

## NORMATIVA y RESPONSABILIDAD.

El título de mi intervención es EL COSTE DE LA NO PREVENCIÓN. Y a riesgo de iniciarla por el final hay que decir que el coste de la no prevención dependerá fundamentalmente del impacto de la no prevención en la sociedad.

El objeto del ordenamiento jurídico es facilitar la convivencia, una convivencia que se ha ido complicando con el devenir de los siglos. El legislador debe dar una solución a los conflictos que van surgiendo. En este sentido, el conflicto es siempre anterior a la solución legislativa, la vida va por delante de la norma.

El conjunto de todas las soluciones que el legislador ha ido dando a las situaciones de conflicto planteadas por la comunidad a lo largo de los siglos conforma lo que llamamos el ordenamiento jurídico. Y éste, el ordenamiento jurídico está en constante evolución ante las nuevas situaciones de conflicto que se van manifestando (nuevas tecnologías, etcétera). Podemos decir que el ordenamiento jurídico constituye una gran construcción, un gran castillo, con diversas estancias, cada una de las cuales puede considerarse como una especialidad: sanidad, trabajo y seguridad social, tributario, mercantil, civil, penal, administrativo...

Es cierto que el legislador concreta más o menos la norma en función de la alarma social del conflicto, y con la legionella ocurrió lo mismo, en un momento determinado. Después de estar presente en los medios de comunicación una temporada, tuvimos normativa.

Tenemos dos maneras de acercarnos a la normativa.

Podemos acercarnos a la normativa desde la perspectiva del enfoque vertical y en el caso de la normativa sobre legionella suele interesar más a los operadores técnicos.

Hay otro enfoque que facilita más el estudio de la responsabilidad frente el ordenamiento jurídico. La RESPONSABILIDAD conviene estudiarla desde la perspectiva de un enfoque horizontal o transversal y suele interesar más a los titulares o responsables de las empresas. Al aproximarnos a una situación de conflicto mediante el análisis transversal u horizontal, podemos valorar mejor la responsabilidad del titular de la instalación.

Si para el mantenimiento de una instalación acudiremos al análisis vertical, para valorar las eventuales repercusiones de una situación de conflicto acudiremos al análisis horizontal o transversal.

¿Cuál es el análisis vertical? El análisis vertical considera la cadena normativa: parte siempre de la constitución. De la constitución cuelgan todos los cuerpos legislativos. En el área de la sanidad, preside el ordenamiento la Ley General de Sanidad. De la misma, entre otros, pende el R.D. del Ministerio de Sanidad y Consumo 865 de 2003, por el que establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis; Decret del Departament de Sanitat i Seguritat Social de la Generalitat de Catalunya nº 352 de 2004; de los mismos penden a su vez las Normas de carácter administrativo: ordenanzas municipales de medio ambiente... hasta llegar a las instrucciones de uso de los productos químicos que vamos a utilizar en la desinfección de la instalación... que también son norma.

Antes hemos hablado del ordenamiento jurídico como de un castillo. Efectivamente, el análisis vertical te permite un estudio completo pero solo de una de las estancias.

Si recordamos el título de la conferencia, según el análisis vertical, el COSTE DE LA NO PREVENCIÓN lo tenemos en el R.D que nos remite a la Ley General de Sanidad. En análisis vertical, o sectorial, sólo se contempla un área de responsabilidad jurídica, el área administrativa, las sanciones administrativas, por remisión a la Ley General de Sanidad. Sin embargo, si queremos saber el coste de la NO-PREVENCIÓN real debemos tener presente TODO EL CASTILLO.

Para ello debemos acudir al análisis horizontal y preguntarnos, ¿cómo reacciona el ordenamiento jurídico en un supuesto de brote de legionella...?

Primero ¿quién es el responsable? El titular de la instalación, siempre. Además, la contratación de un servicio de mantenimiento externo no exime al titular de la instalación de su responsabilidad.

¿De qué es responsable?

De que la instalación no represente ningún riesgo para la salud pública. Concretamente es responsable de

- ◆ Realizar programas de mantenimiento periódico
- ◆ Realizar las mejoras estructurales y funcionales de las instalaciones, y
- ◆ Realizar el control de calidad microbiológico y físico-químico del agua
- ◆ En definitiva, son los responsables de cumplimiento de lo dispuesto en el R.D.

¿cuál es la medida de estas obligaciones?

CON EL FIN DE QUE LAS INSTALACIONES NO REPRESENTEN UN RIESGO PARA LA SALUD PUBLICA

¿Qué quiere decir que NO REPRESENTEN UN RIESGO PARA LA SALUD PUBLICA? Para conocer el alcance de este precepto podemos acudir a la propia Exposición de Motivos del R.D. 865 del 2003:

La legionella es una bacteria ambiental capaz de sobrevivir en un amplio intervalo de condiciones físico-químicas, multiplicándose entre 20°C y 45°C, destruyéndose a 70°C. Su temperatura óptima de crecimiento es 35-37 °C. Su nicho ecológico natural son las aguas superficiales... Desde estos reservorios naturales la bacteria puede colonizar los sistemas de abastecimiento de las ciudades y, a través de la red de distribución de agua, se incorpora a los sistemas de agua sanitaria (fría o caliente) u otros sistemas que requieren agua para su funcionamiento como las torres de refrigeración... En algunas ocasiones, en estas instalaciones, mal diseñadas, sin mantenimiento o con un mantenimiento inadecuado, se favorece el estancamiento del agua, y la acumulación de productos nutrientes de la bacteria, como lodos, materia orgánica, materias de corrosión y amebas, formando una biocapa. La presencia de esta biocapa, junto a una temperatura propicia explica la multiplicación de legionella hasta concentraciones infectantes para el ser humano... Si existe en la instalación un mecanismo productor de aerosoles la bacteria puede dispersarse al aire. Las gotas de agua que contienen la bacteria pueden permanecer suspendidas en el aire y penetrar por inhalación en el aparato respiratorio...

¿Qué quiere decir entonces que no represente un riesgo para la salud pública? Pues que la bacteria no llegue nunca a afectar al aparato respiratorio.

Bien, pues para valorar los costes de la no prevención vamos a considerar que Sí ha afectado al aparato respiratorio, que tenemos un conflicto.

En el análisis horizontal se pretende ver qué ámbitos o áreas del ordenamiento jurídico pueden ACTIVARSE en un supuesto de conflicto. Hemos visto el AMBITO ADMINISTRATIVO, el R.D. 865/2003 se remite a las sanciones ECONOMICAS previstas en la L. General de Sanidad. De los supuestos de infracción previstos en la normativa ya puede intuirse que la reacción del ordenamiento jurídico no va a limitarse a una sanción económica. Cuando, por ejemplo, incurrimos en una infracción realizada de manera consciente y deliberada y que produzca un daño grave a la salud pública; o el incumplimiento de la orden de paralización total o

parcial de una instalación... ya se ve que la sanción no puede ser meramente económica.

Existe por tanto otros ámbitos de responsabilidad.

Al margen de la Ley General de Sanidad, en el supuesto de que el titular de la instalación fuera un ente público, el art. 139 y ss de la Ley 30/92, sienta el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...

***Según la sentencia de 18 de febrero de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra:***

*Nada tenemos que objetar a los informes que el Gobierno de Navarra nos pone ante la vista respecto de las múltiples actuaciones llevadas a cabo para prevenir la legionella, así como para combatirla una vez que se produjo el brote de legionelosis. Consideramos que ya sólo faltaba que no se hubieran tomado medidas preventivas según los protocolos conocidos.*

*Pero lo cierto es que el brote se produjo y que éste atacó al fallecido esposo y padre de los hoy apelados.*

*Por tanto, cuanto mayor es el elenco de medidas adoptadas mayor es la demostración del brote y de la gravedad del mismo que atacó a múltiples pacientes y fueron, además, varios los fallecidos. El nexo causal está más que claro: surgió el brote en el Hospital de referencia y éste atacó al fallecido de autos.*

La Administración es declarada responsable.

Tenemos también que esta situación de conflicto que estamos tratando puede activar el ámbito social.

ASI, Todas las prestaciones que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedad profesional pueden incrementarse en caso de infracción de las normas de seguridad e higiene. El recargo se cifra de un 30 a un 50% del importe de la prestación, que corre a cargo del empresario.

También el conflicto puede tener su repercusión en el ámbito tributario:

SEGÚN el Art. 14 de la L.I.S. las multas y sanciones penales y administrativas... no son deducibles en el I.S.

Estos son los ámbitos menores.

Los campos de responsabilidad con mayores repercusiones SON el penal, el civil y el mercantil.

AMBITO PENAL: Según el art. 316.- Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su salud, serán castigados con las penas de 6 m. A tres años.

Y el art. 350 que dice que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 316 incurrirán en penas de 6 meses a dos años, además inhabilitación especial para la profesión u oficio, los que en la conservación o mantenimiento de edificios infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos y pongan en concreto peligro la vida o integridad física de las personas.

***La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 septiembre de 2009***

*(...) Se trata de la carga de la prueba: corresponde a quien alega un hecho exculpatario su acreditación y lo cierto es que no sólo se ha contado con la falta de aportación del contrato en cuestión es que, además, los testigos que han depuesto en el plenario, de forma sucesiva y coincidente han mantenido que en la fecha de los hechos no había contratado un servicio de control microbiológico del agua: lo asevera Anton cuando afirma que en un primer contrato de agosto de 2004 a 2005 sí se contrató este servicio, pero, con posterioridad, sólo se firmó el contrato de mantenimiento, que es el único que estaba en vigor en mayo de 2007.*

*(...) Rafaela , encargada de la administración de la compañía, asegura que en 2007 los servicios contratados eran sólo mecánicos, no recordando que se contratara un servicio especial de control, aseverando que la propuesta del año 2006 no fue aceptada (...)*

*Si no se ha acreditado que el denunciado actuó con la diligencia debida, es decir, que no se preocupó de tener unos servicios que le permitieran la perfecta higienización del agua que era utilizada por sus clientes, su imprudencia tiene clara relevancia penal y debe ser castigada conforme al Código Penal, y ello no puede verse interferido por la creencia del Sr. Abilio de que actuaba correctamente, porque precisamente ese desconocimiento de la realidad de lo que acontecía es el nudo de su actuar culposo. En este aspecto no puede exculparse el denunciado en el hecho de que la empresa VREP debía haber*

*detectado, cuanto menos, una irregularidad o anomalía en el agua, porque el responsable, frente a terceros, de su perfecto estado es el denunciado*

En el AMBITO MERCANTIL es donde se dirimirán las responsabilidades de la empresa de servicios que realiza el mantenimiento de la instalación frente al titular de la instalación que los contrató para hacer el mantenimiento...

En función de los términos del contrato existente podrá resultar o no un deficiente servicio por parte del servicio de mantenimiento externo. Este deficiente servicio puede ser en el diseño del programa de mantenimiento de la instalación o en su ejecución.

El responsable frente a la sociedad (en los ámbitos laboral, penal, administrativo, social...) es el titular de la instalación. Pero esta responsabilidad podrá repercutirla posteriormente en la empresa de mantenimiento en el supuesto de incumplimiento de ésta.

**La responsabilidad sufrida será la medida de la responsabilidad repercutida.** Resulta fundamental por tanto la claridad de los contrato de mantenimiento. Solo un contrato en el que se definan claramente las obligaciones de cada parte permitirá definir las responsabilidades de cada parte.

Es distinto por tanto un contrato PARA EL DISEÑO DE UNA INSTALACION Y DE SU PROGRAMA DE MANTENIMIENTO, que el contrato para la ejecución de DETERMINADAS labores de mantenimiento establecidas por otro. Yo puedo ser responsable de realizar determinadas tareas propias del mantenimiento de una instalación, o puedo ser responsable de decirle al titular de la instalación cuales son las tareas necesarias para garantizar el cumplimiento del R.D.

En el primer caso mi responsabilidad es fácilmente controlable. En el segundo caso es más complicado ya que si pasa algo, sea lo que sea, puede ser siempre fruto de una valoración deficiente del mantenimiento que requiere una determinada instalación ya que ha resultado insuficiente para garantizar la obligación principal que impone la norma: que las instalaciones no representen un riesgo para la salud. Es por tanto fundamental la claridad en los contratos de mantenimiento.

Cerramos el ámbito mercantil.

Ya en el AMBITO CIVIL tenemos la responsabilidad contractual (del artículo 1101) y la responsabilidad extracontractual del art. 1902.

Según el artículo 1902.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.  
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

***Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 8 abril de 2010:***

*Además, y aún cuando se hubiera dado estricto cumplimiento a la normativa administrativa, cosa que no se hizo, ello no es óbice para que concurra la culpa extracontractual, ya que es doctrina jurisprudencial constante y pacífica - S.S.T.S. 22 de abril de 2003 ( RJ 2003, 3545) , 18 de junio ( RJ 2004, 4431) y 8 de octubre de 2004 ( RJ 2004, 6693) , entre otras- la que proclama que "la imputación subjetiva del acto lesivo, con un fundamento de reproche culpabilístico, se basa en que la producción del daño indica que no se han tomado las precauciones o no se ha actuado con el cuidado necesario para impedirlo, revelando que las garantías adoptadas conforme a las disposiciones vigentes para evitar los daños posibles no han ofrecido resultado positivo, poniéndose de manifiesto la insuficiencia de las mismas y que no se hallaba completa la diligencia". Es, por tanto, unánime la doctrina y jurisprudencia en el sentido de que el cumplimiento de la normativa reglamentaria no impide la apreciación de la responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por persona física o jurídica, a la que se le demanda el cumplimiento de la obligación de reparar el daño.*

Es decir, la existencia del daño determina la insuficiencia del programa de mantenimiento aunque, aparentemente, se cumplan los protocolos. Digo aparentemente por que los protocolos son criterios de mínimos. El objetivo del programa de mantenimiento no es el cumplimiento de los protocolo normados sino que las instalaciones no representen un riesgo para la salud.

Como conclusión podemos decir que:

Cualquier responsabilidad la determinará, en última instancia, el juez. Es, pues, en la jurisprudencia donde encontraremos el alcance real de las leyes y la responsabilidad de los operadores.

El diferente impacto en el ordenamiento jurídico, con independencia del daño causado, dependerá de la diligencia puesta en el mantenimiento de las instalaciones susceptibles de producir legionela. Y qué es diligencia se valorará a la luz de los protocolos aplicados y del seguimiento de los mismos.

El mismo daño causado puede conllevar un impacto radicalmente distinto en el ordenamiento jurídico, activándose en unos casos SOLO el ámbito de responsabilidad civil y en otros casos, ADEMÁS todos los restantes ámbitos del

ordenamiento (infracciones administrativas, sanciones penales, social, mercantil....). Esta diferencia de IMPACTO no tiene que consistir, necesariamente, en un GRAN INCUMPLIMIENTO del programa de mantenimiento. En una situación de conflicto, con daño para terceras personas, el programa se cumple o no se cumple, es muy difícil para un juez valorar el cumplimiento parcial o el casi-cumplimiento cuando tenemos un perjudicado

Por tanto, y dando por supuesto que el diseño de las instalaciones es el adecuado, que el mantenimiento dedicado a las instalaciones es el adecuado, que de las mismas se ha informado al Ayuntamiento, que se han seguido los protocolos, se cuenta con un buen registro.... Además, conviene tener un buen seguro.

Muchas gracias.