accidente de trabajo o enfermedad profesional, procediéndose a formalizar el correspondiente informe a la Entidad Gestora y sobre el que se incoará el correspondiente procedimiento de oficio que culmina con el acta de infracción cuando procede y en su caso se promoverá el procedimiento de recargo de las prestaciones. Es por ello, por lo que reitero que al tenerse en el archivo de la Inspección todos los antecedentes de casi todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existentes, todo procedimiento jurisdiccional que verse sobre siniestralidad laboral, debe solicitarse el expediente integro a la Inspección y sí la resolución sobre el acta de infracción fue impugnada y ya conoce o conoció un juzgado del mismo, deberá ser este el que conozca del total procedimiento, por mera cuestión de economía procesal.