

TRABAJO EFECTUADO POR:

ÁNGEL CEA AYALA

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario:

- CONSIDERACIONES PREVIAS.
- ENUNCIADO.
- CUESTIONES PLANTEADAS.
- SOLUCIÓN.
 1. Derecho del trabajador a la percepción de pensión por incapacidad permanente total.
 2. Grado y cuantía de la pensión de incapacidad permanente total.
 3. Procedimiento de declaración de la situación de invalidez.

4. Empresa/s responsable/s del pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.
5. Trámites a seguir para plantear reclamación ante el Juzgado de lo Social.
6. Responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el pago del recargo.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente supuesto práctico tiene como finalidad esencial el planteamiento de una serie de cuestiones acerca de los casos, cada vez y por desgracia más frecuentes, de accidentes de trabajo que afectan en mayor medida al sector de la construcción.

Las cuestiones planteadas y resueltas al hilo del enunciado propuesto admiten diversas soluciones y, aun cada una de aquéllas, permite distintos matices a la hora de aplicar la norma.

No se trata por tanto de plantear soluciones incontrovertidas, sino que aquéllas permiten diferentes interpretaciones sin perjuicio de que en este trabajo el autor dé su opinión particular apoyada muchas veces en criterios tanto administrativos como judiciales. En relación a este último aspecto citaremos determinadas resoluciones judiciales que resuelven temas análogos al ahora planteado.

ENUNCIADO

Don Pedro García López, de 42 años, trabajaba por cuenta ajena en una empresa de la construcción como peón albañil, y figuraba como consecuencia de lo anteriormente expuesto, afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

El día 5 de noviembre de 1995 sufre un accidente de trabajo al caer del andamio en el que estaba desarrollando su actividad laboral.

A consecuencia del accidente de trabajo se inicia el correspondiente expediente de declaración de invalidez permanente, ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El trabajador accidentado sufría como lesiones derivadas del accidente de trabajo las siguientes: limitación en la movilidad de ambas piernas, así como de la cadera izquierda, para andar y, tras el accidente, requiere la ayuda de un bastón. Al mismo tiempo y a consecuencia del golpe en la cabeza sufre severas limitaciones en la vista del ojo derecho y torcimiento del tabique nasal.

A efectos de causar el correspondiente derecho a la pensión de invalidez permanente y de cara a la base reguladora se tendrá en cuenta la cantidad de 1.153.944 pesetas al año, resultado del período computable en el año anterior al momento del hecho causante o accidente de trabajo.

La empresa para la que desarrollaba sus funciones se encontraba asegurada con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y en el momento de ocurrir el accidente de trabajo estaba al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social.

Tras un período de incapacidad temporal, la Seguridad Social dictó resolución reconociendo a don Pedro el grado de invalidez permanente total para su profesión habitual de albañil. La citada resolución declaraba responsable del pago de la prestación a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. De los hechos, y tras la intervención de la Inspección de Trabajo, se impuso a la empresa el recargo del 30% en las prestaciones de la Seguridad Social, en este caso más concretamente en la pensión de invalidez permanente total.

El trabajador disconforme con tal declaración inicia los trámites para recurrir.

La empresa constructora se encontraba al mismo tiempo disconforme con la sanción impuesta, consistente en el pago del recargo en las prestaciones de la Seguridad Social.

Las obras en las que se produjo el accidente de trabajo habían sido adjudicadas mediante concurso público por la Administración a la empresa Z, que a su vez subcontrató su ejecución a la empresa R, en la que prestaba sus servicios el trabajador accidentado.

El andamio desde el que cae el trabajador accidentado carecía de las necesarias medidas de protección, por lo que a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se tramitó el correspondiente expediente sobre falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, habiéndose dictado resolución por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando la responsabilidad empresarial en el pago del recargo.

La empresa, disconforme con tal declaración, presenta la correspondiente reclamación con el fin de que si en su día no fuera adoptada aquélla, poder acudir a la vía judicial.

CUESTIONES PLANTEADAS

1. ¿Tendría derecho el trabajador a la prestación por invalidez permanente?
2. ¿En caso de tener derecho, en qué grado y en qué cuantía?
3. ¿Cuáles serían los trámites que deberían seguirse para ello?
4. ¿Cuál o qué empresas tendrían que hacer efectivo el pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo?
5. ¿Qué trámites deberían seguirse ante el Juzgado de lo Social en reclamación contra la actuación administrativa?
6. ¿Alcanzaría algún tipo de responsabilidad al INSS en relación al pago del recargo impuesto por infracción de las medidas de seguridad de la empresa?

SOLUCIÓN

1. Derecho del trabajador a la percepción de pensión por incapacidad permanente total.

¿Tendría el trabajador accidentado derecho a la percepción de la pensión por invalidez permanente derivada de accidente de trabajo?

Las lesiones que sufre el trabajador quedan relacionadas en el enunciado de este caso práctico. El procedimiento para la declaración de la invalidez permanente, que analizaremos más adelante, indica con claridad qué pasos deben seguirse para su declaración.

La invalidez permanente total queda definida legalmente en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, como aquella que incapacita al trabajador para su profesión habitual, que se entenderá en caso de accidente de trabajo como la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, e inhabilita al mismo para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

En este supuesto el trabajador desempeñaba las funciones de albañil en el momento de sufrir el accidente, por lo que las lesiones padecidas habrían de relacionarse con aquella profesión y con la capacidad residual del mismo tras sufrir el percance.

Uno de los requisitos a tener en cuenta para causar derecho a las prestaciones del sistema se refiere a la existencia de cotizaciones previas a la Seguridad Social que, sin embargo, no resultan

necesarias en los supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no planteándose especiales problemas en cuanto a la imputación de responsabilidades en el pago de la prestación al estar el trabajador de alta en el momento del accidente (fecha del hecho causante) y tener la empresa empleadora cubierto el riesgo de accidentes de trabajo con una Mutua.

La responsabilidad en el pago de la pensión, y en base a ese aseguramiento previo, recaerá directamente sobre la Mutua aseguradora, dada, además, la inexistencia de descubiertos totales o parciales en la cotización.

2. Grado y cuantía de la pensión de incapacidad permanente total.

¿En qué grado y a qué cuantía ascendería la pensión de incapacidad permanente total?

Analizado en el apartado anterior el derecho que tiene el trabajador a percibir la pensión de invalidez permanente por encontrarse en alta y perfectamente cubierto el riesgo de accidentes de trabajo con una Mutua, no requiriendo por tanto ninguna cotización previa, el problema se plantea en la determinación del grado y la cuantía de pensión que le correspondería.

Aunque resultaría discutible a la vista de las lesiones, en este caso nos inclinaríamos por la incapacidad permanente total para la profesión habitual. La prestación correspondiente se obtendría aplicando el 55% a la base reguladora, que puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario es menor de 60 años como ocurre en este caso.

La base reguladora se calcula dividiendo entre 12 el importe del último salario anual percibido por el trabajador.

De esta forma 1.153.944 se divide entre 12, obteniéndose la cantidad de 96.162 pesetas, que constituirá la base reguladora mensual a la que se aplicará el 55% (porcentaje correspondiente), de suerte que la pensión por incapacidad permanente total correspondiente ascenderá a 52.889 ptas./mes.

Recuérdese que la incapacidad permanente total no impediría al sujeto trabajar en actividad distinta de la de albañil siempre de acuerdo con la capacidad física residual que mantiene después del accidente laboral.

3. Procedimiento de declaración de la situación de invalidez.

¿Qué procedimiento habría de seguirse para proceder a la declaración de invalidez permanente total del trabajador accidentado?

El procedimiento queda recogido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y normas posteriores de desarrollo, teniendo en cuenta la situación personal del accidentado que estuvo durante un período de tiempo en incapacidad temporal.

De esta forma correspondería al Instituto Nacional de la Seguridad Social la declaración de la invalidez permanente como Entidad con competencia legal para ello, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades entre cuyas funciones se encuentra la de examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, los dictámenes propuesta, preceptivos y no vinculantes, en materia de disminución o alteración de la integridad física del accidentado por existencia de situaciones de invalidez permanente, calificación de aquélla, grado, revisión, agravación o mejoría y contingencia determinante.

Al existir una Mutua de Accidentes de Trabajo, parece lógico que el procedimiento de declaración se inicie a instancia de aquélla como parte interesada, aunque podría iniciarse a petición del trabajador o de oficio por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La instrucción del procedimiento se llevará a cabo requiriéndose y debiendo aportarse una serie de documentos o informes como son el alta médica de asistencia sanitaria e historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, remitido por la Mutua, así como la formulación del correspondiente dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, un informe de antecedentes profesionales, y los informes de alta y cotización, concediéndose audiencia al interesado, y actuando como ponente del dictamen propuesta, el facultativo médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El procedimiento finaliza con resolución dictada por el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo el grado de invalidez permanente y señalando, al mismo tiempo, el plazo a partir del que se puede pedir la revisión del grado reconocido, en los términos previstos en el artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, resolución que será inmediatamente ejecutiva y contra la que se podrán presentar los recursos legalmente previstos y a los que nos referiremos más adelante.

4. Empresa/s responsable/s del pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

¿Qué empresa/s tendría/n que hacer efectivo el pago del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo?

A) Incumplimiento de medidas de seguridad e higiene y recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo.

El concepto del recargo en las prestaciones de Seguridad Social a consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, ha sido reiteradamente interpretado

por los distintos órganos de la jurisdicción social. Como líneas básicas de aquella interpretación destacamos las siguientes:

El artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (actual art. 123), en cuanto impone un recargo al empresario infractor, debe ser interpretado de modo restrictivo dado su carácter inequívocamente sancionador. Son requisitos que deben concurrir inexcusablemente para su aplicación:

- a) Que quede acreditado de modo terminante que en el acontecimiento del siniestro se vulneró una medida de seguridad general o particular prevista en una norma concreta, o que sea racionalmente exigible para la prevención de los riesgos atendidas las circunstancias y conforme a la diligencia normal que corresponde al contenido de la deuda de seguridad; y
- b) Que la vulneración u omisión de la medida de seguridad sea la causante del accidente, es decir, que exista un nexo de causalidad directo, o relación de causa a efecto, entre la omisión de la medida y el accidente sufrido.

B) Empresa responsable del pago del recargo impuesto en la prestación de incapacidad permanente total reconocida al accidentado.

No ofrece lugar a dudas la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en cuanto al pago de la prestación por invalidez permanente total derivada del accidente de trabajo, ya que la empresa para la que aquél prestaba sus servicios tenía en el momento de producirse el fatal acontecimiento, cubierto el riesgo de accidentes con una Mutua y al corriente en el pago. El problema se plantea en cuanto a la determinación de la responsabilidad del pago del recargo, al existir en principio varias empresas a las que podría alcanzar aquélla.

Resumiendo los presupuestos del caso planteado, la Administración contrató unas obras con la empresa Z, que a su vez subcontrató la ejecución de aquéllas a la empresa R a la que pertenecía el trabajador accidentado.

Conforme a las normas de Derecho Administrativo que regularían en este caso la actuación de la Administración y dejando a un lado cualquier otro tipo de responsabilidad en otros ámbitos, conforme al artículo 143 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), en relación con el 116 del mismo texto, aquella responsabilidad no afectaría a la propia Administración, mas sí a las dos empresas: empresa Z y empresa R.

Y ello en función de la aplicación de los siguientes preceptos: artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido se ha manifestado la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a través de Sentencia de 18 de abril de 1992, en recurso de unificación de doctrina número 1178/91, cuyos argumentos más interesantes son entre otros los siguientes:

...«En los casos de contratas y subcontratas de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran. Y así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Por ello en estos casos, la determinación o aplicación del concepto de "empresario infractor" se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal o a ambos a la vez (...).

El artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (que) dispone que "el empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones... referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata". Este artículo recoge, con algunas variaciones, las reglas y criterios que anteriormente establecieron el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, y el artículo 4.º del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre.

Este artículo 42.2 habla de obligaciones "referidas a la Seguridad Social" entre las que necesariamente se ha de incluir la que ahora examinamos, que versa sobre el pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, claramente comprendidas en el ámbito de protección de la Seguridad Social, aunque se trata del recargo de las mismas por falta de medidas de seguridad; y así la norma esencial reguladora de esta materia es el antedicho artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social. De todos modos la responsabilidad solidaria del empresario principal en estos casos ha de ser matizada, vinculándola a la idea de "empresario infractor" que recoge este artículo 93, de forma que la existencia de esa responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquél, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo, o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal. Se recuerda asimismo que este artículo 42.2 del Estatuto (al igual que el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales y el art. 4.º del Decreto 3677/1970) regula tan sólo los supuestos de contratas y subcontratas "correspondientes a la propia actividad" de la empresa principal.

También el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, proclama la responsabilidad solidaria del empresario principal "en el cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza", si bien la limita a los trabajadores que desempeñen su labor "en los centros de trabajo de la empresa principal".

El artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, establece que "los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de Seguridad e Higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista". El artículo 17 del convenio núm. 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de julio de 1985, publicado en el BOE de 11 de noviembre de ese mismo año, para el supuesto de que "dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo" establece un "deber de colaboración" entre las mismas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene; de esta disposición parece lógico deducir, en los casos de contratas o subcontratas, la posibilidad de que la responsabilidad que venimos examinando, alcance tanto al empresario directo o contratista como al principal, cuando exista base suficiente para ello».

En base a lo expuesto cabría afirmar que la responsabilidad afectará de forma solidaria a la empresa R y a la empresa Z, adjudicataria y subcontratista respectivamente de las obras.

C) Procedimiento administrativo a seguir en los expedientes por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

En relación a los aspectos más relevantes que han de seguirse en el procedimiento administrativo encaminado a la declaración de imposición del recargo, debemos remitirnos a lo dispuesto en la Circular número 18/94, de 12 de julio, que regula el procedimiento de gestión de expedientes por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. De esta forma el procedimiento puede iniciarse a través de cualquiera de las tres formas siguientes:

- Por comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Entidad Gestora, que en este caso es el Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- A instancia del propio trabajador accidentado, en cuyo caso la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitará informe a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social sobre si han existido o no la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo reflejadas en acta de infracción firme.
- El expediente que se tramitará al efecto deberá contener una serie de trámites establecidos en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recayendo finalmente resolución administrativa, en la que conste la existencia o no de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, además de otros datos como son, el porcentaje concreto del recargo impuesto a la empresa sancionada, cuantía y fecha de efectos económicos, indicando asimismo que no se ha tenido conocimiento de que se haya iniciado ningún procedimiento judicial a la vía penal.

La resolución del expediente se dictará por parte de la Dirección Provincial competente y se notificará a la empresa responsable y al propio interesado.

Un dato a tener en cuenta se refiere a la existencia de un procedimiento penal sobre los hechos relativos al accidente de trabajo, o un acta de infracción de la Inspección Provincial de Trabajo que no hubiera adquirido firmeza, en cuyo caso se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquélla sea firme.

Varios son, sin embargo, los problemas que pueden surgir a la luz de lo anteriormente expuesto y que analizaremos a continuación a la vista de algunas resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia.

La necesaria audiencia al trabajador accidentado como parte interesada en el procedimiento y a la empresa o empresas implicadas en el accidente de trabajo, resulta de todo tipo necesaria al amparo de las normas de procedimiento administrativas con el fin de que puedan efectuar las alegaciones precisas y que estimen por convenientes y de evitar situaciones de indefensión así como resoluciones injustas.

Sobre este particular resulta esclarecedora la doctrina contenida en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de marzo de 1996, cuyos argumentos más interesantes son:

«(...) en que los posibles vicios que afecten a los expedientes tramitados en materia de Seguridad Social siempre pueden ser subsanados en vía judicial a través del oportuno planteamiento de la cuestión comprometida por el pretendido defecto y mediante la oportuna defensa del derecho supuestamente conculcado, alegando lo que a sus intereses convenga y solicitando la práctica de toda prueba admisible en Derecho, por lo que en este trámite de Suplicación no cabe impugnar tales anomalías del expediente ni por existencia de las mismas es factible declarar la nulidad de actuaciones (SSTCT de 9-6-82, 7-6-83, Ar. 5291, 7-11-83, Ar. 9330, 10-12-84, Ar. 9466, 3-11-86, Ar. 10779, 10-12-86, Ar. 13395, 9-1-87, Ar. 318, 9-2-87, Ar. 2727 y 18-5-89, Ar. 3886, SSTS Madrid 13-6-89 AS 712, 20-6-89, AS 642, 13-9-89 AS 1506, 26-9-89 AS 1530 y 5-12-89 AS 3115, STSJ Canarias 23-5-90 AS 987, STSJ Madrid 6-2-90 AS 959 STSJ Castilla-León 2-1-91 AS 336, STSJ Madrid 25-1-91 AS 381, STSJ Navarra 15-2-91 AS 1128; SSTSJ Galicia 6-5-93 R. 4018/91 y 30-6-94 R. 3022/90...».

La suspensión que como hemos visto afecta al expediente administrativo que se tramite por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuando no existe sentencia en el ámbito penal o firmeza del acta de infracción, no impide por sí sola que se pueda apreciar la existencia de aquellas responsabilidades compatibles con la existente en materia de recargo de prestaciones de seguridad en el trabajo. Por tanto cabe la compatibilidad de sanciones. Pero aún más lejos, la inexistencia de responsabilidad en aquellos ámbitos concretos de actuación punitiva, con pronunciamientos absolutorios en otros órdenes jurisdiccionales, penal, civil, contencioso-administrativo, conforme al contenido del artículo 123 de la

Ley General de la Seguridad Social, que taxativamente señala que la responsabilidad regulada en aquel precepto es independiente y compatible con las de todo orden incluso penal que puedan derivarse, sin que su apreciación pueda en ningún caso vulnerar otros principios constitucionales, como los artículos 24 y 9.º3 de la Constitución Española. Por otra parte y en apoyo de lo anteriormente transcrito, cada órgano judicial mantiene su independencia para valorar y juzgar unos hechos, sin que exista primacía de un orden jurisdiccional sobre el otro, por lo que un órgano de otro orden jurisdiccional puede resolver en segundo lugar y desechar la identidad de situaciones cuando exista contradicción aparente o existan razones que justifiquen una distinta valoración de los hechos.

5. Trámites a seguir para plantear reclamación ante el Juzgado de lo Social.

¿Qué trámites deberían seguirse para plantear la correspondiente reclamación ante el Juzgado de lo Social?

Sin perjuicio de dejar alguno de los numerosos problemas que pudieran plantearse en el tintero, nos limitaremos a un análisis somero de algunas cuestiones concretas.

De esta forma contra la actuación administrativa podrían plantearse dos tipos de reclamaciones:

- 1.^a La planteada por el trabajador disconforme con la resolución administrativa, en su doble vertiente. La declaración de invalidez permanente en el grado concedido por la Administración, bien por solicitar un grado mayor a la incapacidad permanente total, es decir, absoluta, ya que parece improbable a la vista de las lesiones sufridas por aquél, que intentara conseguir una gran invalidez que exige la necesaria asistencia de una tercera persona con el fin de llevar a cabo las actividades más necesarias para su vida. Podría también reclamar el afectado contra la cuantía de pensión de invalidez concedida, al estar disconforme con los cálculos efectuados, base reguladora de aquélla o importe total reconocido.
- 2.^a Pero no sólo podría accionar el trabajador, ya que al tratarse de una reclamación por recargo en las prestaciones de incapacidad permanente total por accidente de trabajo, las empresas declaradas como responsables disconformes, tienen la posibilidad jurídica de disentir de aquella imputación, tanto en cuanto a los hechos, como en cuanto al tanto por ciento declarado por la resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Como requisito necesario e imprescindible tanto en uno como en otro de los supuestos, debería plantearse la correspondiente reclamación administrativa previa ante el órgano administrativo que dictó la resolución impugnada y que en este caso es el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La nueva Ley de Procedimiento Laboral suprimió la exclusión de este previo trámite administrativo, que con anterioridad se establecía por el derogado Texto del 80, en lo referente a los accidentes de trabajo. Los trámites que deberán llevarse a cabo aparecen claramente determinados en la vigen-

te Ley de Procedimiento Laboral, artículo 71 y siguientes. Al haber dictado la Entidad Gestora acuerdo expreso, la reclamación debe presentarse en el plazo de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiera notificado el acuerdo.

La Entidad Gestora habrá de contestar, y si no lo hace, se entiende desestimada la reclamación por silencio administrativo. La Entidad Gestora sellará las copias de la reclamación previa presentada con el fin de que aquella pueda posteriormente acompañarse a la demanda. La demanda se presentará en el plazo de los treinta días siguientes al momento de la notificación de la resolución desestimatoria o desde que se entienda denegada la reclamación por silencio administrativo.

Aunque el tema en principio parece sencillo, resulta necesario efectuar una serie de aclaraciones previas.

Pudiera plantearse hipotéticamente una cuestión de competencia entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en aplicación de los artículos 2.º y 3.º de la Ley de Procedimiento Laboral, aspecto este que indudablemente debe quedar resuelto a favor del primero de ellos, como acertadamente señala la sentencia dictada en su día por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de julio de 1995, ya que corresponde a este orden los pleitos que han de enjuiciar temas de Seguridad Social, incluyendo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan por los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social en orden a lograr que sean satisfechas.

Dicho esto, el procedimiento judicial se seguirá por los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Laboral relativos a la Seguridad Social y regulados en el artículo 139 y siguientes. Juegan al tratarse de un pleito de accidente de trabajo las obligaciones procesales señaladas en el artículo 141, es decir, señalamiento en la demanda de la Entidad Gestora o en su caso Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y antes de la celebración de juicio oral, deberá el Magistrado interesar de la Inspección Provincial de Trabajo informe sobre las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, así como salario que percibía y base de cotización.

Para que la relación procesal quede debidamente constituida, tanto si el pleito se inicia a instancia del propio trabajador accidentado como de cualquiera de las empresas responsables del recargo en las prestaciones de Seguridad Social, debe llamarse a pleito a todas las partes interesadas, incluyendo la Entidad Gestora que dictó la resolución, empresas, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social. Estas dos últimas, junto con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, adoptarán siempre la postura de demandados, mientras que el trabajador y las empresas obligadas al pago del recargo tomarán uno u otro papel procesal en función de su carácter de demandantes o demandados.

Uno de los aspectos que debe quedar en principio claro es la imposibilidad material de acumular en un mismo pleito las pretensiones procesales relativas a la revisión del grado de invalidez, con la discusión sobre la existencia del incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el tra-

bajo originadoras del recargo en las prestaciones de Seguridad Social, o el tanto por ciento en que consiste ese recargo dentro de los límites del 30 al 50 por 100, que permite la vigente Ley General de la Seguridad Social.

En este sentido se pronuncia la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 10 de noviembre de 1995, cuyos Fundamentos de Derecho razonan la nulidad de las actuaciones practicadas al haberse acumulado en un mismo pleito la discusión del grado invalidante derivado de accidente de trabajo, con la discusión sobre la existencia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata de pedimentos distintos que tienen distinta causa y cuya acumulación infringe lo dispuesto por los artículos 27 y 28 de la vigente Ley de Procedimiento.

La sentencia que dicte en su día el Juzgado de lo Social puede ser objeto de recurso de suplicación siempre que se den los requisitos establecidos en el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, que resolverá en su día la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda. Dicha sentencia sería recurrible en casación para la unificación de doctrina conforme al artículo 217 y siguientes de la ley, por la parte vencida en suplicación. Dejando a un lado las múltiples cuestiones e incidencias que pueden plantearse en la práctica cotidiana a lo largo de todo el procedimiento desde que se inicia con la presentación de la demanda hasta el momento en que recae la sentencia definitiva, en vía de recurso, un tema merece una especial atención. Me refiero a la posibilidad por vía de recurso de modificar el tanto por ciento del recargo impuesto por el Magistrado de instancia en su resolución.

Sobre este tema, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en vía unificadora a través de la Sentencia de 19 de enero de 1996, cuyos razonamientos jurídicos mantienen la postura que a continuación resumimos:

«El artículo 93.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 -LGSS 74-, que es el aplicable al caso (y la misma redacción tiene el art. 123.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994-LGSS 94-) establece un recargo "de un 30 a un 50 por 100" de las prestaciones económicas por riesgos profesionales cuando ha existido infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al 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 legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.

La doctrina unificada expuesta en el fundamento anterior supone modificar la jurisprudencia anterior de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que son exponentes las ya citadas sentencias de 10 de marzo de 1969 y 11 de febrero de 1986. De acuerdo con este cambio de doctrina, la decisión del juez de instancia sobre la cuantía porcentual de recargo en cuestión, en cuanto predeterminada por un criterio legal -la "gravedad de la falta"-, puede ser reconsiderada en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial; y lo mismo cabría decir, y por la misma razón, de las propias resoluciones en la materia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, revisables en derecho por el cauce del recurso de casación para la unificación de doctrina. El fundamento de la posición que ahora se adopta estriba en que la apreciación en un caso concreto de la "gravedad de la falta" o infracción de medida de seguridad está guiada por conceptos normativos -peligrosidad de las actividades, número de trabajadores afectados, actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de las medidas reglamentarias, etc.-, que han sido establecidos en la legislación preventiva (art. 156.3 de la Ordenanza de seguridad e higiene en el trabajo, aplicable al caso; art. 49.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, actualmente en vigor), y cuya aplicación a un supuesto concreto constituye un acto de calificación jurídica, subsiguiente y separable de la fijación o determinación de los hechos del caso».

6. Responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el pago del recargo.

¿Alcanzaría alguna responsabilidad en el pago del recargo a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, es decir, al Instituto Nacional de la Seguridad Social?

La respuesta a esta cuestión tiene que ser forzosamente negativa. La doctrina emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima en la actualidad que no cabe imputar esta responsabilidad, ni de forma principal ni subsidiaria, al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Resuelve por ello una cuestión profundamente controvertida, que dio en su momento lugar a soluciones contradictorias por parte de las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que habían abordado el tema en sus resoluciones. A través de la vía del recurso de casación para la unificación de doctrina nos encontramos con las siguientes sentencias unificadoras:

- 8-3-93. Recurso n.º 953/92
- 16-11-93. Recurso n.º 2.339/92
- 31-1-94. Recurso n.º 4.028/92
- 7-2-94. Recurso n.º 966/93

- 8-2-94. Recurso n.º 3.760/92
- 9-2-94. Recurso n.º 821/93
- 12-2-94. Recurso n.º 293/93
- 23-3-94. Recurso n.º 2.686/93
- 20-5-94. Recurso n.º 3.187/93

Los argumentos utilizados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pueden resumirse en tres apartados:

Primero. La interpretación literal del artículo 93.2 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social en cuanto establece; «La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla», no deja la menor duda de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario incumplidor. La imposibilidad legal del aseguramiento de tal tipo de responsabilidad se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado. Cuando el concepto en cuestión dice que esa responsabilidad... «no podría ser objeto de seguro» no distingue y donde la ley no lo hace no le es dable distinguir al intérprete.

Segundo. Es de significar, por otra parte, que el principio de protección social proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado. En este sentido, conviene recordar que no sólo un recargo como el, ahora, cuestionado sino también otras varias prestaciones quedan fuera del área de acción del sistema protector de la Seguridad Social. Desde esta perspectiva, es innegable que no cabe invocar, con consistencia jurídica alguna, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente, condenada a su abono.

Tercero. Pero es que, esencialmente, el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad por actuación culpable. No se trata, por tanto, de una forma o modalidad de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente. Es, por el contrario, una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente, establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo.