

¿Un nuevo proceso judicial para el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social?

Erik Monreal (TU Universidad islas Baleares). Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER-2009-09705.

1.- La tácita derogación del artículo 42.5 LISOS por la nueva LJS. 2.- La naturaleza no prestacional del recargo y el proceso del artículo 151 LJS. 3.- Efectos de la aplicación del artículo 151 LJS en los pleitos por recargo. 3.1.- La nulidad del recargo por vicios formales del procedimiento administrativo. 3.2.- Acumulación de acciones y de procesos en pleitos por recargo y por sanción administrativa. 4.- Valoración crítica

1.- TÁCITA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 42.5 LISOS POR LA NUEVA LJS

El objetivo fundamental perseguido por la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción social (LJS), no es otro que residenciar en dicho Orden todas las reclamaciones atinentes a la relación laboral, sustrayéndolas a la rama contencioso-administrativa de nuestros Tribunales. Con ello se pretende conjurar los ataques frontales al principio constitucional de seguridad jurídica que son inherentes al conocido fenómeno de las resoluciones judiciales contrarias, y por lo común contradictorias, respectivamente dictadas desde ambos Órdenes con ocasión de una misma cuestión de hecho. Y si el supuesto genérico de los pleitos sobre accidentes de trabajo es emblemático de lo que se está diciendo -obligando a quien reclama justicia a sufrir un lastimoso peregrinaje judicial-, el más particular y oscuro terreno de la responsabilidad empresarial en concepto de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social -art. 123 RD/Legislativo 1/1994, que aprueba el Texto refundido de la Ley general de Seguridad Social (LGSS)- y su compatibilidad con la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la deuda de seguridad da buena cuenta de los lamentables resultados prácticos de este fenómeno, repetida y contundentemente recriminados por nuestro Tribunal Constitucional -p.e. SSTConst. 16/2008 ó 21/2011-.

La nueva atribución al juez social de las cuestiones litigiosas concernientes a la impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral -art. 2.n) LJS- camina, sin duda, en la dirección correcta. Con el artículo 2.n) LJS en la mano, la jurisdicción contencioso-administrativa ha dejado de ser competente para fiscalizar a instancia del empresario la legalidad de las resoluciones sancionadoras de la autoridad laboral por incumplimiento de la normativa sobre salud laboral, adoptadas con fundamento en el RD-Legislativo 5/2000, que aprueba el Texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el Orden social (LISOS). De modo que lo que como poco -y ya es un logro- queda legalmente asegurado, es el mantenimiento dentro de los límites de la jurisdicción social de las impugnaciones judiciales referidas a las dos resoluciones administrativas que respectivamente imponen al empresario una multa económica -la autoridad laboral- e imponen, o no -el INSS-, al empresario un recargo de las prestaciones de la Seguridad Social como consecuencia del mismo accidente de trabajo (AT). En estas condiciones, por tanto, el artículo 42.5 LISOS ha de entenderse tácitamente derogado en cuanto que previene que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del Orden jurisdiccional contencioso-administrativo relativa a la existencia de infracción preventiva vincula al Orden social en lo referente al recargo de las prestaciones. Y es que si la eficacia de esta norma ya era muy relativa antes de la reforma que ha supuesto la LJS de 2011, dada la mayor celeridad de los juicios laborales con respecto a los

contencioso-administrativos, hoy la misma no cumple función alguna en tanto en cuanto aquella competencia del Orden contencioso-administrativo finalmente ha acabado recayendo sobre el mismo Orden -el social- que conoce de las reclamaciones sobre recargo de las prestaciones.

2.- LA NATURALEZA NO PRESTACIONAL DEL RECARGO Y EL PROCESO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 151

Las reclamaciones judiciales sobre recargo de prestaciones han venido encauzándose hasta la aprobación de la LJS a través del viejo proceso especial en materia de Seguridad Social -arts. 139 a 145 bis) RD/Legislativo 2/1995, que aprueba la ley de Procedimiento Laboral (LPL)-. El argumento tradicionalmente utilizado para proceder de este modo radica en la proximidad o inseparabilidad del recargo respecto de la prestación a la que suplementa, tal y como por lo demás queda de manifiesto al comprobar que el propio procedimiento administrativo vigente contempla la atribución al INSS -mismo órgano que reconoce o, en su caso, deniega las prestaciones de Seguridad Social- de la facultad de imponer el meritado recargo -art. 16.1 OM de 18 de enero de 1996, que aplica y desarrolla el RD 1300/1995, sobre Incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social (OM 18.1.96)-. Esta construcción dogmática, sin embargo, choca frontalmente con la realidad de los hechos,terca cuando confirma que el recargo del artículo 123 LGSS no es una prestación de nuestro sistema de Seguridad Social. Por un lado, tal constituye un incremento a cargo del empresario ajeno a la acción protectora de la Seguridad Social que por su naturaleza y función, excede el nivel de compensación fijado normalmente para las prestaciones sociales -STS 22.4.2004¹-.El recargo, autónomo e independiente de la prestación de Seguridad Social -STS 20.3.2007²-, a lo sumo presenta una faceta de indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica -STS 2.10.2008³-. Por otro lado, y congruente con lo anterior, el INSS, a diferencia de lo que sucede con las prestaciones de Seguridad Social, no puede asumir los pagos en concepto de recargo, ni siquiera, como queda dicho en la SAN (3ª) 7.10.2009⁴, con carácter subsidiario, caso de insolvencia empresarial, como continuador del Fondo de garantía de accidentes de trabajo.

Rompiendo con la inercia recién descrita y haciendo buenos todos los datos indicativos de la naturaleza no prestacional del recargo, el nuevo proceso judicial ligado al artículo 2.n) LJS se antoja más idóneo que el anterior para ventilar todas las reclamaciones planteadas ex artículo 123 LGSS que no constituyan estricta gestión recaudatoria de la TGSS -extramuros de la competencia del juez social (art. 3.f) LJS)-. Esto es así porque este proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los actos prestacionales -art. 151 LJS-, se acomoda mejor que el de Seguridad Social a las particularidades o notas caracterizadoras del recargo. Tesis, a mayor abundamiento, recientemente observada por una sentencia del Juzgado de lo social número 33 de Barcelona⁵, resolviendo sobre una petición empresarial de revocación de las actuaciones del INSS declarativas de responsabilidad por falta de medidas de seguridad -con el valor añadido de que el magistrado utiliza la facultad que le brinda novedosamente el artículo 102.2 LJS para reencauzar el proceso a través del art. 151 LJS, sin declaración de sobreseimiento o

¹Rec. núm. 4555/2002.

²Rec. núm. 609/2006.

³Rec. núm. 1964/2007.

⁴Rec. CA núm. 18/2008.

⁵Firmada por J. Agustí Maragall, en actuaciones número 194/12.

absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal-. Señala con acierto este magistrado que el título de ambas modalidades procesales remite en ese caso concreto al procedimiento dispuesto en el artículo 151 LJS. Y así, tratándose de un acto administrativo emitido por el INSS, su carácter <no prestacional> está a mi juicio fuera de dudas a la luz no solo de nuestra jurisprudencia, sino también de nuestra más moderna legislación, con la LJS a la cabeza. En este sentido, mientras que el artículo 42.3 de la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales (LPRL), utiliza el presupuesto implícito de que el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social es una indemnización, su naturaleza no prestacional queda asimismo de manifiesto al menos tanto en la normativa procesal sobre acumulación de acciones y de procesos cuanto en la normativa administrativa reguladora de la recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, modificada en parte en el año 2011, la cual a su vez entronca con las reglas de la LJS relativas a la ejecución de sentencias -arts. 69.2 y 75.4 RD 1415/2004, que aprueba el Reglamento general de Recaudación de la Seguridad Social-.

En lo concerniente a la acumulación de acciones, asunto que más adelante habrá que retomar, por ahora basta con señalar que los artículos 25 LJS y 26 LJS tratan por separado la posibilidad de acumular pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios -art. 25.4 LJS-, por un lado, entre las que ineludiblemente hay que entender incluidas las reclamaciones en materia de recargo prestaciones⁶, y reclamaciones en materia de Seguridad Social -art. 26.6 LJS-, por otro. Coherentemente con la naturaleza no prestacional del recargo, no es posible acumular en una misma demanda una reclamación de prestaciones de la Seguridad Social y otra de recargo, aun originadas ambas reclamaciones en el mismo AT. Con idéntico sentido, el nuevo artículo 30.2 LJS confirma que no es viable acumular aquellos procesos que respectivamente puedan haberse entablado en materia de prestaciones de la Seguridad Social y de recargo de las mismas, habida cuenta de que ambos habrán sido objeto de tramitación administrativa previa a través de procedimientos separados.

De otra parte, que el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social carece de naturaleza prestacional también puede inferirse de las reglas del RD 1415/2004 relativas a la recaudación por la TGSS del importe del recargo en cuestión⁷. Por lo pronto, dicha norma regula de forma separada el régimen recaudatorio aplicable a las prestaciones de Seguridad Social -art. 71 RD 1415/2004- y el aplicable al recargo de las mismas -artículo 123 LGSS -art. 75 RD 1415/2004-. Junto a ello, mientras que el artículo 71.3 RD 1415/2004 confirma que la *Caja única* de la Seguridad Social ‘engulle’ los capitales coste de pensiones -porque son recursos económicos de la Seguridad Social-, que en el artículo 75 del RD 1415/2004, específicamente dedicado al recargo, no se haya incluido una previsión similar -la *Caja única* no engulle el capital coste del recargo- obedece a la idea de que esta problemática figura ni remotamente tiene naturaleza de prestación de la Seguridad Social -y por tanto el importe destinado a sufragarlo tampoco puede tener la consideración de recurso económico de la Seguridad Social-. Es sintomático, en este sentido, que tras la reforma del artículo 75.1 RD 1415/2004 por el RD 1621/2011, haya quedado prevista la posibilidad de exigir el reintegro de la parte no consumida del recargo en los mismos casos y con el mismo alcance que rige respecto de las

⁶Vid., J. F. LousadaArochena: ‘La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la Ley reguladora de la jurisdicción social’, AS, núm. 3 (2012).

⁷Vid., A. Soriguera Serra: ‘Destino del capital coste para el recargo de prestaciones y legitimación de la TGSS para pedir la ejecución’, AS, núm. 6 (2011).

prestaciones de Seguridad Social pero que sin embargo, no se haya aprovechado para incluir en el precepto dedicado a la recaudación del recargo -art. 75 RD 1415/2004- una previsión similar al artículo 71.3 RD 1415/2004. Y en conexión con todo ello, finalmente, la nueva LJS diseña sendos regímenes de ejecución de sentencias condenatorias, en materia de Seguridad Social el uno -arts. 294 a 296 LJS- y de pago de cantidades el otro -arts. 289 a 293 LJS-. El primero incluye la particularidad de que si la sentencia favorable al trabajador es revocada éste no está obligado al reintegro de las cantidades percibidas -art. 294.2 LJS-, obligación de restitución a cargo del trabajador que sin embargo sí queda prevista ante la eventual revocación de la sentencia condenatoria al pago de cantidad, como el capital coste del recargo, lo cual resulta, a mi modo de ver, plenamente coherente con la naturaleza no prestacional de la figura que se viene citando y por ende ajena a los recursos económicos del sistema de la Seguridad Social.

Confirmada la naturaleza no prestacional del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, forzoso resulta concluir que repugnaría a dicha naturaleza tramitar la impugnación judicial de semejantes actos administrativos del INSS a través del viejo proceso judicial existente en materia de Seguridad Social. Probablemente no esté de más reparar, en este sentido, en que éste último constituye un proceso que tras la LJS ha dejado de ser *<De la Seguridad Social>* -arts. 139 a 145 bis LPL- para convertirse exclusivamente en un proceso *<De las prestaciones de la Seguridad Social>* -arts. 140 a 147 LJS-, entre las que obviamente no queda incluido el meritado recargo. En su lugar, como se viene diciendo, el operador jurídico tiene a su disposición el nuevo proceso del artículo 151 LJS, aplicable, entre otros supuestos, a la impugnación de las resoluciones administrativas recaídas en ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad laboral pero también a actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en ejercicio de su potestad, como señaladamente lo son las resoluciones del INSS dictadas *ex* artículo 123 LGSS.

3.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 151 LJS EN LOS PLEITOS POR RECARGO

La citada sentencia del Juzgado de Barcelona repara en que las particularidades procesales que comprende el artículo 151 LJS se adecúan bien a las exigencias inherentes a la impugnación judicial del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social. Resaltan así, a mi juicio, extremos como la necesidad de indicar en la demanda las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante -art. 151.3 LJS-, la remisión a las reglas del proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social en orden al señalamiento del juicio, reclamación del expediente administrativo, emplazamiento de los posibles interesados y congruencia con el expediente administrativo -art. 151.8.1º LJS- o, en fin, la explícita referencia a la presunción de certeza de los hechos constatados por el inspector de trabajo en el acta de infracción eventualmente levantada -art. 151.8.2º LJS-. Con todos estos mimbres, los efectos de la opción interpretativa que reconduce al artículo 151 LJS los pleitos entablados con base en el artículo 123 LGSS tienen que ser analizados, al menos, desde una doble óptica, también apreciada por el Tribunal barcelonés, cuyo análisis puede tener la utilidad de servir en alguna medida para depurar técnicamente los dos procedimientos estatales a que da lugar la imposición del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, el administrativo previo a cuenta del INSS y el judicial posterior.

3.1.- LA NULIDAD DEL RECARGO POR VICIOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La primera consecuencia de la apuesta por el artículo 151 LJS en el terreno del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social viene referida a la necesidad de aplicar literalmente la ley y, por tanto, contar con la posibilidad de que el Tribunal declare nulo el acto administrativo del INSS de imposición del recargo debido a la omisión por parte de este organismo de requisitos de forma de carácter subsanable que han ocasionado indefensión al empresario responsable -art. 151.9.d) LJS-, lo que vulnera el derecho reconocido en el artículo 24 CE. Algo, no se pierda de vista, que a la postre podrá suponer en la mayoría de los casos, dado el controvertido plazo de prescripción de cinco años de la acción para reclamar el recargo -art. 43.1 LGSS-, retardar de forma innecesaria la percepción del recargo por parte del trabajador. La introducción de esta declaración legal está en perfecta consonancia con el carácter de verdadero proceso especial que tiene el artículo 151 LJS, traído de forma prácticamente calcada desde la rama contencioso-administrativa de la jurisdicción -de hecho, la normativa supletoria de este proceso no es la LEC sino la LJCA (art. 151.1 LJS)-, algo a su vez en sintonía con la naturaleza de auténtico acto administrativo del recargo, que es lo que constituye el objeto de la impugnación judicial. De este modo, el legislador ha acogido la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo que extendió la competencia del juez social al control pleno del acto administrativo, vicios formales del expediente administrativo previo incluidos⁸.

El problema del cumplimiento defectuoso -o, directamente, incumplimiento- por parte de las autoridades intervinientes en el procedimiento administrativo de imposición del recargo de los trámites al efecto establecidos tiene largo recorrido en nuestros Tribunales. En la práctica, uno de los vicios formales 'estrella' radica en el incumplimiento por parte del INSS de su obligación, establecida en el artículo 11.4 OM 18.1.96, de dar audiencia al empresario una vez recibida la propuesta de recargo por parte del equipo de valoración de incapacidades (EVI) -art. 10.1 OM 18.1.96- y antes de dictar su resolución definitiva. Asunto hasta ahora finiquitado por parte del Tribunal Supremo, quien al menos desde el año 2007 ha venido declarando sin fisuras que la omisión de este trámite no comporta situarse ante un supuesto de nulidad absoluta del acto administrativo porque no supone prescindir de forma total del procedimiento legalmente establecido. Con todo, este recorrido jurisprudencial ofrece algún importante flanco a la crítica. En efecto, uno de los argumentos decisivos del Tribunal para declarar inicialmente que la omisión del trámite de audiencia al empresario no comporta indefensión vino referido a que el procedimiento administrativo observado en ese caso carecía de naturaleza sancionadora, al tener por exclusivo objeto el reconocimiento de una pensión de invalidez -STS 30.4.2007⁹-. Sin embargo, los cuatro pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo sí que vinieron referidos a la omisión del trámite de audiencia en el marco del procedimiento administrativo del artículo 123 LGSS -SSTS 3.7.2007¹⁰, 9.5.2008¹¹, 29.5.2008¹² y 22.12.2010¹³-. De ahí, a mi modo de ver -y no se trata de retomar aquí toda la jurisprudencia constitucional y ordinaria que pone de

⁸ Vid., SSTS 16.5.2006 (rec. núm. 5001/2004), 4.1.2008 (rec. núm. 494/20006) ó 24.1.2008 (rec. núm. 2583/2006).

⁹ Rec. núm. 330/2006.

¹⁰ Rec. núm. 3152/2006.

¹¹ Rec. núm. 605/2007.

¹² Rec. núm. 814/2007.

¹³ Rec. núm. 1136/2009.

manifiesto que el recargo es una institución que se viste de sanción pero que desnuda es una indemnización¹⁴-, que tanto en esas cuatro últimas sentencias como, en general, en todos los pleitos de estas características resulte cuanto menos arriesgado utilizar acríticamente el presupuesto valorativo de que el recargo de las prestaciones del artículo 123 LGSS se mantiene, como el acto administrativo de mero reconocimiento de una pensión de invalidez, fuera del ámbito sancionador. Adviértase, a mayor abundamiento, que probablemente por este motivo el artículo 11.3 OM 18.1.96 permite prescindir de este trámite de audiencia en los procedimientos administrativos instruidos únicamente con objeto del reconocimiento de pensiones de invalidez mientras que el artículo 11.4 OM 18.1.96, por su parte, no contempla esta posibilidad en relación con los expedientes sobre recargo de las prestaciones y por ende exige implícitamente que la audiencia al empresario se produzca en todo caso, sin que pueda ser ninguneada.

Enfocado desde esta perspectiva el problema de la indefensión que en el marco de un procedimiento administrativo de signo mucho más punitivo que prestacional puede suponer que el INSS obvie el trámite señalado, cobran fuerza argumentos como los de los Tribunales Superiores de Justicia de Sevilla, Madrid o Cataluña, quienes en su momento, y de la mano de una jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que perfectamente puede traerse al proceso especial del artículo 151 LJS -calcado, como ya se ha dicho, al proceso jurisdiccional contencioso/administrativo-, fueron proclives a entender que en estos casos se produce una vulneración del artículo 24 CE. Y ello básicamente porque la propuesta de recargo del EVI no es equivalente al análisis objetivo de las dolencias del trabajador perjudicado sino a que la empresa ha contravenido la normativa preventiva -lo que explica que el vocal del EVI deba ser experto en salud laboral siempre que existan indicios de infracción preventiva (STSJ Madrid 12.2.2007¹⁵)-, de modo que la supresión de este trámite priva a la empresa de hacer valer alegaciones y pruebas frente a la Administración sin tener que afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional, que por lo demás tampoco salvaría la omisión de ese trámite -SSTSJ Madrid 5.6.2006¹⁶, Cataluña 12.6.2007¹⁷-. Es razonable interpretar, efectivamente, que cuando el artículo 105.c) CE manda a la ley regular el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos y garantizar cuando proceda la audiencia al interesado no pretende garantizar esta audiencia en todos los casos, aunque igual de razonable es entender que cuando existe una norma que contempla esta audiencia -como el art. 11.4 OM 11.1.96- es porque la propia legalidad vigente entronca con dicho precepto de nuestra Carta magna y confirma que esta audiencia al empresario es esencial -STSJ Andalucía (Sevilla) 6.7.2007¹⁸-. Por todos estos motivos, en fin, no parece exagerado entender que el nuevo

¹⁴ Vid., E. Monreal Bringsvaerd: 'Sobre la naturaleza indemnizatoria del recargo de las prestaciones de Seguridad Social y cuestiones conexas (aseguramiento y acumulación)', AL, núm. 3 (2011).

¹⁵ Rec. núm. 4353/2006.

¹⁶ Rec. núm. 754/2006. En esta sentencia también puede leerse que el recargo de las prestaciones "... ya viene introduciendo serias perturbaciones de carácter procesal y económico en nuestro ordenamiento jurídico, sobredimensionando las indemnizaciones (...) como para ahora añadir en el procedimiento a seguir una interpretación poco exigente con las garantías de audiencia y contradicción derivadas del derecho constitucional a la defensa, que también corresponde a las empresas".

¹⁷ Rec. núm. 1684/2006.

¹⁸ Rec. núm. 4260/2006. Esta sentencia añade que la indefensión que genera la omisión del trámite consabido "... no puede ya subsanarse, ni a lo largo de la tramitación del expediente ni a través del procedimiento judicial inicial donde la empresa no puede efectuar alegaciones y proponer prueba para contradecir un informe propuesta de la EVI, del que no tiene por qué tener conocimiento porque ni siquiera consta que se le haya dado traslado, y además aunque hipotéticamente pudiera efectuar

artículo 151 LJS debe provocar un cambio de rumbo en este punto de la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en línea con la de esta jurisprudencia menor a la que se acaba de aludir y también con la de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, confirmatoria de que la falta de audiencia en los procedimientos administrativos genera, por lo común, la nulidad de las actuaciones por indefensión del destinatario del acto, esto es, en nuestro caso, el empresario-STTS (3ª) 29.9.2005¹⁹.-

3.2.-ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y DE PROCESOS EN PLEITOS POR RECARGO Y POR SANCIÓN ADMINISTRATIVA

La reconducción al artículo 151 LJS de la tramitación de las reclamaciones judiciales fundadas en el artículo 123 LGSS también impone cuestionarse, porque apunta directamente al núcleo del objeto de la LJS, si esta nueva regulación procesal laboral inmuniza frente al riesgo de resoluciones judiciales contrarias en materia de recargo y de sanción administrativa. Pues bien, está claro que este riesgo no existe entre sentencias de los Órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social porque la competencia para conocer tanto de las reclamaciones judiciales por recargo como de las reclamaciones empresariales contra la sanción administrativa por infracción de la normativa preventiva corresponde a este último Orden. Sin embargo, lo que no está tan claro es que esta divergencia de apreciaciones en cuanto a un mismo accidente de trabajo no pueda surgir entre sentencias del mismo Orden social²⁰.

La sentencia del Juzgado de Barcelona que se viene citando reflexiona en términos de que el objetivo de la LJS de concentrar en la jurisdicción social todas las cuestiones derivadas de un mismo AT se concreta en sus artículos 28.2 y 29, que entre otras situaciones imponen -sin margen para la discrecionalidad- acumular los procesos eventualmente existentes en materia de recargo y de sanción administrativa por infracción de la normativa preventiva. Repárese, no obstante, en que siendo evidente que el recurso al artículo 151 LJS en los pleitos por recargo es un factor que contribuye a racionalizar la dinámica procesal en el terreno de los accidentes de trabajo, también lo es que los procedimientos administrativos que conducen a la imposición del recargo y a la imposición de una sanción por infracción preventiva tipificada en la LISOS son radicalmente diferentes, por lo que a tenor del artículo 30.2 LJS, y en contra de lo que afirma esa sentencia, no son procesos acumulables aunque ambos tengan origen en el mismo accidente de trabajo. De acuerdo con este precepto, por consiguiente, y aunque a mi juicio deberían serlo, no son acumulables los procesos originados en el mismo accidente de trabajo eventualmente entablados por el trabajador, de un lado, recurriendo *ex* artículo 151 LJS una resolución del INSS que desestima la imposición del recargo, y por el empresario, de otro, recurriendo también *ex* artículo 151 LJS una sanción administrativa impuesta porque la autoridad laboral sí que apreció incumplimiento de la normativa preventiva.

Concluido lo anterior, interesa asimismo advertir que la -a mi juicio poco calculada- regla general del artículo 30.2 LJS que proscribía la acumulación de estos procesos no halla plena correspondencia con las reglas del artículo 25 LJS, relativas a la acumulación de acciones. Así, el artículo 25.4 LJS introduce el límite de la

alegaciones y proponer prueba tampoco existe garantía de que pueda proponer las mismas pruebas en vía administrativa que en la jurisdiccional que es <a posteriori>; en este caso, años más tarde”.

¹⁹Rec. núm. 7668/1999.

²⁰ En el mismo sentido, A. Soriguera Serra: ‘Breve muestreo de posibles <errores> de la LRJS (o, como siempre, de mal en peor)’, AS, núm. 8 (2012).

diferenciación entre procedimientos administrativos para prohibir la acumulación de reclamaciones sobre accidentes de trabajo de contenido específicamente resarcitorio -responsabilidad civil y recargo de las prestaciones²¹-, sin pronunciarse por tanto sobre la viabilidad de acumular la acción de impugnación del recargo con la acción de impugnación de la sanción administrativa, habiendo no obstante quien entiende que no cabe dicha acumulación²². Por otro lado, el artículo 25.6 LJS, inexistente en la derogada LPL, vendría a confirmar la posibilidad de que el empresario acumule en su demanda las impugnaciones de recargo y sanción administrativa habida cuenta la conexión directa que existe entre estos dos actos administrativos, por estar motivados en el mismo AT. De modo que atendiendo a la letra y también al espíritu de la ley, en la interpretación del artículo 30.2 LJS en cuanto veda la acumulación de aquellos procesos originados en un mismo AT que hayan sido tramitados a través de procedimientos administrativos diferentes cabría introducir la salvedad de que esta acumulación sí podrá darse, análogamente a la acumulación de estas acciones que parece permitir de forma implícita el artículo 25.6 LJS, cuando la parte demandante en los dos procesos sea el empresario y el objeto de los mismos coincida en pretender la revocación de las respectivas resoluciones del INSS y de la autoridad laboral por motivos de fondo, relativos a la inexistencia de infracción de la normativa preventiva.

Habiéndose trasladado al Orden social de la jurisdicción la impugnación de las sanciones administrativas por incumplimiento empresarial de la normativa preventiva, no es en modo alguno discutible que sería bueno coordinar los procedimientos administrativos sancionador y de recargo para evitar el riesgo de resoluciones contrarias adoptadas en fase administrativa -por el INSS y por la autoridad laboral- que más adelante puedan ser fuente de una divergencia de pronunciamientos en sede jurisdiccional social²³. Es imposible terciar aquí en la problemática de los muchos aspectos del procedimiento administrativo de imposición del recargo, de fondo -como su naturaleza sancionadora o no y cuestiones asociadas, especialmente el plazo de caducidad para resolverlo por parte del INSS y sus conexiones con el procedimiento administrativo sancionador- y de forma -como la relación entre el informe/propuesta de la IT y el acta de infracción que pueda haberse levantado- que habría que limar para asegurar que exista esta coordinación, que se antoja absolutamente necesaria. Pero mientras la opción de política legislativa latente siga siendo mantener la figura del artículo 123 LGSS incrustada como un cuerpo extraño en nuestro sistema de responsabilidad empresarial por AT, esta diferenciación entre procedimientos administrativos resulta, a mi juicio, presupuesto ineludible para salvar las fricciones del recargo con nuestra legalidad constitucional, presidida en este punto por el principio *non bis in idem*.

4.- VALORACIÓN CRÍTICA

Las previsiones de la LPRL referentes al recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, la reforma procesal que ha supuesto la LJS así como las reglas del RD 1415/2004 que se ocupan de la recaudación por la TGSS del capital coste del recargo coinciden todas en el tratamiento de esta figura, expreso o implícito, como una institución con fondo punitivo, completamente ajena por tanto a la propia naturaleza de

²¹ Vid., J. F. Lousada Arochena: 'La acumulación de acciones...', cit.

²² Vid., M. Gil Villanueva: 'Consecuencias de la nueva Ley de la Jurisdicción Social en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social', RL, núm. 10 (2012).

²³ Similarmente, I. Moreno González: 'Orden competente para conocer de los accidentes de trabajo tras la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción social', Revista de jurisprudencia, núm. 1 (2012).

la prestación de la Seguridad Social que es objeto de mejora. Ello hace que sea obligado sustituir el actual proceso *De las prestaciones de Seguridad Social* -arts. 140 a 150 LJS- por el nuevo proceso del artículo 151 LJS para tramitar todas las reclamaciones judiciales contra el acto administrativo del INSS que impone o, en su caso, deniega la mejora de la prestación en dicho concepto. Obsérvese que la nueva tramitación procesal de estas impugnaciones judiciales adopta el *modus operandi* del recurso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que por otra parte constituye el recurso que hay que interponer contra actos de la TGSS relativos a la recaudación del capital coste del recargo siempre que dicha recaudación no se produzca en ejecución de sentencia, en cuyo caso la competencia jurisdiccional vuelve al Orden social-STJ (3ª) 1.2.2002²⁴; Auto TS 2.4.2009²⁵-. Competencia del Orden social, y así debe ser remarcado, que también habrá de instrumentarse, como la propia impugnación del acto del INSS de reconocimiento o denegación del recargo, no como antes a través del proceso de Seguridad Social sino a través del nuevo proceso del artículo 151 LJS. Sea como fuere, entre las garantías del proceso contencioso-administrativo importadas a este nuevo proceso de impugnación de actos administrativos de naturaleza no prestacional, en estas páginas se ha destacado la introducción de cautelas para evitar que la posición de prevalencia de la Administración durante la tramitación del correspondiente procedimiento previo impida *de facto* que el destinatario del acto administrativo de imposición del recargo -que es el empresario- contradiga hechos, elementos o juicios de valor de la Administración previos a su resolución que ultima el procedimiento en cuestión con la declaración de responsabilidad empresarial.

Si el Orden contencioso-administrativo siempre ha sido garante del derecho de defensa del destinatario del acto emanado de la Administración cuando tiene naturaleza sancionadora, no menos habrá de serlo el Orden social en el marco de este proceso judicial de impugnación del recargo, que como se ha visto contempla expresamente la declaración de nulidad del procedimiento administrativo por vicios formales que produzcan indefensión. Por mucho que finalizado el procedimiento administrativo de imposición del recargo el empresario disconforme deba formular una reclamación administrativa previa a la judicial -art. 151.7 LJS-, el artículo 151.9.d) LJS corrobora que la posibilidad de reproducir en esa fase las alegaciones que no han podido ser aducidas durante la tramitación administrativa por no haberse dispuesto el correspondiente trámite no necesariamente subsana ni este concreto vicio ni otros similares del expediente administrativo que también se presentan usualmente, como por ejemplo no motivar adecuadamente la resolución de condena al recargo-STSJ Cataluña 22.7.2008²⁶- o informes-propuesta de recargo del inspector de trabajo que se remiten a un acta de infracción levantada con ocasión del mismo AT que sin embargo es de fecha posterior al propio informe -STS 26.9.2007²⁷-. En todos estos casos, como se viene diciendo, aducidos por el empresario estos defectos formales en los momentos procesales oportunos, ante la inactividad de la Administración como respuesta la consecuencia no debiera ser otra que la declaración de nulidad del recargo por motivos formales, con retroacción de todo lo actuado al momento de producción del vicio.

²⁴ Rec. núm. 7806/1996.

²⁵ Dictado en el conflicto de competencia 79/2008.

²⁶ Rec. núm. 4040/2007, considerando que no existe indefensión.

²⁷ Rec. núm. 2632/2006, considerando que no existe indefensión.

Echarmano del artículo 151 LJS para tramitar las reclamaciones judiciales contra el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social representa un indudable avance en términos de técnica jurídica. Sin embargo, en términos de seguridad jurídica se echan también en falta mecanismos procesales potentes que garanticen un desarrollo armónico de esa reclamación judicial y de la empresarial contra la sanción recogida en la LISOS e impuesta por la autoridad laboral con ocasión de la misma infracción preventiva del empresario. Y es que la tácita derogación del artículo 42.5 LISOS que ha supuesto la entrada en vigor del nuevo proceso judicial del artículo 151 LJS no tiene mayor trascendencia práctica habida cuenta la vigencia del efecto positivo de la cosa juzgada material entre sentencias firmes del mismo Orden jurisdiccional. Esto significa que si por ejemplo existe primero sentencia firme del juez laboral que resuelve la reclamación empresarial contra la sanción administrativa exonerando al empresario de responsabilidad por considerar que el accidente se produjo a causa de una imprudencia temeraria del trabajador -art. 15.4 LPRL y 115.4 LGSS-, en tal caso ya no tendrá sentido que éste reclame judicialmente el recargo de las prestaciones porque este segundo proceso quedará necesariamente condicionado por el presupuesto con valor de cosa juzgada de que el accidente producido fue debido a una imprudencia temeraria suya.

Este efecto positivo de la cosa juzgada material debe ser entendido sobre todo en este tipo de pleitos -recargo y sanciones administrativas- en los precisos términos en que matizaron tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo respecto de la regla del derogado artículo 42.5 LISOS, esto es, posibilitando que la ulterior sentencia obtenga una conclusión diferente de la que obtuvo la sentencia firme anterior mediante una apreciación distinta y razonada efectuada sobre los mismos hechos en cuanto a sus consecuencias jurídicas -STConst. 21/2011; SSTS 13.3.2012²⁸ y 10.7.2012²⁹-. Es más, dado que la compatibilidad del recargo con la sanción administrativa y con la indemnización civil de daños y perjuicios que declara el artículo 42.3 LPRL en la práctica causa graves fricciones con el principio *non bis in idem* en el primer caso y con la prohibición de enriquecimiento injusto en el segundo, tal compatibilidad legal está reclamando, a mi juicio, que el operador jurídico adopte unas claves aplicativas del recargo diferentes y más estrictas o rigurosas de las que rigen para exigir la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil -que son responsabilidades empresariales que en el terreno preventivo se miden en términos prácticamente objetivos-, lo que entiendo que afecta a los requisitos de culpabilidad empresarial y de tipicidad de la infracción cometida. Por este motivo, mi impresión es que en la práctica no debería verse como algo raro que por ejemplo una sentencia que declara la existencia de responsabilidad administrativa del empresario por haber apreciado culpa *in vigilando* en la producción del AT no resulte contraria a otra sentencia posterior fundada en los mismos hechos constitutivos del accidente que desestima la imposición del recargo o bien por no haber quedado identificada en ese proceso la concreta infracción normativa cometida por el empresario, o bien porque más allá de una interpretación literal de la obligación empresarial de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la salud de los trabajadores -art. 14.2 LPRL-, en el caso concreto no se puede apreciar con claridad una especial falta de diligencia empresarial en la producción del accidente.

²⁸ Rec. núm. 3779/2010.

²⁹ Rec. núm. 2980/2011.

Aprehendida en su justo alcance la eficacia positiva de la cosa juzgada material en los pleitos originados en el mismo AT en los que se conoce sobre la impugnación de la decisión del INSS relativa al recargo de las prestaciones y sobre la impugnación empresarial de la sanción administrativa, de inmediato procede señalar que en la práctica podrán plantearse un sinnúmero de supuestos con matices muy diferentes en los que la posibilidad de apreciar esta eficacia positiva se revela bastante más difícil que en el ejemplo anterior, cuando existe una primera sentencia firme declarativa de que el origen del accidente es una imprudencia temeraria del trabajador. Piénsese, por ejemplo, en los efectos que puede tener en un ulterior proceso de impugnación del recargo impuesto al empresario un pleito previo que anula en fase de suplicación el acta de infracción de la IT pero por motivos de forma, dejando imprejuizado el asunto de la existencia o no de un AT y la consiguiente infracción empresarial de la normativa preventiva. Vale decir, por consiguiente, que la eficacia positiva de la cosa juzgada material en este específico terreno del recargo de las prestaciones y de las sanciones administrativas por infracción preventiva no garantiza suficientemente ni de lejos que no puedan producirse resoluciones judiciales contrarias dentro del propio Orden jurisdiccional social.

Para conjurar los riesgos de resoluciones judiciales contrarias adoptadas en materia de recargo de las prestaciones de la Seguridad Social y de sanción administrativa por incumplimiento preventivo puede ser útil la norma de reparto del artículo 26.5 LJS, cuyo objetivo es posibilitar que todas las demandas derivadas del mismo AT sean resueltas, aun de forma independiente o en procesos separados, por el mismo juzgado o sección del Tribunal. El inconveniente de esta previsión es que el reparto previsto queda condicionado por la necesidad de que conste expresamente la pendencia de un primer proceso, lo que obviamente no siempre va a poder garantizarse. Por otra parte, entiendo que el legislador debería haber sido más sensible con la regulación de la acumulación de los procesos que respectivamente ventilan la impugnación de la resolución del INSS sobre el recargo de las prestaciones y la de la sanción administrativa cuando ambas impugnaciones se produzcan por motivos de fondo, relativos a la existencia del AT origen de ambos procedimientos. Mientras tanto, la regla general es la que es -art. 30.2 LJS, que proscribía la acumulación de estos procesos-, matizable exclusivamente a través de la fisura que puede suponer el artículo 25.6 LJS en cuanto que -posibilitando que el empresario acumule en su demanda las pretensiones que se deduzcan en relación con actos administrativos entre los que exista conexión directa- permitiría solo al empresario acumular esos dos procesos de impugnación de actos administrativos de naturaleza no prestacional. Yendo un poco más allá, finalmente, una adecuada coordinación de estos dos procesos judiciales exigiría asimismo contar con reglas particulares relativas al litisconsorcio pasivo necesario que debería producirse en estos pleitos, extremo que me parece que hoy no queda garantizado de forma adecuada en el nuevo artículo 151.3 LJS. En este sentido, si, por ejemplo, un proceso de impugnación de sanción administrativa se desarrolla entre empresario y autoridad laboral, sin participación del trabajador, y concluye con la inexistencia de AT, está claro que tanto el trabajador como el propio INSS habrán quedado decisivamente afectados por un pronunciamiento en el que no pudieron ser parte³⁰, pues frente a una posterior y eventual reclamación contra el recargo el juez habrá de partir necesariamente de la declaración de hechos probados de la sentencia previa que negó la existencia de ese AT origen del recargo.

³⁰En el mismo sentido, A. Soriguera Serra: 'Breve muestreo de posibles <errores> de la LRJS...', cit.