



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo de
fin de grado

Consecuencias
legales derivadas de
un accidente laboral

Silvia Presedo Miranda

Tutor: Ricardo Pedro Ron
Latas

Grado en Derecho

Año 2015

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la
Universidade da Coruña para la obtención del Grado en Derecho

Supuesto planteado

**CONSECUENCIAS LEGALES DERIVADAS DE UN ACCIDENTE
LABORAL**

Construcciones Oleiros SL fue contratada para la construcción de un edificio en la calle del Orzán, en A Coruña. Don Domingo Fernández Blanco es el representante legal y administrador de la empresa constructora; don Pedro Rodríguez Testón era el aparejador de la obra y coordinador de seguridad; don Sergio Pardo Méndez era el arquitecto de la obra (la persona que realizó el proyecto y, a la vez, el estudio de seguridad) si bien no consta que tuviese encomendado el control de seguridad en la ejecución de los trabajos.

Don Domingo Fernández, en su condición de administrador de la empresa, y jefe de la obra, en la cual estaba todos los días, dispuso unos tableros a modo de plataforma para cubrir el hueco del ascensor que se utilizaba ordinariamente para la subida y bajada de materiales, práctica que no estaba prohibida por ninguna norma.

Don Pedro Rodríguez permitió tal actuación sin llegar a verificar la solidez y resistencia de los tableros. Esto propició que sobre las 11:00 horas, aproximadamente, del día siete de mayo de 2006, el trabajador don Jorge García González -oficial de primera albañil, de 24 años, con una antigüedad en la empresa de dos años y en el oficio de cinco-, que era el encargado de trasladar la carretilla con materiales al hueco del ascensor, introducirla en el mismo y engancharla al cable para ser izada por el citado hueco a través de un maquinillo a los pisos superiores, se cayese por el susodicho hueco al haberse roto un tablero de la plataforma desde una altura de 3,7 metros. Según el informe de investigación del accidente, la causa del mismo era "la rotura del tablero, por no tener el espesor adecuado (2,7 cm), pudiéndose deber al estado de conservación del mismo."

A consecuencia de esta caída, el trabajador don Jorge García sufrió fractura multifragmentaria de la segunda vértebra lumbar con desplazamiento intracraneal, precisando intervención quirúrgica, tratamiento rehabilitador y medicamentoso y revisiones periódicas. El tratamiento duró 690 días, de los cuales 110 estuvo hospitalizado y 580 impedido, habiéndole quedado como secuelas: trastornos de erección, una cicatriz de unos 20 cm en la región dorso lumbar, paraparesia de los miembros inferiores con marca autónoma leve-moderada, material de osteosíntesis en la columna vertebral, así como vejiga neurógena leve-moderada, precisando de ortesisantiequino.

En el estudio de seguridad, elaborado por don Sergio Pardo, aparecían como medidas colectivas de protección de los huecos existentes las barandillas. Dicha medida se vio sustituida por la plataforma en cuestión. No existían medidas colectivas de protección en otros huecos de la obra ni omisiones en el plan de seguridad. Ni tampoco que se avisara al trabajador del peligro que implicaba la labor que estaba realizando.

Construcciones Oleiros, SL estaba asegurada en materia de responsabilidad civil con VitalSegur España; don Pedro Rodríguez tenía, a su vez, una póliza de responsabilidad civil profesional con HNS Seguros, SA; y finalmente, don Sergio Pardo había suscrito una póliza que cubría estos riesgos con ATF Insurance España, SA.

Una vez ocurrido el accidente, la guardia civil se traslada al lugar de los hechos e informa al Juzgado. La empresa, a su vez, hace un parte de accidente. La Inspección de Trabajo, acompañada de un técnico del Instituto Galego de Seguridade e Saúde Laboral, levanta acta con propuesta de sanción por infracción grave, comunicando, además, que correspondía recargo de prestaciones en el 30%. La empresa manifiesta su disconformidad tanto con el acta de infracción como con la propuesta de recargo y, al existir diligencias penales en trámite, solicita la suspensión de ambos expedientes.

El trabajador permaneció en situación de baja por incapacidad temporal durante un año, pasando a continuación a la situación de incapacidad permanente en el grado de total. El trabajador, disconforme con el grado de incapacidad permanente total, formula demanda, ante el Juzgado de lo Social de su domicilio, instando la absoluta. Si bien la sentencia de instancia resulta desestimatoria, finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dos años después de la presentación de su demanda, pero antes de que se dicte sentencia en las otras vías abiertas (diligencias penales, infracción administrativa y recargo de prestaciones), resuelve a su favor el recurso de suplicación que interpuso, declarándolo acreedor de incapacidad permanente absoluta.

Poco tiempo después de esta sentencia en materia de incapacidad, se reanuda el procedimiento de recargo de prestaciones, dictándose resolución que declara la responsabilidad de la Empresa, condenándola a un recargo del 30% en todas las prestaciones de Seguridad Social, por apreciarse falta de medidas de seguridad en el accidente laboral. La empresa y el trabajador expresan su disconformidad con esta resolución, la primera porque pide que se declare su falta de responsabilidad; el segundo, porque solicita un porcentaje superior (el 50% o, subsidiariamente, el 40%).

Resumen

En el presente trabajo se explicarán las consecuencias legales derivadas de un accidente laboral. Este análisis de las circunstancias emanadas de un accidente de trabajo tratará en primer lugar de esclarecer aquellas responsabilidades nacidas del suceso que en su caso correspondan. Identificar estas responsabilidades serán algunas de las cuestiones más controvertidas presentes en este trabajo, en gran medida por la relación que algunas de ellas guardan entre sí.

Un accidente de trabajo presenta sin duda innumerables perspectivas de análisis, que debemos observar en profundidad debido a la complejidad del tema. De lo que se trata en este trabajo es de resolver todas las vías que en su caso pudieran abrirse tras el hecho, identificar las materias que del mismo se derivan, enumerar a los sujetos que por su conducta promovieron el accidente, determinar las posibles indemnizaciones que pudieran corresponder y en último término dirigir la atención en orden a figuras como el recargo de prestaciones, cuestión muy relevante desde el punto de vista jurídico dentro del marco de la siniestralidad laboral.

Índice

Introducción	1
1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN UN ACCIDENTE LABORAL	2
1.1. Cuestiones generales	2
1.2. Las diferentes vías tras un accidente de trabajo	2
1.3. Compatibilidad de responsabilidades	6
1.4. La posible suspensión en la tramitación de las vías	7
1.5. La aplicación al caso práctico de las vías existentes.....	8
2. ÓRGANOS ENCARGADOS DE CADA MATERIA.....	9
2.1. Materias relevantes dentro del supuesto.....	9
2.1.1. El recargo de prestaciones	9
2.1.2. Las prestaciones económicas en materia de Seguridad Social	14
2.1.2.1. La incapacidad temporal.....	14
2.1.2.2. La incapacidad permanente	16
2.2. Órganos encargados de las diferentes materias	18
2.2.1. Procedimiento para la imposición del recargo.....	18
2.2.2. Procedimiento para el reconocimiento de la incapacidad temporal..	20
2.2.3. Procedimiento y calificación de la incapacidad permanente	20
2.2.4. Órgano encargado de la sanción administrativa	22
2.2.5. Órgano competente para la resolución de la responsabilidad penal.	23
2.2.5.1 La reclamación en la vía jurisdiccional penal.....	23
2.2.5.2 Actuaciones ante la policía	24
2.2.5.3 Actuaciones ante el juzgado	24
3. LA RESPONSABILIDAD PENAL	27
3.1. Existencia de responsabilidad penal en el hecho expuesto	27
3.2. Análisis de los posibles sujetos activos del delito.....	28
3.2.1. Aspectos generales.....	28
3.2.2. Los sujetos concretos	29

3.3. Los delitos y sus penas en el hecho expuesto.....	29
3.3.1. Conductas objeto de tipificación dentro del Código Penal.....	29
3.3.2. Las medidas accesorias	31
3.3.3. La pena correspondiente en nuestro caso	31
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	32
4.1. La responsabilidad civil derivada de accidentes laborales.....	32
4.2. La resolución de la responsabilidad civil	35
5. LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL RECARGO DE PRESTACIONES	39
5.1. La responsabilidad del recargo de prestaciones.....	39
5.2. Pluralidad empresarial en el recargo de prestaciones	40
5.3. La responsabilidad del empresario infractor	42
Conclusiones	44
Bibliografía	45
Otras fuentes de información	46

Introducción

En este trabajo, analizaremos aquellas cuestiones que se derivan tras un accidente laboral. Comenzaremos por describir detalladamente algunas de las figuras clave dentro de un siniestro de este tipo, los órganos encargados de resolver las materias que en su caso se puedan suscitar tras el suceso, las responsabilidades emanadas tras el accidente y por último trataremos el tema del recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

El accidente de trabajo es una de las cuestiones que más temática abarca dentro del Derecho de la Seguridad Social. El accidente de trabajo y la enfermedad profesional aparecen regulados en los artículos 115 y 116 de la LGSS, que contienen los conceptos de ambas figuras. El primero de los preceptos que hemos citado, es el que a nosotros nos interesa a efectos de resolver el caso planteado. Según el artículo 115.1 de la LGSS, «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». En sentido estricto o propio, el accidente de trabajo admite una lesión corporal (golpe o herida) provocada repentinamente por un agente externo. Siempre en este sentido estricto, se trata de un postulado que el accidente de trabajo comparte con el accidente no laboral o accidente usual.

Como diferencia fundamental entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral o común es que la lesión acaecida en el accidente de trabajo se produce con ocasión o por consecuencia del mismo. No es conveniente que el término trabajo lo entendamos en sentido estricto, es decir, como sinónimo de trabajo habitual (115.2 LGSS). El párrafo tercero del artículo citado, establece además una presunción de laboralidad, por la cual se entiende que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo en que éste se encuentre en el lugar de trabajo. Sin embargo, estamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Esta prueba en contrario es difícil de llevar a cabo, al igual que es difícil de probar por parte del accidentado la relación lesión-trabajo cuando esta presunción es inexistente.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN UN ACCIDENTE LABORAL

1.1. Cuestiones generales

El punto de partida en cuanto a las responsabilidades de carácter empresarial derivadas de un accidente de trabajo es el artículo 42.1 y 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), precepto del que hablaremos con detalle a continuación. De este artículo mencionado surge un amplio abanico de responsabilidades: la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil o patrimonial, la responsabilidad penal y la responsabilidad en materia de Seguridad Social.

Esta multitud de ámbitos de responsabilidad otorga una dificultad considerable al sistema que regula la responsabilidad empresarial tras un accidente de trabajo. Al respecto, hay autores que añaden además, la dificultad de delimitar los ilícitos penales y administrativos y el hecho de que usualmente se reclamen ámbitos de responsabilidad compartida (solidaria y subsidiaria) de los empresarios en garantía de los derechos patrimoniales del trabajador.

1.2. Las diferentes vías tras un accidente de trabajo

Para tratar esta cuestión preliminar, es necesario acudir de nuevo al artículo 42 de la LPRL, precepto que hemos señalado con acierto como punto de partida en este punto. En el primer párrafo del citado precepto encontramos la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, en él se establece que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales generará en su caso responsabilidades administrativas, asimismo, responsabilidades penales y civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse con motivo del señalado incumplimiento.

Lo anterior no es lo único relevante que este artículo 42 LPRL nos esboza, en su párrafo tercero se establece que las responsabilidades administrativas que en su caso pudieren generarse serán compatibles con las indemnizaciones de daños y perjuicios y con el recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social. Con este artículo ya hemos resuelto las dos primeras cuestiones planteadas; las vías que se abren tras un accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales; como son la vía administrativa, la vía civil, la vía penal y por último la vía en relación a la responsabilidad derivada del recargo de prestaciones.

En esta pregunta no vamos a hablar detalladamente ni de la responsabilidad penal, ni de la responsabilidad civil, ni del recargo de prestaciones que en su caso pudiera originarse. Son cuestiones de las que debemos hablar en profundidad en las sucesivas preguntas, por eso, centraremos nuestra atención en las responsabilidades administrativas que en su caso procederían ante un incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Para Romero Rodenas «la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales genera responsabilidad de tipo objetivo como son las sanciones administrativas, debiendo entenderse que dicha modalidad de responsabilidad es el

instrumento mediante el cual se garantiza desde el ámbito público el cumplimiento de las obligaciones laborales en general y de las derivadas de la prevención de riesgos en particular».¹

La regulación correspondiente a la responsabilidad administrativa en relación a la cuestión que estamos a tratar se contiene de manera notable en la Ley de Infracciones del Orden Social (en adelante LISOS). También encontramos en el Real Decreto 928/1998 por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones en el Orden Social, otra fuente normativa en relación a esta responsabilidad administrativa.

Para la comprobación del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales encontramos la Inspección de Trabajo, con motivo de una visita rutinaria a la empresa, de oficio o mediando denuncia de parte. También la comprobación de la normativa de prevención de riesgos laborales es llevada a cabo por funcionarios, como técnicos en prevención de riesgos laborales, habilitados por las Comunidades Autónomas como colaboradores de la Inspección de Trabajo.² Esta Inspección de Trabajo, tan presente en nuestro caso, es analizada por autores como Cortés Díaz, quien decía que a esta figura «se le otorga una serie de facultades (entrar libremente y sin previa notificación en los centros a inspeccionar, exigir la presentación de documentos, interrogar al empresario o a los trabajadores sobre cualquier tema en relación a la normativa, etc.) teniendo en el desempeño de sus funciones el carácter de autoridad pública».³

Si la comprobación del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales es llevada a cabo por el Inspector de Trabajo, éste le ordenará al empresario infractor que enmiende las deficiencias que en su caso se hayan observado.⁴ Si la infracción subsistiere se elevará la correspondiente acta de infracción, en caso de no haber sido practicada inicialmente. Si por el contrario las actuaciones comprobatorias fueran efectuadas por los técnicos en prevención de riesgos laborales anteriormente citados, estos extenderán un requerimiento de subsanación de las deficiencias que en su caso se hayan observado. En este caso, si el empresario no subsana las faltas observadas, se pone en conocimiento de la inspección de trabajo con el objetivo de levantar el acta de infracción oportuna.

Si el funcionario en cuestión considera que los hechos ocurridos pueden ser constitutivos de delito o bien tiene constancia de que por tales hechos se han de seguir actuaciones de carácter penal, se tiene que abstener de continuar el procedimiento sancionador hasta que no alcance firmeza la resolución, que en su caso dictaminare la autoridad judicial competente. Es aquí donde podemos resolver la tercera de las preguntas planteadas en esta primera cuestión, como es la suspensión del procedimiento sancionador (hablamos de la vía administrativa) para otorgar la entrada a la vía penal.

En cuanto a los sujetos responsables tenemos a las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en la LISOS como integrantes de infracción en materia de prevención de riesgos laborales. En el artículo 2 LISOS encontramos de manera detallada y concreta los sujetos

¹ (Romero Rodenas, 2015, pág. 105)

² Artículo 9.2 y 3 de la LPRL.

³ (Cortés Díaz, 2005, pág. 678)

⁴ Artículo 43 de la LPRL.

responsables de la infracción de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Dentro de estos sujetos responsables, se encuentran los siguientes:

En primer lugar, los empresarios titulares del establecimiento de trabajo, promotores y propietarios de obra, trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales.⁵

Aquellas entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para el desarrollo y certificación con respecto a la formación en materia de prevención de riesgos laborales que lleven a cabo un incumplimiento dentro del marco esta prevención.

En cuanto a estos sujetos responsables dentro de esta primera vía administrativa, no podemos dejar a un lado la responsabilidad solidaria que en determinados supuestos existe. Hacemos con esto alusión a esas empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la actividad desarrollada por la empresa promotora en cuestión, pues en relación a estas empresas contratadas o subcontratadas, deberán ser vigiladas en cuanto a su cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.⁶

Con respecto a las empresas de carácter temporal, la empresa usuaria es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relativo a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Con ello lo que queremos explicar es que en caso de accidente laboral dentro del centro de trabajo correspondiente a la empresa usuaria, durante el tiempo que durara el contrato entre estas dos empresas, será responsable la usuaria. En caso de que nos encontremos ante una cesión ilegal, o un contrato de puesta a disposición ilícito, la responsabilidad será solidaria.

Si hablamos tanto de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, es indispensable que aunque de manera simplificada las expliquemos. Estas infracciones se encuentran recogidas en los artículos 11 a 13 LISOS. En el artículo 11 se encuentran las infracciones de carácter leve y en los sucesivos preceptos las de carácter grave y muy grave. Estas infracciones tienen un plazo de prescripción variable según el carácter de las mismas, por ello las leves prescribirán al año, las graves a los tres años y por último las muy graves a los cinco años. El cómputo anterior se iniciará no cuando se cometa el hecho susceptible de infracción sino a partir de la subsanación.

En cuanto a la cuantía de las sanciones con motivo de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, debemos atender al artículo 40.2 LISOS:

Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.

Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros.

Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.

⁵ Artículo 2.8 de la LISOS.

⁶ Artículo 24.3 de la LPRL.

En caso de reincidencia, la cuantía de la sanción podrá elevarse de manera considerable, incluso hasta llegar a duplicar el tope del grado correspondiente a la infracción cometida, sin que en ningún caso excediese de la cuantía máxima excedida para cada clase de faltas. Para saber si existe o no reincidencia, ésta se entenderá en caso de cometer una infracción del mismo tipo y calificación que la que originó una sanción anterior dentro de los 365 días siguientes a la notificación de la sanción, exigiéndose además la firmeza de la misma.⁷

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones, éstos los podemos encontrar en el artículo 39.3 LISOS. Sin entrar a enumerar los criterios contenidos en el citado precepto, lo que si es conveniente añadir es que en caso de no considerar relevante ninguna de las circunstancias del artículo 39.3 LISOS, la sanción será impuesta en el grado mínimo o en su tramo inferior y se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda a toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión.

Además, dentro de las responsabilidades de carácter administrativo en el marco de la prevención de riesgos laborales, se encuentran una serie de medidas, como pueden ser, entre otras, las siguientes:

En primer lugar la paralización de los trabajos: del artículo 44 LPRL se desprende, que a juicio del Inspector de Trabajo, la inobservancia de la normativa de prevención conlleva un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores, se podrá proceder a la paralización inmediata de los trabajos y tareas. Esta medida ha de ser comunicada a la empresa en cuestión, que deberá remitírsela a los trabajadores, al Comité de Seguridad y Salud, al Delegado de Prevención y a falta de éste a los representantes del personal. Esta paralización no conlleva el impago de los salarios correspondientes durante el tiempo de vigencia de esta medida. Por último el incumplimiento de esta medida puede desembocar en una infracción muy grave.

En segundo lugar la suspensión o cierre del centro de trabajo: esta medida solo procede en caso de excepcional gravedad. Puede proponerla la Inspección de Trabajo dentro del transcurso de un expediente sancionador, siendo el competente en orden a resolver sobre la propuesta el Ministro/a de Empleo y Seguridad Social.⁸

En tercer lugar la prohibición de contraatacar con la Administración: de lo que se trata en esta medida es impedir el hecho de contratar con el sector público a aquellos que hayan sido sancionados con carácter firme por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.⁹

Como ya hemos dicho, la responsabilidad penal, la responsabilidad civil o laboral y la responsabilidad de seguridad social o recargo de prestaciones serán tratados en las sucesivas cuestiones de este trabajo.

⁷ Artículo 41 de la LISOS.

⁸ Artículo 53 de la LPRL.

⁹ Artículo 60.2 c) de la Ley de Contratos del Sector Público.

1.3. Compatibilidad de responsabilidades

Con respecto a si son o no compatibles entre sí, basta con analizar lo dispuesto en el artículo 42.3 LPRL, en el que se establece la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con las indemnizaciones de carácter civil y con el recargo de prestaciones a la Seguridad Social. ¿Por qué no se cita la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con las penales? Pues de la omisión de las mismas se deduce la incompatibilidad entre ambas.

La incompatibilidad entre ambas responsabilidades, viene determinada por el principio constitucional *non bis in ídem* por el que se prohíbe la imposición de dos o más sanciones por el mismo hecho ilícito. De lo anterior se desprende que el sujeto que en su caso sea responsable de la sanción no puede ser sancionado a través de la vía penal y la administrativa dentro de los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Tampoco el sujeto podrá sufrir varias sanciones de carácter administrativo por la misma infracción, sin perjuicio de que sí podría ser en caso de varias infracciones administrativas simultáneas.

En relación a esta incompatibilidad de la vía administrativa y la vía penal, podemos situarnos en lo dispuesto en el artículo 3 de la LISOS, que establece entre otras cuestiones, las que detallaremos a continuación:

- En primer lugar, cuando las infracciones cometidas pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración dará paso al órgano judicial competente, o en su caso al Ministerio Fiscal, absteniéndose de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial a la que estamos haciendo referencia no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento.

- En caso de no haberse estimado la existencia del ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo con la que se ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará con el expediente sancionador en base a aquellos hechos que los Tribunales hayan considerado como hechos probados.

Entre las cuestiones que se derivan del contenido extraído del artículo 53.3 de la LISOS, está el hecho de que el Ministerio Fiscal deberá en su caso, notificar a la autoridad laboral correspondiente y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Esta notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o el auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial. Al introducir esta cuestión en relación a la incompatibilidad de las vías penal y administrativa estamos respondiendo a la siguiente cuestión a tratar, sin embargo será en la siguiente pregunta donde veamos de manera más detallada la suspensión a la que aquí hemos aludido.

En relación a este tema y dirigiendo nuestra atención ahora hacia el recargo de prestaciones tenemos dos artículos importantes dentro del Derecho de la Seguridad Social, como son los siguientes:

- El artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS), en el cual se afirma que el recargo de prestaciones «es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».

- El artículo 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por 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.

En otras normas, de carácter reglamentario, también encontramos la alusión expresa a la compatibilidad del recargo de prestaciones, es el caso del artículo 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, en el que se establece que el recargo de prestaciones «es compatible con la responsabilidad administrativa, penal, o civil que se derive de los hechos constitutivos de la infracción».

Además de la necesaria compatibilidad con la prestación económica de seguridad social de la que se deriva el recargo (deberíamos enfocarlo más como requisito necesario y no tanto como compatible), el recargo de prestaciones también es compatible, sin que con ello se produzca la vulneración del principio de non bis in ídem, con la responsabilidad penal (el proceso penal ni siquiera suspende la tramitación del recargo), con la responsabilidad administrativa (el grado de incumplimiento y de sanción correspondiente es un indicador para la cuantía del recargo) y con la responsabilidad civil o patrimonial.

Por lo tanto cerrando ya esta cuestión, podemos mostrar la opinión que el Tribunal Supremo tiene acerca de esta compatibilidad en relación al recargo de prestaciones. El Tribunal Supremo adopta la solución de declarar que dicho recargo es independiente de aquella indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas (...).¹⁰

1.3. La posible suspensión en la tramitación de las vías

En el caso de que existan otras actuaciones legales, no impide la tramitación del expediente para la imposición del recargo de prestaciones, puesto que la exigencia de responsabilidad de carácter penal, es totalmente compatible con el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad. De ello se deriva que aun existiendo un procedimiento penal en curso, la tramitación del recargo de prestaciones no se suspende, lo que no ocurre con la tramitación de la Inspección de Trabajo, la cual sí ha de suspenderse en tanto no esté resuelto el procedimiento penal en curso.

Siguiendo a López Gandía, «el recargo es una pena específica de Seguridad Social de naturaleza híbrida (indemnizatoria y sancionatoria) compatible con las sanciones, sin que juegue el principio de “non bis in ídem”¹¹». El recargo es por tanto una medida punitiva con finalidad preventiva compatible también con las indemnizaciones derivadas de sentencia penal y con la indemnización por daños y perjuicios.

Esta idea sobre la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, dando preferencia a las actuaciones penales es clara. Sin embargo, podemos aportar

¹⁰ STS de 2 de octubre de 2000 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2000\9673).

¹¹ (López Gandía, 2014, pág. 328)

muchos más datos en relación a esta cuestión, más allá de la idea inicial y afirmativa en cuanto a la suspensión de la tramitación de una de las vías.

La concurrencia del orden penal, en lo que a nosotros nos atañe, suele producirse, como en nuestro caso a consecuencia de un accidente de trabajo, por lo que existiendo una investigación iniciada por la Inspección de Trabajo, se inicia otra de manera paralela por el Juez de Instrucción dentro del orden jurisdiccional penal, el cual lo que pretende con sus actuaciones es ver si efectivamente hay o no una responsabilidad penal derivada del accidente de trabajo.

Puede suscitar diversas dudas esta preeminencia del orden jurisdiccional penal, aunque esta cuestión tiene su razón de ser en múltiples motivos, entre los cuales se encuentra el hecho de la mayor importancia del bien jurídicamente protegido por el orden penal, por lo que es comprensible la suspensión de los procesos sancionadores que en su caso se hubieran iniciado. No debemos confundir lo expuesto con el hecho de que el Inspector de Trabajo tenga que suspender su investigación en relación al accidente de trabajo acaecido, sino que iniciado el proceso administrativo (hacemos referencia al proceso sancionador y por tanto al hecho de haberse emitido el Acta de Infracción) éste quedará en suspenso en tanto no se emita una resolución firme de carácter penal (auto o sentencia).

Como ya hemos adelantado en la precedente cuestión, la razón de ser de esta suspensión viene dada por el artículo 3 de la LISOS, sin embargo, no es la única referencia normativa en la que podemos apoyarnos aquí, sino también en el artículo 5 del Real Decreto 928/98, donde se recoge esta idea en términos similares a la resuelta en la LISOS.

Por último en relación a esta cuestión es conveniente añadir una última idea, como es el hecho de que concurriendo ambas vías y mediando condena en el orden penal, se excluye la posibilidad de imponer una sanción por la Administración competente en el acta de infracción, en caso de que la condena se produzca por los mismos hechos que el acta. Sin duda, esta última precisión llama en especial la atención por su indudable trascendencia jurídica.

1.4. La aplicación al caso práctico de las vías existentes

La primera de las cuestiones que podemos tratar de nuestro caso práctico en relación a la responsabilidad administrativa que en su caso corresponda, en relación a las demás vías es la siguiente: dentro del contenido del supuesto encontramos el enunciado «la Inspección de Trabajo, acompañada de un técnico del Instituto Galego de Seguridade e Saúde Laboral, levanta acta con propuesta de sanción por infracción grave, comunicando, además, que correspondía recargo de prestaciones en el 30%».

El acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo es un documento público extendido por este organismo cuando se constaten hechos calificados como infracciones dentro del orden social. Es indispensable añadir al respecto, que tal y como propone Cassini Gómez de Cádiz «el Acta de Infracción no es en sí misma una sanción, sino tan solo una propuesta que efectúa el Inspector actuante y que debe ser, para

convertirse en sanción, autorizada y avalada, por el funcionario con capacidad delegada para sancionar, en virtud de ley».¹²

Otra de las cuestiones que debemos resaltar con respecto al caso planteado en relación a las responsabilidades administrativas es el siguiente enunciado «la empresa manifiesta su disconformidad tanto con el acta de infracción como con la propuesta de recargo y, al existir diligencias penales en trámite, solicita la suspensión de ambos expedientes».

Como ya hemos visto la vía administrativa se suspende en tanto no se resuelva la vía penal, por lo que el enunciado en parte es correcto. Sin embargo incurre en un error muy importante, al establecer que la propuesta de recargo ha de suspenderse en tanto no se resuelva la procedente en la vía penal. Esto es del todo falso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 123 de la LGSS, la responsabilidad recogida en este precepto es independiente e incompatible con respecto a otras responsabilidades, incluso las de carácter penal que pudieran originarse tras la infracción cometida.

Esta compatibilidad de la que hablamos también aparece reflejada en el artículo 27 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social. En dicho texto normativo se establece la compatibilidad del recargo de prestaciones con la responsabilidad administrativa, penal o civil que se derive de los hechos que en su caso constituyan una infracción.

De lo expuesto se deriva, que el recargo es compatible con la vía penal, sin que por ello se produzca una vulneración del principio de *non bis in ídem*. El proceso penal no suspende la tramitación del recargo, esta es la idea básica. En definitiva, este error, es uno de tantos de los que encontramos en el caso planteado, sin embargo era necesario aludir a él, puesto que en esta primera cuestión hemos tratado más en profundidad la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales.

2. ÓRGANOS ENCARGADOS DE CADA MATERIA

2.1. Materias relevantes dentro del supuesto

2.1.1. El recargo de prestaciones

Como refuerzo en la protección de los riesgos profesionales ante incumplimientos empresariales de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, se establece por el legislador de seguridad social, la institución del recargo en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que actúa en una doble vía:

- La preventiva: el elevado importe de este recargo de prestaciones, provoca que los empresarios tengan más prudencia dentro del ámbito de la seguridad e higiene laboral.

- La reparadora del daño causado: el importe se abona al trabajador víctima de las consecuencias del incumplimiento empresarial (incluidos sus causahabientes).

¹² (Cassini, 2014, pág.1598)

El precepto clave para entender la figura del recargo de prestaciones no es otro que el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social: «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca 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 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 ».

Si queremos saber cuál es la finalidad de esta figura, basta con atender a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en relación a la figura del recargo de prestaciones. Según el Tribunal Supremo, la principal finalidad de esta figura es el evitar accidentes de trabajo, acaecidos como consecuencia de las infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, que se imputarán a aquel empresario infractor, el cual, de haber adoptado previamente las medidas necesarias hubiera impedido el evento dañoso en relación a sus trabajadores. En esencia, según el Tribunal Supremo, de lo que se trata es de impedir que a la empresa le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente de trabajo.

El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social, podemos relacionarlo de manera directa con lo establecido en el artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. ¿Por qué relacionamos ambos preceptos? Pues bien, en la segunda ley que hemos citado encontramos que se impone al empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo, para ello ha de evaluar previamente los riesgos generales y concretos de las tareas encomendadas, planificar la prevención, previniendo las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (artículo 15 y 16 de la LPRL) y adoptar medidas necesarias con el fin de que los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello (artículo 17.1).

Solo impedirán la existencia de culpa y nacimiento de responsabilidad, y por ello del recargo, aquellos hechos extraños por completo al sujeto responsable, como son el caso de las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad, y por el contrario, el error o la imprevisión no liberarán de culpa leve y por ende del recargo de las prestaciones, pues el empresario debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.¹³

Nos ha llamado la atención, entre otros pronunciamientos del Tribunal Supremo, uno en concreto STS de 16 de enero de 2006¹⁴, en el que se afirma que cuando se desconocen las circunstancias en que se produjo el accidente, pero acreditado un incumplimiento empresarial de medidas de seguridad, procede la imposición del recargo

¹³El Tribunal Supremo ha establecido que la diligencia exigible comporta «el que no baste con facilitar los medios de protección y prohibir su no uso, así como las prácticas peligrosas, sino que es preciso cuidar de que se observen las instrucciones dadas y se usen los medios de protección facilitados, lo que supone que sea preciso vigilar la actuación de los empleados y prever las imprudencias profesionales» (STS de 3 de marzo de 1999).

¹⁴ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2006\816

de prestaciones al presumirse la relaciones e causalidad entre el incumplimiento y el accidente.

Por último en relación a estas notas iniciales sobre la figura del recargo de prestaciones también debemos señalar el tipo de responsabilidad, que de nuevo, bajo el criterio del Tribunal Supremo supone el recargo de prestaciones. En la sentencia de 21 de febrero de 2002, se afirma «se trata de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador».¹⁵

La naturaleza jurídica del recargo de prestaciones ha sufrido una importante modificación. Inicialmente se configuraba, en cuanto a su naturaleza jurídica, como una figura de carácter sancionador. A día de hoy ya no solo se concibe como un mero mecanismo con el que sancionar al empresario infractor, sino también como un modo de indemnizar a su beneficiario.

El Tribunal Constitucional, en su día, se decantó por el carácter sancionador del recargo de prestaciones.¹⁶ A pesar de esta afirmación, el recargo de prestaciones debe considerarse como una sanción peculiar, especial. ¿Por qué se debe considerar especial? Pues porque su incorporación al patrimonio del trabajador o de sus causahabientes impide considerar a esta figura como mera tarea sancionatoria o de multa. A día de hoy, la doctrina el Tribunal Supremo se decanta más por considerar a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones desde una perspectiva dual, puesto que por las siguientes cuestiones, la figura del recargo de prestaciones no ha de entenderse de manera estricta desde una perspectiva rigurosamente sancionadora.

La doctrina más reciente sostiene, que nos encontramos ante una prestación de carácter indemnizatorio y que el recargo «es una indemnización con función disuasoria o punitiva». Por lo tanto, lo que ahora se establece es que estamos ante una institución que se diferencia por una parte de la indemnización típica con función resarcitoria, y que se distingue también por otra parte, de multa o sanción administrativa de contenido pecuniario.¹⁷

Como en todo el Derecho sancionador, debe tener presencia la presunción de inocencia, sin embargo, bastará con probar la acción en que consistió la infracción y la intervención que en ella haya podido tener el empresario, aunque sea por omisión, para que quede destruida dicha presunción, pues no será preciso probar que tal actuación fue intencionada o dolosa.

¹⁵ También encontramos otro pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de febrero de 2002), en el que se afirma «que en caso de existir negligencia en lo que respecta a la conducta del trabajador, la existencia de esta solo serviría para moderar el importe total del recargo de prestaciones, a fin de que fuese menor, pero no que la negligencia fuere por tanto ligada a la denegación del recargo».

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985, referencia (*Aranzadi WESTLAW*, RTC 158/1985), en su FJ2º, “el recargo que prevé el artículo 93 de la LGSS constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva.”)

¹⁷ En STS de 14 de febrero de 2007 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2007\4158), también se ha establecido “el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios”.

Es repetida la doctrina jurisprudencial, la que viene exigiendo como determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo, la concurrencia de los tres requisitos que señalaremos a continuación:¹⁸

- En primer lugar, se exige que la empresa haya cometido alguna infracción que suponga un incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial.

- En segundo lugar, acreditación de la causalidad de un daño efectivo en la persona del trabajador.

- En tercer lugar, existencia de una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañosos. ¿Cómo puede fracturarse esta concordancia entre ambas situaciones? Pues por ejemplo, cuando la infracción es imputable al propio interesado.¹⁹ Cuando hablamos de relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, nos referimos al siniestro del que trae causa el resultado lesivo y la conducta pasiva del empleador. ¿En qué consiste tal conducta pasiva? Pues en el hecho de omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos, o lugares de trabajo.²⁰

En relación a este apartado, también debemos tener en cuenta una cuestión muy importante, como es el hecho de que el recargo se aplica sobre todas las prestaciones económicas del sistema de seguridad social que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional. En nuestro caso, se aplicaría en última instancia, a la incapacidad permanente absoluta que le fue concedida al trabajador por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Sobre los criterios de su graduación (de un 30 a un 50 por 100), tenemos como artículo de referencia, de nuevo, el 123.1 de la LGSS, en el cual afirma para la graduación del recargo se atenderá a la gravedad de la falta. Si nos fijamos en lo dispuesto en este precepto, vemos como la proporcionalidad de la cuantía del recargo no depende de la gravedad del daño efectivamente causado, si no de la gravedad de la infracción que en su caso pudiere cometer el empresario.

El recargo de prestaciones dentro de la Ley General de Seguridad Social, está regulado de una manera, que a nuestro modo de ver resulta un poco vaga. La LGSS no concreta, ni siquiera determina el porcentaje del recargo, ni la forma, ni el procedimiento por el que poder pedirlo. Este precepto en esencia, lo único que nos indica es la referencia a la gravedad de la infracción como indicador para modular el alcance cuantitativo del recargo de prestaciones. Tal y como está configurado el precepto, se está reconociendo en cierto modo un amplio margen de apreciación del juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz.

¹⁸ STS de 12 de junio de 2013 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2013\5730).

¹⁹ STS de 26 de marzo de 1999 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1999\3521).

²⁰ Es posible la exclusión de la responsabilidad empresarial, y por ende del recargo, cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, o por imprudencia temeraria del propio trabajador accidentado, o cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por el empleador y puestos a su disposición.

Según lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley sobre prevenciones y sanciones del orden social, la sanción por incumplimiento empresarial tiene distintos grados: mínimo, medio y máximo, correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves, graduación que se efectúan en atención a determinados criterios previstos en el 39.3 de la citada ley: medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario, la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa, número de trabajadores afectados, etc.). De esto se deriva, que será de aplicación, la correlación entre gravedad de la infracción y el correspondiente porcentaje de recargo (30%, 40% y 50%).

En relación al recargo de prestaciones a la Seguridad Social en orden a la determinación de su cuantía, es necesario que añadamos las siguientes precisiones:

- El recargo ha de ser aplicado sobre la totalidad de la prestación.

- En cuanto a la variación de su cuantía por el transcurso del tiempo, la revalorización se aplicará sólo al importe mensual que tuviese la pensión de que se trate, excluido el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.²¹

- No se incluye en la determinación de la cuantía máxima de las pensiones públicas, según debe interpretarse del artículo 47 de la LGSS (el recargo no tiene la consideración de pensión pública, sino de complemento a dicha pensión).

Otra cuestión que puede suscitarse en orden al recargo de prestaciones, es el hecho de determinar quién es el responsable del abono. En este tema, el Instituto Nacional de la Seguridad Social está totalmente exento de responsabilidad. Como bien hemos dicho, el responsable directo y exclusivo es el empresario, lo que puede relacionarse con el carácter sancionatorio (atendiendo a la naturaleza mixta del recargo de prestaciones) de la figura que estamos tratando. Además su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado.²²

Por último y no menos importante, dentro de este apartado, el hecho de que el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) pueda modificar la cuantía porcentual del recargo de prestaciones fijada en la instancia, cuando el recargo que se ha impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la gravedad de la falta. Es muy importante tener esto en cuenta, para no pensar en que la fijación de ese porcentaje tiene un carácter absoluto, ya que como acabamos de explicar se puede modificar en caso de interposición del correlativo recurso de suplicación ante un TSJ.²³

²¹ Artículo 4 del Real Decreto 1045/2013 de revalorización.

²² STS de 8 de marzo de 1993 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1993\1714).

²³ STS de 19 de enero de 1996 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1996\112).

2.1.2. Las prestaciones económicas en materia de Seguridad Social

2.1.2.1 La incapacidad temporal

En primer lugar hablaremos de la incapacidad temporal. Aunque el artículo de referencia es el 128 de la LGSS, en el mismo no encontramos una definición sobre la incapacidad temporal (en adelante IT), sin embargo según Blasco Lahoz, «la incapacidad temporal es la situación de alteración de la salud del trabajador, cualquiera que fuere su causa, por la que recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y le impide temporalmente el desempeño de su trabajo durante los períodos máximos delimitados por la ley».²⁴

La incapacidad temporal es «la contingencia o situación protegida que se inicia cuando le es expedido al trabajador²⁵ parte médico de baja por facultativo competente, ya se trate de un médico del correspondiente Servicio Público de Salud, ya de un médico de la correspondiente Mutua aseguradora de los riesgos profesionales del empresario».²⁶ Este parte de baja ha de ser expedido por el facultativo correspondiente, dentro del contexto de las situaciones mencionadas en el artículo 128 LGSS, entre las cuales encontramos aquellas situaciones debidas a «enfermedad común y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo»²⁷, circunstancia que además está presente en nuestro caso.

Tras ser expedido el parte médico, el trabajador debe enviarle una copia del mismo al empresario, ya sea por sí o a través de otra persona. El plazo para el envío de esta copia es de tres días, que se cuentan a partir del mismo día en que tuvo lugar la expedición.²⁸ Siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.1 del Real Decreto 575/1997, este parte médico de baja es el hecho que ocasiona la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio.

La incapacidad temporal es aquella prestación económica periódica que el trabajador percibe como compensación del sueldo que no está cobrando ante su situación actual. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 129 de la LGSS, esta prestación económica de la que hablamos «consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo».

Siguiendo lo establecido en el anterior precepto y para poder determinar la cuantía de esta prestación es necesario atender a las siguientes cuestiones:

- Obtener la base reguladora correspondiente al subsidio, tratándose ésta de una base diaria, tomando como referencia la base de cotización por el riesgo causante de que se trate (profesional o común) que se corresponde con el mes anterior y el número de días por ella cotizados. Con respecto a esto se debe tener en cuenta, que en caso de que el trabajador perciba una remuneración mensual y haya permanecido en alta en la

²⁴ (Blasco Lahoz, pág. 395)

²⁵ Aún tratándose de un trabajador contratado para la formación (disposición adicional 6ª de la LGSS).

²⁶ Artículos 1.1 y 1.6 del Real Decreto 575/1997.

²⁷ Artículo 128.1 a) LGSS.

²⁸ Artículo 2.2 del Real Decreto 575/1997.

empresa todo el mes natural (anterior al de la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal) la base de cotización será dividida por treinta.²⁹

- Para poder hallar la cuantía diaria correspondiente a la prestación, es necesario aplicar a la base reguladora un porcentaje, que variará en función de la naturaleza del riesgo que en su caso motivare la incapacidad temporal, tal y como podemos ver a continuación:

- Si se trata de una enfermedad profesional o un accidente de trabajo, se le habrá de aplicar a la base reguladora un 75 por 100, desde el día siguiente al de la baja.³⁰
- Si estamos ante un riesgo común (enfermedad común o accidente no laboral), el porcentaje que en su caso ha de aplicarse a la base reguladora es del 60 por 100 desde el cuarto al vigésimo día de baja y el 75 por 100, desde el vigésimo primer día en adelante.³¹

En cuanto al período de cotización previa, tenemos como artículo de referencia el 130 de la LGSS. En él se establece que en caso de enfermedad común, el período de cotización previo ha de ser de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. Sin embargo, en el caso de un accidente, sea o no de trabajo y de enfermedad profesional, no se exigirá período de cotización previo a efectos de ser beneficiario de la IT.

En cuanto al nacimiento y extinción del derecho a percibir esta prestación económica, es indispensable acudir a lo dispuesto en el artículo 131 de la LGSS. En el párrafo primero del precepto se establece que el subsidio se abonará, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. En el segundo párrafo del citado precepto se establece que en caso de enfermedad común o de accidente no laboral, la ayuda se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, entendiéndose éstos incluidos también.

En el apartado dos del artículo 131 de la LGSS, precepto que estamos a tratar, se establece que el subsidio se abonará siempre y cuando el beneficiario de la ayuda se encuentre en situación de incapacidad temporal, de acuerdo con lo así previsto en el artículo 128 de la misma LGSS. Por último, según lo establecido en este artículo 131 de la LGSS, encontramos el apartado tres en el cual se refleja una cuestión bastante relevante, como es el hecho de que durante las situaciones de huelga y cierre patronal, el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

Atendiendo de nuevo a lo dispuesto en el artículo que abre la regulación legal de la incapacidad temporal, es decir el artículo 128 de la LGSS, la incapacidad temporal tendrá una duración máxima trescientos sesenta y cinco días, con posibilidad de prórroga por otros ciento ochenta días en caso de que se prevea que durante éste último período el trabajador pudiera ser dado de alta por curación.

²⁹ Artículo 13.2 del Decreto 1646/1972.

³⁰ Artículo 2.1, párrafo 1º del Decreto 3158/1996.

³¹ Artículo 2.1, párrafo 1º del Decreto 3158/1966.

Por último, en relación al nacimiento y duración del derecho a percibir esta prestación económica, tenemos el artículo 131.bis de la LGSS, que versa sobre la extinción del derecho a este subsidio del que estamos hablando. Entre las causas por las cuales se extingue se encuentran: el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; en último término, por fallecimiento.

2.1.2.2. La incapacidad permanente

Para establecer una definición de la incapacidad permanente, debemos dirigirnos al artículo 136 de la LGSS, en el cual se define a la incapacidad permanente en su modalidad contributiva como «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral».

En cuanto a los grados de incapacidad permanente en su modalidad contributiva, aparecen descritos en el artículo 137 de la LGSS. Según este artículo la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, atendiendo al porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados:

- Incapacidad permanente parcial: se debe entender por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

- Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que imposibilite al trabajador para la ejecución de todas o de las esenciales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

- La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo será aquella que invalide por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

- Por último, tenemos la gran invalidez, como aquella situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o actos equivalentes.³²

³² STS de 20 de noviembre de 2002 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2003/1918), «la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior, porque (...) no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta».

En relación a esto tenemos un problema, como es el hecho de que no haya un reglamento específico de desarrollo de este precepto promulgado por el Gobierno, por lo que nos vemos en la obligación de atender a lo dispuesto en la disposición transitoria 5ª.bis de la LGSS, a efectos de explicar cada uno de los grados de incapacidad permanente que hemos señalado. Según esta disposición, mientras no sean promulgados los reglamentos específicos en relación a esta cuestión, se deberá atender a lo dispuesto en la legislación anterior. Es por eso que a día de hoy todavía sigue vigente el artículo 137 de la LGSS tal y como estaba redactado antes de ser modificado por la Ley 24/1997.

A continuación debemos señalar los beneficiarios de esta prestación, por lo que es indispensable acudir a lo dispuesto en el artículo 138 de la LGSS. La regla general que se desprende de este precepto es que el hecho causante de esta prestación se entenderá producido el día concreto en el que se hubiere extinguido la incapacidad temporal de la que en su caso se derive la incapacidad permanente, que normalmente será por alta médica. En aquellos casos en los que la incapacidad permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o en caso de que ésta no se hubiere extinguido, el hecho causante se entenderá producido el día en que se emita el dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades.³³

Atendiendo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 138.1 de la LGSS, el beneficiario de la prestación que en este punto estamos a explicar ha de estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta. Esta no es más que una regla general, puesto que si atendemos a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la LGSS, las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez provenientes de contingencias comunes podrán producirse a pesar de que los interesados no estén en situación de alta o circunstancia similar a la de alta en el preciso momento en que se ocasionare el hecho causante.

Otra de las cuestiones relevantes que debemos tratar es el hecho de la exigencia o no de cotización previa a efectos de ser beneficiario de esta prestación. Así, el artículo 138.1, dispone que debe estar cubierto el período mínimo de cotización que se determina a su vez en el apartado segundo del precepto señalado. Sin embargo, no se exigirá período de cotización previo en caso de accidente, sea o no de trabajo o enfermedad profesional. Además es necesario añadir que el período exigible de cotización varía en función del grado de incapacidad permanente contributiva de que se trate.

Es preciso que hablemos, aunque de manera abreviada, de las prestaciones que en su caso se derivan en función del grado de invalidez permanente. En el caso de la incapacidad permanente parcial, la prestación económica consistirá en una cantidad a tanto alzado, por un importe equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora, que haya servido asimismo para la concreción de la prestación por incapacidad temporal, de la que se derive la incapacidad permanente parcial, tal y como dispone el artículo 139.1 de la LGSS.

En segundo lugar, en cuanto a la incapacidad permanente total, la prestación económica consistirá en una pensión de carácter vitalicio, tal y como establece el artículo 139.2 de la LGSS. El importe de esta prestación resulta de aplicar como regla

³³ Artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, de desarrollo del Real Decreto 1300/1995.

general un porcentaje del 55 por 100 a la base reguladora que en su caso corresponda. Esta base varía en función de si la contingencia se deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, o bien por un accidente no laboral o enfermedad común. De manera excepcional, este porcentaje puede ascender a un 20 por 100 más, en caso de que por la edad, la falta de preparación general o especialización y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, exista la presunción en cuanto a la dificultad de obtener empleo en una actividad diferente a la habitual anterior.³⁴

Al igual que en el caso anterior, en la incapacidad permanente absoluta, la prestación económica es una pensión vitalicia, pero en este caso el importe es del 100 por 100 de la base reguladora correspondiente (teniendo en cuenta que el beneficiario en cuestión se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta) de la misma forma que en los casos de incapacidad total.

En relación a la gran invalidez, el beneficiario de esta prestación tendrá derecho a una pensión también vitalicia, bajo la rúbrica del 139.4 de la LGSS. En este caso se incrementará la cuantía de la prestación con un complemento, cuyo destino es que el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda, dado su impedimento físico, que será el equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente, en el momento en que se origine el hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que se derive la situación de incapacidad permanente.

Por último, en relación a la incapacidad permanente, hablaremos del contenido del artículo 143 de la LGSS, en donde se recoge el modo de calificar y revisar esta prestación económica de la Seguridad Social. En el precepto señalado, encontramos entre otras cosas el hecho de que es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS)³⁵ el encargado de declarar una incapacidad permanente y también que toda resolución relacionada con esta prestación económica hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional. Sin continuar más a fondo en este último precepto, finalizamos esta breve explicación sobre la incapacidad permanente.

2.2. Órganos encargados de las diferentes materias

2.2.1. Procedimiento para la imposición del recargo

El procedimiento para el reconocimiento del recargo de prestaciones puede iniciarse de las siguientes formas, atendiendo a lo dispuesto en la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social:³⁶

³⁴ Para la doctrina y la jurisprudencia, estamos ante lo que se denomina incapacidad permanente total cualificada.

³⁵ «El Instituto Nacional de la Seguridad Social es una Entidad Gestora de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, salvo determinadas excepciones, así como el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, con independencia de que la legislación aplicable tenga naturaleza nacional o internacional».

³⁶ Artículos 3,4 y 5 de la Orden de 18 de enero de 1996.

- Por la Dirección Provincial de oficio por propia iniciativa o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- A solicitud del interesado.

- A solicitud de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

Vemos como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está legitimada para iniciar el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, proponiendo el porcentaje de incremento, que en su caso considere idóneo. Para llevar a cabo esta labor, hará un informe-propuesta donde recogerá los hechos y circunstancias concurrentes, aquellas disposiciones que estime infringida y la causa que motive el porcentaje a aplicar dentro de las enumeradas en el artículo 123 de la LGSS. En caso de que se hubiese practicado acta de infracción y con ello hubiese recaído resolución de la autoridad laboral sobre ésta, dicha resolución se aportará al expediente de iniciación. Si no concurre la existencia de esa acta previa, se deberá justificar en el informe-propuesta el motivo por el cual no existe.³⁷

¿Quién es el encargado de declarar la responsabilidad empresarial que procede por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas? El encargado es el **Instituto Nacional de la Seguridad Social**.³⁸ Concretando mejor esta cuestión, la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, corresponde a los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Será éste organismo el que determine además el porcentaje en que las prestaciones económicas se incrementarán. La declaración habrá de hacerse mediante resolución motivada, previa a la resolución, se dará trámite de audiencia al empresario responsable de las mismas (éste realizará las alegaciones y aportará las pruebas que en su caso estime convenientes).

En caso de que la solicitud de recargo se hiciera a instancia de parte, el Instituto Nacional de la Seguridad Social requerirá de la Inspección de Trabajo, informe correspondiente sobre los hechos y circunstancias concurrentes, disposición infringida, causa concreta de las enumeradas en el artículo 123 de la LGSS, que motive el aumento de la cuantía de las prestaciones y el porcentaje de éste que se considere procedente. Este informe también debe recoger otra circunstancia importante, como es el hecho de que existe un procedimiento judicial en vía penal iniciado relativo a los mismos hechos.

La solicitud de recargo también presenta un plazo de prescripción establecido, así el artículo 43.1 de la LGSS establece: «el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se

³⁷ Artículo 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y artículo 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

³⁸ Artículo 1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud».

El plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de declaración del recargo asciende a un total de 135 días, transcurrido este plazo, la pretensión se entiende desestimada, es decir, por silencio administrativo negativo. Este plazo de treinta y cinco días, no es un plazo escogido al azar, puesto que se encuentra establecido en el anexo del Real Decreto 386/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social.

2.2.2. Procedimiento para el reconocimiento de la incapacidad temporal

En lugar de hablar de un procedimiento en relación a la incapacidad temporal, debemos hablar mejor de los trámites necesarios en relación a esta situación así como el lugar en el cual han de realizarse. Debemos distinguir dos categorías, que son las siguientes:

- Desde el inicio hasta el cumplimiento de los 365 días de la percepción de la prestación: el Servicio Público de Salud, o en su caso, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, y las empresas colaboradoras, extenderán los partes médicos de baja, de confirmación de baja y alta. El INSS y en su caso, el Instituto Social de la Marina (en adelante ISM), a través de sus inspectores médicos pueden emitir el alta médica a todos los efectos.

- Una vez transcurridos los 365 días en relación a la percepción de la prestación: el INSS o el ISM son los únicos órganos con competencia para reconocer la prórroga, iniciar expediente de incapacidad permanente, emitir el alta o emitir una nueva baja médica si se produce en el plazo de los 180 días posteriores al alta médica por la misma o análoga patología.

2.2.3. Procedimiento y calificación de la incapacidad permanente

En cuanto a la calificación de la incapacidad permanente, es el INSS el encargado de declarar esta situación entre sus distintos grados, que ya hemos explicado. También este órgano se encargará de la revisión del grado de incapacidad, así como la comprobación de la inexistencia de la misma. Como estamos ante un acto administrativo, no debemos olvidar que requiere la tramitación de un expediente, que finalizará con una resolución recurrible ante la jurisdicción social. El procedimiento en cuanto a la evaluación y declaración de incapacidad se encuentra regulado en el Real Decreto 1300/1995, el cual desarrolla la Ley 42/1994 en materia de incapacidades laborales.

En relación al procedimiento para la declaración de esta incapacidad tenemos que comenzar diciendo que la competencia territorial viene atribuida a la **Dirección Provincial del INSS de la provincia en la que tenga su residencia el interesado**. Por otra parte la iniciación del procedimiento para evaluar la incapacidad se puede producir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1300/1995:

- En primer lugar de oficio, por iniciativa del INSS, por petición de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (la cual ha de ser razonada) y en último término por el Servicio de Salud correspondiente.

- En segundo lugar, la iniciación del procedimiento también puede ser iniciada a instancia del trabajador o bien del representante legal de éste.

- En tercer lugar, a instancia de las Mutuas, o empresas colaboradoras, en aquellas cuestiones que de manera directa les afecten.

- En cuarto lugar, los empresarios no gozan de legitimación para instar el reconocimiento de una incapacidad permanente de un trabajador suyo, ni en su caso para solicitar la revisión de grado. Es preciso señalar al respecto, que no regirá lo anterior, cuando los empresarios hayan sido declarados responsables de las prestaciones.

El procedimiento será impulsado de oficio y se adecuará a las normas generales del procedimiento común y de su desarrollo reglamentario. Para la instrucción del procedimiento es imprescindible la presencia de los siguientes actos e informes³⁹:

- El alta médica de asistencia sanitaria y del hospital clínico previo, consentimiento del interesado, que en su caso también puede ser prestado por su representante legal, remitido por el Servicio de Salud, Mutua o empresa colaboradora en los supuestos en los que se haya agotado la incapacidad temporal o informe de la Inspección Médica de dicho Servicio de Salud.

- Elaboración de un dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades (en adelante EVI) al que deberá acompañarse en su caso un informe médico consolidado, en donde se reflejará todo lo relativo o acreditado en el expediente, un informe de antecedentes profesionales que se irá realizando y los informes de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho. Una vez se haya emitido el dictamen-propuesta se concederá audiencia al interesado para que en su caso formule alegaciones.

En cuanto a la resolución del procedimiento corresponderá al Director Provincial del INSS (artículo 6 del RD 1300/1995). La resolución que aquí se dicte ha de ser expresa, estando únicamente vinculado éste órgano por las peticiones de las partes. En relación a esta resolución expresa debemos matizar lo siguiente:

- Se exige una cierta congruencia si el procedimiento es incoado a instancia o a solicitud del interesado, tal y como establece el artículo 89.2 de la Ley 30/1992 del procedimiento administrativo común.

- Si después de pasar 135 días desde la solicitud o inicio del procedimiento, la resolución no se hubiera dictado, se entenderá que ésta ha sido denegada por silencio administrativo, momento en que el interesado puede ejercitar las acciones del artículo 71 de la LJS.⁴⁰ En todo caso, es conveniente resaltar que el interesado puede solicitar que se dicte, valiendo como reclamación administrativa previa.

³⁹ Artículo 5 de Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁴⁰ Artículo 6 del RD 1300/1995 y Anexo del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo.

- En caso de que la resolución reconozca el derecho a prestaciones de incapacidad se hará manifestar forzosamente el plazo a partir del cual se podrá solicitar la revisión por agravación o mejoría.

- También en caso de que la incapacidad permanente sea reconocida por resolución judicial y no por el INSS, tal y como de recalca la jurisprudencia, ha de indicarse el plazo.

- En caso de declaración de incapacidad con reserva de puesto de trabajo, es imprescindible que la resolución del INSS determine que el plazo de revisión ha de ser igual o inferior a dos años, dando traslado de esta resolución al empresario afectado en su caso.⁴¹

- Las resoluciones administrativas han de estar motivadas y la conformidad del dictamen-propuesta del EVI puede valer como motivación, incluso en el supuesto en que se pretenda fijar la fecha de la revisión. Serán notificados los interesados en el plazo de 10 días, con la indicación de los recursos, plazos y órganos ante los cuales han de ser interpuestos.

- Las resoluciones revestirán el carácter de ejecutivo (artículo 6 del RD 1300/1995) sin perjuicio de las acciones que en su caso correspondan ante la jurisdicción social tras la reclamación administrativa. Tiene en su caso legitimidad el empresario por los efectos indirectos.

- En caso de que la resolución no fuera a reconocer el derecho a pensión no podría dictarse, ya que con ello se estaría declarando a alguien inválido absoluto o gran inválido sin posibilidad de trabajar de nuevo, puesto que las declaraciones de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones económicas son nulas y carecen de efectos jurídicos. Los trabajadores en su caso podrán estar en alta dentro del sistema de la Seguridad Social, con obligación de cotizar, completar el período de carencia que faltaba y por último solicitar de nuevo la pensión aun permaneciendo las mismas secuelas. Lo que no se puede hacer es completar la carencia a través de la celebración de un convenio especial, ya que estaríamos como bien señala López Gandía, «ante una preconstitución del riesgo y compra de prestación al ser una decisión del trabajador».⁴²

2.2.4. Órgano encargado de la sanción administrativa

Para hablar del procedimiento administrativo sancionador en orden a la imposiciones de sanciones dentro del orden social, es indispensable situarse en el siguiente momento: el Inspector de Trabajo ha llevado a cabo la investigación del accidente, ha encontrado la infracción cometida y también en última instancia, ha tomado la decisión de proceder a sancionar a los culpables de la infracción. Tras situarnos en este momento se abre el procedimiento administrativo, donde las resoluciones no las va a emitir un órgano jurisdiccional sino uno administrativo.

Este procedimiento administrativo se encuentra regulado en los artículos 11 y siguientes del RD 928/1998:

⁴¹ Artículo 48.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁴² (López Gandía, 2014, pág. 472)

- En primer lugar, el procedimiento sancionador se inicia de oficio, tras la actividad inspectora previa. El inicio del proceso lo podemos situar cuando se notifica el Acta de Infracción al sujeto sancionado. Ante esta notificación el sujeto puede presentar un escrito de alegaciones ante el departamento de la Comunidad Autónoma correspondiente. Es muy importante añadir al respecto, tal y como señala Cassini Gómez de Cádiz «el acta de infracción no es en sí misma una sanción, sino tan solo una propuesta que efectúa el Inspector actuante y que debe ser, para convertirse en sanción, autorizada y avalada, por el funcionario con capacidad delegada para sancionar, en virtud de ley».⁴³

- En caso de no formalizarse escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta que se dicte la propuesta de resolución que en su caso corresponda. El órgano competente para resolver, tiene diez días desde el momento en que terminó la tramitación del expediente, para emitir una resolución motivada, confirmando, modificando su resultado o dejando sin efecto la propuesta recogida en el acta de infracción.

- La resolución administrativa que elevará a definitiva el acta de infracción o su modificación es susceptible de recurso, que en su caso se podrá interponer ante el órgano superior al que dictó el acta, que normalmente, depende de la Administración autonómica.

- En cuanto a la determinación del órgano administrativo encargado de su imposición, podemos decir que la sanción administrativa será impuesta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por diferentes órganos administrativos dependiendo eso sí, de la cuantía y de la transferencia a la Comunidad Autónoma de la ejecución de la legislación laboral:⁴⁴

- En primer lugar, la autoridad laboral provincial competente: hasta 40.985 euros.
- En segundo lugar, el director general de trabajo: hasta 123.000 euros.
- El Ministro de empleo: hasta 409.900 euros.
- El Consejo de Ministros: hasta 819.780 euros.

2.2.5. Órgano competente para la resolución de la responsabilidad penal

2.2.5.1. La reclamación en la vía jurisdiccional penal

Si efectivamente hay indicios de la existencia de esta responsabilidad, se iniciará un procedimiento de carácter penal, cuyo término puede revestir diversas modalidades, como puede ser un sobreseimiento de la causa antes de que tenga lugar la celebración del juicio y tras la fase de instrucción correspondiente; por inexistencia del delito o de responsabilidad con respecto a este a través de una sentencia absolutoria dictada tras la celebración de un juicio oral; o bien con una sentencia condenatoria.

⁴³ (Cassini Gómez de Cádiz, 2014, pág. 1598)

⁴⁴ (Cassini Gómez de Cádiz, 2014, pág. 96)

Está claro que la consecuencia jurídica directa de la comisión de un delito por parte de un sujeto es la imposición de una pena. Pero en aquellos casos determinados en los que la comisión del delito haya generado además un daño indemnizable, el responsable del delito en cuestión tendrá que hacerse cargo del abono de una indemnización en relación a los daños y perjuicios generados al sujeto perjudicado.⁴⁵ Esta exigencia y resolución de la cuestión civil derivada de un delito en un único procedimiento, es decir, el penal, tiene su excepción como todo. Con esto último intentamos hacer alusión a aquellos supuestos en los que el sujeto perjudicado se reserva las acciones civiles para su ejercicio ante la jurisdicción competente.⁴⁶

2.2.5.2. Actuaciones ante la policía

Por lo general, cuando se produce un accidente de trabajo bastante grave, los cuerpos y fuerzas de seguridad llevan a cabo una investigación sobre el suceso acaecido. En relación a esto, en algunas provincias de nuestra geografía, esta actuación policial es realizada a través de policías expertos en la materia. Dentro de estas actuaciones policiales, está la de tomar declaración a las personas que de alguna forma estén relacionadas con el accidente laboral acaecido.

2.2.5.3. Actuaciones ante el juzgado

En aquellos casos en los que el juzgado en cuestión tenga conocimiento de un hecho que pueda ser calificado como delito, se iniciará por el mismo un procedimiento, que como no, revestirá el carácter de penal. En los casos, como es el nuestro, de prevención de riesgos laborales, lo que se intentará es averiguar si efectivamente se ha producido una vulneración de la obligación de facilitar a los trabajadores aquellos mecanismos indispensables, para el desarrollo de su actividad laboral con todas las garantías de seguridad e higiene posibles.

¿Dónde se realizarán estas investigaciones? Pues en el juzgado de instrucción que en su caso corresponda a través de los cauces del procedimiento abreviado. ¿Por qué juzgado de instrucción? ¿Por qué hablamos de procedimiento abreviado? Todas estas cuestiones deben ser resueltas atendiendo a los normas del Derecho procesal penal, por lo que intentaremos dar con la respuesta a todos estos interrogantes.

En primer lugar, en relación a la elección del juzgado de instrucción: siguiendo lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), será competente “para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en el que el delito se hubiere cometido (...)”. Es por lo expuesto que hemos considerado competente al Juzgado de Instrucción para esta primera fase del procedimiento penal, siendo en nuestro caso el Juzgado de Instrucción de A Coruña el encargado de llevar a cabo la instrucción a tenor de lo establecido en el citado precepto de la LECrim. En palabras de Moreno Catena se puede ratificar lo expuesto «para la instrucción de los sumarios y la práctica de diligencias previas por delitos serán

⁴⁵ Artículos 109.1, 116.1 del Código Penal; artículo 110 LECrim.

⁴⁶ Artículo 109.2 Código Penal; artículos 111 y 112 LECrim.

competentes los Juzgados de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido».⁴⁷

Otra de las cuestiones que es imprescindible resolver es el hecho de que el procedimiento a seguir sea el abreviado. El modelo de justicia penal establecido con la LECrim de 1882 hizo una segmentación entre procedimientos ordinarios y procedimientos especiales. Frente a la variedad de procedimientos especiales, la Ley abrevió la estructura y el número de los procedimientos ordinarios, que fijó sólo en dos: el procedimiento ordinario por delito y el juicio de faltas.

Esta estructura a la que hemos aludido se ha mantenido, aunque sólo de manera formal eso sí, hasta la el día de hoy. Aquel arcaico proceso ordinario por delito ha ido disipando poco a poco su ámbito de aplicación. En atención a la gravedad que en su caso pudiere presentar el delito, pronto resultó infructífero, dados sus trances en el auge de la delincuencia en la España de la segunda mitad del siglo XX. Con la reciente reforma del Código penal (en adelante CP) por la LO 1/2015, en la cual se han suprimido las faltas, el procedimiento que se regula en el Libro VI de la LECrim pasa a llamarse juicio sobre delitos leves.

El conjunto de procedimientos integrado por un procedimiento ordinario y por procesos especiales que se pronosticaban para la delincuencia menor, cambió de manera trascendental tras el año 1988, con la declaración de inconstitucionalidad (sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988) de la reunión de funciones instructoras y juzgadoras que se atribuían a los Juzgados de Instrucción. Después de esta sentencia del Tribunal Constitucional, ambos procesos especiales fueron suprimidos y en lugar de ellos surgió un procedimiento nuevo, llamado especial. Este procedimiento era como un proceso ordinario simplificado (procedimiento abreviado), que sería de aplicación al enjuiciamiento de todos los delitos menos graves.

Aunque sólo de manera formal, el proceso para delitos graves sigue siendo el procedimiento común, el abreviado es en esencia el proceso ordinario de nuestro sistema de justicia penal, siendo éste el modelo procesal más moderno y el que goza de una aplicación más general, ya que en palabras de Moreno Catena «el número de procedimientos ordinarios que se tramitan en España es casi insignificante en la estadística judicial».

Después de ver esta pequeña reseña histórica ya podemos pasar a lo que realmente nos interesa, como es el hecho de que sigamos el procedimiento abreviado en nuestro supuesto. Este proceso se aplicará a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad siempre que ésta última no supere los nueve años como es nuestro caso.⁴⁸

Debe tenerse en cuenta y siguiendo de nuevo a Moreno Catena «a la hora de determinar el procedimiento aplicable debe recordarse que la pena a tener en cuenta es la determinada en abstracto, esto es, la del tipo básico previsto en el CP».⁴⁹ Esta última cuestión es del todo lógica, es decir, el hecho de no atender a la pena una vez se han aplicado las reglas de individualización de la pena, que atienden en esencia al grado de

⁴⁷ (Moreno Catena, 2015, pág. 80)

⁴⁸ Artículo 757 LECrim.

⁴⁹ (Moreno Catena, 2015, pág. 496)

participación, ejecución o concurrencia de circunstancias que en su caso pudieran modificar la responsabilidad criminal del caso en concreto.

Las fases del procedimiento abreviado se pueden explicar a continuación:

- En primer lugar la fase de instrucción: en esta fase tienen su razón de ser las denominadas «diligencias previas», aquí es donde radican todas aquellas actuaciones investigadoras que puedan permitir al juez que lleve la instrucción de la causa, comprobar la posible responsabilidad penal y frente a quién se dirigiría esta, aunque desde una perspectiva inicial. Esta fase finalizará con el denominado auto de transformación en procedimiento abreviado⁵⁰ y se llevarán a cabo todas aquellas diligencias de instrucción encaminadas a que el juez instructor pueda apreciar en su caso la responsabilidad penal. Es importante resaltar que el procedimiento solo se podrá transformar contra aquellos sujetos que previamente hayan sido oídos, por medio de la correspondiente declaración y con la debida asistencia jurídica de su defensor.

- En segundo lugar la fase intermedia, que es como una preparación de cara al juicio oral, en la que se presentan los escritos de acusación, se dicta el auto de apertura de juicio oral⁵¹, se presentan los escritos de defensa por parte de los acusados y toda esta documentación ha de ser remitida al juzgado que en su caso corresponda, que en nuestro caso es el Juzgado de lo Penal. Éste último procederá a citar a las partes para la celebración del juicio oral. Con todo esto, lo que observamos es que el enjuiciamiento y la instrucción recaen sobre jueces diferentes.

- La siguiente y última fase que encontramos aquí es la del propio juicio oral. En esta última fase del procedimiento es donde se practican las pruebas que han propuesto las partes, comenzando por la declaración de los imputados que en su caso existieran. Esta fase finaliza con la emisión de una sentencia, que puede ser dictada de manera oral en el acto del juicio por el Juez de lo Penal (artículo 789.2 LECrim). Además contra esta resolución cabrá recurso ante el órgano que atendiendo a las reglas establecidas en la LECrim deba conocer de este asunto.

Aunque no guarde especial relación con lo que hemos explicado a lo largo de estos últimos apartados, debemos hacer una pequeña mención al vocablo «imputados» dada su trascendencia actual. Con la nueva Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de 2015, que afecta de manera sustancial a la LECrim, se sustituye el término «imputado» por «investigado» en determinados preceptos; también el sustantivo «imputado» será sustituido por el de «investigado o encausado» en otros artículos de la LECrim. Sin duda es vital atender a las innumerables reformas acaecidas últimamente para no cometer errores, incluso aunque estos errores puedan surgir por el mal empleo de un vocablo o expresión, como es el caso.

⁵⁰ Resolución emitida por el juez instructor en la que se decide, aunque de manera inicial, el sujeto que puede ser responsable penalmente de los hechos y quien no, frente a los cuales se dictará en su caso auto de sobreesimientamiento y archivo de las actuaciones (artículo 779.1.4º LECrim).

⁵¹ En este auto las partes acusadas son informadas de que se ha presentado acusación, se ordena el traslado a las demás partes de las actuaciones, con el fin de que estas puedan presentar su escrito de defensa.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.1. Existencia de responsabilidad penal en el hecho expuesto

Para saber si en nuestro caso hay o no responsabilidad penal, es necesario que centremos nuestra atención en el artículo 316 del CP, puesto que a lo largo de este apartado se encuentra el eje principal con el que resolver la posible responsabilidad criminal en el accidente de trabajo, descrito en el caso. Los delitos en concreto y los preceptos en los cuales debemos fijarnos para poner en conexión la responsabilidad penal con un accidente de trabajo es algo que trataremos más adelante.

Para saber si efectivamente hay o no la responsabilidad contenida en el artículo 316 CP, debemos ajustarnos precisamente al contenido de este precepto, en el cual se establece que solo podrán ser sujetos activos de este delito (ya sea dentro de su representación dolosa o imprudente) «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas».

Analicemos cada frase del precepto, para así poder determinar o no la responsabilidad en el supuesto planteado:

«Los que» está aludiendo en otras cuestiones, a una pluralidad de sujetos incluidos en el ámbito de las relaciones laborales reguladas dentro del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Tal y como está redactado el enunciado hace posible que sea sujeto activo cualquier persona obligada legalmente, siempre que cumpla con las otras circunstancias que aparecen en el precepto. Siguiendo a Vega López, «el trabajador desde una perspectiva exclusivamente formal, puede también ser responsable si del ejercicio de sus funciones depende la seguridad del trabajo».⁵² Incluso también los delegados de prevención o los miembros del comité de seguridad estarían incluidos.

Analicemos el enunciado «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados»: lo que hace el artículo 316 CP es contener una norma penal incompleta, con una remisión a la normativa extrapenal, que sirve para minimizar la trascendencia del tipo y aseverar una coherencia apropiada entre el precepto y las disposiciones de Derecho laboral dirigidas a promover la seguridad y la higiene en el trabajo. Lo que a nosotros nos importa para comprobar si efectivamente hay o no responsabilidad penal es si existe una norma de remisión en materia de prevención de riesgos laborales por la que se obligue al sujeto en cuestión a actuar; que el sujeto infringió ese deber de no facilitar los medios necesarios; y por su mala actuación puso en peligro la vía o integridad física del trabajador.

¿Qué podemos entender por medios necesarios? La LPRL, dentro de su artículo cuarto nos puede ayudar a resolver esta cuestión un tanto difusa. Dentro de este último precepto mencionado se define la prevención como «el conjunto de actividades y medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo». «Condición de trabajo» se define el en artículo 4.7 de la misma LPRL, como «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador». Con ello lo que se pretende es que el término denominado

⁵² (Vega López, 2004, pág. 424)

«medios» tiene que hacer referencia no solo a instrumentos de protección sino también a medidas de carácter informativo y formativo del personal laboral, la adecuación entre su capacidad y las tareas que se le encomienden, la adecuación de los equipos de trabajo y los medios de protección y la adopción de medidas de urgencia, por ejemplo.

Hemos analizado todos los puntos esenciales del enunciado contenido en el artículo 316 CP, pero nos queda por analizar la expresión «pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física». Para determinar tal extremo (es decir, en relación al peligro), debemos atender tanto al rango de la norma que se ha infringido, como su relevancia material para la seguridad de los trabajadores. Si no hay peligro y siguiendo a Muñoz Conde «la infracción no sobrepasa la condición de ilícito administrativo».⁵³ Si a consecuencia de esta puesta en peligro, ya sea creado dolosamente o por imprudencia (317 CP) con un resultado lesivo para la vida, la salud o la integridad corporal del trabajador, se produce un concurso ideal de delitos del artículo 77 del CP, ya que estaríamos ante dos tipos diferentes.

Después de dejar claras las cuestiones y centrándonos en nuestro caso, podemos decir que efectivamente sí se aprecia responsabilidad penal en el hecho expuesto. La mala decisión del administrador de la empresa en cuestión y la pasividad en la actuación del aparejador de la obra en la práctica de dicha actividad, llevaron a que no se colocara una medida de protección adecuada en el hueco del ascensor por donde el trabajador se precipitó, lo que propició que se originara en esencia el desgraciado accidente de trabajo. Con esta decisión nefasta, se puso efectivamente en peligro la vida del trabajador dentro del hecho expuesto, por lo que apreciar la responsabilidad penal aquí no resulta muy complicado. Además hay que tener en cuenta, que como bien hemos dicho, con el término “medios” al que alude el 316 CP se debe entender por información al trabajador. ¿Se informó al trabajador del peligro que suponía la actividad desencadenante del accidente? En absoluto. Sin duda es clara la presencia en el hecho expuesto de responsabilidad penal.

3.2. Análisis de los posibles sujetos activos del delito

3.2.1. Aspectos generales

En términos generales, podemos decir que la pena en cuestión se impondrá al empresario, en atención a la obligación que este tiene de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, tal y como del artículo 14 de la LPRL se deriva. En caso de que el empresario no sea persona física, estamos ante la presencia de una sociedad, la pena se impondrá a sus respectivos gestores, administradores o directores de la misma. También pueden tener el carácter de sujetos responsables quienes ostenten en su caso obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, estamos hablando de los mandos superiores o intermedios, encargados, técnicos, coordinadores de seguridad, etc. Con respecto a esto último, serán responsables, como bien dice Cassini Gómez de Cádiz «en general todo aquél que asuma obligaciones concretas en materia de seguridad y salud laboral».⁵⁴

⁵³ (Muñoz Conde, 2014, pág. 341)

⁵⁴ (Cassini Gómez de Cádiz, 2014, pág. 102)

3.2.2. Los sujetos concretos

En este punto es donde debemos fijar de manera concreta a quién le correspondería la responsabilidad penal a la que se refieren los artículos del CP que hemos citado, pero atendiendo a nuestro caso en concreto. Si efectivamente hay responsabilidad penal en el hecho expuesto, y tenemos una persona jurídica como es “Construcciones Oleiros S.L”, tenemos que atender necesariamente a lo dispuesto en el artículo 318 CP. En dicho precepto se establece que si se atribuye la responsabilidad del los artículos precedentes al 318 CP a una persona jurídica, serán responsables los administradores o encargados del servicio que hayan causado los hechos en los que se ha originado la responsabilidad penal. También el precepto incluye a las personas que conociendo la mala práctica efectuada en relación a la seguridad del trabajador no hayan hecho nada al respecto.

Como representante legal de la sociedad, en este caso administrador de “Construcciones Oleiros S.L.” tenemos a Don Domingo Fernández Blanco. Por tanto ya hemos identificado al primero de los sujetos activos del tipo penal aquí discutido. En segundo lugar debemos también señalar al aparejador de la obra y coordinador de seguridad, Don Pedro Rodríguez Testón, puesto que su inactividad en relación a remediar la mala decisión adoptada en el hecho expuesto por el administrador tiene un encaje perfecto en el contenido del 318 CP (quienes con conocimiento no actúan en orden a la seguridad del trabajador en cuestión).

3.3. Los delitos y sus penas en el hecho expuesto

3.3.1. Conductas objeto de tipificación dentro del Código Penal.

Para saber cuáles son los delitos y sus penas en este contexto, los artículos clave son el 316 y 317 del CP, cuyo objetivo se reconduce a preservar la vida y salud de los trabajadores. Estos preceptos los encontramos dentro del título XV del Libro Segundo, cuyo título es «delitos contra los derechos de los trabajadores». El primero de los preceptos señalados recoge el tipo doloso, mientras que el segundo el tipo imprudente.

Es importante tener en cuenta, que éstos no son los únicos preceptos que debemos tener en cuenta en lo que a imputación al caso concreto de responsabilidad penal se trata, puesto que tanto los artículos 142, 152 y 621 del CP han de estar presentes dentro de este apartado. A todos ellos nos vamos a referir a continuación de manera pormenorizada.

En el artículo 316 se castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a aquellos que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores lleven a cabo su actividad respectiva con las medidas de seguridad e higiene convenientes, poniendo con ello en peligro la vida de los trabajadores, así como en su caso, su salud o integridad física. Por su parte el artículo 317 castiga con la pena inferior en grado cuando el delito descrito en el precepto preliminar se cometa por imprudencia grave.⁵⁵

⁵⁵ En ambos preceptos lo que se está castigando es que efectivamente se ponga en peligro la vida de los trabajadores, con independencia de que el delito se materialice o no en un resultado lesivo.

El bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, sin entender esta protección como bienes jurídicos de carácter individual, sino como una dimensión colectiva de la vida, la salud y por ende la integridad física de los trabajadores, que es lo que en esencia se pretende a la luz de los dos preceptos del CP que hemos señalado.

Con respecto a la salud, es importante hacer una matización, pues esta ha de entenderse dentro de una perspectiva amplia, es decir, tanto la dimensión física como la psíquica. Esto quiere decir, que por ejemplo el acoso moral estaría dentro de esta dimensión que estamos explicando, ya que de ello se deriva un claro ataque a la salud psíquica de los trabajadores.

Lo que se sanciona en estos preceptos es el hecho de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores lleven a cabo su actividad laboral con las medidas de seguridad e higiene convenientes, por lo que se trata de un delito de omisión cometido por quien viniendo obligado a facilitar esos medios de los que hablamos no lo hace y con esta inactividad pone en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

Lo que observamos de ambos artículos del CP es que no nos dicen cuáles son esos medios necesarios que en su caso debe facilitar el empresario, lo que indica en esencia que estamos ante una norma penal en blanco y con ello lo que debemos hacer para comprender el alcance de estos preceptos es acudir a la regulación correspondiente en materia de prevención de riesgos laborales. En relación a uno de los preceptos citados (316 CP), existe un pronunciamiento muy relevante desde el punto de vista jurídico, del Tribunal Supremo, en el cual se excluía el tipo doloso por la existencia de un Plan de Prevención de Riesgos en la Empresa. Esta sentencia a la que aludimos, no es otra que la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 26 de junio del año 2000.⁵⁶

Además de los delitos de carácter específico contra la salud y la seguridad de los trabajadores, puede haber delitos genéricos por el hecho de que se ocasione un daño para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, como puede suceder en los casos de homicidio por imprudencia o el delito de lesiones (artículos 142 y 152 del CP), además de la falta de lesiones contenida en el artículo 621 del CP.

Serán castigados asimismo con penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años, quienes en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción demolición de edificios, presas, canalizaciones u otras obras de índole similar, o en su conservación, acondicionamiento mantenimiento, incumplan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos y con ello se ponga en peligro la vida, integridad física de las personas o del medio ambiente. Este delito concreto aparece regulado en el artículo 350 del CP y resulta muy importante en nuestro caso el hecho de tenerlo en cuenta, dada la actividad desarrollada por la empresa de este caso planteado, puesto que se trata de una sociedad dedicada a la construcción.

Al respecto, es indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 318 CP, en el cual se recoge la responsabilidad de los administradores, cuando el delito descrito en los artículos precedentes haya sido cometido en el seno de una persona jurídica,

⁵⁶ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1996\3334

como es el caso que a nosotros nos atañe. En relación a esta cuestión, tampoco es importante profundizar mucho más, puesto que ya se ha tratado este tema en apartados anteriores.

3.3.2. Las medidas accesorias

Además de las penas descritas, es decir, las penas principales que los dos preceptos señalados recogen, también se encuentran las penas accesorias, entre las cuales podrían estar las siguientes:

- En primer lugar la clausura de la empresa, de sus locales o establecimientos, ya sea con carácter provisional o definitivo. En cuanto a la clausura de carácter temporal, ésta no podrá ser superior a cinco años.
- La disolución de la sociedad.
- La suspensión de las actividades de la sociedad, cuyo plazo no puede ser superior a cinco años.
- La prohibición de realizar en el futuro actividades.
- La intervención de la empresa con el fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores o en su caso los de los acreedores.

3.3.3. La pena correspondiente en nuestro caso

Aunque ya hemos visto el alcance de las penas que en su caso pudieran corresponder dentro del ámbito de la responsabilidad penal en el marco de un accidente de trabajo, es importante que señalemos como si de un fallo en una sentencia se tratara, de las penas en concreto de las que han de responder los dos sujetos responsables que ya hemos señalado (tanto el administrador de la empresa como el coordinador de seguridad).

Como ya hemos anticipado antes, además de un delito específico contra la seguridad y salud de los trabajadores debemos tener en cuenta que hay una serie de delitos genéricos al producirse un daño para la vida, la salud o integridad física del sujeto, en este caso un trabajador de la construcción. Como en nuestro caso el accidente de trabajo tuvo entre otras consecuencias, las lesiones del trabajador accidentado, debemos señalar que los sujetos responsables serían condenados como autores de un delito contra la seguridad de los trabajadores, previsto en el artículo 316 CP, en concurso ideal con un delito de lesiones, del artículo 152.1. 2º del mismo código.

¿Por qué hablamos en este caso de un concurso ideal de delitos? Pues bien para entender su dimensión debemos explicar de manera breve lo que es un concurso ideal, para poder comprender el hecho de que tuviese su encaje en nuestro supuesto. En palabras de Muñoz Conde «cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos o heterogéneos surge el llamado concurso ideal».⁵⁷

⁵⁷ (Muñoz Conde, 2015, pág.497)

En atención a lo dispuesto por García Ninet «se produce un concurso ideal de delitos cuando la misma conducta dé lugar a la puesta en peligro para la vida, integridad o salud de los trabajadores y además, y como directa consecuencia de ello, a una lesión tangible o a la pérdida de la vida del trabajador afectado». Con respecto al concurso ideal dentro del contexto de un accidente de trabajo hay diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la sentencia de la Sala de lo Penal, de 26 de julio de 2000, entre otras muchas.⁵⁸

Para hablar del supuesto de hecho de este concurso, debemos acudir a su anclaje legal dentro del CP, es decir, hablamos del artículo 77.1. El concurso ideal se da cuando un solo hecho constituye dos o más delitos. Si trasladamos esta explicación teórica a nuestro caso lo vemos mucho más claro, el administrador de la empresa (“Construcciones Oleiros S.L.”) por ejemplo, tomó la errónea decisión de cubrir el hueco del ascensor con unos tableros, por lo que puso en peligro la vida del trabajador y cometió un delito contra la seguridad y la salud de los trabajadores. En este ejemplo se cometen dos delitos (el de lesiones y el ya señalado), por lo que es claro que exista un concurso ideal, ya que este sujeto en cuestión solo ha llevado a cabo una acción que ha desencadenado dos delitos tipificados en nuestro CP.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1. La responsabilidad civil derivada de accidentes laborales

En el artículo 42.1 de la LPRL ya se recoge la responsabilidad de carácter civil del empresario por los daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento empresarial de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. La naturaleza jurídica de esta responsabilidad es privada y el fin principal que persigue es reparar económicamente los daños y perjuicios causados por el incumplimiento que acabamos de citar.

La citada norma sin embargo, no establece ningún criterio con el que poder ver la cuantificación efectiva de los daños, por lo que es imprescindible acudir a lo dispuesto en el Código Civil, en relación a esta materia. En el Código Civil existe la tradicional distinción entre la culpa contractual (artículos 1101 y ss.) y la culpa extracontractual (artículos 1902 y siguientes).

La responsabilidad por daños a su vez se rige por una serie de principios reguladores:

- Principio de la reparación íntegra del daño (artículo 15 de la Constitución), en el que se han de tener en cuenta todos los daños realmente producidos, es decir, tanto de índole patrimonial como morales o de otro tipo.

- El principio de efectividad de las normas preventivas, las cuales verían mermada su eficacia, en el supuesto de no existir mecanismos de exigencia de responsabilidad por los daños derivados a consecuencia del incumplimiento de estas normas.

⁵⁸ Aranzadi WESTLAW, referencia RJ 2000\7920

- Principio de proporcionalidad en la reparación del daño ocasionado, la cual lleva inherente una prohibición de enriquecimiento injusto. A priori puede ser difícil la comprensión de este principio, con respecto a los otros dos, pero basta con poner un ejemplo práctico: en el supuesto de que tras un accidente de trabajo, en el cual se aprecia culpa o negligencia profesional, se realiza la debida cuantificación de los daños, fijándose ésta en 30.000 euros, el principio de proporcionalidad para evitar el enriquecimiento injusto impide que por las distintas vías reparadoras existentes, el trabajador y víctima del accidente de trabajo, pueda percibir una indemnización superior a la cuantía real de los daños ocasionados.

En cuanto a los sujetos responsables de esta responsabilidad por daños derivados de un accidente de trabajo son los que a continuación describiremos:

- Todas aquellas personas, que hayan asumido legal o contractualmente, obligaciones en la materia, incurran en incumplimiento o cumplimiento defectuoso, calificándose dicha responsabilidad con el carácter de contractual.

- Quienes sin asumir deberes concretos en la materia, causen por acción o inactividad daños en la salud del trabajador, es decir, aludimos en ultimo termino aquí a la responsabilidad extracontractual.

- Con carácter general el principal sujeto obligado en lo que respecta a medidas preventivas es el empresario, como deudor de la seguridad social y la responsabilidad que en su caso pudiera derivarse del accidente de trabajo por omisión de medidas de seguridad o bien por una actuación poco adecuada en la materia, responsabilidad que no desaparecerá aunque haya procedido a delegar la actividad preventiva en otra persona. En relación a lo anterior, aludimos a esos casos en los que el empresario delega a favor de terceras personas dependientes del empleador. También será responsable el empresario por el hecho de que exista imprudencia profesional, no temeraria.

En cuanto a los presupuestos para poder exigir responsabilidad contractual, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil, son responsables de la indemnización de daños y perjuicios causados aquellos sujetos que en cumplimiento de sus obligaciones respectivas incurrieran en dolo, negligencia o morosidad. En lo que respecta a la responsabilidad de carácter extracontractual, será responsable de ésta quien por acción u omisión cause un daño a otro, mediando culpa o negligencia, estando obligado a reparar en todo caso el daño causado. De esto último se derivan una serie de requisitos comunes a ambas culpas recogidas en el Código Civil:

- En primer lugar, la existencia de un daño, entendiéndose en este sentido las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo o con ocasión de una actividad de carácter laboral, incluyéndose dentro de este concepto de daño tanto los que tiene carácter personal como patrimonial.

- Existencia de una acción o inactividad atribuible al sujeto responsable de la que se deriva el daño efectivamente ocasionado.

- Relación causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo. Con respecto a esta relación de causalidad, es importante señalar, que la imprudencia temeraria del trabajador tras producirse un accidente de trabajo por ejemplo, supone la ruptura definitiva de esta relación causal de la que hablamos y con ello exime a la empresa de cualquier tipo de responsabilidad en este punto.

En cuanto a los daños resarcibles, debemos hacer dos clasificaciones, según se trate de daños patrimoniales o daños de carácter personal. En el caso de la primera de las clasificaciones, debemos diferenciar a su vez entre daño emergente (pérdida de ganancias como consecuencia del accidente o incremento de los gastos a consecuencia del mismo) y el lucro cesante, es decir, las ganancias dejadas de percibir por del accidente de trabajo acaecido. En el caso de los daños de carácter personal, se incluyen tanto los de índole física, es decir, lesiones o incapacidades que afecten al trabajador, como los daños morales.

Por último, en relación a esta cuestión, existen una serie de criterios para poder llevar a cabo la cuantificación del daño. Al respecto, existe un principio de acreditación del daño y de la cuantía de su reparación. Deben acreditarse de forma fehaciente los daños a resarcir y el importe total de la indemnización exigible. En el caso de los daños de carácter patrimonial, el trabajador debe demostrar qué ganancias ha dejado de obtener tras el accidente de trabajo, además de aquellos gastos adicionales a consecuencia del mismo, sin olvidar el importe del lucro cesante en cuestión. En lo que respecta al daño moral, la cuantificación resulta muy dificultosa, quedando casi al libre arbitrio judicial.⁵⁹

En relación a esta cuestión, es importante saber si en caso de un accidente laboral atendemos a la responsabilidad contractual o extracontractual. Si bien es cierto que en cuanto al orden jurisdiccional competente en relación a esta cuestión, con la Ley 36/2011 se ha llegado a una solución, atribuyendo al orden social la competencia en materia de responsabilidad civil empresarial derivada de accidente de trabajo, incluso cuando se demanda al empresario y a la aseguradora.

Es muy importante saber qué responsabilidad concreta juega aquí, puesto que la calificación jurídica en uno u otro caso no será la misma. El incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual supone infringir una mandato plasmado en ese acuerdo de voluntades y por otra banda tenemos la trasgresión del deber general de no dañar a otro del que nace la responsabilidad extracontractual, ¿por qué es preciso saber cuál es la reflejada en el accidente de trabajo? Pues por las siguientes cuestiones que explicamos a continuación:

En primer lugar, en cuanto a la jurisdicción competente, si la responsabilidad es efectivamente contractual, serán los Tribunales de lo Social los encargados de entender de esta cuestión. Por el contrario si la responsabilidad es extracontractual, serán los Tribunales del Orden Civil los encargados de la resolución de la posible responsabilidad empresarial. Siguiendo a Casas Planes «las leyes procesales no han reunido en cuenta, hasta ahora, la naturaleza jurídica de la reclamación en orden a atribuir la competencia jurisdiccional para resolver acerca de la indemnización por accidente laboral a un orden u otro».⁶⁰

Otra de las cuestiones que dependen de optar por una u otra responsabilidad es la normativa aplicable, en el caso de la responsabilidad civil por hecho propio: si estamos ante responsabilidad contractual, se atiende a lo dispuesto en el artículo 1101 del CC o

⁵⁹ Esta libertad de fijación del importe del daño moral hace que los órganos judiciales se vean en la obligación de acoger el sistema de baremo correspondiente a la legislación reguladora de accidentes de tráfico, que aporta una mayor seguridad en la cuantificación de la reparación. Dicho criterio no tiene carácter de exclusivo en esta materia.

⁶⁰ (Casas Planes, 2013, pág.58)

el artículo 50.1 c del ET y si por el contrario estamos ante responsabilidad extracontractual hay que atender a lo dispuesto en el artículo 1902 y ss. CC. En cuanto a la responsabilidad por hecho ajeno, el principio de la responsabilidad objetiva derivada del daño causado por el auxiliar del empresario o la persona con la que está contractualmente vinculada el empresario, o el 1903 del CC en relación a la responsabilidad empresarial por culpa in vigilando.

También el hecho de decantarse por una u otra responsabilidad incide en la cuantía de la obligación indemnizatoria, con respecto a la responsabilidad contractual se debe distinguir según el deudor incumpla con culpa o dolo, a tenor de lo dispuesto en el 1107 del CC en el que la responsabilidad del deudor de buena fe de los daños y perjuicios deriva solamente, de los que se hayan podido prever al realizar el contrato y sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. En cambio el deudor de mala fe responde de todos los que conocidamente se deriven de ella. En la responsabilidad extracontractual la cuantía de la indemnización no es modulable en atención al principio de reparación integral del daño.

También una u otra responsabilidad tiene diferentes plazos de prescripción en relación a la acción con la que exigir a los Tribunales la indemnización correspondiente. En cuanto a la responsabilidad contractual, el plazo es de un año en relación a las acciones derivadas del contrato de trabajo. En relación a esto último, hay quienes afirman que el plazo de prescripción no abarca el año sino quince años a tenor de lo dispuesto en el 1964 del CC. En cuanto al plazo de prescripción de la responsabilidad civil extracontractual también hay que señalar que es de un año.

Después de ver la calificación jurídica de una u otra responsabilidad, ¿cuál es la aplicable en orden a este accidente de trabajo? Aún no podemos contestar a esta cuestión sin antes observar de manera detenida la opinión doctrinal al respecto. Un sector de la doctrina considera que en casos como el nuestro, debemos atender a una responsabilidad extracontractual porque el daño acaecido no deriva de un incumplimiento de naturaleza contractual, puesto que solo es un resultado dañoso a consecuencia de un hecho realizado dentro de la actividad laboral ordinaria, para este sector de la doctrina el orden competencial debe ser el civil.

Existe otro sector doctrinal que atiende a la responsabilidad contractual, apoyándose en el artículo 1258 del CC, en donde se establece que el contratante se obliga, no solo con respecto a las obligaciones pactadas en el contrato sino también a las llamadas obligaciones accesorias, derivando estas últimas de la fuerza de la ley y del principio general de buena fe adscrito a este artículo del Código civil. De todo lo expuesto se deriva que para este sector de la doctrina, es el orden social el encargado de resolver la cuestión que aquí estamos debatiendo.

4.2. La resolución de la responsabilidad civil

Sin duda, una de las cuestiones más difíciles de resolver es esta, es decir, el orden jurisdiccional competente para resolver la reclamación por daños derivados de accidente de trabajo. Tanto la jurisdicción civil como la social se declaraban competentes en relación a esta materia. Esta circunstancia no solo significaba un problema en relación a la delimitación del orden jurisdiccional, además suponía que sendos órdenes (civil y social) aplicaban criterios dispares en lo relativo a la cuantificación de los daños que en

su caso se derivaban de un accidente de trabajo. Siguiendo lo dispuesto por Romero Rodenas, esta falta de determinación del orden competente va «generando lógicamente una notoria inseguridad jurídica».⁶¹

Antes de resolver esta cuestión, es importante analizar las diferentes posturas anteriores a la Ley 36/2011, pues en este texto legal, la solución a este debate se zanja, sin embargo a nosotros lo que nos interesa explicar ahora, es el significado y trascendencia de esta dualidad de posturas, tan relevante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de las teorías que abogan por la atribución jurisdiccional del orden civil, debemos distinguir dos posturas, una mayoritaria y otra minoritaria. En relación a la primera, podemos ver algunas de las razones que en su momento llevaron a los tribunales civiles a considerarse competentes en orden a la responsabilidad acaecida tras un accidente de trabajo:

- Puesto que dentro del Sistema de Seguridad Social ya se contempla la responsabilidad laboral, en orden a las prestaciones que en su caso correspondan, los preceptos que permiten la posibilidad de interponer una demanda de responsabilidad complementaria se refieren de forma expresa a una presunta responsabilidad civil, siendo esta sin duda la responsabilidad civil extracontractual consagrada en el artículo 1902 del CC.⁶²

- Otro de los argumentos a favor de la competencia del orden civil en esta materia versaba sobre la idea de que el accidente laboral como tal no se encontraba dentro de la esfera del contrato de trabajo, ya que se entendía que el daño sufrido por el trabajador no era el resultado de un incumplimiento contractual, por lo que debía entender el orden civil en atención a su carácter residual y extensivo.⁶³ Con lo anterior lo que se pretende explicar es que los daños que un trabajador pudiere sufrir por mor de un accidente de trabajo, quedan fuera del contenido de la órbita laboral, tratándose de un caso equivalente a los daños que puede sufrir una persona cualquiera en otra situación diferente, por lo su conocimiento corresponde al orden civil.

- Otro de los motivos y a su vez llamada teoría jurisprudencial de la opción consiste en que para proteger mejor a la víctima, el daño que esta reciba supone una violación de una obligación de naturaleza contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otra persona, esto según esta teoría supone una yuxtaposición de responsabilidades y con ello el ejercicio de acciones de manera alternativa y subsidiaria según se opte por una acción en relación a una responsabilidad contractual o no. Esta teoría permite incluso que se ponga en manos del juzgados en cuestión para que estos apliquen las normas adecuadas siempre que con ello se esté favoreciendo a la víctima y además un resarcimiento del daño causado lo más extenso y completo posible.

Después de ver algunos de los argumentos que los Tribunales de la época emitían con la intención de justificar la atribución competencial en relación a la materia, vamos a ver cuáles eran los argumentos defendidos por otra línea jurisprudencial, pero en este

⁶¹ (Romero Rodenas, 2014, pág. 118)

⁶² El precepto que alude a esta presunta responsabilidad civil, no es otro que el artículo 127 de la LGSS.

⁶³ Como dice Casas Planes «todo ello con base en el carácter extensivo que tiene la jurisdicción civil para todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, siguiendo el artículo 9.2 y 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ».

caso minoritaria. Hay una parte de la jurisprudencia civil de la época anterior a la LJS, que aunque minoritaria, rechaza la atribución competencial a favor del orden civil en lo relativo a la responsabilidad dimanante de un accidente de trabajo, cuando el daño hubiera sido la consecuencia de una vulneración de la normativa de seguridad e higiene, supuesto en el que esta línea jurisprudencial afirmaba la competencia de los Tribunales de lo Social.

Aunque ya hemos visto el primero de los argumentos a favor de la atribución competencial del orden social, analizaremos a continuación los diferentes argumentos a favor de la jurisdicción social, en base a la teoría de la incompatibilidad de acciones o teoría de la absorción. En primer lugar, debemos decir que la sala de lo Social del Tribunal Supremo, está a favor de la competencia del orden social en lo relativo a la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo de la cual estamos a tratar, siempre que el daño esté vinculado a una conducta relacionada directamente con el contenido obligación del contrato de trabajo.

Además dentro de este punto en el cual la preferencia es el orden social tenemos entre otros argumentos, el siguiente del Tribunal Supremo en el cual vemos un claro rechazo a la teoría de la opción antes explicada por la jurisprudencia mayoritaria a favor del orden civil. El argumento del que hablamos es el siguiente: «al estar en presencia de una deuda de seguridad del patrono, es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole el deber de garantía que entraña la culpa contractual, y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral».⁶⁴

Pero todo este entramado de asunción de competencias ha sido resuelta casi de manera contundente, con la llegada de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS). En la citada LJS, en su artículo 2 b) se atribuye al orden social la competencia para conocer de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus herederos contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por aquellos daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tenga su causa en un accidente de trabajo o enfermedades profesionales, incluyéndose además la acción directa contra la aseguradora.⁶⁵

La redacción de este artículo ha sido redactada para que sea también la jurisdicción social la competente para conocer de la acción de responsabilidad cuando se dirija contra otras personas que no estén ligadas contractualmente con el trabajador, como es el caso del promotor o un director técnico. También ha sido muy discutida la competencia en relación a estas terceras personas a las que aludimos, por lo que de nuevo el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de diciembre de 2012, de la sala de lo social⁶⁶, ha afirmado la competencia de la jurisdicción social cuando la reclamación se dirija frente al empresario y otros terceros que intervengan, aunque éstos terceros sean

⁶⁴ STS de 23 de diciembre de 1993 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1993\10131) y de 4 de abril de 1994 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1994\3196).

⁶⁵ Artículo 2.1b) de la LJS.

⁶⁶ (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2012\392624)

ajenos a la relación de trabajo, dentro eso sí de la obra en la cual tiene lugar el accidente de trabajo.⁶⁷

Por tanto, si la jurisdicción social es efectivamente la competente, como ha quedado de manifiesto y la normativa aplicable es la del artículo 1101 CC, es decir la de la responsabilidad contractual, la duda sobre qué jurisdicción es la correcta y qué responsabilidad concreta es la idónea, está más que resuelta. Esta extensión de la competencia tiene su razón de ser, entre otras cosas, en el hecho de que el orden jurisdiccional social es la jurisdicción especializada en lo que a materia de prevención de riesgos laborales se refiere, de ahí la atribución de competencias plenas en dicha materia, con el fin de garantizar el cumplimiento de la deuda de seguridad, tanto por parte del empresario como de aquellos terceros que tengan una obligación de colaborar o atender dicha deuda de seguridad.

Hemos tratado todo este engranaje de atribuciones competenciales y resuelta la duda gracias al artículo 2 de la LJS no tenemos ninguna oscilación más, sin embargo ¿qué órgano concreto es el competente para resolver esta cuestión? Para contestar a esta pregunta es indispensable acudir a las reglas sobre competencia funcional y competencia territorial dentro del orden jurisdiccional social.

En primer lugar, debe analizarse la estructura orgánica de este orden jurisdiccional, antes de proceder a señalar el órgano concreto que resolverá la responsabilidad civil existente en el caso planteado. Cuando hablamos de estructura orgánica hacemos referencia a los Juzgados y Tribunales existentes en el orden jurisdiccional social. Las funciones que a cada uno de estos órganos se le atribuyen aluden a la competencia funcional y por último la distribución de carácter territorial de los asuntos entre aquellos órganos con la misma competencia funcional, nos traslada en último término a la competencia territorial.

La estructura orgánica a la que hemos hecho referencia encuentra su encaje dentro de los artículos 59, 67, 75, 92 y 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), además de estar también presente en los artículos 6 a 11 de la LJS. Dentro del orden jurisdiccional social, tenemos como órganos integrantes, el Juzgado de lo Social, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y por último la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Nosotros, vamos a centrar nuestra atención en los Juzgados de lo Social. Los Juzgados de lo Social son el órgano esencial dentro del orden jurisdiccional social. Su encaje legal se encuentra dentro de los artículos 92 y 93 de la LOPJ, además de estar presente dentro del artículo 6 de la LJS, precepto que abre su regulación en esta ley. La competencia funcional de estos juzgados se basa esencialmente en conocer en única instancia de todos aquellos asuntos atribuidos al orden jurisdiccional social, no atribuidos a otros órganos dentro de la LJS y también en la Ley Concursal.

En cuanto al ámbito territorial en que normalmente desarrollan su actuación se encuentra la provincia, en la cual existen uno o varios Juzgados de lo Social. Pero esta variedad con respecto al número de Juzgados de lo Social con la misma competencia

⁶⁷ Estos terceros intervinientes a los que alude la sentencia del Tribunal Supremo son el arquitecto y arquitecto técnico, que dada la casualidad se podría aplicar este contenido jurisprudencial en nuestro caso planteado.

funcional, también suscita diversos problemas, de ahí que la LJS tenga que distribuir los asuntos entre los diferentes Juzgados de lo Social dentro de un concreto espacio geográfico con arreglo a criterios de territorialidad. Las reglas en relación a estos criterios de territorialidad las encontramos dentro del artículo 10 de la LJS.

Hemos determinado donde se resolvería esta responsabilidad, pero no cómo sería el procedimiento. A grandes rasgos podemos decir que el cauce normal será la interposición de una demanda en reclamación de cantidad y el procedimiento se limitará, al traslado de la susodicha demanda a las partes demandadas y la posterior citación para la celebración del juicio correspondiente. En dicho juicio, las partes contestarán a las pretensiones efectuadas por el demandante y de forma previa a la práctica de la prueba propuesta por las respectivas partes y admitida por el Juzgador, se procederá a dictar sentencia, con posibilidad de ser recurrible.

5. LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL RECARGO DE PRESTACIONES

5.1. La responsabilidad del recargo de prestaciones

Sin duda, otra esfera de cuestiones que giran en torno al recargo de prestaciones es la concreción del sujeto responsable, cuestión que debemos resolver en este apartado y que en principio no reviste problema alguno en cuanto a su determinación. Este tipo de responsabilidad recaerá directamente sobre la persona del empresario infractor, la cual no es susceptible de aseguramiento de ningún tipo, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice a efectos de cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad específica del empleador. Dentro de la LGSS, esta responsabilidad se encuentra plasmada en el artículo 123 y en el artículo 83.1 del Real Decreto 2064/1995 por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización.

El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad es en sí una pena o sanción que se añade a una prestación, previamente establecida y cuya imposición solo es atribuible, de forma exclusiva a la empresa que incumple sus deberes en materia de seguridad e higiene dentro del contexto de la actividad laboral.⁶⁸

En este punto y dada la configuración de nuestro supuesto, tenemos que tratar el siguiente punto, es decir, en el caso de las subcontratas y contratatas. Aquellas empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras u otros servicios llevados a cabo en los propios centros de trabajo⁶⁹ responderán de manera solidaria con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento, durante el período que dure la contrata, de las obligaciones recogidas en la LPRL con respecto a los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo correspondientes a la empresa principal. Lo anterior ha de entenderse siempre y cuando la infracción se haya producido dentro del centro de trabajo del empresario principal.⁷⁰

⁶⁸ Así lo ha recogido la STS de 14 de febrero de 2001 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001\2521).

⁶⁹ Artículo 24.3 de la LPRL.

⁷⁰ Artículo 42.3, párrafo 1º, de la LPRL.

De nuevo, no hay que olvidar que esta responsabilidad es directa en la persona del empresario infractor, sin que sea posible de modo alguno, su transmisión dentro de los supuestos de sucesión de empresa. Si, efectivamente en el caso de sucesión de empresa, la idea era la expuesta, pero recientemente, esta idea ha sido rectificada por el Tribunal Supremo, por lo que el recargo de prestaciones por falta de medidas de preventivas sí se transmite en caso de sucesión de empresas.⁷¹ Sin duda, dada su trascendencia dentro del ámbito del Derecho de la Seguridad Social y por ser tan reciente es conveniente que expliquemos algunos puntos sobre este nuevo parecer del Tribunal Supremo:

- En aquellos caso en los que hay una sucesión de empresa, conlleva la transmisión de la responsabilidad de la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad laboral, a pesar de que ese incumplimiento se hubiese producido antes de la fecha de sucesión de la empresa en cuestión y concretada en la imposición de un recargo de prestaciones de Seguridad Social a que hubiese lugar.

- La transmisión de la responsabilidad no sólo opera respecto de las prestaciones causadas en el momento de producirse la fusión, sino también respecto de las que estén aún por reconocerse y también de las que se estén generando, con independencia de que la fecha de su reconocimiento sea posterior a la fecha en que tuviere lugar la sucesión.

- La transmisión de la responsabilidad del recargo de prestaciones opera no solo en los casos de fusión por absorción, sino que además se extiende a los supuestos de fusión por constitución, a los casos de escisión, a todas las modalidades de transformación y también en general, en cualquier supuesto de cesión global de activos y pasivos desde la empresa sucedida a la sucesora.

5.2. Pluralidad empresarial en el recargo de prestaciones

Una vez explicado el recargo de prestaciones, estableciendo quien a efectos legales es el responsable o mejor dicho sobre quién recae su imposición, es indispensable que traslademos ahora todo lo expuesto a nuestro supuesto planteado. Para ello, es necesario que identifiquemos quién es en nuestro caso el empresario infractor y qué pasa en caso de contratas o subcontratas, cuestión también presente en el caso.

A lo largo de la redacción del supuesto, lo único que observamos es que se habla de la imposición del recargo a la empresa, por lo que se podría entender de manera implícita que lo que se nos quiere decir en la descripción de este supuesto es que “*Construcciones Oleiros S.L*” sería la empresa responsable en lo que al recargo de prestaciones se refiere. Pero no debemos dejarnos confundir por el modo en que se ha redactado este caso, puesto que “*Construcciones Oleiros S.L*” es una empresa contratada para la construcción de un edificio en A Coruña, dato muy importante para poder llegar a una solución correcta al respecto.

Lo que no podemos es hablar de una promotora que no existe de manera expresa en el caso, es decir, nosotros entendemos que hay una promotora, que contrata a “*Construcciones Oleiros S.L*” para la efectiva construcción del citado edificio en la ciudad de A Coruña. ¿Por qué aludimos a una figura que no se encuentra de manera

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2015\1250).

expresa en nuestro caso? Solo nombramos la figura del promotor por las innumerables teorías y problemáticas alrededor de la imputación de responsabilidades entre ésta figura y la del contratista. Pero si no se indica nada al respecto en nuestro supuesto no debemos desviar nuestra atención en una figura que ni siquiera es nombrada, con que expliquemos algunas cuestiones en relación a la misma, es más que suficiente.

Nosotros vamos a centrar nuestra atención en la figura del contratista o constructor en este caso, porque estamos dentro del ámbito de la prevención de riesgos laborales dentro del sector de la construcción. ¿Qué entendemos por constructor? Pues según el artículo 11 de la Ley de Ordenación de la Edificación, «el constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato».

También encontramos una definición de la anterior figura en el RD 1627/97, en concreto, en el artículo tres, donde se establece que «el constructor es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato».

La figura que hemos definido a través de estos dos preceptos legales, es la que en nuestro caso se proyecta en “Construcciones Oleiros S.L”. El constructor es el responsable de que la obra se lleve a cabo con todas las medidas de seguridad adecuadas para que los trabajadores que se encuentren dentro del centro de trabajo, lleven a cabo sus funciones con la mayor seguridad e higiene posibles.

En el caso de las contratas y las subcontratas, saber a quién corresponde la imposición del recargo de prestaciones es una cuestión muy difícil en orden a una única solución. Existe una serie de teorías al respecto, posturas que se han presentado hace años, que explicaremos a continuación para entender mejor la dimensión de esta concurrencia de empresas, aunque no se pueda aplicar a nuestro caso:

- En primer lugar, tenemos un criterio tradicional, en el cual se establece que la empresa principal no responde ante el trabajador. Dentro de esta línea básicamente lo que se pretendía explicar era que cada empresa debe asumir la responsabilidad en orden a la seguridad de sus respectivos trabajadores, así como la prevención de sus riesgos. Si nos fijamos en la redacción actual del artículo 42.2 del ET, redacción que no coincidía de manera taxativa con la época en que se desarrolló esta teoría (aunque su esencia prevalece en orden a la responsabilidad o no del empresario principal), vemos como se establece que el empresario principal, responde de manera solidaria de las obligaciones en relación a la Seguridad Social que en su caso hubieran contraído los contratistas y subcontratistas, durante el período de vigencia de la contrata. ¿Cómo justificó esta cuestión esta postura tradicional? Pues argumentando que esas obligaciones a las que se refiere, en materia de Seguridad Social son las de afiliación, altas, bajas y de cotización, no el recargo de prestaciones.

- Existe otra postura, por la que se establece la responsabilidad en cuestión de la empresa infractora. Siguiendo este criterio serían condenados ambos empresarios, siempre que las obras o servicios contratados sean de la misma actividad, que el accidente se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal y siempre que las normas de prevención, vigilancia y control hayan sido asumidas contractualmente por la empresa principal. Siguiendo la línea de esta postura, el artículo 42.2 ET antes

mencionado, debería interpretarse en un sentido amplio y por tanto, las obligaciones a las que alude el precepto en materia de Seguridad Social, también se incluirían el recargo de prestaciones.

- En tercer lugar, dentro de este análisis de posibles responsabilidades, tenemos una tercera postura, en la que aparecen pronunciamientos del Tribunal Supremo, en los que se consideraba a ambos responsables, es decir, empresa principal y contratista. En base a esta teoría, se explicaba que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta última, pero sin embargo, en el desarrollo de la actividad laboral, podría darse el caso de que una situación negligente del empresario principal repercutiese en el empleado de la empresa contratada o que su actuación fuere incluso la desencadenante del accidente de trabajo de este empleado.

- Por último, existe otra línea o teoría al respecto, en la que se imputa de manera exclusiva la responsabilidad del recargo a la empresa principal, ni siquiera solidariamente a la empresa a la que pertenece el trabajador accidentado en cuestión. Sin duda, esta postura es muy arriesgada, puesto que exonerar de toda responsabilidad a la empresa a la cual pertenecería el trabajador es del todo discutible y habría que analizarlo en un caso muy específico.

Después de todo lo expuesto, no tenemos duda de que determinar el empresario responsable del recargo en caso de que existan contratas o subcontratas es algo muy complejo, y que en cierta forma, tal y como en su día señaló Sempere Navarro, «tiene mucho que ver con la opción que se haya elegido en cuanto a la naturaleza jurídica del recargo». ⁷² Lo que este autor nos quería decir con esto es que si nosotros asimilamos el recargo con una sanción administrativa ⁷³, será solo el empresario del trabajador el responsable; si consideramos el recargo dentro del marco de las indemnizaciones serán responsables los que hayan generado las lesiones al trabajador.

5.3. La responsabilidad del empresario infractor

Hemos explicado algunos detalles de la problemática que supone imputar a un ente cuando existen varios implicados. En nuestro caso, vamos a dejar a un lado la figura del promotor (ya que no es nombrada en nuestro caso planteado) ni tampoco nos vamos a parar en la figura de una subcontrata, puesto que en nuestro caso tampoco está presente, en ningún apartado.

Llegar a una solución, en nuestro caso, es tan simple como fijarse de nuevo en lo dispuesto en el artículo 123 de la LGSS, en el cual se establece que el responsable de este recargo de prestaciones es el empresario infractor en materia de seguridad y salud laboral. ¿Quién es en este caso el empresario infractor? Pues es “Construcciones Oleiros S.L”, puesto que fue quien cometió la infracción referida a la esfera de la salud y la seguridad laboral.

⁷²(Sempere navarro, 2001, pág. 94)

⁷³ Con equiparar el recargo a una sanción administrativa, se está aludiendo al hecho de entender incluido el recargo de prestaciones dentro del ámbito del « ius puniendi » del Estado.

Por lo tanto será la constructora que figura en nuestro caso práctico la encargada de abonar el recargo de manera exclusiva⁷⁴, sin que exista responsabilidad subsidiaria del INSS. Todo ello podemos justificarlo en base a la naturaleza propia del recargo de prestaciones y en esencia a su razón de ser, como es el hecho de sancionar a la empresa que no tiene en cuenta sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Esta idea se reflejó ya hace muchos años, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 2 de octubre del año 2000.

Es curioso, en relación a lo anterior, ver cierta jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que sí condenaban subsidiariamente al INSS.⁷⁵ Para estos tribunales el hecho de condenar al INSS de manera subsidiaria supone tal y como señala Sempere Navarro, «un anticipo de la prestación sin perjuicio del derecho de la Entidad Gestora al reintegro frente al empresario insolvente, por tratarse de prestaciones de Seguridad Social y aparecer el INSS como destinatario legal de las prestaciones den defecto de beneficiarios».

⁷⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (*Aranzadi, WESTLAW, referencia RJ 2011\6561*) señaló lo siguiente: «si bien el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional (...), sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora».

⁷⁵ STSJ Madrid 10 de septiembre de 1993 (*Aranzadi, WESTLAW, referencia RJ 1993\4170*), STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 1993 (*Aranzadi WESTLAW, referencia RJ 1993\3942*).

Conclusiones

El accidente laboral es sin duda un tema muy confuso. Después de analizar cada punto, hemos descubierto la complejidad de un tema, que parecía simple jurídicamente. Sin haber analizado la normativa y jurisprudencia, puede parecer un tema del todo sencillo, pero tras el análisis efectuado, vemos como no es así. El accidente laboral plantea muchas hipótesis posibles, muchos interrogantes. La dificultad de analizar de manera correcta las consecuencias legales derivadas de un accidente de trabajo se complica si además nos encontramos en un sector como es el sector de la construcción.

El sector de la construcción presenta determinadas peculiaridades que hacen muy difícil la aplicación del conjunto de normas en materia de prevención de riesgos. ¿Por qué surge esta dificultad? Pues en gran medida, por las razones que podemos exponer a continuación:

En primer lugar, el centro de trabajo varía en función de las diferentes obras confeccionadas.

En segundo lugar, puede suponer una dificultad en la coordinación de la actividad de prevención por el hecho de que dentro del ámbito de la construcción existan muchos trabajadores pertenecientes a empresas distintas, como es el caso de las contratistas, subcontratistas, etc.

En tercer lugar, la formación de los trabajadores dentro de este sector, por lo general, presenta unos índices muy bajos, lo que supone una carencia exorbitante de cultura preventiva dentro del ámbito laboral.

En cuarto lugar, las condiciones laborales en el sector de la construcción, son extremas, sobre todo a consecuencia de circunstancias ambientales, lo que supone un menoscabo a la hora de reaccionar ante acontecimientos que exceden de lo previsto.

De todo lo expuesto, y que a mi modo de ver era necesario incluir, aunque dentro de las conclusiones de este trabajo, la prevención en el sector de la construcción es muy complicada por las circunstancias antes enumeradas y por la gran disgregada normativa que rodea a este sector. No sabemos si por todo lo expuesto o como consecuencia de ello, el sector de la construcción está en el ápice de la siniestralidad laboral, siendo más probable la existencia de un accidente laboral en este ámbito que en otro tipo de sectores.

Bibliografía

AUTORES

Albiol Ortuño, M., Alfonso Mellado, C., Blasco Pellicer, A., & Goerlich Peset, J. (2015). *Derecho Procesal Laboral* (Undécima ed.). Valencia: Tirant lo blanch.

Blasco Lahoz. (2014). *Curso de Seguridad Social* (Sexta ed.). Valencia: Tirant lo blanch.

Casas Planes, D., & Martín Casals, M. (2013). *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing* (Primera ed.). Pamplona: Civitas.

Cassini Gómez de Cádiz, J. (2014). *Practicum Prevención de Riesgos Laborales* (Primera ed.). Pamplona: Lex Nova.

Cortés Díaz, J.M. (2005). *Técnicas de Prevención de Riesgos Laborales* (Octava ed.). Madrid: Tébar.

García Ninet, J.I. (2005). *Manual de Prevención de Riesgos Laborales* (Segunda ed.). Barcelona: Atelier.

Martínez Girón, J., Arufe Varela, A., & Carril Vázquez, X. (2013). *Derecho de la Seguridad Social* (Tercera ed.). A Coruña: Netbiblo.

Moreno, Catena, V., & Cortés Domínguez, V. (2015). *Derecho Procesal Penal* (Séptima ed.). Valencia: Tirant lo blanch.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal Parte General* (Novena ed.). Valencia: Tirant lo blanch.

Rodríguez-Piñeiro, M. (2014). *Legislación laboral y de Seguridad Social* (Decimosexta ed.). Madrid: Tecnos.

Sempere Navarro, A., & Martín Jiménez, R. (2001). *El recargo de prestaciones* (Primera ed.). Pamplona: Aranzadi.

Vega López, J. (2004). *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales* (Primera ed.). Gran Canaria: Instituto Canario de Seguridad Social.

Otras fuentes de información

INTERNET

www.boe.es

www.poderjudicial.es

www.seg-social.es

www.westlaw.es