

LA AZAROSA VIDA JUDICIAL DEL RECARGO DE PRESTACIONES. EN PARTICULAR, SU COMPLEJA CONVIVENCIA PROCESAL CON LAS RESPONSABILIDADES PENALES Y ADMINISTRATIVAS DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Aquilatamiento del tema

- Implementación de mecanismos diversos con finalidades y alcances diferentes. DESAJUSTES
- Los más ostensibles: entorno judicial del recargo.
- Del mismo accidente se conoce judicialmente de forma paralela o sucesiva:
 - ❖ Recargo de prestaciones
 - ❖ Sanción administrativa del incumplimiento de medidas.
 - ❖ Diligencias penales.
 - ❖ Prestaciones de Seguridad Social
 - ❖ Indemnización por daños

Cuestiones a tratar

- *Convivencia judicial entre recargo//sanciones administrativas//penales.
- Perspectiva estrictamente procesal: prescripción; cosa juzgada; revisión de sentencias; incorporación de resoluciones a los autos, etc.
- EXCLUSIÓN:
- Cuestiones sustantivas del recargo.
- Convivencia del recargo con otros pleitos (prestaciones e indemnización por daños).
- PUNTO DE PARTIDA:
- Un mismo hecho no puede ser y no ser porque conozcan de él jueces diferentes, sobre todo si pertenecen al mismo orden jurisdiccional

Pluralidad de intervenciones a raíz de un mismo hecho

- La ITSS investiga la mayoría de los accidentes laborales (obligación empresarial de comunicación).
- Objetivo: investigar si ha habido incumplimiento preventivo.
- Con ello se abre la puerta a dos procedimientos administrativos diversos:
 - Recargo de prestaciones: informe-propuesta con indicación:
 - ❑ hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el art. 164 LGSS que motive la propuesta y el porcentaje que se propone.
 - ❑ Mismo contenido que tiene que cubrir la resolución del INSS, que suele atenerse a la propuesta de la Inspección.
 - ❑ Procedimiento RD 1300/1995 y Orden de 1996 de desarrollo.

➤ Si se aprecia infracción de medidas de seguridad: acta de infracción que inicia de oficio en procedimiento sancionador.

❑ Resuelve la Administración laboral competente: regla cuantitativa del art. 48.1 LISOS (versión precedente):

❑ Con frecuencia la jefatura de la Inspección

❑ 3.197 propuestas de recargo

❖ **Garantía de paralelismo en la fase administrativa de propuesta entre sanción/recargo (sin que ello signifique necesaria identidad, pues juegan principios diversos).**

❖ **Recargo sin sanción (infracción en la Administración RD 707/2002).**

❖ **Sanción sin recargo: +no se ha materializado el daño o la infracción detectada es ajena al hecho causante de la prestación que incrementa el recargo**

FASE ADMINISTRATIVA DECISORIA

Aunque son órganos distintos el paralelismo entre ambos procedimientos acontecerá en la mayoría de los casos, porque la propuesta de la ITSS, suele tener continuidad en la vía administrativa.

Si bien: **responden a responsabilidades diversas y a principios propios.**

***relevancia en el procedimiento administrativo sancionador de reglas de las de la órbita de la presunción de inocencia y del procedimiento sancionador, irrelevantes en el de recargo. POSIBLES NULIDADES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR (ejemplo, diferente repercusión de la falta de audiencia al empresario).**

Potencial disgregación de convicciones en la fase judicial

- ❖ Apreciaciones diversas de un mismo hecho (el accidente). Especialmente extraño tras la LRJS.
- ❖ El juez del recargo no queda vinculado por lo dicho en el procedimiento sancionador, ni a la inversa (**por la interpretación jurisprudencial de una normativa que no es tajante al respecto**).
- ❖ La atribución competencial al orden social de las sanciones laborales era una buena oportunidad para garantizar la **armonía de decisiones**.
- ❖ Opciones legales (rechazadas):
 - ❖ **Litispendencia** (suspensión del recargo a la espera de la acreditación del incumplimiento de medidas en el procedimiento sancionador).
 - ❖ **Acumulación de procesos** (reclamación del recargo por el nuevo procedimiento de impugnación de resoluciones administrativas, suprimiendo la prohibición de acumulación en caso de expedientes administrativos diversos).

Con ello se evitarían resoluciones contradictorias. Pero:

- No ha sido la opción del legislador: más allá del art. 45.2 LISOS
 - El art. 86.4 LRJS, ninguna mención hace a estos supuestos respecto de la suspensión del procedimiento. NI SIQUIERA SI HAY PROCESO PENAL
- Tendencia jurisprudencial contraria:
 - autonomía completa de pronunciamientos sanción/recargo: ni litispendencia ni cosa juzgada
 - vinculación entre recargo/indemnización por daños, a través de la cosa juzgada
- El origen del problema: la camaleónica naturaleza del recargo según el TS:
 - ❖ No es sanción para evitar los principios del procedimiento sancionador (presunción de inocencia y non bis in ídem).
 - ❖ Tampoco es prestación pura para evitar el descuento en la indemnización y la imposibilidad de aseguramiento (art. 164.2 LGSS) (*TEMA PARA DEBATE).

Prejudicialidad penal. Devolutiva exclusivamente en el procedimiento sancionador

✓ Sanción administrativa/procedimiento penal:

- ❖ art. 3 LISOS: paralización del primero hasta sentencia firme penal **si hay conexión directa entre ambos** (habitual en la investigación de un accidente de trabajo). Razones:
 - ❖ Ambos son procedimientos punitivos. Principio:
 - Non bis in ídem: reapertura del administrativo sólo en caso de absolución penal. La condena supone el archivo del procedimiento administrativo sancionador
 - En caso de reapertura:
 - Valoración de la infracción con la LISOS, pero **vinculación a los hechos declarados probados en la vía penal (art. 3.3. LISOS): a los ojos del Derecho un mismo hecho no puede ser y no ser a la vez**

- ✓ La vinculación de hechos sólo es posible si se suspende el procedimiento. Lo que no funciona en la convivencia judicial

Recargo/procedimiento penal: No prejudicialidad devolutiva:

- ✓ Declaración de ultra vires del art. 16.2 de la Orden de 18-1-96: «*cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento*».
- ✓ Razones para negar la prejudicialidad devolutiva:
 - ✓ Principio de celeridad del procedimiento social (inexistente en el penal).
 - ✓ Aplicación de principios diversos (pro operario/pro reo)
 - ✓ Regla legal que excluye la suspensión –"en ningún caso"-- (hoy art. 86.1 LRJS), y remite a la revisión de sentencias en el apartado tercero.

Consecuencias de la no prejudicialidad devolutiva

- ✓ El procedimiento penal no suspende el de recargo, lo que imposibilita la vinculación de hechos probados.
- ✓ Si el penal no suspende, el administrativo sancionador menos aún.
 - El art. 86.4 LRJS, advierte que un procedimiento social no se suspende por otro social, salvo que ambas partes lo pidan (sin perjuicio del juego de la litispendencia).
- Carga en la faz prestacional del recargo, arrinconando la sancionadora
- Rechazo de la práctica del INSS de suspender en ambos casos.

- El plazo para resolver es de 135 días. La superación de dicho plazo supone la desestimación de la solicitud –aún iniciada de oficio –, nunca la caducidad del expediente...
- Pero el silencio no exime al INSS de la obligación de dictar resolución expresa: -favorable al reconocimiento del recargo con plena eficacia; -desfavorable.
- De este modo, lo único que acontece cuando transcurridos 135 días, el INSS no ha resuelto expresamente, es que el trabajador afectado –o sus causahabientes –podrá instar la vía judicial para reclamar el recargo (tras agotar la reclamación previa). La inactividad de la Administración no puede perjudicar ni al trabajador determinando la caducidad; ni causar daño al empresario por el juego del silencio positivo.

- Ahora bien, ambos procedimientos (penal/administrativo sancionador) tienen repercusión en el recargo.
- *sobre el plazo de prescripción de la acción que se interrumpe ex art. 53.2 LGSS por el inicio de diligencias penales (hasta el auto de sobreseimiento o hasta que la sentencia adquiriera firmeza).
- *la misma suspensión funciona respecto del expediente administrativo sancionador (art. 53.1 LGSS).
- Así:
- si se inicia un procedimiento administrativo de reconocimiento del recargo –de oficio por la ITSS o a instancia de parte interesada—al tiempo que se conoce de la posible responsabilidad criminal o administrativa del empresario por las circunstancias en las que aconteció el accidente, aquél no se paraliza
- Si incorrectamente el INSS suspende el expediente administrativo, o si, no iniciado éste, el trabajador o sus causahabientes deciden esperar a que el orden penal y/o el social sancionador se pronuncien sobre las consecuencias del accidente, su acción para reclamar el recargo queda a salvo de prescripción hasta que finalicen ambos procesos sancionadores.

Desvinculación judicial entre el recargo y el procedimiento sancionador (TS: en los hechos y el fallo)

- Doctrina constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y a las expectativas legítimas del justiciables como prismas para valorar el alcance del art. 42.5 LISOS:
- «La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social»
- VIGENTE PERO ACOMODADO HOY A LA LRJS.

Interpretación TC

1) Cada jurisdicción conoce desde la perspectiva que es propia, aplicando sus normas, pero eso en principio **no puede repercutir en el factum**: “el presupuesto de aplicación de unos y otros preceptos es el mismo: **la existencia de un incumplimiento por parte de la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales en relación con el accidente en cuestión**”:

- Si el orden contencioso conocía de la impugnación administrativa de la sanción antes de que el social se pronunciase sobre el recargo, este último debía, con carácter general, asumir los hechos que se habían declarado probados por el orden contencioso-administrativo.

2) También vinculación respecto de la existencia o no de un incumplimiento de medidas de seguridad, proclamándola, además, en una doble dirección.

- ❖ el orden social y el orden contencioso-administrativo quedaban condicionados respectivamente en cuanto a la convicción de la existencia misma de un incumplimiento en materia preventiva.

Ello no significaba, necesariamente, identidad en el sentido del fallo.

- ❖ Simplemente que para apartarse de los hechos o de la apreciación de la existencia de infracción se exigía fundamentación especialmente motivada y justificada. Por ejemplo: por la concurrencia de hechos o circunstancias que no hubiesen sido tomados en consideración por el otro juzgador.
- Así, podía llegarse a fallos divergentes por:
 - Anulación de sanción administrativa por motivos formales, ajenos a la realidad de la infracción y por tanto del recargo.
 - Sanción sin recargo, por falta de prueba de relación entre la infracción y el daño o por no haber prestación a la que anular el recargo (fallecimiento sin causahabientes)

Presupuesto de esta doctrina (STC 143/2000): la dosis sancionadora del recargo

«existe una **conexión jurídica indudable entre la infracción administrativa del empresario y el derecho al recargo** de prestaciones del trabajador, en cuanto que el elemento determinante del último [...] lo es a la vez del supuesto de hecho del tipo de la infracción administrativa. Por ello la **resolución sobre la existencia de ésta en sede propia está llamada a influir de modo inevitable en la resolución** que en ámbito distinto de las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social haya de dictarse sobre el derecho del trabajador al **recargo** de sus prestaciones a costa del empresario infractor».

- Mi tesis: ambas (recargo/sanción) tiene necesariamente el presupuesto del incumplimiento de medidas –hay que desterrar las tesis del recargo por incumplimiento genérico del deber de prevención-- . Un vistazo al origen y evolución del recargo explicaría esta imposibilidad

La curiosa recepción del mandato constitucional por parte del TS. De la excepción a la regla

- Recelo desde el primer momento (SSTS 13/03/11, Rec. 3779/10 y 10/07/12, Rec. 2980/11): Lectura entre líneas de la tesis de la valoración autónoma.
- En ambos casos la recurrida había razonado la decisión de apartarse de la sentencia contenciosa sobre la sanción, mientras que la de contraste la había aplicado automáticamente, sin más valoración, entendiendo que si se había anulado la sanción administrativa no podía reconocerse el recargo.
- El TS reprueba esta aplicación automática y recuerda la doctrina del TC que permite apartarse del criterio sancionador.
- Entre líneas: se deja clara la preferencia por la autonomía valorativa del recargo, convirtiendo la excepción admitida por el TC en la regla (distinta valoración con fundamentación jurídica)

Carta de naturaleza en la STS 14/09/16, Rec. 846/15. Vigente ya la LRJS:

la clave del debate procede de la confusión terminológica entre el incumplimiento al que se refiere el art. 164 LGSS y la infracción que regula la LISOS, en el bien entendido que la infracción supone el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas, pero no todo incumplimiento dará lugar a una infracción, que, como tal, exige de la necesaria tipicidad; «bastando para el recargo con que exista un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad».

No hay identidad absoluta entre la infracción determinante de la sanción y el incumplimiento de medidas de seguridad: el art. 164.1 LGSS no habla de infracción.

Olvida la Sala que el art. 164.3 LGSS sí alude a la infracción: **la responsabilidad por el recargo «es independiente y compatible con las de otro orden, incluso penal, que pudieran derivarse de la infracción».**

La clave está en si vale para el recargo un incumplimiento genérico (“deber de protección”).

La línea que separa esto de la objetivación del recargo es muy delgada.

- Además sostiene «la **propia existencia de un daño puede evidenciar el fracaso de la acción preventiva** a que el empresario está obligado; no en vano, el art. 95.2 LRJS [96.2 se entiende] establece que en los **procesos sobre responsabilidades derivadas** de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo **probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo**, así como cualquier factor que excluya o minore esa responsabilidad».
- turbadora apuesta por la suficiencia de un incumplimiento del deber genérico de protección para la imputación del recargo.
- regla procesal no pensada para el recargo (más para las indemnización por daños). SE FORMULA PARA EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, Y EL RECARGO VA POR EL ESPECIAL DE PRESTACIONES SS

Rechazo de la cosa juzgada

Dice la sentencia: son procesos diferentes y «la ley, por la vía del ya citado art. 42 LPRL [art. 42.5 LISOS], intenta lograr soluciones lo más próximas posible en cuanto a la fijación de los hechos. Sin embargo, el que los hechos sean los mismos –y se aceptaren incluso los que se declaren probados en la sentencia que resuelve sobre la sanción administrativa– el examen de los mismos a los efectos de la norma a aplicar en el caso del recargo permite sostener la responsabilidad de la empresa en materia de prestaciones pese a haberse considerado que aquellos hechos no encajan en el tipo legal de la sanción impuesta por la Administración».

- ¿en qué incumplimiento podrá sustentarse el recargo? ¿en uno de alcance menor o simplemente genérico?.

Culminación de la desvinculación: STS 14/03/17, Rec. 1083/15

- Niega la correspondencia entre la gravedad de la infracción apreciada en la vía sancionadora y el porcentaje de recargo.
- Pretensión de la empresa: a una infracción grave no le puede corresponder un recargo del 50% (en principio reservada a las muy graves).
- Interpretación jurisprudencia previa de la mención legal a la "gravedad de la falta":
 - amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la cuantía porcentual, pero con posibilidad de revisión cuando el recargo impuesto no guardase manifiestamente proporción (mayor gravedad de la sanción mínimo recargo o viceversa).. Luego cierta correspondencia, aunque no aplicación automática o matemática.

Afirmaciones de la STS 14-3-2017

- «no existe supeditación para la autoridad judicial a la graduación de las infracciones sino que la norma le confiere la facultad de fijar el recargo en valores comprendidos entre el 30% y el 50%, rigiéndose exclusivamente por los parámetros que el precepto señala»:
 - Posibilidad de uso orientativo de los parámetros de la LISOS.
 - Posibilidad de fundamento en parámetros propios de la LGSS:
 - Alude a dos posibles criterios: -peligrosidad de la actividad, -número de trabajadores afectados...
 - Ambos están entre los previstos en la LISOS para graduar las faltas en mínima, media o máxima....

- No apuesto por una correspondencia matemática y automáticamente entre la gravedad de la infracción apreciada para la sanción administrativa –que se rige por sus propios principios y tipos--, y el porcentaje del recargo.
- Pero tampoco parece razonable tratarlos como compartimentos estancos, porque
 - ✓ El art. 164.3 LGSS alude a la “infracción”, en necesaria relación con la sanción administrativa de la conducta empresarial.
 - ✓ la seguridad jurídica que reporta una tipificación de las consecuencias de las conductas sancionables, conforme a criterios objetivos y conocidos con anterioridad, tiene una utilidad que no cabe negar, ya sea para la imposición de una multa, ya sea para la imputación de una responsabilidad económica anudada a una prestación de Seguridad Social.

¿Qué hacer, entonces, frente a resoluciones contradictorias?

- Esta apuesta jurisprudencial por desligar el recargo de la sanción, deriva con frecuencia en resoluciones contradictorias.
- Casos más sangrantes:
- Para el empresario: recargo del 50% en sanción de gravedad menor// recargo con absolución de sanción por ausencia total de incumplimiento ¿cómo se le explica al empresario que se ha declarado que no ha cometido ninguna infracción sancionable de medidas que debe asumir, capitalizándolo, el elevado coste del recargo y que además no puede asegurar ese riesgo?
- Para el beneficiario: negación del recargo con sanción administrativa grave o muy grave...¿Cómo se le explica al trabajador o a sus causahabientes?

- **¿puede pedir la revisión de la sentencia de recargo con base en la resolución sancionadora firme?**
- *La revisión es una vía excepcional (por la santidad de la cosa juzgada), que se interpreta siempre de forma estricta en las causas y en los requisitos formales*
- **A) POR SENTENCIA PENAL: exigencias del art. 86.3 LRJS. En hipótesis posible revisión de la condena del recargo si:**
 - *La sentencia penal absuelve al empresario por no haber incumplimiento alguno de medidas o por no ser responsable (ni directa ni indirectamente): No bastaría absolución por falta de pruebas (rigen principios distintos).*
 - *También cabría por falso testimonio si el recargo se impuso por declaración de ese testigo.*
 - *Nunca cabría revisión en el caso inverso (no imposición de recargo), porque la LRJS exige sentencia absolutoria (conveniencia de reforma legal).*

B) REVISIÓN POR POSTERIOR SENTENCIA FIRME DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA:

*No hay regla similar al art. 86.3 ni para otro orden jurisdiccional ni para el mismo: cierra totalmente las puertas a la posibilidad de revisar una sentencia de recargo con base en una sentencia posterior sobre la procedencia o no de sanción administrativa por el accidente de trabajo.

- Tampoco por la **vía del art. 510.1.1 LECv, que** exige: documento decisivo recobrado u obtenido con posterioridad, que «... no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado».
- Jurisprudencia: Condición que no cabe atribuir a una sentencia, especialmente si es posterior.

- Criterio TS: no cabe revisión, ni en los supuestos más sangrantes (recargo con absolución a la empresa por haberse debido el accidente únicamente a imprudencia del trabajador):
 - -ninguna norma prevé la primacía de una sentencia sobre otra.
 - -cada una produce efectos en el radio que le es propio.
 - -las sentencias contradictorias son una patología **pero no hay remedio a día de hoy**
 - ***Respuesta poco satisfactoria del derecho a la tutela judicial efectiva***

La solución más apropiada no sería el efecto de cosa juzgada respecto al menos de los hechos probados??? .. Negado tajantemente por la jurisprudencia

Incomprensible rechazo de la cosa juzgada

- **Con carácter general:** Concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos.
- **Reconocimiento para indemnización/recargo TANTO PARA LOS HECHOS COMO PARA LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD (incumplimiento de medida/daño):** argumento: a pesar de tratarse de instituciones diversas, hay elementos de identidad y entre ellos «la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer la identidad existente entre los dos institutos».
- ¿qué dificultad podría haber para encontrar esta conexión entre el recargo y la sanción?. Máxime cuando ambos se sustentan –se quiera o no– en la **infracción de una norma de seguridad (el TS alude a la “infracción” cuando habla de la cosa juzgada del recargo/indemnización)**.
- No hay obstáculo porque no haya identidad subjetiva plena en los pleitos: **a) obstáculo irrelevante para el TS en recargo/indemnización;**
b) el trabajador es llamado como parte interesada al pleito de sanción.

Un remedio paliativo: Incorporación de la sentencia de recargo/sanción en el otro pleito, también en fase casacional

- Posibilidad de incorporar en cualquier momento del pleito (suplicación/casación), por la vía del art. 233 LRJS, la sentencia que adquiriera firmeza con anterioridad o incluso sin firmeza en su condición de documento decisivo.
- **Efecto: EXIGENCIA DE ARGUMENTACIÓN ADICIONAL SI SE QUIERE APARTAR DEL CRITERIO.**
- **Admitida expresamente para recargo//indemnización con base en la doctrina constitucional del art. 42.5 LISOS:**
Incluso para revisar hechos en casación a efectos de determinar los términos de la contradicción.
- **No cabe negarle a la sentencia la condición de documento decisivo, ya sea para:**
 - -pretensiones de las partes.
 - -argumentación jurídica.
 - -sentencia del fallo.

Conclusiones

- Oposición a la tesis de la separación:
 - -por seguridad jurídica.
 - -por la naturaleza híbrida que se ha querido atribuirle al recargo.
 - -sientas las bases de la objetivación (la idea de que cualquier incumplimiento, aunque sea genérico, baste para su imposición).

Argumentos contra la objetivación:

-no nació, ni se puede convertir en un instrumento de concesión automática con que acontezca el accidente:

* ¿no ocupan ese espacio ya las prestaciones de Seguridad Social?

*si queda daño sin reparar ¿no está ya la indemnización? (con jurisprudencia cada vez más tendente a la objetivación)

¿Qué hueco le queda al recargo?? ¿No será para las conductas más graves?

Es el momento de replantearse su naturaleza jurídica y asumirla con todas sus consecuencias

OTROS TEMAS PARA DEBATE

- Sin prestación de Seguridad Social no hay recargo. No caben declaraciones abstractas de recargo, sin vinculación a una prestación concreta. En los casos de accidentes especialmente graves, puede salir más económico el fallecimiento del trabajador....
- **INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN E INTERRUPCIONES**
- Determinación del momento en el que comienza a correr el plazo de prescripción del 5 años: desde que se pudo ejercitar la acción, lo que no coincide con la fecha del accidente, sino con el momento en que el daño queda definitivamente fijado.
 - Si se acciona judicialmente sobre la prestación cuando la resolución que resuelve sobre ella deviene firme.
 - El TS, S Social, ha entendido que el plazo también se interrumpe por la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios (TS 14/07/15 Rec 407/14).
- **Compensación vía efectos económicos (3 meses desde la solicitud)**

NO DESCUENTO DEL RECARGO EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

- No se descuenta de la indemnización por daños, por su carácter sancionador. Carácter sancionador que luego se ignora para otras cosas...

LEGITIMACIÓN EMPRESARIAL JUDICIAL EN MATERIA DE RECARGO:

- Los empresarios. No cabe negarles legitimación para accionar contra la resolución de reconocimiento de prestaciones en los siguientes casos:
- Para discutir la contingencia generadora de la prestación por su posible repercusión sobre el recargo/indemnización.
 - Cuando se trata de resolución de recargo en todo caso.
 - *Singularidades de la legitimación pasiva de la empresa:* puede funcionar la transmisión de la responsabilidad cuando se produce una sucesión de empresas. Vía art. 168.2 LGSS: sucesión de empresas__pago solidario de las “PRESTACIONES causadas antes de la sucesión”-. Interpretan la expresión causadas, en el sentido de generadas no de reconocidas (luego los reconocidos antes y después de la transmisión). **Súmese a las reglas de prescripción!!!!**

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal do Trabalho de Leiria — Portugal) — Modelo Continente Hipermercados SA / Autoridade Para As Condições de Trabalho — Centro Local do Lis (ACT)
- (Asunto C-343/13) (Procedimiento prejudicial — Régimen de las fusiones de sociedades anónimas — Directiva 78/855/CEE — Fusión por absorción — Artículo 19 — Efectos — Transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente — Infracción cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión — Constatación de la infracción mediante resolución administrativa posterior a dicha fusión — Derecho nacional — Transmisión de la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida — Procedencia)

PROBLEMÁTICA DEL ASEGURAMIENTO

- Legalmente está prohibido desde 1922: el art. 164.2 LGSS es claro:

«La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado 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 trasmitirla».

La STS 23/03/2015 insiste en la prohibición de aseguramiento, aunque es cierto que en uno de los votos particulares, mantiene lo contrario, entendiendo que no está prohibido.

- «Sobre la prohibición de asegurar el recargo. Un sector doctrinal mantiene que a partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del recargo que nos ocupa. Esta doctrina parece correcta habida cuenta que el artículo 15-5 [...] autoriza a "concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo", siendo de destacar que ni en ese precepto, ni en el 42 se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo [...] en definitiva nada impide el aseguramiento del recargo, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos negligentes [...] sin que se pueda olvidar lo antes dicho sobre que el recargo tiene naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. [...] la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el recargo e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros...».
- Esta tesis del voto particular, creo que exige reforma legal, la LGSS de 2015 mantiene expresamente la prohibición.
- Exigiría prescindir del carácter sancionador del recargo de prestaciones, y vincularlo al carácter indemnizatorio, pero eso supondría también acabar con la jurisprudencia que mantiene que no se descuenta de la indemnización por daños.

- Inicialmente, el proyecto de ley remitido al Senado establecía en el artículo 42.6.º LPRL la prohibición absoluta de asegurar el recargo. Fue en el Senado donde, como consecuencia de una enmienda presentada por el Grupo parlamentario socialista del Senado, esta prohibición se suprimió.

EL RECARGO EN LA FASE PROBATORIA

- Alcance de la aplicación de las reglas generales de carga probatoria (art. 96.2 LJS y presunción de inocencia)
 - Si se aplica este precepto se impondrá más recargos, en tanto que supondrán en cierto modo partir de una presunción de incumplimiento empresarial

EL RECARGO EN FASE DE RECURSO:

- Acceso directo a suplicación, tratamiento como prestación
- Reglas específicas para acceso a casación: tendencia a la relajación de la exigencia de contradicción
- Aplicación de las reglas de ejecución provisional de prestaciones periódicas.. No obligación de devolución en caso de revocación del reconocimiento.. Debe asumir el coste la TGSS.